

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore:

GABRIELLA DI MICHELE

Direttore Responsabile:

NICOLA VALENTE

Comitato Scientifico:

MAURIZIO CINELLI – MICHELE DE LUCA – ALESSANDRO GARILLI
STEFANO GIUBBONI – ROBERTO PESSI – PASQUALE SANDULLI
FILIPPO SATTA – ANTONINO SGROI – ANTONIO VALLEBONA

Curatori:

GAETANO DE RUVO
GIOVANNA BIONDI
ALESSANDRO DI MEGLIO
STEFANIA SOTGIA
FRANCESCA TILGHER

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

RIVISTA DELL'AVVOCATURA
DELL'ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE

Segreteria Tecnica
RICCARDO MEZZETTI
BERNARDINO PIETROLUCCI

Amministrazione
Via Cesare Beccaria, 29 - 00196 ROMA
Tel. 065905 6423 – 6441 – 6741
E-mail: RivistaAvvocatura@inps.it

PUBBLICAZIONE SEMESTRALE



GENNAIO/DICEMBRE 2016

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DE ROSE snc
C.da Pantoni - Marinella - Montalto Uffugo (CS)

Aut. Trib. Roma N.84 del 16.02.2000
Finito di stampare: 31 luglio 2017

RINGRAZIAMENTI

Desidero esprimere un ringraziamento particolare agli Avvocati dell'Istituto, di seguito indicati, che, con la loro preziosa opera, hanno significativamente contribuito ad arricchire di pregevoli contenuti il presente volume:

Franca Borla

Valeria Capotorti

Pietro Capurso

Marco Cavallari

Vincenzo Di Maio

Angela Fazio

Giovanni Maria Maggio

Mirella Mogavero

Eugenia Savona

Stefania Sotgia

IL DIRETTORE RESPONSABILE

SOMMARIO N. 1-2/2016

INDICI

pag. VII

DOTTRINA*

ORICCHIO M.	«Il codice del nuovo processo contabile».	“ 1
PALUMBO M.R.	«L’indebitato in materia previdenziale e assistenziale».	“ 12
SOTGIA. S.	«L’accesso civico e l’accesso disciplinato dalla legge n. 241/1990».	“ 22

NOTE A SENTENZA*

CATALANO M.	«Necessità del contraddittorio preprocessuale alla luce del nuovo codice di giustizia contabile ».	“ 39
GALLO M.	«Il trattamento retributivo dei lavoratori assunti con contratti di somministrazione temporanea nella Pubblica Amministrazione».	“ 48

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE	“ 56
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili	“ 64
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Penali	“ 79
CORTE DI APPELLO – Sezioni Civili	“ 84
TRIBUNALI – Sezioni Civili	“ 115
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI	“ 153
CONSIGLIO DI STATO	“ 159
CORTE DEI CONTI	“ 178
CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA	“ 183

** Le riflessioni espresse negli scritti pubblicati rappresentano il pensiero personale dei singoli autori*

INDICE DELLE SENTENZE N. 1-2/2016

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE COSTITUZIONALE			
(Sentenza)	174/16	15/06/16	56
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	2208/16	04/02/16	64
	12906/16	22/06/16	69
	15432/16	26/07/16	71
	17801/16	08/09/16	73
	22318/16	03/11/16	75
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Penali)	4404/16	13/01/16	79
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Catanzaro	1442/16	26/10/16	84
Milano	278/16	11/05/16	88
Milano	750/16	27/07/16	90
Reggio Calabria	129/16	10/02/16	92
Torino	781/15	11/01/16	95
Torino	65/16	05/04/16	99
Torino	95/16	21/03/16	105
Torino	98/16	27/04/16	108
Torino	709/16	06/12/16	112
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Catania	951/16	02/03/16	115
Forlì	12/16	20/01/16	118
Forlì (<i>Ordinanza</i>)	75/16	21/01/16	121
Genova	354/16	20/04/16	123
Grosseto	62/16	20/06/16	125
Marsala	785/16	25/11/16	128
Milano	739/16	11/03/16	130
Milano	968/16	09/06/16	132
Milano	2636/16	13/10/16	141
Napoli (<i>Annotata</i>)	7777/16	26/10/16	48

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
<hr/>			
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Napoli	2344/16	15/03/16	144
Pisa	308/15	10/03/16	148
Vicenza	2534/16	01/05/16	151
<hr/>			
TAR			
Campania	4846/16	24/10/16	153
Campania	422/17	19/01/17	155
<hr/>			
CONSIGLIO DI STATO			
(Adunanza Plenaria)	10/16	25/05/16	159
	5501/16	28/12/16	170
<hr/>			
CORTE DEI CONTI			
(Annotata)	582/15	29/05/15	39
	206/16	14/06/16	178
<hr/>			
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA			
	C-299/14	25/02/16	183
	C-308/14	14/06/16	195

INDICE ANALITICO UNICO 2016**CONTRATTI DELLA P.A.**

- **In genere** - Appalti pubblici - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Natura - Dichiarazione di scienza. (pag. 159).

- **In genere** - Appalti pubblici - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Natura giuridica. (pag. 170).

- **In genere** - Appalti pubblici - Gara - DURC - Partecipazione - Posizione previdenziale - Regolarizzazione postuma - Inammissibilità. (pag. 170).

- **In genere** - Appalti pubblici - Gara - DURC - Preavviso di DURC negativo - Funzione. (pag. 170).

- **In genere** - Appalti pubblici - Gara - Requisiti - DURC - Regolarità - Regolarizzazione postuma - Dopo art. 31, comma 8, D.L. n. 69/2013 - Esclusione - Regolarizzazione - Limiti. (pag. 159).

CONTRIBUTI

- **Agevolazioni contributive per assunzione di lavoratori in mobilità** - Continuità dell'attività aziendale integrante trasferimento d'azienda, piuttosto che nuova assunzione - Beneficio contributivo - Non spetta. (pag. 108)

- **Azienda municipalizzata** - Natura pubblicistica - Regime previdenziale applicabile ai dipendenti a seguito della soppressione dell'INPDAP. (pag. 144)

- **Dipendenti pubblici** - Contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria - Lavoratori ancora in servizio - Legittimità della trattenuta sulla retribuzione a titolo di contributo di solidarietà - Modalità di calcolo. (pag. 69)

- **Gestione commercianti** - Affitto di azienda - Società avente oggetto sociale di natura commerciale - Perseguimento dell'oggetto sociale in via indiretta - Obbligo di iscrizione - Sussiste. (pag. 125)

- **Gestione commercianti** - Obbligo di iscrizione - Insufficienza della qualifica di mero socio di società commerciale - Espletamento in via prevalente ed abituale della specifica attività di impresa commerciale - Necessità. (pag. 125)

- **Gestione commercianti** - Prescrizione quinquennale - Comunicazione da parte dell'Istituto della sussistenza dell'obbligo di iscrizione alla gestione - Valore di atto di costituzione in mora - Efficacia interruttiva della prescrizione. (pag. 90)

- **Gestione commercianti** - Socio accomandatario di S.a.s. - Attività elaborazione dati inserita nel contesto di prestazione di servizi di consulenza fiscale e contributiva - Carattere commerciale dell'attività - Obbligo di iscrizione alla gestione – Sussiste. (pag. 95)

- **Gestione ex Enpals** - Addetti alla ricezione di scommesse ippiche e sportive - Irrilevanza della natura autonoma o subordinata della prestazione - Attività lavorativa rientrante nel settore dello spettacolo - Obbligo contributivo - Sussiste. (pag. 130)

- **Lavoratori trasferiti in paesi extra-comunitari, non legati da accordi di sicurezza sociale con l'Italia** - Determinazione della retribuzione convenzionale ai fini fiscali e contributivi - Indennità di trasferta - Inclusione nella retribuzione imponibile. (pag. 105)

- **Lavoratori trasferiti in paesi extra-comunitari, non legati da accordi di sicurezza sociale con l'Italia** - Determinazione della retribuzione convenzionale ai fini fiscali e contributivi - Raffronto con lo scaglione di retribuzione nazionale corrispondente - Corretta inclusione di tutte le voci retributive mensilmente riconosciute dal CCNL applicato nonché individualmente accordate - Esclusione dell'indennità estero. (pag. 105)

- **Lavoro usurante svolto all'estero in ambito UE** - Contribuzione aggiuntiva accreditata nello Stato membro - Totalizzazione dei contributi - Rilevanza - Limiti - Fondamento. (pag. 71)

- **Rapporto di lavoro qualificato come contratto di collaborazione a progetto** - Natura di rapporto subordinato - Obbligo contributivo sussiste. (pag. 132)

- **Sanzioni civili** - Responsabilità solidale del committente ex art. 29 D.Lgs. n. 276/2003 - Sussiste per fattispecie anteriori al 10 febbraio 2012. (pag. 99)

- **Sgravi** - Aziende operanti nel Mezzogiorno - Benefici contributivi - Presupposti - Localizzazione dell'attività produttiva nelle aree agevolate - Necessità - Fattispecie. (pag. 64).

- **Sgravi contributivi** - Erronea comunicazione di accettazione della richiesta di agevolazione da parte dell'INPS - Successiva domanda di regolarizzazione contributiva per sgravi non dovuti - Legittimo esercizio da parte dell'INPS del potere di autotutela - Supposta lesione dell'affidamento del contribuente - Non sussiste. (pag. 118)

- **Subfornitura** - Configurabilità della fattispecie del contratto di appalto ai sensi dell'art. 29, D.Lgs. n. 276/2003 - Responsabilità solidale del committente per il pagamento dei debiti contributivi - Sussiste. (pag. 99)

INVALIDITÀ CIVILE

- **Accertamento tecnico preventivo** - Ordinanza che dichiara inammissibile l'istanza di accertamento - Inappellabilità. (pag. 88)

- **Domanda di indennità di accompagnamento** - Accertamento di requisiti sanitari - Mancata presentazione di domanda volta ad ottenere altra prestazione assistenziale - Diritto all'assegno di invalidità civile - Non spetta. (pag. 115).

FONDO DI GARANZIA

- **Insolvenza del datore di lavoro** - Emolumenti retributivi inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro - Limite di copertura da parte del Fondo - Operatività - Modalità di computo - Trattenute previdenziali sulle retribuzioni - Esclusione. (pag. 73)

INTEGRAZIONE SALARIALE

- **Cassa Integrazione Guadagni** - Ordinaria - Pagamento diretto - Presupposti - Ipotesi eccezionali e tassative - Difficoltà aziendale dovuta a carenza di liquidità - Indice di liquidità corrente - Valutazione tecnico-discrezionale dell'Ente previdenziale - Sindacato del giudice amministrativo. (pag. 155).

- **Cassa Integrazione Guadagni** - Ordinaria - Pagamento diretto - Presupposti - Ipotesi eccezionali e tassative - Provvedimento di esclusione - Legittimità. . (28/1) (pag. 155).

- **Cassa Integrazione Guadagni** - Ordinaria - Presentazione della domanda esclusivamente in via telematica stabilita da circolari INPS - Irricevibilità di domanda presentata con modalità diverse - Provvedimento di esclusione - Legittimità - Fondamento normativo. (pag. 153)

LAVORO (rapporto di)

- **Contratto di lavoro a progetto** - Caratteri distintivi dell'autonomia e della subordinazione nel rapporto di lavoro - Elementi fondamentali della fattispecie di lavoro a progetto. (pag. 132)

- **Lavoratore assunto con contratto di somministrazione temporanea** - Riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore - Presupposti. (pag. 48).

PENALE

- **Indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p.)** - Condotta - Omesso pagamento da parte del datore di lavoro di somme a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni - Conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle dovute all'Istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali - Configurabilità del reato - Sussiste. (pag. 79)

PENSIONI

- **Blocco della perequazione automatica** - Abrogazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità - Ricostituzione pensione e rimborso degli arretrati - Limite al diritto alla rivalutazione introdotto dal Governo - Questioni di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza. (pag. 178)

- **Dipendenti pubblici** - Pensione di reversibilità - Diritto del convivente *more uxorio* - Esclusione. (pag. 75)

- **Pensione a favore dei superstiti** - Matrimonio contratto dal dante causa all'età di settanta anni o superiore e la differenza di età tra i coniugi sia maggiore di venti anni - Riduzione, a decorrere dal 1° gennaio 2012, della aliquota percentuale del 10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio mancante rispetto al numero di 10 - Disciplina fondata su una presunzione di frode alla legge - Irragionevolezza - Incoerenza con la finalità previdenziale e il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità - Illegittimità costituzionale. (pag. 56)

- **Pensione di vecchiaia** - Invalidi in misura non inferiore all'80% - Requisito anagrafico - Diritto alla pensione anticipata - Meccanismo di accesso alla prestazione tramite le c.d. "finestre pensionabili" - Si applica. (pag. 112)

PRESTAZIONI

- **Assegno di maternità ex art. 66, L. n. 48/1998** - Cittadina extracomunitaria titolare di permesso di soggiorno temporaneo - Irrilevanza della durata del permesso di soggiorno - Mancanza di interesse al radicamento sul territorio nazionale - Diritto all'assegno - Non spetta. (pag. 151)

- **Assegno di natalità** - Cittadino straniero extracomunitario non in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - Diritto all'assegno - Non spetta. (pag. 141)

- **Assegno di natalità** - Criterio selettivo di concessione non irragionevole o arbitrario - Assenza di discriminazione - Discrezionalità del legislatore. (pag. 141)

- **Assegno sociale** - Limiti reddituali - Carattere di sussidiarietà della prestazione rispetto a specifici obblighi di solidarietà sociale tra privati - Rinuncia all'assegno di mantenimento corrisposto dall'ex coniuge - Diritto all'assegno sociale - Non sussiste. (pag. 128)

- **Indennità di disoccupazione** - Lavoratrice a tempo determinato - Percezione dell'indennità di maternità oltre il termine di cessazione del rapporto di lavoro - Decorrenza del periodo di disoccupazione ai fini della prestazione. (pag. 148)

- **Inadempimento di uno Stato** - Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale - Regolamento (CE) n. 883/2004 - Articolo 4 - Parità di trattamento in materia

di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale - Diritto di soggiorno - Direttiva 2004/38/CE - Normativa nazionale che nega la concessione di taluni assegni familiari o del credito d'imposta per figlio a carico ai cittadini degli altri Stati membri che non dispongono di un diritto di soggiorno legale. (pag. 195)

- **Indennità di mobilità in deroga ai sensi dell'art. 2, comma 138, L. n. 191/2009**

- Mancata emanazione del decreto di autorizzazione da parte della Regione - Natura di interesse legittimo della posizione soggettiva vantata dal lavoratore - Giurisdizione del Giudice Ordinario- Non sussiste. (pag. 84)

- **Pensione sociale sostitutiva** - Carattere assistenziale - Diversa natura rispetto alla pensione sociale - Ripetizione di indebito per superamento dei limiti reddituali - Ammissibilità. (pag. 123)

- **Rinvio pregiudiziale** - Libera circolazione delle persone - Cittadinanza dell'Unione - Parità di trattamento - Direttiva 2004/38/CE - Articolo 24, paragrafo 2 - Prestazioni di assistenza sociale - Regolamento (CE) n. 883/2004 - Articoli 4 e 70 - Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo - Esclusione dei cittadini di uno Stato membro durante i primi tre mesi di soggiorno nello Stato membro ospitante. (pag. 183)

PROCESSO CIVILE

- **Cartella esattoriale** - Decadenza dall'iscrizione a ruolo - Configurabilità come vizio di merito - esclusione - Effetti sulla procedura di riscossione mediante ruolo - Necessità di accertamento nel merito della pretesa - Sussiste. (pag. 92)

- **Effetti del giudicato** - Giudicato di rigetto - Periodo coperto dal giudicato - Diritto alle prestazioni - Non sussiste. (pag. 115)

- **Giurisdizione** - In genere - DURC - Procedimento di evidenza pubblica - Verifica regolarità - Controversia - Giurisdizione del giudice amministrativo - Sussiste. (pag. 159).

- **Lavoratore assunto con contratto di somministrazione temporanea** - Domanda di riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore - Onere della prova. (pag. 48).

- **Presupposti dell'azione** - Mancata presentazione della domanda amministrativa di prestazione assistenziale - Irrilevanza della presentazione di domanda volta ad ottenere prestazione diversa, ancorché compatibile con la prima - Improprietà. (pag. 115)

- **Ripetizione di indebito** - Ricorso ex art. 700 c.p.c. - Mancata puntualizzazione della futura azione di merito - Inammissibilità. (pag. 121)

- **Valore probatorio delle dichiarazioni dei lavoratori raccolte in sede ispettiva** - Prevalenza sulle successive deposizioni testimoniali non conformi. (pag. 108)

PROCESSO CONTABILE

- **Giudizio davanti alla Corte dei Conti** - Azione revocatoria - Mancata notifica dell'invito a dedurre - Irrilevanza. (pag. 39)

- **Giudizio davanti alla Corte dei Conti** - Poteri del Pubblico Ministero contabile - Esercizio dell'azione revocatoria a garanzia del credito erariale - Ammissibilità. (pag. 39)

MICHELE ORICCHIO

Procuratore regionale della Campania della Corte dei Conti

IL CODICE DEL NUOVO PROCESSO CONTABILE

Sommario: Premessa. - 1. Parte prima “Disposizioni generali” (artt. 1-50). - 2. Parte seconda “Giudizi di responsabilità” (artt. 51-136). - 3. Parte terza “Giudizio sui conti” (artt. 137-150). - 4. Parte quarta “Giudizi pensionistici” (artt. 151-171). - 5. Parte quinta “Altri giudizi ad istanza di parte” (artt. 172-176). - 6. Parte sesta “Impugnazioni” (art. 177-210). - 7. Parte settima “Interpretazione del titolo giudiziale ed esecuzione” (artt. 211-218). - 8. Parte ottava “Disposizioni finali”, composta del solo art. 219.

Premessa.

Lo scorso 7 ottobre 2016 è entrato in vigore il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174 recante il nuovo “Codice di Giustizia contabile”, emanato in attuazione del disposto di cui all’art. 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Come si ricorderà, infatti, tale legge nel disporre numerose deleghe al Governo per una complessiva riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, nella norma richiamata ha recato anche la previsione del riordino e ridefinizione della disciplina processuale delle diverse tipologie di contenzioso davanti alla Corte dei Conti e ha contemplato, quali criteri direttivi di ordine generale, l’adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, il loro coordinamento con le norme del codice di procedura civile, espressione di principi generali e la concentrazione delle tutele spettanti alla cognizione della giurisdizione contabile.

In esecuzione di tale delega ha visto la luce il *corpus* normativo in commento costituito da tre allegati: il primo si compone di 219 articoli e contiene il Codice della giustizia contabile che è suddiviso in otto parti recanti, rispettivamente, le disposizioni generali, i giudizi di responsabilità, il giudizio sui conti, i giudizi pensionistici, gli altri giudizi ad istanza di parte, le impugnazioni, l’interpretazione del titolo giudiziale e l’esecuzione e le disposizioni finali; il secondo reca le norme di attuazione del codice e consta di 25 articoli; il terzo reca in quattro articoli le norme transitorie e l’elenco delle disposizioni abrogate.

Le ragioni della codificazione sono rinvenibili nella necessità di dotare la Giustizia contabile - per le materie ad essa attribuite ai sensi dell’articolo 103, secondo comma, della Costituzione - di uno strumento processuale moderno e coerente con le ormai consolidate esigenze del c.d. “giusto processo” di cui all’art. 111 della Costituzione.

Le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei Conti risalivano, infatti, a norme preunitarie dalle quali sono derivate le norme prerepubblicane (L. n. 800 del 1861, legge di contabilità generale dello Stato del 1923, il regolamento di procedura del 1933 n. 1038 nonché il T.U. della Corte dei Conti del 1934) che hanno segnato per molti decenni il perimetro sostanziale e processuale della giurisdizione contabile.

Esso era stato poi ridefinito negli ultimi decenni con episodici e frammentari interventi normativi e, soprattutto, anche per i profili sostanziali della responsabilità amministrativa, dalla fondamentale riforma del 1994 (leggi nn. 19 e 20 del 14 gennaio 1994, e successive modificazioni).

Tale quadro normativo nel corso degli anni è stato interessato dalla giurisprudenza costituzionale, dagli interventi della Suprema Corte di Cassazione - in tema di riparto delle giurisdizioni - e della stessa magistratura contabile che, in via interpretativa, si è impegnata ad introdurre nel processo contabile - nelle sue diverse declinazioni - i principi del “giusto processo”, cercando di rendere compatibili con essi il contenuto delle norme processuali vigenti, in gran parte anteriori, come già detto, al novellato articolo 111 della Costituzione.

L’obiettivo dichiarato è stato quindi quello di far sì che il sistema della giustizia contabile ricevesse una positivizzazione coerente con gli *standards* di effettività di tutela e di certezza del diritto assai elevati che l’epoca contemporanea richiede assicurando nel contempo una armonizzazione dei sistemi processuali del nostro ordinamento giuridico tutt’ora fondato su di una pluralità di giurisdizioni, secondo la previsione contenuta nella nostra Carta fondamentale.

La nuova regolamentazione non si interessa, ovviamente, delle attività di controllo non rientrando queste nel perimetro della giurisdizione, ma in quello delle funzioni “ausiliarie” del Governo di cui all’art. 100 della Costituzione pure svolte dalla Corte nell’ambito di una risalente cointestazione di funzioni che, attualmente, è soggetta a più di qualche critica e perplessità.

Passiamo, dunque, ad effettuare un primo sintetico esame delle principali caratteristiche dei vari istituti processuali ridefiniti dalle disposizioni contenute nelle varie parti del Codice, rinviando alla dottrina ed anche alla giurisprudenza che si andrà formando, per un doveroso ulteriore approfondimento degli stessi.

1. Parte prima “Disposizioni generali” (artt. 1-50)

Il nuovo Codice, all’art. 1, disciplina l’esercizio della giurisdizione della Corte dei Conti nelle seguenti materie:

- giudizi di conto (conti degli agenti contabili dello Stato e delle altre pubbliche amministrazioni);
- giudizi di responsabilità amministrativa per danno all’erario;
- altri giudizi in materia di contabilità pubblica;
- giudizi in materia pensionistica;
- giudizi aventi per oggetto l’irrogazione di sanzioni pecuniarie;
- altri giudizi nelle materie specificate dalla legge.

La giurisdizione contabile si ispira ai principi di effettività, concentrazione e giusto processo, secondo i canoni tipici della giurisdizione ordinaria e amministrativa (artt. 3 e 4).

L’articolo 7 innovando sostanzialmente nella previgente disciplina del generale rinvio dinamico al rito civile per quanto non espressamente normato (art. 26 del Regolamento n. 1038/1933) prevede ora che *“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano gli articoli 99, 100, 101, 110 e 111 del codice di procedura civile e le altre disposizioni del medesimo codice, in quanto espressione di principi generali”*.

Gli organi della giustizia contabile sono individuati dagli artt. 8 e segg. nelle sezioni giurisdizionali regionali, nelle sezioni di appello, nelle sezioni riunite in sede giurisdizionale e in quelle riunite “in speciale composizione” (disciplinate specificamente dai commi 6 e 7 dell’art. 11).

In particolare, quest’ultima norma esplicita le attribuzioni delle Sezioni Riunite: esse, quale articolazione delle sezioni di appello, sono l’organo che svolge le funzioni di nomofilachia nelle materie rientranti nella giurisdizione contabile, assicurandone l’uniformità di interpretazione e la corretta applicazione. In coerenza con la legge di delegazione che enfatizza l’esigenza di valorizzare, anche nell’ambito della suddetta giurisdizione speciale, il principio di certezza del

diritto, le Sezioni Riunite decidono le questioni di massima ad esse deferite e le questioni di diritto che abbiano dato luogo a difformità interpretative od applicative, nonché i regolamenti di competenza.

L'articolo 12 riporta l'articolazione dell'ufficio del Pubblico Ministero, reiterando invero la scarna disciplina previgente in base alla quale *“Il Procuratore generale coordina l'attività dei procuratori regionali e questi ultimi coordinano l'attività dei magistrati assegnati alle rispettive procure”*.

Il capo terzo (artt. 13-17) contiene le norme sul momento determinante della giurisdizione, sulle questioni riguardanti lo stato e la capacità delle persone, sul regolamento preventivo di giurisdizione, sul rilievo dell'incompetenza, sull'astensione e ricusazione del giudice, sugli ausiliari, sul consulente e sul custode: esse richiamano espressamente, o ne rievocano i contenuti, le corrispondenti norme processuali civili.

Il capo quarto (artt. 18-20) detta, invece, specifiche disposizioni in tema di disciplina della competenza: viene sostanzialmente confermato quale criterio attributivo di quella territoriale il previgente luogo in cui si è verificato il fatto dannoso, integrato però con alcune novità.

I titoli secondo e terzo si interessano, rispettivamente, delle parti e dei loro difensori nonché degli atti processuali, reiterando sostanzialmente la disciplina processual-civilistica di riferimento.

2. Parte seconda “Giudizi di responsabilità” (artt. 51-136)

È la più consistente riguardando i giudizi di responsabilità amministrativa che costituiscono, indubbiamente, l'aspetto maggiormente rilevante delle funzioni giurisdizionali contabili.

Innanzitutto viene introdotta una più puntuale regolamentazione dell'obbligo di denuncia del danno erariale, che solo legittima l'esercizio dei poteri istruttori del P.M.: il Codice ribadisce, infatti, all'art. 51, in attuazione di specifico criterio di delega, i necessari caratteri di tale notizia, che deve essere “specificata” e “concreta”: deve cioè riferirsi ad informazioni circostanziate e non concretizzarsi in fatti ipotetici o indifferenziati. In proposito si è tenuto conto, richiamandone i contenuti specifici, della previsione (che è stata abrogata) di cui all'articolo 17, comma 30-ter, del decreto legge n. 78 del 2010. Questa aveva a sua volta codificato i principi espressi nella giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost., sent. n. 104 del 1989) e, nell'ancorare qualsiasi attività accertativa ad una previa notizia di danno specifica e concreta, sanzionava con la nullità, “fatta valere da chiunque vi abbia interesse”, qualsiasi atto istruttorio posto in essere in violazione dell'anzidetta prescrizione.

Il legislatore delegato ha poi scelto di non inserire una disciplina esplicita degli anonimi, in perfetta conformità a quanto accade oggi, essendo gli stessi ovviamente riconducibili alla dicitura di “notizia di danno comunque acquisita” purché, ovviamente, sempre filtrate dalla necessaria sussistenza degli elementi di garanzia della precisione e specificità dei contenuti.

Relativamente al c.d. danno all'immagine, il Codice, sempre all'articolo 51, prevede la nullità rilevabile d'ufficio nel caso in cui difettino i presupposti di proponibilità della relativa azione risarcitoria che oggi possono essere individuati nella esistenza di un giudicato penale di condanna per reati commessi ai danni di una Pubblica Amministrazione a seguito dell'abrogazione recata dal Codice, nell'art. 4 dell'allegato 3, dell'art. 7 della legge n. 97/2001.

L'articolo 52 disciplina in termini meno generici l'obbligo della denuncia di danno, che grava sui responsabili delle strutture di vertice delle amministrazioni, comunque denominate secondo l'organizzazione interna delle stesse.

Un importante problema che il legislatore delegato ha affrontato è stato quello se l'individuazione dei soggetti obbligati alle denunce al P.M. contabile di possibili danni erariali presupponesse un'espressa previsione normativa o se un obbligo di tal genere fosse contenuto nel rapporto di servizio, tra quelli che potremmo definire, mutuando il termine dal diritto civile, doveri impliciti di salvaguardia e protezione degli interessi delle amministrazioni pubbliche.

Il fatto che nel tempo siano stati necessari più indirizzi della Procura della Corte dei Conti per fornire indicazioni al riguardo, ha indotto a ritenere preferibile la via della tipizzazione.

Dalla violazione dell'obbligo in discorso peraltro può conseguire una forma di responsabilità amministrativa di natura omissiva, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 20 del 1994 che chiama a rispondere del danno erariale coloro che, con l'aver "omesso o ritardato la denuncia", abbiano determinato la prescrizione del relativo diritto al risarcimento.

La disposizione tuttavia, non potendo elencare in maniera esaustiva tutte le tipologie di soggetti che via via il legislatore ha espressamente indicato come destinatari dell'obbligo di denuncia, esordisce con una clausola di rinvio a suddette indicazioni recate da leggi speciali.

Resta fermo quanto previsto dall'articolo 129 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, che nell'ambito della disciplina delle "Informazioni sull'azione penale", al comma 3, prevede espressamente l'obbligo di informativa da parte del Pubblico Ministero penale a quello contabile laddove il fatto costituente reato abbia anche cagionato un danno all'erario.

Il comma 5 del predetto articolo 52 prevede che le sezioni e gli uffici di controllo della stessa Corte dei Conti segnalino i fatti dai quali possano derivare responsabilità erariali, che emergano nell'esercizio delle loro funzioni: la disposizione attiene all'importante tematica dei rapporti tra "controllo" e "giurisdizione" di responsabilità, affrontata sin dalla sentenza n. 29/1995 della Corte Costituzionale e, ad avviso di chi scrive, non reca alcuna deroga al principio generale che anche tale segnalazione deve connotarsi per "specificità e concretezza" per non essere *inutiliter data*.

Il Codice si è poi posto nell'ottica di disciplinare e dettagliare i poteri istruttori del Pubblico Ministero, prevedendo parallelamente alcune garanzie per la difesa sin dalla fase istruttoria: ne è venuto fuori un impianto normativo, per la verità insoddisfacente, in cui convivono istituti processuali civili e penali, che condiziona l'azione del P.M. nell'esercizio dei limitati poteri istruttori riconoscitigli in un confermato quadro di generale ispirazione processual-civilistica che davvero poco si attaglia ad un'azione pubblica officiosa che, comunque, rischia di diventare "episodica".

In tale contesto si inserisce la previsione, contenuta nell'articolo 55, secondo la quale il Pubblico Ministero, oltre a compiere ogni attività utile al fine di acquisire elementi necessari all'esercizio dell'azione erariale, svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona individuata come presunto autore del danno.

Viene introdotto un demagogico principio in base al quale "tutti i provvedimenti istruttori devono essere motivati" prevedendosi altresì che la omessa o apparente motivazione di detti atti, ovvero l'audizione assunta in violazione delle prescrizioni di cui all'articolo 60 costituiscono causa di nullità dell'atto istruttorio e delle operazioni conseguenti (art. 65).

Altre norme disciplinano l'effettuazione di ispezioni o accertamenti diretti, la richiesta di atti, documenti e informazioni. Va segnalata in proposito la disposizione per la quale gli atti e documenti pubblicati sui siti internet delle pubbliche amministrazioni devono essere acquisiti mediante accesso ai medesimi siti. Relativamente alle audizioni personali (art. 60) di persona informata, è previsto che la persona, se lo ritiene, possa farsi assistere da difensore di fiducia. Il soggetto sottoposto ad audizione ha l'obbligo di presentarsi e di rispondere alle domande che gli sono rivolte. Tuttavia il medesimo soggetto non è obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere

una sua responsabilità: in tale caso deve essere avvertito che se intende rispondere ha facoltà di essere assistito da difensore di fiducia, la cui assenza impedisce la prosecuzione dell'audizione, che è rinviata a nuova data, secondo il noto brocardo latino *nemo tenetur se detegere*.

Conseguentemente, il Codice innovativamente sanziona con la nullità l'audizione che si svolge in violazione delle suddette prescrizioni relative alla presenza del difensore di fiducia.

Il Pubblico Ministero, in base all'articolo 56, può svolgere l'attività istruttoria direttamente, oppure può delegare adempimenti istruttori alla Guardia di Finanza o ad altre Forze di Polizia, anche locale, agli uffici territoriali del Governo ai servizi ispettivi delle amministrazioni pubbliche.

Ribaltando la prassi formatasi sotto la vigenza delle norme antecedenti, è previsto che solo in casi eccezionali e motivati egli può conferire incarichi di accertamento ai dirigenti di qualsiasi Pubblica Amministrazione individuati in base a criteri di professionalità e territorialità.

Può infine avvalersi di consulenti tecnici, mentre per le ispezioni e gli accertamenti delegati a dirigenti e funzionari regionali viene confermato l'obbligo della previa intesa con il presidente della regione (art. 61, comma 7).

Trova, poi, conferma l'utilizzo preferenziale della Guardia di Finanza per le istruttorie per danno erariale (il Comando Generale del Corpo ha provveduto sin dal 3 ottobre scorso ad emanare un'apposita circolare operativa), ma è innovativamente normata analogà possibilità di utilizzo pure delle altre "Forze di Polizia, anche locale".

L'articolo 66 disciplina, in attuazione dello specifico criterio di delega, gli atti interruttivi della prescrizione: questa può essere interrotta dall'invito a dedurre o da altro formale atto di costituzione in mora, ai sensi degli artt. 1219 e 2943 del codice civile (anche promanante dalla P.A. interessata). Il termine quinquennale di prescrizione può essere interrotto per una sola volta: il secondo comma dell'articolo 66 prevede innovativamente che, a seguito dell'interruzione, al tempo residuo per raggiungere l'ordinario termine quinquennale di prescrizione si aggiunge un periodo massimo di due anni: ne consegue che la durata massima complessiva del termine di prescrizione non può in ogni caso eccedere i sette anni, decorrenti dall'esordio della prescrizione stessa. In tal modo si è inteso attuare il principio di delega che, per quanto con ambiguità espressive, aveva fissato in sette anni il termine massimo per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa, con ciò introducendosi un regime ibrido che si differenzia sostanzialmente dalla disciplina civilistica.

Il termine di prescrizione è sospeso per il periodo di durata del processo. Quanto al termine di esordio della prescrizione, sono invece fatti salvi i principi civilistici di ordine sostanziale relativi alla decorrenza della stessa: la regola di cui all'art. 2935 c.c. è declinata, nel processo amministrativo contabile, nella norma espressa dall'art. 1, comma 2, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dall'art. 3, del decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639 secondo cui, fuori dei casi di occultamento doloso del danno, il termine di prescrizione deve essere computato dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso. In caso di occultamento doloso del danno, la prescrizione decorre dalla data della sua scoperta.

Prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, il Pubblico Ministero notifica al presunto responsabile un invito a dedurre: in tale ultimo atto (art. 67) devono essere esplicitati tutti gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del contributo causale che si ritiene sia stato dato dal soggetto invitato. Il termine da assegnarsi a quest'ultimo per esaminare tutte le fonti di prova indicate a base della contestazione formulata e per depositare le proprie conclusioni non può essere inferiore a 45 giorni. Nello stesso termine, in calce alla deduzioni o con separato atto, il presunto responsabile può chiedere di essere personalmente sentito dal Pubblico Ministero. L'omessa audizione richiesta espressamente "in calce alle deduzioni" comporta l'inammissibilità dell'atto di citazione.

Entro centoventi giorni decorrenti dalla scadenza del termine assegnato per la presentazioni

delle controdeduzioni, il Pubblico Ministero emette l'atto di citazione (se non ritiene ai sensi dell'articolo 69 di archiviare il fascicolo, anche sulla base degli elementi difensivi offerti nelle controdeduzioni). Si segnalano, quali elementi di novità: la specificazione del contenuto necessario dell'invito a dedurre, l'elevazione del termine minimo per controdedurre (da trenta a quarantacinque giorni), la previsione per la quale successivamente all'invito a dedurre non sono ammesse ulteriori attività istruttorie, *“salva la necessità di compiere accertamenti sugli ulteriori elementi di fatto emersi a seguito delle controdeduzioni”* (comma 7 dell'art. 67; ma vedasi anche art. 55).

La norma sembra potersi leggere in chiave esageratamente garantista in quanto vuole porre un limite all'attività istruttoria d'iniziativa del Pubblico Ministero contabile all'esito dell'invito a dedurre. L'impulso all'attività integrativa deve essere di matrice difensiva, in quanto ricavabile dalle controdeduzioni, cioè da indicazioni dei presunti responsabili, evidentemente necessitanti di approfondimenti ulteriori, se del caso nei confronti di altro destinatario di invito a dedurre: certo è che muta sostanzialmente la natura di tale atto, quale conclamata da consolidata giurisprudenza, da atto istruttorio con finalità garantistiche ad atto di sostanziale chiusura dell'istruttoria che sarà poi sostanzialmente riversato integralmente nella citazione con cui si introduce il giudizio di responsabilità, ove non si decida per l'archiviazione dell'azione!

Il titolo II della parte II del Codice disciplina le azioni a tutela del credito erariale ed è attuativo del criterio di delega che prevede di applicare *“gli istituti processuali in tema di tutela cautelare anche ante causam e di tutela delle ragioni del credito erariale tramite le azioni previste dal codice di procedura civile, nonché i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del Codice Civile”*. L'articolo 73 esplicita pertanto la possibilità per il Pubblico Ministero contabile di esercitare *“tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V del Codice Civile”*. L'espresso richiamo alla disciplina codicistica civile in tema di azioni surrogatoria e revocatoria evita la previsione di specifica o diversa disciplina, che sarebbe meramente ripetitiva di quella civile. Una specifica disciplina è stata invece formulata relativamente al sequestro conservativo. Le novità di rilievo, apportate dal Codice, consistono nella disciplina sulla reclamabilità dei provvedimenti cautelari (art. 76) e nella previsione della possibilità, per il destinatario di un provvedimento di sequestro conservativo, di chiedere al giudice o al collegio di versare una cauzione o offrire una fideiussione bancaria (art. 81).

Passando all'esame del giudizio di responsabilità, viene innanzitutto disciplinato un rito ordinario negli articoli 83 e seguenti: si inizia con l'introduzione del giudizio, ed in particolare con contenuti, deposito, nullità e irregolarità dell'atto di citazione; rapporti tra invito a dedurre e citazione; fissazione dell'udienza e termini per le attività processuali conseguenti; abbreviazione dei predetti termini e istanza di accelerazione; costituzione del convenuto e contenuti della comparsa di risposta. In tale contesto, l'articolo 87 conferma la necessità di corrispondenza tra invito e citazione salvo integrazioni conseguenti agli ulteriori elementi di conoscenza acquisiti a seguito delle controdeduzioni spiegate dal convenuto dopo l'avviso, trattandosi di elementi noti alla difesa per esser stati da essa stessa introdotti.

Per quanto attiene alla concreta trattazione della causa, la disciplina dell'udienza è ispirata ai principi di pubblicità e di concentrazione, salve le necessità rimediali rispetto ai vizi del contraddittorio o alle invalidità della citazione. La scelta di consentire al contumace che si costituisce in udienza di chiedere di essere ammesso a compiere attività che gli sarebbero precluse risponde, nelle condizioni specificamente dettate, all'esigenza di uniformare il processo al principio generale della rimessione in termini.

Il capo IV contiene la disciplina dell'ammissione e dell'assunzione della prova e, in generale, dell'istruzione della causa, il capo V della decisione della causa, mentre il capo VI degli

“incidenti del processo” fra i quali merita menzione la sospensione del giudizio cui talvolta si ricorre ove il collegio ravvisi una pregiudizialità con altra controversia civile, penale o amministrativa: l’articolo 107 prevede che “entro il termine perentorio di tre mesi dalla cessazione della causa di sospensione... le parti debbono chiedere al giudice... la fissazione dell’udienza di prosecuzione”: rimane incerta però la determinazione del *dies a quo* in considerazione del fatto che il P.M. contabile normalmente non ha (o non ricerca) tempestivamente notizia della conclusione del processo “pregiudicante” (cui non partecipa): ne può derivare la presentazione di istanza di riassunzione a distanza di molto tempo dalla stessa con conseguente *vulnus* del principio costituzionale della ragionevole durata del giudizio.

Per quanto attiene ai giudizi dinanzi alle Sezioni Riunite (artt. 114-129) viene confermato che le sole sezioni giurisdizionali d’appello possono deferire alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale la soluzione di questioni di massima, d’ufficio o anche a seguito di istanza formulata dal procuratore generale o da ciascuna delle parti del giudizio d’impugnazione; il primo presidente e il procuratore generale possono deferire alle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi difformi.

Il titolo V (art. 130 e segg.) si interessa dei riti alternativi che vengono definiti “speciali” e che sono individuati nel rito abbreviato, in quello monitorio e nel giudizio relativo a fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria.

1.1. In particolare il Codice in commento istituisce il rito abbreviato e ne reca la disciplina processuale di riferimento, in attuazione del principio e criterio direttivo recato nell’articolo 20, comma 2, lett. f), della legge n. 124 del 2015. In precedenza si ricorderà che la possibilità di una apposita “definizione agevolata” dei giudizi di responsabilità amministrativa era stata prevista soltanto in appello, con esclusivo riferimento alle sentenze di condanna in primo grado. Ciò era avvenuto con la legge n. 266 del 2005, e con il decreto legge n. 102 del 2013. L’odierno rito abbreviato consente, invece, la definizione del giudizio di responsabilità, sia immediatamente in primo grado, che in appello, graduando progressivamente la percentuale della definizione: sino al 50% del danno quantificato nell’atto di citazione al primo grado di giudizio; non inferiore al 70%, ancora del danno quantificato nell’atto di citazione, qualora il rito abbreviato si perfezioni in appello ma, in questo secondo caso, il richiamo alla somma recata “in citazione” (che potrebbe già essere stata grandemente ridotta dai primi giudici) renderà, probabilmente, non conveniente il ricorso a tale forma di chiusura della lite.

1.2. In entrambi i gradi processuali la sentenza definisce il giudizio, dopo avere verificato l’avvenuto versamento, in unica soluzione, della somma determinata dal collegio giudicante.

1.3. Il rito monitorio è regolamentato nell’art. 131 nell’ambito dei riti speciali: esso trova applicazione nel giudizio dei conti come in quelli di responsabilità amministrativa. Si tratta di una procedura speciale che, in ragione della lieve entità del danno patrimoniale, ovvero nei casi in cui l’addebito recato in citazione non superi l’importo di euro 10.000,00, prevede che con decreto presidenziale venga determinato (in diminuzione?) l’importo da pagare entro un termine fissato per l’accettazione.

3. Parte terza “Giudizio sui conti” (artt. 137-150).

Fissa le nuove regole del giudizio sui conti che si articola in giudizio per la resa del conto e giudizio sul conto costituenti le più antiche attribuzioni giurisdizionali della Corte, oggi recessive di fronte ai giudizi di responsabilità: sono dettate norme semplificatorie del rito che vede come

destinatari solo gli agenti contabili. Il giudizio di conto è disciplinato dagli articoli da 137 a 150. Le norme introducono, quali elementi di novità, l'anagrafe degli agenti contabili, la trasmissione per via telematica dei conti giudiziali, una più dettagliata disciplina del c.d. giudizio per la resa del conto (art. 141), che la previgente normativa non qualificava adeguatamente.

Merita segnalare, quale ulteriore elemento di novità, la previsione di un decreto del presidente della sezione che all'inizio di ciascun anno, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, fissa le priorità cui i magistrati relatori, nella pianificazione dell'esame dei conti, dovranno attenersi.

4. Parte quarta “Giudizi pensionistici” (artt. 151-171).

Disciplina i giudizi pensionistici devoluti alla giurisdizione contabile ovvero quelli introdotti da impiegati pubblici civili e militari od anche le pensioni di guerra: il rito è modellato sul c.d. rito lavoro ma solo in primo grado (ove la decisione è rimessa al giudice monocratico); mentre in appello, ove il collegio resta composto da cinque magistrati si applicano le norme ordinarie recate dagli artt. 177 e segg. con grave disomogeneità del sistema processuale.

L'appello resta proponibile per soli motivi di diritto (vedasi Corte Costituzionale, ord. n. 84/2003).

Il Codice razionalizza e semplifica il giudizio (che si introduce ora con “ricorso”) e disciplina esaurientemente le varie fasi del processo: naturalmente, si applicano ai giudizi pensionistici tutte le norme di carattere generale della prima parte del Codice.

5. Parte quinta “Altri giudizi ad istanza di parte” (artt. 172-176).

È residualmente dedicata agli altri giudizi su istanza di parte elencati nell'art. 172: essi riguardano il contenzioso contro i provvedimenti definitivi dell'amministrazione finanziaria o ente impositore, in materia di rimborsi di quote d'imposta inesigibili e di quote inesigibili di altre imposte erariali; contro i provvedimenti per ritenute cautelari su stipendi o altri emolumenti a personale statale; sui ricorsi per interpretazione del titolo giudiziale; su altri giudizi ad istanza di parte, previsti dalla legge, nei quali siano interessati anche persone o enti diversi dallo Stato.

6. Parte sesta “Impugnazioni” (art. 177-210).

Si interessa dei mezzi di impugnazione ammissibili che sono individuati in: appello, opposizione di terzo, revocazione e ricorso per cassazione per soli motivi di giurisdizione.

Al capo I figurano alcune norme a carattere generale: enunciazione dei singoli rimedi contro le decisioni, definizione della cosa giudicata formale, disposizioni in merito ai termini da rispettare e al luogo della notificazione, disciplina sul deposito dell'atto di impugnazione e sulla fissazione dell'udienza, disposizioni per l'ipotesi di una pluralità di parti nel giudizio d'impugnazione e disciplina dei rapporti intercorrenti tra impugnazioni avverso la medesima sentenza; seguono disposizioni in materia di intervento, sugli effetti della riforma o dell'annullamento della decisione, sulla sospensione del procedimento d'impugnazione e sugli effetti dell'estinzione dello stesso.

Rilevanti sono le norme del capo secondo che riguardano la fase dell'appello. Sono ivi disciplinate la legittimazione a proporre appello, la forma e il contenuto di quest'ultimo, nonché gli effetti sospensivi automatici sull'esecuzione della sentenza di primo grado: viene confermato, in questo caso, un principio opposto a quello processual-civilistico (che ispira il codice) che reca un

pesante *vulnus* alla effettività della giurisdizione di responsabilità amministrativa.

Si evidenzia che l'art. 189 prevede una legittimazione alternativa all'impugnazione da parte del procuratore regionale competente o del procuratore generale.

Il capo II contiene, altresì, un rinvio in materia di costituzione delle parti e definisce la riserva facoltativa di appello, oltre al divieto di nuove domande ed eccezioni e al divieto di nuovi mezzi di prova; infine, è disciplinata la mancata comparizione dell'appellante, con conseguente improcedibilità dell'appello, è operato un rinvio alla disciplina del primo grado in materia di trattazione della causa, si sancisce la non riproponibilità dell'appello dichiarato improcedibile o inammissibile e si disciplinano le ipotesi di rinvio al primo giudice. Peculiare è la disciplina di tale rinvio, nell'ipotesi di accoglimento del gravame per le sentenze che abbiano deciso solo questioni preliminari o pregiudiziali: il legislatore delegato ha preferito in tal caso optare per la rimessione al primo giudice ai fini della prosecuzione del giudizio sul merito – con ogni conseguenza in ordine al regime delle spese – essendosi reputata prevalente la garanzia del doppio grado di giudizio.

È, difatti, sembrata stringente la considerazione che la sentenza d'appello è in questo caso soggetta al ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111 della Costituzione.

Il capo III riguarda l'opposizione del terzo; il capo IV concerne il rimedio della revocazione e vengono disciplinati i casi in cui è possibile agire in revocazione, mentre il capo quinto attiene al ricorso per cassazione. Le disposizioni ivi contenute ineriscono ai motivi di ricorso, alla mancanza di effetto sospensivo sull'esecutività della sentenza impugnata, ai rapporti tra revocazione e ricorso per cassazione e alle ipotesi di riassunzione della causa.

7. Parte settima “Interpretazione del titolo giudiziale ed esecuzione” (artt. 211-218).

Si occupa dell'interpretazione del titolo giudiziale, dell'esecuzione e del giudizio di ottemperanza.

L'articolo 211 introduce la disciplina dell'esecuzione recata dal parte VII, titolo I, capo I del Codice, regolando il giudizio di interpretazione del titolo giudiziale. La principale novità attiene alla facoltà riconosciuta estensivamente a tutte le parti in causa di attivare il relativo giudizio che si propone dinanzi lo stesso giudice che ha pronunciato il titolo da eseguire. Quanto al rito si rinvia alle disposizioni che regolano i giudizi ad istanza di parte (artt. 172-176). Gli articoli dal 212 al 216 si interessano dell'esecuzione delle sentenze di condanna: essi confermano - specificandolo - in capo al Pubblico Ministero contabile l'onere di dare impulso all'attività esecutiva posta in essere dall'amministrazione titolare del credito rinveniente da sentenza di condanna erariale attraverso la pronta comunicazione all'amministrazione interessata di copia della sentenza munita della formula esecutiva che deve richiedere alla Sezione, inoltre egli deve vigilare ed indirizzare l'attività esecutiva con la sola eccezione dei crediti dello Stato per i quali tali compiti saranno svolti dall'Avvocatura dello Stato.

Viene inoltre prevista l'inclusione del credito erariale tra i crediti assistiti da privilegio ai sensi del libro VI, titolo III, capo II, del Codice Civile.

8. Parte ottava “Disposizioni finali”, composta del solo art. 219.

Detta una disposizione di carattere finanziario, recante l'invarianza della spesa pubblica per l'attuazione del codice.

L'**allegato 2** al decreto legislativo contiene le norme di attuazione al codice le quali, in

via prioritaria, attengono alle attività di segreteria e all'organizzazione e disciplina delle udienze. Tali norme hanno contenuto integrativo delle previsioni della parte II del Codice, relativa ai giudizi di responsabilità, che già contiene disposizioni su tali materie e si coordinano con le norme di attuazione al codice di procedura civile alle quali si rinvia, in quanto compatibili.

L'**allegato 3** al decreto legislativo contiene previsioni di diritto transitorio e abrogazioni.

Dopo questo breve *excursus* possono svolgersi alcune considerazioni conclusive che non possono non iniziare con la considerazione che con la normativa recata dal D.lgs. n. 174/2016 un altro codice di diritto processuale si aggiunge ai già numerosi riti di cui è disseminato il nostro sistema giudiziario: in tale contesto esso rappresenta sicuramente un passo avanti nella regolamentazione dei giudizi innanzi alla Corte dei Conti costituendo nella sostanza una sorta di testo unico ricognitivo, tuttavia caratterizzato da alcune novità e da alcune lacune che ne giustificano, allo stato, una valutazione in chiaroscuro in attesa che la giurisprudenza possa chiarire la portata di alcune discusse disposizioni.

Può subito osservarsi, comunque, come la gran parte delle norme emanate riguardi il giudizio di responsabilità amministrativa che si impernia su di un potere di azione attribuito dalla legge esclusivamente al Pubblico Ministero presso la Corte dei Conti, circostanza che costituisce una peculiarità dell'ordinamento italiano, risalente ad una felice intuizione del Conte di Cavour, che oggi, però, rischia di essere messa in definitiva crisi dal numero davvero esiguo di pubblici ministeri.

Le regole di tale processo sono strettamente connesse alla controversa questione della natura e delle funzioni della responsabilità amministrativa, con riguardo alla quale la ricostruzione e valutazione del regime processuale viene influenzata, ma al contempo influenza quella dell'istituto di diritto sostanziale (vedasi Corte Cost., sent. 12 giugno 2007, n. 184).

Basti ricordare che lo stesso Giudice delle Leggi ha parlato di una "*nuova conformazione della responsabilità amministrativa*" derivante dalle innovazioni normative degli anni 1994/1996, riassumendola nella "*combinazione di elementi restitutori e di deterrenza*" (sentenza n. 371 del 20 novembre 1998), secondo "*linee volte - tra l'altro - ad accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori*" (sentenza n. 453 del 30 dicembre 1998), con evidenti ricadute sotto il profilo procedurale che, talvolta, sembra sussumibile in schemi processual-civilistici, talvolta in quelli processual-penalistici, con evidenti ambiguità che il codice patisce e non risolve e che certo non giovano alla efficienza del processo, peraltro già pesantemente penalizzata, come detto, dal numero dei magistrati del Pubblico Ministero (meno di cento in tutta Italia) e, più in generale di quelli addetti alla giurisdizione contabile (circa duecento).

Inoltre, la persistente mancanza di chiarezza sui compiti che la Corte è concretamente in grado di svolgere, divisa com'è fra attività giudiziarie ed attività di controllo (anche economico-aziendale), sempre più eterogenee, non induce all'ottimismo anche perché ha fino ad oggi condizionato l'assetto magistratuale dell'istituto anche sotto il profilo ordinamentale, necessario presupposto per consentire la migliore attuazione di tutte le nuove disposizioni processuali.

Inoltre, non vengono definiti l'organizzazione e il ruolo del Pubblico Ministero, non viene introdotto un vero patteggiamento deflattivo e nemmeno un efficace rito monitorio, si rimane nell'ambito del processo civile, ma il Codice se ne distacca in istituti qualificanti quali la prescrizione e l'esecutività delle sentenze di primo grado (che è condizionata risolutivamente alla proposizione dell'appello) mentre le misure cautelari - a tutela del credito erariale - rimangono macchinose e difficili nella loro adozione ed esecuzione.

Manca poi la previsione di misure accessorie interdittive in grado di impedire che colui il quale sia stato riconosciuto responsabile di un danno erariale possa continuare a rivestire posizioni di responsabilità nella Pubblica Amministrazione ed eventualmente reiterare la condotta dannosa.

Viene allora da chiedersi se valeva la pena di scrivere un Codice per un ridotto numero di magistrati e in cui l'ispirazione ai principi del processo civile (anche nella fase istruttoria officiosa) certo non giova alla funzionalità di un giudizio che ha ormai perso buona parte della sua natura risarcitoria evolvendosi indubbiamente in chiave sanzionatoria (quando non vi è dolo o illegittimo arricchimento del responsabile del fatto dannoso il pieno reintegro del danno è pura accademia: rimane ad esempio la previsione della possibilità per il Collegio di applicare – senza precostituzione dei limiti percentuali e delle ragioni giustificatrici – il c.d. potere riduttivo di cui all'art. 83 della legge sulla contabilità dello Stato n. 2440/1923, non abrogato).

In tale contesto è fondato il timore che la conferma dell'esclusività dell'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa in capo a pochi magistrati del Pubblico Ministero contabile, relegando in questa fase l'amministrazione ad un ruolo di soggetto passivo, possa finire per una sorta di eterogenesi dei fini per ostacolare anziché favorire il reintegro del patrimonio delle pubbliche amministrazioni danneggiate!

Non può dunque non auspicarsi che, attraverso l'utilizzo del potere correttivo previsto dalla legge delega ed esercitabile entro il 6 ottobre 2018, si possa perfezionare l'impianto normativo testé esaminato accompagnandolo però con l'approvazione di indispensabili norme primarie ordinarie e con un imprescindibile rafforzamento degli organici (oggi carenti in misura quasi pari al 40%) in modo da rendere la giustizia contabile effettivamente rispondente alla superiore esigenza di assicurare una tempestiva e reale difesa della Repubblica rispetto ad ogni genere di malversazione del denaro pubblico, cioè dei contribuenti.

MARIA ROSARIA PALUMBO

Giudice del Lavoro del Tribunale di Napoli

L'INDEBITO IN MATERIA PREVIDENZIALE E ASSISTENZIALE

Sommario: 1. Brevi cenni di richiamo alla disciplina generale dell'azione di ripetizione dell'indebito. - 2. L'indebito previdenziale nelle prestazioni INPS/INAIL. - 3. Onere della prova nelle azioni di ripetizione dell'indebito.

1. Brevi cenni di richiamo alla disciplina generale dell'azione di ripetizione dell'indebito.

Gli artt. 2033-2040 c.c. attribuiscono il diritto di ripetizione al soggetto che abbia effettuato una attribuzione patrimoniale in assenza (originaria o sopravvenuta) di causa o in relazione a un rapporto obbligatorio nel quale non era debitore. L'indebito pagamento di una somma di danaro, che è poi la fattispecie che viene (principalmente) in considerazione in materia previdenziale, è disciplinato dagli artt. 2033 e 2036 c.c., dai quali si possono enucleare i seguenti principi generali:

1) è indebito oggettivo sia il pagamento del tutto privo di causa (inesistenza/invalidità/inefficacia originaria o sopravvenuta del rapporto obbligatorio) sia il pagamento eseguito dal debitore a favore di soggetto non creditore;

2) nell'indebito oggettivo è irrilevante l'elemento psicologico del *solvens*, in quanto l'azione di ripetizione è riconosciuta anche al soggetto che abbia volontariamente eseguito il pagamento nella consapevolezza della invalidità originaria o sopravvenuta del rapporto obbligatorio (appare questa infatti l'interpretazione più corretta, coerente con il disposto degli artt. 2034 e 2035 c.c. che si riferiscono a fattispecie di esecuzione di contratti nulli o inesistenti e discriminano non in base alla consapevolezza della nullità ma in base all'oggetto della obbligazione ed altresì coerente con l'art. 2036 c.c. che, a differenza dell'art. 2033 c.c. attribuisce espressamente rilevanza all'errore e alla natura dell'errore);

3) nell'indebito oggettivo lo stato psicologico dell'*accipiens* viene considerato unicamente al fine della decorrenza degli accessori e unicamente sotto il profilo della conoscenza della natura indebita del pagamento, con un richiamo alla nozione di buona/malafede in materia possessoria (conoscenza o ignoranza della circostanza);

4) è indebito soggettivo il pagamento eseguito da un soggetto non debitore a favore di chi è creditore;

5) nell'indebito soggettivo l'elemento psicologico sia del *solvens* che dell'*accipiens* hanno invece rilevanza, in quanto segnano la linea di passaggio dalla tutela del patrimonio alla tutela del soggetto effettivamente creditore. Infatti, la natura indebita del pagamento non può essere opposta e l'azione di ripetizione non è riconosciuta né nell'ipotesi di errore non scusabile da parte del *solvens* nell'adempimento di una obbligazione altrui, né nell'ipotesi in cui l'*accipiens* (in ragione dell'intervenuto pagamento) si sia privato in buona fede delle garanzie del credito (con surrogazione legale di chi ha pagato art. 2036 c.c. ultimo comma).

L'indebito "previdenziale" ha, salvo ipotesi secondarie, la struttura di un indebito oggettivo in quanto l'attribuzione patrimoniale è priva di causa ovvero parzialmente privo (per la parte che supera il dovuto) di un corrispondente diritto di credito.

Benché disciplinato da una legislazione speciale e da norme di diritto pubblico, il rapporto previdenziale ha mantenuto l'originaria struttura di rapporto di assicurazione (trilaterale o bilaterale) e, pur trattandosi di un rapporto a costituzione automatica e a contenuto indisponibile

e normativamente predefinito (l'autonomia individuale solo in limitatissimi casi eccezionali può incidere sul soggetto o sull'oggetto del rapporto), è stata conservata quale norma di chiusura l'art. 1886 c.c., che prevede l'applicazione del diritto privato anche alle assicurazioni sociali in assenza di disposizioni speciali. Inoltre, l'azione di ripetizione dell'indebito è di applicazione generale e la relativa disciplina rimane quindi la disciplina di riferimento ogni qualvolta non sia derogata da norme speciali, anche per quanto riguarda i rapporti di assicurazione obbligatoria.

2. L'indebito previdenziale nelle prestazioni INPS/INAIL

Già con una delle prime leggi di sistema, il R.D. n. 3184/23, e più precisamente con il relativo regolamento di attuazione, il R.D. n. 1422/24, è stata introdotta, all'art. 80, una norma speciale in deroga alla disciplina generale dell'indebito.

La finalità della disposizione è stata da subito individuata nella necessità di tutela dello stato di bisogno del destinatario della prestazione previdenziale, percettore in buona fede di somme superiori a quelle spettanti, che viene esonerato dall'obbligo di restituzione, ritenuto troppo gravoso per la (presunta) naturale destinazione di quanto ricevuto al soddisfacimento delle esigenze elementari di vita propria e dei familiari. In un contesto nel quale veniva assicurato, nel settore privato, il solo lavoro operaio o prevalentemente manuale e, per le qualifiche impiegatizie e assimilate, il solo lavoro con retribuzione non superiore a certi limiti (R.D. n. 376/07, D.L. n. 603/19, artt. 1 e 2 R.D. n. 3184/23), il fondamento presuntivo della norma derogatoria era coerente con la modesta entità dei trattamenti pensionistici e l'estrazione economico-sociale dei destinatari.

L'ultimo comma dell'art. 80 cit., seconda parte, disponeva che, decorso l'anno dall'avviso di liquidazione senza revoche o rettifiche, l'assegnazione della pensione fosse da considerare definitiva e che le successive rettifiche di eventuali errori, non dovuti a dolo dell'interessato, non avessero effetto sui pagamenti effettuati.

Nonostante con l'art. 141 del R.D.L. n. 1827/35 sia stata espressamente disposta l'abrogazione del R.D. del 1923, di cui il R.D. n. 1422/24 costituiva regolamento di attuazione, la giurisprudenza di legittimità, in assenza di altra norma analoga, ha affermato la sopravvivenza dell'art. 80 cit. all'indebito in materia previdenziale e ha continuato l'applicazione, severamente criticata da parte della dottrina, in un contesto normativo e di organizzazione e procedure amministrative diverso da quello originario.

Dopo varie incertezze (v. ad es. in senso particolarmente ampio Cass. n. 1217/69), la norma viene interpretata in modo aderente alla sua formulazione letterale, negando che il termine "errore" possa comprendere valutazioni o omissioni di valutazioni incidenti sul diritto alla pensione o a quote della stessa. Affermata la natura eccezionale della disposizione, l'ambito di operatività viene circoscritto, sul piano oggettivo, agli errori di calcolo o incidenti esclusivamente sul *quantum* intervenuti in fase di liquidazione o riliquidazione del trattamento pensionistico (Cass. SS.UU. n. 310/89 e n. 2701/89). Restano quindi esclusi i pagamenti eseguiti per erronea attribuzione del trattamento non solo per inesistenza del rapporto di assicurazione, ma anche per insussistenza dei presupposti per il pensionamento e soprattutto tutti gli errori (compresi i ritardi) di riliquidazione per modificazioni nello stato di fatto o di diritto.

Viene anche precisato che, essendo la norma eccezionale, la stessa non può essere estesa a rapporti diversi da quelli intercorrenti con l'INPS (già INFPS, già Cassa Nazionale di previdenza).

I contrasti giurisprudenziali, soprattutto fra la giurisprudenza di merito e di legittimità, rispetto ai quali prevale questa interpretazione, si collocano in un periodo storico caratterizzato da notevole contenzioso quando, con l'ampliamento dei compiti dell'INPS, con la sempre maggiore

articolazione legislativa e con l'estensione della tutela a sempre nuove categorie di lavoratori (nel 1950 viene abolito il limite di reddito per gli impiegati, dal 1957 al 1966 vengono istituite le Casse per coltivatori diretti, mezzadri e coloni, artigiani e commercianti), l'errore o, più sovente, il ritardo nell'adeguamento dei trattamenti pensionistici da parte dell'Istituto, che sconta una notevole inefficienza di organizzazione e azione amministrativa, diventano fenomeni frequenti e di rilevanza sociale.

Si tratta di ipotesi che rimangono fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 80 in quanto conseguenti ad errori (o ritardi) di riliquidazione incidenti sul diritto alla prestazione.

L'art. 80 cit. viene anche indiziato di incostituzionalità per disparità di trattamento rispetto alle disposizioni emanate per i pubblici dipendenti e precisamente rispetto all'art. 206 D.P.R. n. 1092/73 che, salvo sempre il caso di dolo dell'assicurato, esclude la ripetizione delle somme indebitamente erogate a seguito di revoca o modifica per errore, di qualsiasi natura, di un precedente provvedimento definitivo di liquidazione o riliquidazione. La Corte Costituzionale dichiara, però, l'eccezione inammissibile poiché l'art. 80 è norma regolamentare (ord. n. 854/88).

In questo contesto interviene il legislatore introducendo con l'art. 52 L. n. 88/89 una nuova disciplina. Dispone il primo comma: *“Le pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti, delle gestioni obbligatorie sostitutive o, comunque, integrative della medesima, della gestione speciale minatori, delle gestioni speciali per i commercianti, gli artigiani, i coltivatori diretti, i mezzadri e coloni nonché la pensione sociale, di cui all'art. 26 della L. 30 aprile 1969 n. 153, possono essere in ogni momento rettificata dagli enti o fondi erogatori, in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione.”* E il secondo comma *“Nel caso in cui, in conseguenza del provvedimento modificato, siano state riscosse rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo a recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. Il mancato recupero delle somme predette può essere addebitato al funzionario responsabile solo in caso di dolo o colpa grave”*. Analoga disposizione è dettata per l'INAIL dal successivo art. 55, comma 5.

È palese il capovolgimento di prospettiva: gli artt. 52 e 55 cit. sono norme eccezionali rispetto all'art. 2033 e segg. c.c. e introducono, in materia di trattamenti pensionistici INPS e di trattamenti INAIL, un principio diametralmente opposto: quello della generale non ripetibilità dei pagamenti non dovuti, salvo il dolo dell'assicurato.

L'ampiezza della deroga all'obbligo di restituzione viene però ridotta, nel volgere di un paio d'anni, all'art. 13 L. n. 412/91, che, qualificandosi come norma di interpretazione autentica, limita l'ambito di applicazione dell'art. 52 L. n. 88/89 agli indebiti pagamenti successivi a provvedimenti formali e definitivi, comunicati all'interessato, e prevede inoltre che *“l'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite”*. È noto che con sentenza n. 39/93 la Corte Costituzionale, esclusa la natura interpretativa, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13 primo comma L. n. 412/91, per violazione degli art. 3 e 38 Cost., nella parte in cui disciplinava retroattivamente i rapporti antecedenti alla sua entrata in vigore, creando una disparità di trattamento fra pensionati in identiche situazioni sostanziali, in ragione solo della data in cui per alcuni di essi era stata sancita l'irripetibilità delle prestazioni, e frustrando inoltre l'affidamento sulla certezza del diritto in una vasta categoria di cittadini a reddito non elevato.

L'ampia estensione sotto il profilo oggettivo dell'art. 52 (e per conseguenza logica anche dell'art. 55) è stata confermata, poco dopo la sua entrata in vigore, dalla Corte Costituzionale.

Respingendo, perché non fondata, un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 52 per violazione degli artt. 3 (disparità di trattamento con i pubblici dipendenti) e 38 Cost., la Corte

afferma: “*La disposizione in esame risolve radicalmente la problematica insorta in materia di rettifica di errori in cui può incorrere l'ente erogatore delle pensioni e in quella conseguente della ripetibilità delle somme riscosse dal pensionato. Si sancisce che non sono ripetibili le somme riscosse, qualunque sia stata la ragione dell'errore e qualunque sia stato il provvedimento, sul quale ha inciso l'errore dell'ente, compresa la ritenuta sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto, compresi e i provvedimenti di annullamento e di revoca delle prestazioni previdenziali non seguiti da altri atti amministrativi. In altri termini, è sancita l'irripetibilità delle somme erogate, sia che l'errore sia caduto sull'an sia sul quantum*”.

Questa interpretazione è del tutto condivisa dalla Corte di Cassazione che, in numerose pronunce, enuncia lo stesso principio in via generale (*ex multis* fra le prime Cass. n. 4805/89, n. 1578/91), e ne fa poi applicazione in ipotesi specifiche, ritenute precedentemente estranee all'art. 80: l'errore di calcolo della perequazione automatica (Cass. n. 11443/95), la parziale sovrapposizione di due trattamenti incompatibili (pensione sociale e pensione di invalidità, Cass. n. 12812/93, Cass. n. 8158/94, n. 8954/94).

In linea di principio vengono escluse solo l'inesistenza del rapporto assicurativo e l'erogazione fatta a persona nei riguardi della quale non sia iniziato un procedimento di liquidazione (Cass. n. 1578/91, n. 1420/93 e per tutte Cass. SS.UU. n. 1315/95).

È sorto invece un forte contrasto, sia nella giurisprudenza di merito che in quella di legittimità, sull'efficacia temporale delle nuove norme.

Intervengono quindi le sezioni unite della Cassazione a dirimere il contrasto.

Infatti, nella sentenza n. 1315/95, esse escludono radicalmente la possibilità di applicare l'art. 52 a pagamenti indebiti anteriori all'entrata in vigore della L. n. 88/89 e concludono, quindi, che è al momento dell'esecuzione del pagamento, poi risultato indebita, che si deve fare riferimento per stabilire quale sia la legge applicabile.

La conseguenza è che i pagamenti indebiti eseguiti prima del 28.03.1989 restano disciplinati dall'art. 80 (secondo l'interpretazione giurisprudenziale di cui sopra), mentre quelli successivi sono disciplinati dall'art. 52 (e per l'INAIL conseguentemente dall'art. 55). Di questi principi viene fatta immediata applicazione dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 1965/1995, in pari data 21.10.1994.

Questa rigorosa interpretazione s'inserisce però in una situazione di perdurante pendenza di numerosissime controversie in materia di ripetizione di prestazioni previdenziali indebite e crea una netta frattura fra situazioni sostanzialmente analoghe e quindi una contrapposizione di rilievo non solo giuridico ma anche sociale fra pensionati tutti esposti ad azioni di recupero nello stesso periodo o in periodi contigui, il cui obbligo restitutorio si è determinato per le stesse erronее modalità di condotta dell'Ente previdenziale e le cui posizioni vengono distinte unicamente in base a un dato temporale (anzi, la distinzione opera spesso anche in relazione all'indebito in materia previdenziale e assistenziale in un unico trattamento, quando parte dell'indebito è stata erogata prima e parte dopo il 28.03.1989).

L'applicazione della disciplina generale di cui agli artt. 52 e 55 L. n. 88/89 come integrata dall'art. 13 L. n. 412/91 è stata, come noto, “sospesa” da provvedimenti legislativi successivi.

L'art. 1, L. n. 662/96, commi 260, 261, 262, 263 e 265, ha infatti disposto con criteri del tutto diversi per l'indebito pagamento di pensioni, quote pensioni, trattamenti di famiglia o rendite eseguito anteriormente al 01.01.1996 da parte di enti pubblici di previdenza obbligatoria: è esclusa la ripetizione nei confronti di titolari di reddito personale imponibile per l'anno 1995 non superiore a 16 milioni di lire, mentre la ripetizione è prevista nei limiti dei tre quarti del corrisposto per i fruitori di redditi superiori; non si procede a recupero nei confronti degli eredi. Il recupero, senza interessi, avviene mediante trattenuta sulla pensione nei limiti del quinto del suo importo e

per l'eventuale residuo è rateale su ventiquattro mesi, salva la possibilità di ulteriore dilazione se necessaria per non superare il limite del quinto. È sempre eccettuata, anche per quanto riguarda gli eredi, l'ipotesi di dolo dell'assicurato. Per quanto riguarda le ipotesi di dolo va registrata una disarmonia fra il comma 260 e il comma 265.

Mentre il comma 260 si riferisce genericamente a tutti gli enti di previdenza obbligatoria, il comma 265 dispone che si proceda al recupero dell'intera somma qualora venga accertato il dolo del soggetto che abbia indebitamente percepito i "trattamenti INPS, INAIL e pensionistici di guerra" (per i quali ultimi il comma 264 detta una disciplina ancor più favorevole). Ora, poiché la volontà legislativa di comprendere nella disciplina tutti i trattamenti menzionati nel comma 260 emerge dal generico riferimento agli enti di previdenza e dall'assenza di distinzioni fra i trattamenti medesimi, si deve ritenere che le indicazioni specifiche contenute nel comma 265 siano frutto di una carente tecnica legislativa (l'ipotesi del dolo era oltretutto già stata esclusa dal precedente comma 264 per le pensioni di guerra) o che abbiano al più una funzione esemplificativa, ma non certo limitativa né nel senso di circoscrivere l'ambito d'applicazione della intera disciplina solo ai trattamenti INPS, INAIL e di guerra, né, tanto meno, nel senso di non consentire la ripetizione nel caso di dolo dell'assicurato per i trattamenti erogati da enti di diversi (Cass. SS.UU. n. 2333/97, Cass. SS.UU. n. 30/00).

Successivamente l'art. 38, L. n. 448/01, commi 7, 8, 9 e 10 ha reiterato la disciplina appena illustrata, con lo stesso limite di reddito e per i periodi anteriori al 01.01.2001, ma in base al comma 7 unicamente per le "prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia a carico dell'INPS" e il riferimento ai soli trattamenti INPS è ribadito dal comma 10, che eccettua le ipotesi di dolo (con questa legge all'art. 80, comma 25, è stata anche introdotta una ipotesi di assoluta non ripetibilità in caso di estinzione del giudizio per abbandono della lite nelle controversie aventi per oggetto l'applicazione della L. n. 257/92 - rivalutazione periodi assicurativi amianto - ai lavoratori già pensionati).

La particolarità di questa tecnica legislativa di regolare solo eventi passati (i pagamenti indebiti) ma senza efficacia retroattiva, mantenendo per quelli che si sono verificati dopo una certa data o che si verificheranno in futuro, la disciplina precedente ha creato e crea problemi di coordinamento e di delimitazione dell'ambito di operatività delle diverse disposizioni.

Una netta frattura si è determinata nella giurisprudenza di legittimità sia in ordine al coordinamento con la normativa "precedente", sia in ordine all'efficacia temporale delle nuove disposizioni.

Il contrasto è stato risolto da Cass. SS.UU. n. 30/00 che ha enucleato alcuni principi, del tutto condivisibili:

1) la disciplina posta dalla L. n. 662/96, e conseguentemente dalla successiva L. n. 448/01, è interamente sostitutiva di quella di cui all'art. 52 (e all'art. 55) della L. n. 88/89 integrata dall'art. 13, L. n. 412/91, e non è meramente residuale per le ipotesi in cui, in applicazione di quest'ultima, si configuri un indebito ripetibile a danno dell'assicurato;

2) la disciplina in oggetto non ha effetto retroattivo e si applica quindi solo a pagamenti indebiti per i quali non si sia già ottenuto il recupero prima della sua entrata in vigore;

3) la legittimità dei recuperi già eseguiti va quindi valutata in base alle leggi anteriori;

4) posto che ogni singolo indebito pagamento in materia previdenziale e assistenziale costituisce un autonomo indebito, per i recuperi in corso al momento dell'entrata in vigore della L. n. 662/96 (o della L. n. 448/01) e per i quali sia stata già proposta azione per contestare la ripetibilità, si applicano gli artt. 52 L. n. 88/89 e 13 L. n. 412/91, se anteriori alla domanda giudiziale, e le norme successive, se posteriori alla stessa (per il principio della retroattività degli effetti della sentenza);

5) per gli indebiti successivi all'01.01.1996 (o all'01.01.2001) s'applicano nuovamente gli artt. 52, L. n. 89/88 e 13, L. n. 442/91 (in precedenza si era già pronunciata nello stesso senso Cass. SS.UU. n. 2333/97 chiamata a dirimere però un altro contrasto).

Per "interamente sostitutiva" s'intende non solo che non vi è possibilità di coesistenza con le norme precedenti, ma anche che la L. n. 662/96 ha introdotto criteri incompatibili: l'indebita erogazione di somme non dovute viene assunta nella accezione più ampia, a prescindere dall'esistenza di un errore e della sua addebitabilità all'Ente di previdenza, essendo eccezzuate solo le ipotesi di dolo e di inesistenza del rapporto previdenziale (Cass. n. 328/02). Si ritiene quindi che incidano sul diritto al recupero unicamente i limiti di reddito e di restituzione indicati dalla norma. Qualsiasi prestazione indebita è o no recuperabile (per 3/4) non per caratteristiche specifiche proprie di disciplina legislativa (superamento di limiti di reddito, pro rata esteri, ecc.) o di fattispecie concreta (ad es. duplicazione per errore di digitazione v. Cass. n. 586/98) ma esclusivamente con riferimento alle condizioni reddituali del percettore (Cass. SS.UU. n. 30/00, Cass. n. 14759/99, Cass. n. 9967/00, Cass. n. 2921/03). I limiti di reddito (netto imponibile Irpef), che vanno provati dal pensionato che li eccepisce, vanno poi definiti secondo le norme vigenti che escludono la computabilità di alcune erogazioni quali i trattamenti di famiglia, la casa d'abitazione, il t.f.r., gli arretrati soggetti a tassazione separata ecc. (in questo senso anche le circolari del Ministero del Lavoro nn. 96/97 e 154/97 e degli Istituti, v. circ. INPS n. 84 24.4.02, circ. INAIL n. 73 7.8.97).

Per quanto riguarda poi la delimitazione oggettiva/soggettiva dell'ambito di applicazione delle diverse discipline non vi è una totale sovrapposizione e una generalità di applicazione a tutti i trattamenti pensionistici del settore privato e di quello pubblico (a prescindere dalle pensioni di guerra che comunque non hanno fondamento assicurativo ma risarcitorio, art. 1, D.P.R. n. 834/81).

Innanzitutto va osservato che la L. n. 448/01, per la sua precisa formulazione letterale, non pare possa essere estesa a trattamenti diversi da quelli erogati dall'INPS, con la conseguenza che per i trattamenti erogati dallo Stato, dall'INPDAP, dall'INAIL per i periodi successivi all'01.01.1996 s'applica la disciplina generale anteriore che per i primi due è quella di cui all'art. 206, D.P.R. n. 1092/73, come interpretato dall'art. 3, L. n. 428/85 e per il terzo è l'art. 55 L. n. 88/89.

In secondo luogo non pare che vi sia una totale sovrapposizione di tipologia di trattamenti e ciò tanto fra l'art. 52, L. n. 88/89 e l'art. 1, comma 260, L. n. 662/96 (e 38, L. n. 448/01) quanto fra quest'ultimo e l'art. 55, L. n. 88/89.

L'art. 52, L. n. 88/89 circoscrive il proprio ambito di applicazione alle pensioni e ha una differente formulazione rispetto al comma 260 dell'art. 1, L. n. 662/96, che è più ampio e comprende espressamente anche i trattamenti di famiglia (Cass. n. 12341/97). Ed è noto che Cass. SS.UU. n. 1316/95 ha affermato la natura di prestazione autonoma dei trattamenti di famiglia rispetto al trattamento pensionistico in ragione della soppressione delle quote di maggiorazione per carichi di famiglia ex art. 4, L. n. 114/74, della loro sostituzione con gli assegni famigliari (oggi assegno per il nucleo familiare) e del passaggio delle erogazioni alla cassa unica per gli assegni familiari, con conseguente inapplicabilità sia dell'art. 80, che dell'art. 52.

Delineato il coordinamento fra le diverse discipline che possono a tutt'oggi trovare applicazione nel contenzioso in materia di prestazioni previdenziali indebite, si possono svolgere alcune ulteriori riflessioni su quella che dovrebbe essere la disciplina generale per i trattamenti pensionistici INPS e per i trattamenti INAIL di cui agli artt. 52, 55, L. n. 88/89 e 13, L. n. 412/96, secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione.

Il principio di sistema che è stato enucleato ruota su due "pilastri": la ripetizione dell'indebito è esclusa in presenza di una situazione di fatto non addebitabile al percettore della

prestazione non dovuta e, escluso il dolo, è irrilevante lo stato di buona o malafede di quest'ultimo. E questa seconda affermazione è argomentata con la seconda parte del primo comma dell'art. 13, L. n. 412/91: "*L'omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetizione delle somme indebitamente percepite*".

È vero invece che l'indebito previdenziale presuppone l'errore del *solvens*: lo presupponeva espressamente l'art. 80 sia per la formulazione letterale, sia perché concepito vigente il codice del 1865, lo presuppongono espressamente gli artt. 52 e 55 (del resto non si vede come possa essere configurata una fattispecie di pagamento volontario di prestazioni previdenziali indebite senza che ricorra una ipotesi di reato per il funzionario che le ha disposte).

È altrettanto vero che, dalla seconda parte dell'art. 13 si desume l'irrilevanza dello stato soggettivo dell'*accipiens*, e quindi si esclude che costituisca una ipotesi di presunzione (assoluta) di dolo del percipiente (quale invece viene adombrata nelle circolari degli Istituti e anche ad es. da Cass. n. 11498/96).

Strutturata in questo modo, la disciplina dell'indebito previdenziale appare traslata da quella dell'art. 2033 c.c. a quella dell'indebito soggettivo di cui all'art. 2036 c.c. È propria dell'indebito soggettivo la rilevanza dell'errore (che lo distingue dal pagamento del terzo ex art. 1180 c.c.) ed altresì la tutela dell'affidamento dell'*accipiens* (sia pure attraverso l'indebito in materia previdenziale e assistenziale inescusabilità e non attraverso la riconoscibilità dell'errore), con irrilevanza del suo stato soggettivo. È vero che si tratta di fattispecie diverse, perché il pensionato che riceve una prestazione, in tutto o in parte, non dovuta non è creditore per ciò che non gli spetta, ma l'esigenza primaria di tutelarne l'affidamento, anche rispetto alle erogazioni indebite (per la presumibile destinazione delle stesse alle esigenze primarie), è costante perno della giurisprudenza esaminata ed è in definitiva il prevalere di questa tutela che giustifica la disciplina in deroga all'art. 2033 c.c. In questa prospettiva l'indebito previdenziale è stato assimilato all'indebito soggettivo per il quale è normativamente prevista un'unica fattispecie d'errore scusabile, individuato dalla seconda parte dell'art. 13 e tale presunto *ius et de iure*.

Passando all'esame dell'ipotesi assolutamente impeditiva dell'applicazione della disciplina derogatoria dell'indebito previdenziale, ossia il dolo dell'assicurato, va rilevato che non si rinvencono pronunce che abbiano affrontato il problema della definizione della fattispecie astratta.

Escluso che possa avere rilevanza e quindi che possa essere considerato dolo, il mero stato di conoscenza dell'errore, la malafede, rimangono quali riferimenti normativi gli artt. 1439, 1892 c.c. e l'art. 43 c.p. L'ipotesi del dolo, che qui interessa, partecipa necessariamente delle caratteristiche essenziali di tutte le norme richiamate.

Fra le varie pronunce della giurisprudenza di legittimità, appare particolarmente esaustiva la n. 11498/96, che, facendo applicazione dei principi appena richiamati, in relazione alla condotta omissiva del pensionato (il silenzio e il comportamento reticente) evidenzia e distingue l'ipotesi della colpa da quella del dolo, essendo propri solo del secondo la rappresentazione e la volontà dell'induzione in errore dell'ente al fine di ottenere l'erogazione delle prestazioni non dovute. La dichiarazione omessa, reticente o anche falsa può essere, infatti, compatibile con la colpa, qualora determinata da ignoranza o motivata da ragioni che prescindono dalla volontà d'induzione in errore dell'ente, errore che il dichiarante, per circostanze particolari da accertare nel caso concreto, potrebbe non essersi nemmeno rappresentato (v. anche Cass. n. 18111/99). Una volta però ritenuti provati il dolo e l'induzione in errore fra loro in nesso causale (nesso causale che può ad es. essere escluso qualora sia particolarmente agevole verificare lo stato di fatto o la falsità delle dichiarazioni) diviene irrilevante l'eventuale negligenza del *solvens*. La valutazione comparativa

dell'efficienza causale delle condotte dei due soggetti del rapporto compendia il giudizio di addebitabilità dell'errore che delimita il campo di applicazione della disciplina derogatoria.

In generale comunque la falsità delle comunicazioni indirizzate all'Istituto viene considerata sufficiente per un giudizio presuntivo di dolo ex art. 2729 c.c. (v. ad es. Cass. n. 1997/9734, n. 3728/97) con conseguente onere per l'*accipiens* di allegare e provare circostanze idonee a dimostrare che la falsità è ascrivibile a colpa (disattenzione, negligenza, ignoranza). Inoltre, sempre sul piano dell'onere della allegazione e della prova, è stato specificato che l'assenza di dolo è elemento costitutivo della fattispecie di non ripetibilità, con la conseguenza che può essere accertata d'ufficio dal giudice, anche in mancanza di tempestiva deduzione da parte dell'Ente previdenziale e senza, peraltro, che ciò comporti un onere della prova di un fatto negativo a carico del pensionato (Cass. n. 3728/97, Cass. n. 12790/99).

L'acquisizione dolosa di indebite prestazioni previdenziali è oggetto di fattispecie penali (buona parte delle quali è stata peraltro depenalizzata ex L. n. 509/99) e poiché l'ipotesi ricorrente è quella del dolo di frode, si deve ricordare che quando sussistono gli elementi costitutivi di un fatto reato (art. 640, cpv. n. 1, c.p.) l'obbligo di restituzione scaturisce anche ex art. 185 c.p.

Ci si può chiedere se una nozione così restrittiva dello stato soggettivo, assunto quale discrimine dell'irripetibilità, abbia ancora una sufficiente giustificazione in un contesto economico sociale molto mutato, nel quale coesistono all'interno dell'AGO situazioni molto diverse e non equiparabili, fra pensionati che godono di trattamenti minimi e pensionati che godono di trattamenti di considerevole entità, fra pensionati che, per il livello di istruzione, estrazione sociale e vissuto professionale, sono in grado di avvedersi tempestivamente degli errori dell'Ente previdenziale, ancorché non da loro determinati, e pensionati che non hanno capacità e strumenti culturali per avvedersene. La malafede, intesa come conoscenza della natura indebita dell'erogazione, di fronte a uno o pochi atti solutori è diversa dalla malafede di fronte a una continua reiterazione di atti solutori non dovuti, soprattutto se non ricorre per chi li riceve l'esigenza di tutela ex art. 38 Cost. perché titolare di un trattamento previdenziale di entità tale da non legittimare una presunzione di necessaria destinazione alle esigenze primarie di vita. E ciò è tanto più vero in relazione a un'evoluzione giurisprudenziale che ha via via sempre maggiormente valorizzato, quanto all'azione amministrativa degli Istituti, i principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti di assicurazione sociale.

Ma, più in generale, ci si deve interrogare sulla disarmonia della disciplina dell'indebito previdenziale rispetto all'evoluzione del sistema di sicurezza sociale considerato nel suo insieme. Ma queste sono considerazioni di carattere metagiuridico.

3. Onere della prova nelle azioni di ripetizione dell'indebito

Uno dei nodi cruciali su cui si è sempre impegnati sia in dottrina che in giurisprudenza è il problema dell'onere della prova nelle azioni di ripetizione dell'indebito, e per quel che ci interessa in particolare nelle azioni di accertamento negativo dell'indebito previdenziale.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 18046 del 4 agosto 2010, affrontano la tematica dell'indebito previdenziale (in particolare in relazione alla ripetizione di somme assunte come indebitamente corrisposte dall'INPS a titolo di integrazione al minimo su pensione di invalidità ordinaria) sotto lo specifico profilo del riparto dell'onere della prova.

Si poneva, cioè, la questione se l'onere di provare la spettanza del diritto alla ripetizione dell'indebito previdenziale, competesse all'Istituto richiedente ovvero al pensionato. Secondo l'indirizzo inaugurato da Cass. Civ. Sez. Lav. n. 19762/2008 e confermato dalle Sezioni Unite, per risolvere il problema del riparto dell'*onus probandi*, occorre riguardare alla posizione sostanziale delle parti e non a quella processuale.

In tale prospettiva, avendo come baricentro della valutazione, la posizione sostanziale, emerge che, al fine di paralizzare la pretesa restitutoria dell'Istituto, sarà onere del pensionato allegare e provare il titolo giustificativo della prestazione erogata assunta come indebita dall'ente erogante. (Cass. Civ. SS.UU. n. 18046 del 4 agosto 2010 "*In tema d'indebito previdenziale, nel giudizio instaurato, in qualità d'attore, dal pensionato che miri ad ottenere l'accertamento negativo del suo obbligo di restituire quanto l'Ente previdenziale abbia ritenuto indebitamente percepito, l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto a conseguire la prestazione contestata, ovvero l'esistenza di un titolo che consenta di qualificare come adempimento quanto corrisposto, è a suo esclusivo carico*". (Nella fattispecie le SS.UU. hanno ritenuto che spettasse al pensionato-attore l'onere di provare il mancato superamento della soglia del reddito per l'attribuzione della quota d'integrazione al minimo, contestata dall'Ente previdenziale in sede di richiesta stragiudiziale di ripetizione della maggior somma erogata). È opportuno chiarire anzitutto che lo specifico problema da esso posto riguarda il regime dell'onere della prova nell'azione promossa, da chi abbia ricevuto un pagamento, per accertamento negativo del diritto del convenuto a ripetere, siccome indebito, quanto pagato.

Più precisamente, nel caso di specie, per l'accertamento negativo del diritto dell'Ente previdenziale di ripetere quanto corrisposto all'assicurato a titolo di integrazione al minimo della pensione di invalidità, in assenza dei presupposti reddituali per l'integrazione. Si tratta quindi di una azione con la quale si mira a far accertare l'assenza di obblighi restitutori, in relazione ad una specifica prestazione ricevuta dalla controparte.

L'azione di ripetizione dell'indebito, regolata dall'art. 2033 c.c., è generalmente considerata un rimedio contro ingiustificati spostamenti patrimoniali, in conformità ad un principio generale di causalità delle relative attribuzioni. Colui che agisce in ripetizione, chiedendo la condanna alla restituzione di quanto pagato, deduce quindi necessariamente l'inesistenza del diritto della controparte a conseguire l'attribuzione patrimoniale della quale ha beneficiato, ossia l'inesistenza di un titolo che la giustifichi.

Ciò trova puntuale conferma nel costante orientamento della giurisprudenza che considera l'inesistenza della *causa debendi* elemento costitutivo (unitamente all'avvenuto pagamento e al collegamento causale) della domanda di indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) e che grava pertanto l'attore della relativa prova (Cass. n. 1557/1998; conf. nn. 12521/1998; 11029/2000; 9604/2000; 17146/2003; 14597/2005; 5896/2006; 2903/2007).

Nella specifica materia dell'indebito previdenziale, la giurisprudenza, fino alla sentenza della Cassazione n. 19762/2008, ha sempre ritenuto che, nel giudizio promosso per l'accertamento dell'illegittimità della ripetizione dell'indebito pretesa dall'Ente previdenziale a seguito della avvenuta corresponsione di somme non dovute, spetti all'attore in base al principio generale di cui all'art. 2697 c.c., l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi del diritto la cui sussistenza esclude l'indebito (Cass. nn. 11504/2004; 2032/2006; 4612/2006).

La cit. sentenza n. 19762/2008 ha abbandonato questo indirizzo, ritenendo non condivisibile la premessa secondo cui nelle azioni di accertamento negativo la distribuzione dell'onere probatorio debba avvenire in relazione al ruolo processuale (di attore o convenuto) assunto dalle parti, e patrocinando invece una soluzione in base alla quale il suddetto onere dovrebbe esser collegato alla loro posizione sostanziale.

Deve allora essere affermato il principio secondo cui in tema di indebito, anche previdenziale, ove l'*accipiens* chieda l'accertamento negativo della sussistenza del suo obbligo di restituire quanto percepito egli deduce necessariamente in giudizio il diritto alla prestazione già ricevuta, ossia un titolo che consenta di qualificare come adempimento quanto corrispostogli dal convenuto, sicché egli ha l'onere di provare i fatti costitutivi di tale diritto.

È utile, altresì, ricordare che la S.C., con sentenza 20/1/2011, n. 1228 (che ha di fatto seguito alla sentenza delle SS.UU. n. 18046 del 4/8/2010) ha ribadito che in tema di indebito previdenziale, il pensionato, ove chieda, quale attore, l'accertamento negativo della sussistenza del suo obbligo di restituire quanto percepito, ha l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto alla prestazione già ricevuta ovvero l'esistenza di un titolo che consenta di qualificare come adempimento quanto corrispostogli, e tuttavia, ha precisato che, pur gravando sul pensionato l'onere della prova dell'esistenza del diritto a percepire integralmente la prestazione, è necessario che comunque nel provvedimento amministrativo di recupero del credito l'Istituto previdenziale non si sia limitato a contestare genericamente l'indebito ma abbia precisato gli estremi del pagamento, corredati dall'indicazione, sia pure sintetica, delle ragioni che non legittimerebbero la corresponsione delle somme erogate, così da consentire al debitore di effettuare i necessari controlli sulla correttezza della pretesa, il cui accertamento ha carattere doveroso per il giudice, rispondendo a imprescindibili esigenze di garanzia del destinatario dell'atto di soppressione o riduzione del trattamento pensionistico in godimento.

La Corte d'Appello di Roma nella recentissima sentenza del 12.5.2015 (Estensore Presidente Amelia Torrice) ha applicato i suddetti principi.

“...L'indebito dedotto in giudizio è ripetibile proprio in applicazione dell'articolo 13, comma 1, della legge n. 412 del 1991, disposizione invocata dall'appellante. Questa disposizione, dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 39 del 1993 nella parte in cui è applicabile anche ai rapporti sorti precedentemente alla sua entrata in vigore o comunque pendenti alla stessa data, ha ridotto la portata dell'art. 52, comma 2, stabilendo che le sue disposizioni si interpretano nel senso che la sanatoria ivi prevista opera in relazione alle somme corrisposte in base a formale, definitivo provvedimento del quale sia data espressa comunicazione all'interessato e che risulti viziato da errore di qualsiasi natura imputabile all'ente erogatore, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato. L'omessa od incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione goduta, che non siano già conosciuti dall'ente competente, consente la ripetibilità delle somme indebitamente percepite”

Deve quindi ritenersi che quando la indebita erogazione derivi dalla omessa o incompleta segnalazione di atti che l'interessato ha l'onere di comunicare all'Ente previdenziale, quest'ultimo può procedere al recupero dell'indebito senza alcuna limitazione temporale, in quanto la omissione viene in sostanza equiparata dal legislatore al dolo, che consente in ogni caso la recuperabilità, venendo meno il presupposto dell'errore imputabile all'Istituto (Cass. nn. 10721/2005, 25309/2009).

STEFANIA SOTGIA
Avvocato INPS

L'ACCESSO CIVICO E L'ACCESSO DISCIPLINATO DALLA LEGGE N. 241/1990

Sommario: - 1. *Il principio di trasparenza.* - 2. *L'accesso ai documenti amministrativi.* - 3. *L'accesso civico.* - 3.1. *L'accesso civico dopo il D.Lgs. n. 97/2016.* - 4. *L'accesso civico del D.Lgs. n. 33/2013 e l'accesso dai documenti amministrativi di cui alla Legge n. 241/1990. Differenze e assonanze.* - 5. *Il contributo della giurisprudenza.*

1. Il principio di trasparenza

Il principio di trasparenza, che rappresenta un corollario dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, comma 1, della Costituzione, è stato espressamente introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 1, della Legge 7 agosto 1990 n. 241, come riscritto dalla Legge 11 febbraio 2005 n. 15.

Nel tentativo di razionalizzazione dei principi posti a fondamento dell'agere amministrativo, la Legge n. 15/2015 (*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*) ha consacrato normativamente il criterio della trasparenza, non espressamente menzionato tra i principi generali dell'attività amministrativa nella stesura precedente della Legge 241/1990. Si attribuisce a tale termine il significato di "conoscibilità esterna" dell'azione amministrativa, assegnandogli valore di principio cui ricondurre gli strumenti pratici per l'esercizio del controllo e per l'accesso da parte dei privati agli atti e ai documenti del procedimento amministrativo.

Il legislatore del 2015 non ha solo positivizzato il principio di trasparenza, ma ha ridisegnato l'istituto del diritto di accesso - disciplinato dal Capo V della Legge 241/1990 -, strumento indispensabile al fine di assicurare la trasparenza amministrativa, ossia la possibilità di un controllo sulla sua rispondenza agli interessi pubblici e ai canoni normativi. Il diritto di accesso si caratterizza, in questa fase, come strumento di tutela individuale di una situazione soggettiva, non tanto come misura di controllo sociale. Esso costituisce l'oggetto principale della partecipazione procedimentale e lo strumento fondamentale per assicurare la tutela di una posizione sostanziale facente capo a un soggetto pubblico e privato.

Il processo di evoluzione del principio di trasparenza non si esaurisce con la Legge sul procedimento amministrativo: negli anni successivi, infatti, il principio ha conosciuto ulteriori evoluzioni ed espansioni, in particolare con il D.Lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*), la Legge 6 novembre 2012 n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione*), il D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*), il D.L. 24 giugno 2014 n. 90, conv. con mod. nella Legge 11 agosto 2014 n. 114 (*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*) e, da ultimo, il D.Lgs. 25 maggio 2016 n. 97 (*Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai*

sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

L'entrata in vigore del D.Lgs. n. 150/2009, c.d. *Riforma Brunetta*, segna una fondamentale tappa dell'evoluzione del principio della trasparenza amministrativa, il quale assume una diversa e più ampia configurazione. Il Decreto, infatti, ha inteso la trasparenza quale strumento per valutare e misurare le *performance* e i risultati dell'amministrazione, declinando il principio come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione, sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità.

Si costituisce in questo modo, in capo a ciascun cittadino, una posizione giuridica qualificata a ottenere le informazioni pubbliche, che è dichiaratamente volta - a differenza di quanto previsto per il diritto di accesso agli atti della Legge n. 241/1990 - a favorire un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni. La trasparenza, da mezzo per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, diviene strumento per consentire l'esercizio di un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione. Tali nuove forme di controllo non sono più rivolte solo a specifici documenti amministrativi, ma assumono caratteri generalizzati con la finalità di perseguire l'interesse generale alla trasparenza amministrativa.

A partire dal 2009 si delinea il passaggio dal diritto di accesso inteso come diritto dei cittadini ad accedere ai documenti o alle informazioni che li riguardano, alla pubblicità delle informazioni, che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere note a tutti, anche in assenza di una specifica richiesta: mutano, pertanto, sia l'oggetto della trasparenza sia gli strumenti necessari alla sua realizzazione. Oggetto della trasparenza non sono più il procedimento, il provvedimento ed i documenti amministrativi, ma le "informazioni" relative all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie, strumentali ed umane.

Con riguardo alla modalità di accesso alle informazioni, non si fa ricorso al diritto d'accesso, ma alla previsione di obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse, con la previsione di una serie di adempimenti finalizzati alla riduzione del costo dei servizi ed al loro monitoraggio, con l'attuazione degli adempimenti relativi alla posta elettronica certificata, e soprattutto con una complessa attività di pianificazione e programmazione riguardante l'elaborazione del Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità, il Piano e la Relazione sulle *Performance*. Muta, in questo modo, il contenuto concettuale della trasparenza, perché si modifica in modo significativo il rapporto di questa con la pubblicità. L'accessibilità totale fa della trasparenza una funzione di servizio agli utenti e un controllo sociale diffuso dell'operato delle amministrazioni che appare diversa dall'accesso tradizionale, che non può realizzare un controllo generalizzato sull'operato delle pubbliche amministrazioni.

Il principio di trasparenza è stato potenziato, successivamente, dalla *Legge anticorruzione* (Legge n. 190/2012), che, considerandolo uno dei più efficaci strumenti di controllo sociale contro i fenomeni corruttivi della P.A., lo ha elevato a livello essenziale delle prestazioni ex art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione.

Nel disegno perseguito dal legislatore del 2012 la trasparenza costituisce lo strumento cardine per prevenire sul terreno amministrativo i fenomeni corruttivi, riducendo il rischio di degenerazioni di rilevanza penale.

Sulla linea direttrice che mira a prevenire la corruzione attraverso la trasparenza dei procedimenti e degli assetti organizzativi si colloca il successivo D.Lgs. n. 33/2013 che, acclamato come testo unico sulla trasparenza amministrativa, ha come obiettivo specifico - in base alla legge delega n. 190/2012 - quello di prevenire e reprimere l'illegalità nella P.A.

La trasparenza è intesa come accessibilità totale da parte dei cittadini all'intero patrimonio informativo concernente l'organizzazione e le attività delle pubbliche amministrazioni al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e costituisce un mezzo fondamentale per prevenire la corruzione, imponendo una rendicontazione pubblica nei confronti degli *stakeholders*, agevolando sistemi di *accountability* e limitando il rischio di situazioni di illiceità in settori delicati dell'agire amministrativo.

Alla trasparenza intesa come accesso volto alla soddisfazione della posizione soggettiva individuale e di controllo puntuale, si aggiunge e si consolida, con la nuova previsione normativa, l'accessibilità totale, che intende realizzare un controllo democratico sull'esercizio del potere pubblico. Il risultato è stato l'abbandono del "sistema" dell'accesso, nel quale l'accessibilità riguardava i «documenti amministrativi», mentre non erano accessibili le «informazioni» che non avessero la forma di «documento amministrativo».

La trasparenza concorre ad attuare i principi costituzionali di buon andamento, imparzialità, efficienza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse pubbliche, di lealtà ed integrità nel servizio della Pubblica Amministrazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, sostiene il diritto a una gestione capace della cosa pubblica e diviene strumento cardine per la realizzazione dell'*open government*.

La disciplina costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione legislativa mirata, per un verso, a dare la massima visibilità e trasparenza all'attività della Pubblica Amministrazione, e, per altro verso, a mantenere adeguati livelli di tutela della sfera della riservatezza dei soggetti titolari dei dati personali eventualmente oggetto di pubblicizzazione. Come espressamente chiarito nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, l'obiettivo dichiarato è quello di riordinare e sistemizzare in un unico corpo normativo le numerose disposizioni legislative in materia di trasparenza, obblighi di informazione e di pubblicità affastellatisi nel tempo in maniera non coordinata, nonché di modificare ed integrare l'attuale quadro normativo in coerenza con le disposizioni contenute nella Legge n. 190/2012, inserendo, tra l'altro, un apparato sanzionatorio per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione.

Nel cammino della trasparenza amministrativa un'ulteriore tappa ha inizio con l'approvazione dell'art. 7 della Legge 7 agosto 2015 n. 124 (c.d. *Legge Madia*) - contenente deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche -, e il primo decreto attuativo della delega in esso contenuta. Il D.Lgs. 97/2016, recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, ha apportato, infatti, numerosi cambiamenti alla normativa sulla trasparenza, rafforzandone il valore di principio che caratterizza l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni e i rapporti con i cittadini.

Tra le modifiche di carattere generale di maggior rilievo, il decreto ha modificato l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulla trasparenza (riconducendo i soggetti destinatari degli obblighi di trasparenza a tre macro categorie), ha introdotto il nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato agli atti e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ha definitivamente sancito l'unificazione fra il Programma Triennale di Prevenzione della Corruzione e Il Programma Triennale della Trasparenza e dell'Integrità (per cui le amministrazioni e gli altri soggetti obbligati sono tenuti, ad adottare, entro il 31 gennaio di ogni anno, un unico Piano Triennale di Prevenzione

della Corruzione e della Trasparenza in cui sia chiaramente identificata la sezione relativa alla trasparenza), è intervenuto, con abrogazioni o integrazioni, su diversi obblighi di trasparenza (in particolare, qualità delle informazioni - integrità, costante aggiornamento, completezza, tempestività, semplicità di consultazione, comprensibilità, omogeneità, facile accessibilità, conformità ai documenti originali, indicazione della provenienza e riutilizzabilità -; criteri di apertura e di riutilizzo dei dati, anche nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali; decorrenza e durata degli obblighi di pubblicazione; modalità di pubblicazione nella sezione "Amministrazione Trasparente" attraverso il ricorso a determinate banche dati); ha introdotto nuove sanzioni pecuniarie attribuendo all'ANAC la competenza all'irrogazione delle stesse.

La riforma cerca di far diventare la trasparenza *accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni* sostanzialmente (e non solo lessicalmente, come nel passato quando "totale" certo non era), con l'esplicitato scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

E così, accanto alla "trasparenza proattiva" (*proactive disclosure*), realizzata con la pubblicazione di documenti, informazioni e dati, viene fortificata la "trasparenza reattiva" (*reactive disclosure*), che si ottiene in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Sotto questo profilo il D.Lgs. 97/2016 introduce una significativa novità: il nuovo diritto di accesso civico "generalizzato" fa parlare di *Freedom of Information Act* (FOIA) italiano.

La trasparenza è intesa, pertanto, come accessibilità totale, dunque non condizionata e limitata alle sole "informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni", bensì estesa ai "dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni". La formulazione originaria dell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 33/2013, rendeva la trasparenza funzionale prevalentemente a rendere nota l'organizzazione delle PA, come sono composte, quanto spendono, come realizzano la propria attività amministrativa. Per questa ragione l'accesso civico, nella concezione originaria, è stato pensato solo come strumento per garantire la completa e puntuale informazione su questi elementi da rendere pubblici attraverso i portali internet, organizzati nelle sezioni e sottosezioni "Amministrazione trasparente". Con il D.Lgs. n. 97/2016 si amplia il diritto di accesso non solo alle informazioni concernenti le modalità con le quali le amministrazioni si organizzano e rendono le loro attività, ma a tutti i dati anche semplicemente detenuti (e non formati, quindi), oltre ai documenti. Nella definizione di trasparenza è presente un elemento fortemente significativo: "favorire forme diffuse di controllo". È il principio della moralizzazione dell'attività amministrativa, che si attua mediante l'ampliamento della partecipazione democratica. In ogni caso, il controllo "diffuso" permette a qualsiasi cittadino o formazione sociale di chiedere in qualsiasi momento la ragione della decisione adottata. Secondo il comma 2, la trasparenza non è un risultato dell'azione amministrativa, ma il modo col quale detta azione deve esplicarsi. La trasparenza contribuisce a realizzare le condizioni di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali. Viene fondato un "diritto alla buona amministrazione".

2. L'accesso ai documenti amministrativi

L'istituto del diritto di accesso ai documenti amministrativi, esempio paradigmatico e strumento indispensabile al fine di assicurare la trasparenza amministrativa, ossia la possibilità di un controllo sulla sua rispondenza agli interessi pubblici e ai canoni normativi dell'operato della P.A., è disciplinato dal Capo V della Legge n. 241/1990.

Tale istituto è stato oggetto, nel corso degli anni, di modifiche legislative scaturite sia dalle innovazioni del sistema costituzionale sia dalle elaborazioni dottrinarie e dalle pronunce giurisprudenziali registrate in sede di applicazione della Legge sul procedimento amministrativo.

Il diritto di accesso, consacrato a livello definitorio dall'art. 22, comma 2, della Legge n. 241/1990, come modificato dalla Legge n. 69/2009, stabilisce che *“L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza”*.

Al diritto di accesso si è inteso assegnare un ruolo peculiare nell'ambito dell'ordinamento, elevandolo a strumento di contemperamento delle contrapposte esigenze di celerità dell'azione amministrativa e di garanzia degli interessi dei soggetti titolari di situazioni giuridiche incise dall'agere pubblico. Ai destinatari dell'azione amministrativa è consentito, dunque, tutelare i propri interessi sia in via indiretta, mediante la partecipazione al procedimento amministrativo, sia indirettamente, attraverso la facoltà di conoscere la documentazione deliberata dalla P.A., ai fini della ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa e della conseguente determinazione finale.

La disciplina in dettaglio in tema di diritto di accesso è dettata dal regolamento esecutivo contenuto nel D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184, che contiene la regolamentazione delle modalità di esercizio del diritto, a seguito delle modifiche apportate dalla Legge n. 15/2005.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi si sostanzia nel *“diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”* (art. 22, comma 1, lett. a), L. n. 241/1990).

Nonostante il legislatore lo qualifichi espressamente come “diritto”, la natura giuridica della posizione vantata dal soggetto che vuole accedere alla documentazione amministrativa è sempre stata controversa, venendo qualificata ora in termini di diritto soggettivo ora in termini di interesse legittimo.

La tesi tuttora prevalente - supportata da argomenti quali il profilo nominale del lessico normativo, il carattere vincolato della valutazione operata dall'Amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, l'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, la devoluzione delle controversie relative all'accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - ritiene che si tratti di un autentico diritto soggettivo all'accesso.

I titolari del diritto di accesso sono individuati dall'art. 22, comma 1, lett. b), della Legge n. 241/1990, come modificato dalla Legge n. 15/2005, in *“tutti i soggetti, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*.

Ai fini dell'azionabilità del diritto in esame è necessario, quindi, che in capo al soggetto richiedente sussista una posizione differenziata alla visione degli atti di cui si tratta, finalizzata alla tutela di situazioni giuridiche soggettive rilevanti, e che l'istante abbia un interesse diretto, concreto e attuale all'accesso, ossia un interesse personale (ovvero inerente alla sfera dell'interessato intesa come legame tra l'interesse e il soggetto), un interesse collegato alle ragioni esposte a sostegno dell'istanza (nel senso di tangibilità dell'interesse) e che il documento abbia spiegato o sia idoneo a spiegare effetti diretti o indiretti nei confronti del richiedente.

È necessario, pertanto, che l'interessato dia conto nell'istanza delle ragioni sottese alla richiesta.

La limitazione alla sfera dei soggetti legittimati ai portatori di un interesse differenziato, con il conseguente abbandono del modello dell'azione popolare, è confermata dall'art. 24, comma 3, della Legge n. 241/1990, come novellato dalla Legge n. 15/2005, il quale prescrive che *“non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni”*.

Oggetto del diritto di accesso sono i *documenti amministrativi*, per i quali si intende, ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. d), Legge 241/1990, “*ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*”. L'ampia formulazione della norma comprende nella nozione di documento amministrativo, in linea con la più recente giurisprudenza in materia, anche gli atti formati dai soggetti privati, purché significativamente collegati con lo svolgimento dell'attività amministrativa.

In proseguo, lo stesso articolo afferma, al comma 4, che “*non sono accessibili le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documento amministrativo, salvo quanto previsto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in materia di accesso a dati personali da parte della persona cui i dati si riferiscono*”, escludendo, con tale specificazione, la possibilità di accesso a generiche informazioni che non siano atto di procedimento amministrativo, risultando il diritto in esame superfluo, in quanto la necessaria legittimazione soggettiva del richiedente esclude che ci si possa trovare fuori da atti afferenti ad un procedimento amministrativo.

L'art. 24, comma 1, della Legge n. 241/1990, come modificato dalla Legge n. 15/2005, individua i casi di esclusione del diritto di accesso. In particolare sono previste una serie di limitazioni all'esercizio del diritto in relazione ad esigenze di segreto e riservatezza concernenti determinati documenti amministrativi, poste sia nell'interesse pubblico che nell'interesse di terzi. Si tratta di limiti di carattere oggettivo finalizzati alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali e prioritari rispetto al generale interesse alla conoscenza di documenti amministrativi, in presenza dei quali la P.A. è obbligata a dare risposta negativa alla richiesta di ostensione. Sono, pertanto, sottratti all'accesso i documenti coperti da segreti di Stato o che le leggi o i regolamenti sottraggono alla divulgazione; quelli relativi ai procedimenti tributari; gli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; i documenti amministrativi formati nei procedimenti selettivi, contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relative a terzi.

Altre ipotesi di esclusione sono previste dal comma 6 dell'art. 24, che rinvia ad un regolamento normativo di delegificazione per individuare i casi di esclusione dell'accesso per esigenze di tutela della sicurezza, della difesa nazionale, della politica monetaria e valutaria, dell'ordine pubblico, nonché in ordine ai documenti che riguardano la contrattazione collettiva nazionale di lavoro, oppure la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese o associazioni.

In ogni caso, conclude l'art. 24 al comma 7, “*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*”.

Le modalità di esercizio del diritto di accesso sono disciplinate dall'art. 25 della Legge n. 241/1990 e del relativo regolamento (D.P.R. n. 184/2006).

La richiesta di accesso ai documenti amministrativi deve essere motivata. La motivazione deve contenere la specifica dei requisiti richiesti dall'interesse del soggetto per poter essere qualificata come “diritto di accesso” e, quindi, essere considerata meritevole di tutela.

La richiesta deve essere indirizzata all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente. La richiesta va, inoltre, notificata ai controinteressati, ossia “*ai soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*” (art. 22, comma 1, lett. c)).

Se l'istanza è accolta, il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla legge stessa. L'esame dei documenti è gratuito; il rilascio di copia, invece, è subordinato al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e visura.

L'amministrazione ha, altresì, il potere di differire l'accesso ove l'immediata ostensione possa turbare il regolare svolgimento dell'azione amministrativa, ovvero, *extrema ratio*, di rifiutarlo espressamente; in ogni caso, il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere congruamente motivati. La domanda di accesso, peraltro, può essere respinta anche tacitamente per effetto dell'infruttuoso decorso di trenta giorni dalla richiesta (c.d. silenzio rigetto o diniego).

In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso, il richiedente, nel termine di trenta giorni, può presentare ricorso al TAR ovvero, a seconda dell'Amministrazione contro la quale agisce, può chiedere al difensore civico o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi (CADA) di riesaminare la determinazione negativa.

3. L'accesso civico

La rivoluzione del significato di trasparenza è stata normata con il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, il quale, all'art. 5, introduce l'innovativo istituto dell'*accesso civico*, significativo passo in avanti per affermare la trasparenza quale principio generale dell'azione amministrativa e, al contempo, strumento a disposizione del cittadino per affermare il suo diritto alla conoscibilità dell'azione amministrativa stessa. Il decreto, realizzato in attuazione della delega contenuta nella Legge n. 190/2012, è stato emanato proprio nell'ottica di dirigere l'attività amministrativa verso obblighi di informazione, di pubblicità e di trasparenza. Esso esprime il totale capovolgimento del rapporto tra segretezza e pubblicità dei dati afferenti all'attività amministrativa: il provvedimento legislativo ha generalizzato, infatti, l'obbligo di pubblicare dati e informazioni che il legislatore ha ritenuto di rendere disponibili, elencandoli puntualmente e analiticamente.

Nel dettaglio, le informazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria sono quelle elencate nel decreto, e precisamente: gli atti di carattere normativo e amministrativo (art. 12); l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni (art. 13); i componenti degli organi di indirizzo politico (art. 14); i titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza (art. 15); la dotazione organica e il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo determinato (art. 16); i dati relativi al personale non a tempo determinato (art. 17); gli incarichi conferiti ai dipendenti pubblici (art. 18); i bandi di concorso (art. 19); i dati relativi alla performance e alla distribuzione dei premi al personale (art. 20); i dati sulla contrattazione collettiva (art. 21); i dati relativi agli enti pubblici vigilati, e agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato (art. 22); i provvedimenti amministrativi (art. 23); i dati aggregati relativi all'attività amministrativa (art. 24); i controlli sulle imprese (art. 25); gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (art. 26) e l'elenco dei soggetti beneficiari (art. 27); i rendiconti dei gruppi consiliari, regionali e provinciali (art. 28); il bilancio, preventivo e consuntivo, e il piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, nonché i dati concernenti il monitoraggio degli obiettivi (art. 29); i beni immobili e la gestione del patrimonio (art. 30); i dati relativi ai controlli sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione (art. 31); i servizi erogati (art. 32); i tempi di pagamento dell'amministrazione (art. 33); i procedimenti amministrativi e i controlli sulle dichiarazioni sostitutive e l'acquisizione d'ufficio dei dati (art. 35); le informazioni necessarie per i pagamenti informatici (art. 36); i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 37); i processi di pianificazione, realizzazione e sovvenzione delle opere pubbliche (art. 38); l'attività di

pianificazione e governo del territorio (art. 39); le informazioni ambientali (art. 40); i dati specifici relativi al Servizio Sanitario Nazionale (art. 41); gli interventi straordinari in caso di calamità naturali o altre emergenze, che comportano deroghe alla legislazione vigente (art. 42).

Per comprendere la portata innovativa dell'istituto dell'accesso civico è necessario considerare che il legislatore del 2013 non solo provvede al riordino degli obblighi di pubblicazione già esistenti, ma ridefinisce la trasparenza quale strumento al servizio dell'interesse alla conoscibilità degli elementi rilevanti ai fini di un controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni. In questo senso il decreto si riferisce ad una accezione della trasparenza che considera le tappe segnate rispettivamente dalla Legge n. 241/1990 e dal Decreto Legislativo n. 150/2009 per sottolineare la presenza di tre aspetti fondamentali della trasparenza: trasparenza come diritto, trasparenza come obiettivo e trasparenza come strumento di gestione della cosa pubblica e di realizzazione dei servizi pubblici.

La disciplina costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione legislativa mirata, per un verso, a dare la massima visibilità e trasparenza all'attività della pubblica amministrazione; per altro verso, a mantenere adeguati livelli di tutela della sfera della riservatezza dei soggetti titolari dei dati personali eventualmente oggetto di pubblicizzazione.

Si tratta di uno strumento giuridico che amplia lo spettro delle possibilità riconosciute al cittadino in tema di accesso ai documenti amministrativi, come disciplinato dalla Legge n. 241/1990 e dalle successive modificazioni, verso la definizione di un accesso che sia senza mediazioni e "open to all".

Mentre l'accesso formale (*erga partes*) ai sensi della Legge n. 241/1990 è per definizione incerto (in quanto sottoposto alla necessaria verifica dei presupposti legittimanti da parte dell'amministrazione ricevente), occasionale (in quanto dipende dalla richiesta del cittadino interessato) ed a favore di soggetti ben determinati, il regime di accessibilità totale (*total disclosure*) è idoneo a radicare, se non sempre un diritto in senso tecnico, una posizione qualificata e diffusa in capo a ciascun cittadino, rispetto all'azione delle pubbliche amministrazioni (*erga omnes*).

In questo caso, il diritto di conoscenza è riconosciuto in via generale, a prescindere da una verifica puntuale della legittimazione del richiedente e senza che questa possa essere intaccata dall'esistenza di interessi diversi da quello di informazione.

Con il passaggio dall'accesso formale all'accesso diffuso, pertanto, si realizza un radicale mutamento del relativo parametro di riferimento: con il D.Lgs. n. 33/2013 non è più rilevante la legittimazione soggettiva richiesta dal regime della Legge n. 241/1990, mentre diventa determinante il profilo oggettivo, ossia che l'informazione richiesta rientri nell'elenco di quelle che la legge stabilisce siano pubbliche. L'art. 1 del D.Lgs. n. 33/2013, infatti, evidenzia il collegamento tra il "principio generale di trasparenza" e il "controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", nonché "il diritto ad una buona amministrazione" in capo al cittadino.

In particolare, l'art. 5 d.lgs. n. 33/2013 prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere noti i documenti, le informazioni o i dati, attribuendo allo stesso tempo il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.

È evidente, sul punto, il salto di qualità di tale disposizione, in termini di partecipazione democratica all'attività amministrativa (operazione dapprima preclusa nella concezione di pubblica amministrazione radicata nella nostra tradizione giuridica), rispetto all'art. 24, comma 3, Legge n. 241/1990, il quale proibisce l'ammissibilità delle "istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni".

La richiesta di accesso civico, da presentare al Responsabile per la trasparenza dell'amministrazione, non è gravata da alcuna limitazione e la legittimazione soggettiva

del richiedente non deve essere motivata; tali previsioni allargano l'ambito dei doveri dell'amministrazione e i contestuali diritti del cittadino (cd. diritto alla conoscibilità assimilabile ad un diritto soggettivo a tutti gli effetti). Agli obblighi di pubblicazione corrisponde dunque non un *need to know*, inteso come una conoscenza utile al soddisfacimento di un interesse particolare, ma un vero *right to know*. I confini oggettivi e soggettivi del diritto di accesso sono, così, ampliati e la domanda di accesso non è condizionata: il cittadino ha il diritto di richiedere la pubblicazione di documenti, informazioni e dati qualora essa sia obbligatoria e l'amministrazione non abbia ottemperato.

Alla data di ricevimento dell'istanza si instaura, ai sensi dell'art. 2, comma 6, della Legge n. 241/1990, l'avvio di un procedimento amministrativo vero e proprio che deve concludersi con provvedimento espresso e motivato di accoglimento o di diniego (non è ammesso il silenzio diniego), alla stregua di quello *ex art. 22*. Grava, di conseguenza, sull'amministrazione provare l'esistenza di motivazioni che impediscono il soddisfacimento dell'istanza. La normativa dispone che questo possa avvenire per evitare un "pregiudizio concreto" alla tutela degli interessi pubblici e privati protetti dall'ordinamento e previsti dall'art. 5-*bis*.

L'amministrazione obbligata, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione, nel sito, del documento, dell'informazione e/o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente ovvero comunica a quest'ultimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale. Nel caso in cui il documento, l'informazione o il dato richiesto risultino già pubblicati, l'amministrazione indica al richiedente soltanto il collegamento ipertestuale.

Nell'ipotesi di ritardo o mancata risposta, l'istante può rivolgersi al titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-*bis*, Legge n. 241/1990 e successive modifiche, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, provvede nei termini di cui al comma 9-*ter*, ossia nel termine pari alla metà di quello originariamente previsto per l'adempimento per cui si agisce in sostituzione (nel caso in esame, quindici giorni, rispetto ai trenta riconosciuti per la soddisfazione dell'accesso civico).

In alternativa, si può perseguire la via giurisdizionale, con il medesimo rito speciale previsto per l'accesso della Legge n. 241/1990.

L'ultimo comma dell'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 attribuisce al Responsabile della trasparenza l'obbligo di segnalare, secondo quanto previsto dall'art. 43, comma 5, i casi di inadempimento totale o parziale degli obblighi in materia di pubblicazione dei documenti, informazioni o dati previsti dalla normativa vigente, indipendentemente dalle richieste di accesso. Tale segnalazione è rivolta all'OIV (Organismo Indipendente di Valutazione) e all'Autorità Nazionale Anticorruzione ai fini dell'attivazione delle diverse forme di responsabilità dirigenziale e, nei casi più gravi, all'ufficio di disciplina ai fini dell'eventuale attivazione del procedimento disciplinare (art. 43, comma 5).

Inoltre, ai sensi dell'art. 43, comma 3, la responsabilità specifica derivante dal mancato rispetto degli obblighi di pubblicazione investe, sul piano disciplinare e della responsabilità amministrativa, oltre al Responsabile della trasparenza anche gli altri dirigenti e funzionari dotati di autonomia decisionale che non hanno, con la dovuta diligenza, concorso, ciascuno per la propria sfera di competenza, a realizzare le prescrizioni normative in materia di pubblicità, al fine di garantire "il tempestivo e regolare flusso delle informazioni da pubblicare". Infatti ai sensi dell'art. 46, comma 1, specifiche fattispecie di violazione degli obblighi di trasparenza costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale anche per eventuale danno all'immagine della pubblica amministrazione e sono rilevanti ai fini del riconoscimento della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio della *performance* individuale, a meno che il soggetto dimostri che il mancato adempimento è derivante da causa a lui non imputabile.

È importante sottolineare che l'oggetto dell'accesso civico disciplinato dal legislatore del 2013 non risiede genericamente in qualsiasi informazione in possesso dell'autorità pubblica, alla stregua dei modelli stranieri di *Freedom of information act* (FOIA), che prevedono la possibilità per i cittadini di accedere a tutte le informazioni in possesso delle Pubbliche Amministrazioni e non solo a quelle oggetto di pubblicazione obbligatoria: ed anzi, l'oggetto del diritto a conoscere è circoscritto, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 33/2013, a “*i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente*”. Sul punto, il decreto si limita a precisare che “*le pubbliche amministrazioni possono dispor[ne] la pubblicazione*” (art. 4, comma 3).

Anzi, deve sottolinearsi che la formulazione del diritto di accesso civico non è esente da limitazioni. Il nuovo art. 5-*bis* del decreto trasparenza, prevede una serie di fattispecie di esclusione dell'accesso stesso se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici particolarmente rilevanti, inerenti alla sicurezza pubblica e all'ordine pubblico; alla sicurezza nazionale; alla difesa e alle questioni militari; alle relazioni internazionali; alla politica e alla stabilità finanziaria ed economica dello Stato; alla conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; al regolare svolgimento di attività ispettive.

L'accesso è, altresì, rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di un interesse privato, quale: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

In considerazione di questi limiti e alla luce della tutela del *right to know* nei FOIA anglosassoni, anche a seguito delle sollecitazioni della società civile, l'Italia ha approvato il decreto legislativo n. 97/2016 che, in virtù della delega di cui all'art. 7 della Legge 124/2015, ha modificato il D.Lgs. 33/2013, al fine di garantire un autentico “diritto a conoscere” della collettività nei confronti delle istituzioni.

3.1. L'accesso civico dopo il D.Lgs. n. 97/2016

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 97/2016, recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*, cambia significativamente la disciplina della trasparenza e gli strumenti per garantirla.

Prima della riforma, infatti, l'ordinamento giuridico italiano non prevedeva un vero e proprio diritto all'informazione nei confronti delle istituzioni: il legislatore si affidava esclusivamente a un meccanismo di pubblicità obbligatoria di specifici documenti, dati e informazioni, garantiti dalla possibilità di azionare il diritto di accesso civico, sprone per le amministrazioni, in quanto strumento azionabile dai cittadini in caso di inadempimento degli obblighi di pubblicazione. Al di fuori dei confini disegnati dal legislatore per mezzo della definizione dei casi di pubblicazione obbligatoria, “fortificati” da strumenti come l'accesso civico, la trasparenza restava, però, facoltativa, a scelta discrezionale dell'amministrazione, e l'unico modo per conoscere era consegnato allo strumento del diritto di accesso della Legge n. 241/1990, che prevede, però, la necessità di una legittimazione soggettiva e di una motivazione.

La trasparenza era, pertanto, procedimentale e il “diritto a conoscere” condizionato.

La riforma cerca di far diventare la trasparenza “*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*” sostanzialmente (e non solo lessicalmente, come nel

passato quando “totale” certo non era), con l’esplicitato scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche.

E così, accanto alla “trasparenza proattiva” (*proactive disclosure*), realizzata con la pubblicazione di documenti, informazioni e dati, viene fortificata la “trasparenza reattiva” (*reactive disclosure*), che si ottiene in risposta alle istanze di conoscenza avanzate dagli interessati. Sotto questo profilo il D.Lgs. n. 97/2016 introduce significative novità: il nuovo diritto di accesso civico “generalizzato” fa parlare di *Freedom of Information Act italiano*.

A seguito della riforma, di conseguenza, nell’ordinamento giuridico italiano vigente si trovano a convivere diverse forme di accesso, quali strumenti di “trasparenza reattiva”: l’accesso ai sensi della Legge n. 241/1990, che non viene modificato, e l’accesso civico “generalizzato” ai sensi del D.Lgs. n. 33/2013, che viene introdotto dal D.Lgs. n. 97/2016 e si affianca all’accesso civico “semplice”, strumento già previsto come risposta all’inadempimento degli obblighi di pubblicazione.

La riforma si è resa necessaria per tutelare il *right to know*.

Infatti, il diritto di accesso della Legge n. 241/1990 prevede un diritto a conoscere condizionato, dal momento che sono necessari alcuni requisiti per poterlo esercitare: la legittimazione soggettiva, che spetta a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso (art. 22) e la motivazione, in quanto l’istanza deve essere motivata (art. 25). La distanza dalla *freedom of information* si coglie anche nel limite al controllo generalizzato: “*non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell’operato delle pubbliche amministrazioni*” (art. 24, comma 3, Legge n. 241/1990). Come detto, il diritto di accesso, ai sensi della Legge sul procedimento amministrativo, si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi (la norma parla solo di documenti): l’amministrazione ha un termine di trenta giorni per rispondere, altrimenti la richiesta si intende respinta (silenzio diniego). Sono previste ampie esclusioni e limitazioni nell’art. 24, relative alla difesa di interessi pubblici e privati.

Si atteggia in modo significativamente diverso il diritto di accesso civico “generalizzato”, previsto nell’art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016.

Il principio fondante, posto già dalla legge delega, è il riconoscimento della libertà di informazione, garantita non solo dalla pubblicazione, ma anche dall’accesso civico “generalizzato”, che permette a chiunque senza motivazione di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria: oltre al diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni o dati di cui sia stata omessa la pubblicazione obbligatoria (accesso civico “semplice”), l’ordinamento prevede oggi il diritto di accesso civico su documenti e dati diversi e ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria (accesso civico “generalizzato”). Chiara ed esplicita la *ratio* della disposizione: lo strumento è teso a “favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e nell’utilizzo delle risorse pubbliche” e a “promuovere la partecipazione al dibattito pubblico”.

Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti dell’accesso civico, sono state approvate, con Determinazione n. 1309 del 28 dicembre 2016, le Linee guida recanti indicazioni operative, adottate dall’ANAC, d’intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza Unificata: alle Linee guida è attribuito un ruolo particolarmente significativo nell’attuazione concreta della riforma.

In conclusione, la riforma del D.Lgs. n. 97/2016 dà vita nell’ordinamento a volti diversi della trasparenza, che dovranno coesistere.

Nelle fattispecie concrete di accesso civico, le amministrazioni dovranno svolgere

complessi bilanciamenti fra interessi contrapposti. Non è peraltro prevista la presenza di sanzioni a tutela dei richiedenti, perché seppur contenute nella delega, sono state “dimenticate” nel Decreto Legislativo: certo esistono vari rimedi a iniziativa del richiedente in caso di diniego (riesame del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ricorso al Difensore Civico, in caso di atti locali e regionali, e ricorso al TAR), ma non sono presenti sanzioni a carico delle amministrazioni in caso di inottemperanza alle disposizioni normative in materia di accesso (che opportunamente l’art. 7 della legge delega 124/2015, invece, aveva previsto).

Il D.Lgs. 97/2016, inoltre, pone un collegamento stretto fra trasparenza e apertura, fra diritto a conoscere e diritto a riutilizzare, anche per dati, informazioni e documenti oggetto di accesso civico ulteriori rispetto agli obblighi di pubblicazione (art. 3 D.Lgs. 33/2013), operando sicuramente in linea con la filosofia di *open government* e quindi in modo apprezzabile, ma provocando, altresì, alcune riflessioni sulle modalità di concreta applicazione, anche nel bilanciamento fra interessi in gioco.

4. L'accesso civico del D.Lgs. n. 33/2013 e l'accesso ai documenti amministrativi di cui alla Legge n. 241/1990 differenze e assonanze.

Tra l’accesso ai documenti amministrativi disciplinato dalla Legge n. 241/1990 e l’accesso civico introdotto con il D.Lgs. n. 33/2013 non sussiste incompatibilità: i due istituti, all’opposto, convivono nell’ordinamento senza interferenze ed invasioni di campo, in quanto ognuno di essi risponde ad esigenze diverse e l’uno è destinato a regolare fattispecie non contemplate dall’altro.

L’accesso disciplinato dalla Legge n. 241/1990, infatti, presuppone che il documento non sia sottoposto al regime di pubblicazione previsto al D.Lgs. n. 33/2013, la cui *ratio* risiede, invece, nel “diritto a conoscere”, a prescindere da uno specifico interesse in capo al richiedente. L’accesso documentale è uno strumento volto a tutelare situazioni individuali e a disposizione di soggetti portatori di una situazione giuridicamente rilevante e legittimante l’accesso ai sensi del Capo V della Legge sul procedimento amministrativo; l’accesso civico si propone di realizzare un controllo democratico diffuso da parte dei cittadini sull’operato delle pubbliche amministrazioni e di attribuire un ruolo centrale alla trasparenza nel nostro ordinamento.

Le due tipologie di accesso mostrano, pertanto, significative differenze.

La prima, profonda, differenza attiene alla legittimazione e all’interesse all’accesso.

Mentre il diritto di accesso ai documenti amministrativi disciplinato dalla Legge n. 241/1990 può essere esercitato esclusivamente dai soggetti “*portatori di un interesse diretto, concreto e attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l’accesso*” (art. 22, comma 1, lett. b)), dovendo sussistere un collegamento tra la documentazione di cui si richiede l’ostensione e la posizione sostanziale dell’istante, l’accesso civico disciplinato dall’art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013 non prevede nessuna limitazione riguardo alla legittimazione soggettiva del richiedente né al suo interesse all’acquisizione: il diritto di accesso è riconosciuto a chiunque, in perfetta adesione con la finalità di estendere il potere di controllo dei cittadini sull’operato della Pubblica Amministrazione. Ciascuno è abilitato, pertanto, a pretendere di ricevere la pronta disponibilità del singolo dato o documento o informazione richiesti, legittimamente esigendo una risposta dell’ente volta a conoscere se la pubblicazione è stata effettuata e come accedere all’informazione.

I due istituti si differenziano notevolmente anche sotto il profilo dei contenuti: il diritto di accesso ex Legge n. 241/1990 presuppone, infatti, che il documento di cui si chiede l’ostensione sia stato già materialmente formato e che sia utile a tutelare o difendere la situazione soggettiva vantata dal richiedente; l’accesso civico, invece, può essere diretto all’acquisizione di documenti, dati o informazioni in virtù di una pretesa azionabile da chiunque ne faccia richiesta allo scopo

di realizzare un controllo diffuso sull'operato della P.A. Da questa prospettiva si può affermare che l'accesso ai documenti amministrativi è esercitato esclusivamente per esigenze legate ad una situazione concreta sulla quale verte un contenzioso, mentre nel caso dell'accesso civico l'interesse è più generale ed è rivolto alla correttezza dell'azione amministrativa che si concretizza nella cultura del rispetto e della ealtà verso i destinatari dell'esercizio della funzione amministrativa.

Altra differenza tra i due istituti attiene al bene giuridico tutelato.

La disciplina dell'accesso contenuta nella Legge del 1990 non attribuisce un diritto generalizzato alla trasparenza amministrativa: il diritto all'ostensione è, infatti, sempre distinto dall'informazione. L'accesso è concepito come mezzo per perseguire la trasparenza in un'ottica strumentale: la trasparenza, nella Legge 241, viene tutelata non come bene in sé, ma come mezzo funzionale per il soddisfacimento di un interesse corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata di cui deve essere titolare il soggetto che presenta l'istanza. Di conseguenza, l'accesso non può tramutarsi in un'azione popolare diretta al controllo generalizzato dell'attività amministrativa, al fine di verificare se la stessa risulti conforme ai canoni della correttezza, della trasparenza e della legittimità.

Nel caso dell'accesso civico, invece, ci si trova di fronte ad un obbligo generalizzato di pubblicare le informazioni predeterminate dal legislatore, finalizzato a favorire forme diffuse di controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e sul perseguimento degli scopi istituzionali delle amministrazioni.

I due tipi di accesso in esame si differenziano, inoltre, con riferimento alla motivazione.

Per la richiesta di accesso disciplinata dalla Legge n. 241/1990 deve, infatti, essere esplicitata la motivazione, poiché devono essere dimostrati, in capo al richiedente, la legittimazione e l'interesse, nonché la connessione tra il documento richiesto e la posizione soggettiva vantata.

L'accesso civico di cui al D.Lgs. n. 33/2013, al contrario, non necessita di motivazione: il diritto soggettivo alla visione dei dati discende direttamente dall'obbligo di pubblicazione imposto dal legislatore e al quale le PP.AA. devono sottostare.

Le modalità di esercizio dell'accesso rappresentano un'ulteriore differenza tra i due istituti.

Il diritto di accesso disciplinato dalla Legge sul procedimento amministrativo si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, le cui modalità sono disciplinate, come detto, dal D.P.R. n. 184/2006, che distingue, tra l'altro, tra procedura di accesso formale e procedura di accesso informale.

Con riferimento ai costi, la legge stabilisce che l'esame dei documenti è gratuito, ma il rilascio di copia è subordinato al pagamento delle spese di riproduzione, nonché alle spese di bollo e ai diritti di ricerca e visura.

L'accesso civico, invece, si realizza mediante la pubblicazione sul sito istituzionale del dato richiesto, con contestuale trasmissione ovvero comunicazione al richiedente dell'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale.

L'istanza è, pertanto, assolutamente gratuita, dal momento che l'accesso si esplica tramite la pubblicazione, ossia un'operazione che non comporta costi per l'amministrazione.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativo e l'accesso civico non differiscono, invece, relativamente ad alcuni aspetti relativi alla struttura, all'inerzia e alla giurisdizione.

Il diritto di accesso civico è condizionato, così come il diritto di accesso ex Legge n. 241/1990, dalla presentazione di una, dalla quale origina un vero e proprio procedimento amministrativo, disegnato in completa sintonia e corrispondenza con il procedimento di accesso ai documenti amministrativi. Il decreto sulla trasparenza prospetta, infatti, gli stessi passaggi procedurali disegnati nel Capo V della Legge sul procedimento amministrativo, fissando per la

conclusione dell'istruttoria avviata con la presentazione della domanda di accesso civico lo stesso termine di trenta giorni stabilito dall'art. 25, comma 4, della Legge n. 241/1990, nonché prevedendo gli stessi meccanismi in caso di inerzia dell'ente tenuto al soddisfacimento della richiesta.

Il mancato adempimento della Pubblica Amministrazione che ha ricevuto l'istanza all'obbligo di pubblicazione dei dati nel termine di trenta giorni dalla presentazione della stessa, infatti, consente a colui che pretende la pubblicazione, prima di rivolgersi all'onerosa tutela giurisdizionale, di tornare a pretendere dal medesimo ente una risposta, rivolgersi al titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, della Legge n. 241/1990, presente in ogni ente, che provvederà in luogo del Responsabile della trasparenza, resosi inadempiente.

Le controversie che generano dalla mancata risposta all'istanza di accesso civico vengono attribuite dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, al pari di quel che avviene per la tutela del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Il legislatore, dunque, estendendo la previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla pretesa di accesso civico (ma anche a tutte le *"controversie relative agli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente"*, ex art. 50 del D.Lgs. n. 33/2013) ha costruito un sistema giurisdizionale identico per entrambe le figure, provvedendo espressamente ad estendere gli istituti e le discipline processuali previste dal Codice del Processo Amministrativo alle domande giudiziali di tutela del diritto di accesso civico.

Di conseguenza, il ricorso al giudice amministrativo va proposto entro trenta giorni dalla conoscenza del diniego o dalla formazione del silenzio (art. 116, comma 1, c.p.a.); la pubblica amministrazione può stare in giudizio a mezzo di un dipendente (art. 116, comma 3, c.p.a.); la parte ricorrente non necessita del patrocinio di un difensore in primo grado (art. 23 c.p.a.); i termini processuali sono dimezzati (art. 87, comma 3, c.p.a.); la sentenza viene resa in forma semplificata in camera di consiglio (art. 87, comma 3, c.p.a.) e può ordinare la pubblicazione dei documenti richiesti, entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni, dettando, ove occorra, le relative modalità (art. 116, comma 4, c.p.a.).

5. Il contributo della giurisprudenza

Alla definizione dell'istituto e alla demarcazione dei confini dell'accesso civico ha sicuramente contribuito la giurisprudenza amministrativa.

Già con una sentenza di poco successiva alla data di entrata in vigore del Decreto trasparenza, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5515 del 20 novembre 2013, ha tracciato la distinzione tra accesso civico e accesso ai documenti amministrativi: nella pronuncia si precisa che con il Decreto Legislativo n. 33/2013 il legislatore ha inteso procedere al riordino della disciplina volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, al fine di attuare *"il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche"*, nonché per la *"realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino"*.

La normativa, secondo il Consiglio di Stato, riveste dichiarata finalità di contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione e intende anche attuare la funzione di *"coordinamento informativo, statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera r) della Costituzione"*. Solo in caso di omessa pubblicazione può essere esercitato, ai sensi dell'art. 5 del citato D.Lgs. n. 33/2013, il cosiddetto *"accesso civico"*, consistente in una richiesta - che non deve essere motivata - di effettuare tale

adempimento.

In particolare, con la pronuncia si chiarisce che *“le nuove disposizioni in tema di trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni disciplinano situazioni non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l’accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli artt. 22 e ss. della Legge n. 241/1990”*.

L’accesso ai documenti amministrativi, disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della Legge sul procedimento amministrativo è riferito, infatti, al diritto degli interessati - che abbiano un interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l’accesso - di prendere visione ed estrarre copia di documenti. In funzione di tale interesse la domanda di accesso deve essere opportunamente motivata.

Una sentenza del TAR Campania (Salerno), n. 680 del 4 aprile 2014, in materia di accesso dei consiglieri comunali e provinciali, precisa che *“il recente D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, nell’introdurre una disciplina organica relativa agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, intercetta, di certo, un piano diverso rispetto a quello interessato dall’istituto dell’accesso, di cui al D.Lgs. n. 241/1990 e, relativamente ai Consiglieri comunali e provinciali, di cui all’art. 43 D.Lgs. n. 267/2000.*

Nonostante queste differenze ontologiche tra accesso e trasparenza, tuttavia, i due istituti finiscono irrimediabilmente per sovrapporsi; ciò significa che, se da un lato, il principio di trasparenza tenderà sempre più ad occupare spazi sino ad ora appartenenti al dominio dell’accesso alla documentazione amministrativa, la portata di quest’ultimo non potrà che trarre giovamento da un ampliamento diffuso degli obblighi di ostensione del proprio operato da parte dell’Amministrazione”.

Con la sentenza n. 3014 del 19 marzo 2014, il Consiglio di Stato rileva che *“con l’accesso civico si è introdotto il potere di cittadini ed enti di controllare democraticamente se una amministrazione pubblica abbia adempiuto agli obblighi di trasparenza previsti dalla legge”*.

Chiarisce a tal proposito il Consiglio, che *“un’amministrazione può respingere una istanza di accesso civico esclusivamente contestando la ricorrenza del presupposto normativo, ovvero che l’istanza di accesso nella specie concerne documenti, informazioni o dati per i quali la normativa vigente non prevede un obbligo di pubblicazione in capo all’amministrazione stessa”*.

Quanto alla legittimità del diniego in caso di pubblicazione già avvenuta, il Consiglio di Stato precisa che *“se l’obbligo sussiste, ma l’amministrazione vi avesse già adempiuto, non può solo per questo opporsi un diniego di accesso all’istante, giacché l’amministrazione è comunque tenuta a indicare a quest’ultimo il collegamento ipertestuale necessario per la compiuta conoscenza del documento, informazione o dato”*.

Il Tribunale Amministrativo campano (Napoli) con la sentenza n. 5671 del 5 novembre 2014, ha sottolineato come *“con il D.Lgs. n. 33/2013 il legislatore ha modificato la prospettiva del diritto di accesso; all’accesso procedimentale classico di cui agli artt. 22 e ss. della Legge n. 241/1990, necessariamente collegato alle specifiche esigenze del richiedente (need to know), si è aggiunto il cd. Accesso civico - mutuato anche dall’esempio degli ordinamenti anglosassoni e da specifici settori dell’ordinamento - che garantisce all’intera collettività il diritto di conoscere gli atti adottati dalla Pubblica Amministrazione in funzione di controllo generalizzato da parte dell’opinione pubblica e di piena realizzazione del principio di trasparenza (right to know)”*.

Da ciò, nell’esposizione seguita dalla pronuncia, consegue l’importanza e l’ampia portata del principio di trasparenza per come introdotto (o meglio, riorganizzato in modo unitario) da parte del D.Lgs. n. 33/2013. E proprio tale ampia portata del principio conduce, secondo i giudici amministrativi, al necessario rigetto delle eccezioni sollevate dall’Amministrazione convenuta,

la quale aveva eccepito, da un lato, che il ricorrente, essendo titolare di un diritto di accesso ai documenti amministrativi ex Legge n. 241/1990 aveva necessariamente esercitato tale diritto e non quello di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013; dall'altro lato, aveva eccepito che, in ogni caso, gli atti di cui era richiesta l'ostensione erano tutti antecedenti all'entrata in vigore della norma sull'accesso civico e, pertanto, sottratti al regime che essa aveva introdotto.

Quanto alla prima eccezione, la pronuncia chiarisce che *“l'accesso civico è uno strumento che si aggiunge a quelli esistenti, senza eliderli, ma sovrapponendosi ad essi”* e che il diritto di accesso disciplinato dalla Legge 241 continua ad operare con i propri diversi presupposti e disciplina, *“ma la circostanza che un soggetto possa essere titolare di una posizione differenziata tale da essere tutelata con tale tipologia di accesso, non impedisce certo al medesimo soggetto di avvalersi dell'accesso civico, qualora ne ricorrano i presupposti”*.

Quanto, invece, all'eccezione relativa all'applicabilità della nuova disciplina agli atti già emanati al momento della sua entrata in vigore, viene evidenziato come tale tesi porterebbe a limitare enormemente la portata (invece ampia) della norma. Ammettere che il D.Lgs. n. 33/2013 non si applica agli atti già emanati significherebbe, in sostanza, sottrarre un gran numero di informazioni all'accesso civico, il quale, invece, è stato introdotto dal legislatore con l'intento di rendere conoscibili tali informazioni fin da subito, e non in riferimento ai provvedimenti futuri.

Un più recente orientamento sembra, invece, mettere in evidenza le criticità della nuova disciplina dell'accesso civico.

La questione è ormai nota. Un giornalista, in tal sua qualità, ha chiesto al Ministero dell'Economia e delle Finanze di accedere ed estrarre copia di alcuni contratti stipulati dal Governo, che, secondo un'indagine in corso della Corte dei Conti, comporterebbero un onere di quattro miliardi circa. Di fronte al silenzio rifiuto dell'Amministrazione adita, il giornalista ha promosso un primo ricorso al TAR del Lazio, al fine di accedere ai documenti richiesti e di vedere accertato e dichiarato il proprio diritto ad ottenere l'ostensione e l'esibizione ex art. 116, comma 4, c.p.a..

L'adito TAR, con sentenza n. 13250 del 24 novembre 2015, ha respinto la pretesa attorea, ritenendo che la posizione del giornalista e l'interesse dei potenziali lettori a una maggiore informazione sui contratti in derivati non sono elementi sufficienti a fondare una legittimazione qualificata all'accesso e che l'effetto di tale divulgazione è pregiudizievole sulle attività in derivati, con svantaggio competitivo di Stato e istituti del mercato relativo.

L'appello proposto dal ricorrente deduce l'erroneità dell'impugnata sentenza per non aver riconosciuto, in capo a lui, un interesse rilevante e differenziato a tal accesso (strumentale alla libertà di informazione garantita e riconosciuta agli organi di stampa) nonché in considerazione degli obblighi di buona fede e di collaborazione cui è tenuta la P.A verso il privato; la falsa rappresentazione dei fatti di causa, essendo stato chiesto un numero delimitato di atti (individuati in modo specifico secondo quanto già reso pubblico in esito ad una indagine parlamentare), non preordinato ad un controllo generalizzato dell'attività amministrativa; l'illegittimità del diniego tacito circa taluni affermati e non dimostrati effetti pregiudizievoli sulle attività in derivati; l'illegittima condanna alle spese di lite.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3631 del 14 luglio 2016, ha confermato che, nel caso di specie, l'istanza di accesso andava inquadrata nell'ambito della Legge n. 241/1990 e che *“in linea di principio, non si può equiparare la posizione di una testata giornalistica o di un operatore della stampa a quella di un qualunque soggetto giuridico per quanto attiene al diritto di accesso ai documenti amministrativi”*. Tuttavia, *“occorre pur sempre tenere presente l'ambito soggettivo e quello oggettivo prescritti dalla legge, entro i quali va riconosciuta la tutela sottesa all'accesso, presupponendo...un interesse personale e concreto, strumento dell'accesso”*.

Pertanto, “non è consentito dilatare l’ambito applicativo della normativa garantista di cui all’art. 22 della Legge n. 241/1990”.

I giudici di Palazzo Spada, concludono affermando che “è da affermare che il sistema, nel suo complesso, dà luogo a vari tipi di accesso, con diverse finalità e metodi d’approccio alla conoscenza ed altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza, con diverse finalità e metodi d’approccio alla conoscenza ed altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza dei pubblici poteri. Tali livelli, nel sistema della Legge n. 241 - che costituisce il parametro normativo di riferimento nel presente giudizio - saranno più ampi quando riguardano la partecipazione di un soggetto ad un procedimento amministrativo o ad un procedimento amministrativo in atto, oppure quando l’accesso riguardi “documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici”; ma richiederanno pur sempre, nel sistema della Legge n. 241, una posizione legittimante nei termini richiesti da quella disciplina. È allora ben chiaro che il diritto d’accesso ex Legge n. 241 agli atti amministrativi non è connotato da caratteri di assolutezza e soggiace, oltre che ai limiti di cui all’art. 24 della Legge n. 241/1990, alla rigorosa disamina della posizione legittimante del richiedente, il quale deve dimostrare un proprio e personale interesse (non di terzi, non della collettività indifferenziata) a conoscere gli atti e i documenti richiesti. Come si è detto, il diritto di cronaca è presupposto fattuale del diritto ad essere informati, ma non è di per sé solo la posizione che legittima l’appellante all’accesso invocato ai sensi della Legge n. 241”.

La pronuncia del Consiglio di Stato sembrerebbe segnare un arretramento sulle posizioni relative al diritto di accesso ex art. 5 del D.Lgs. n. 33/2013, pur lasciando aperta la possibilità che si tratti solo di un assestamento degli orientamenti giudiziari.

La sentenza, infatti, precisa che “l’istanza di accesso proposta in via amministrativa dall’appellante e la conseguente domanda giudiziale vanno valutate, per saggiare la legittimità del diniego (rectius: silenzio) opposto dall’Amministrazione alla luce dell’invocato disposto normativo, senza poter prendere in considerazione la successiva evoluzione della disciplina normativa in materia di trasparenza delle pubbliche amministrazioni e di conoscenza dei relativi atti”.

Palazzo Spada, insomma, pur consapevole che v’è stata tra la proposizione dell’istanza di accesso e la propria decisione la riforma all’accesso operata col D.Lgs. n. 97/2016, ha ritenuto di non poterla applicare al caso di specie, da regolare ai sensi esclusivamente della Legge n. 241/1990.

Questa considerazione apre alla possibilità che in futuro analoghe istanze di accesso, qualificato come “civico” ai sensi dell’articolo 5 del D.Lgs. n. 33/2013, domani potranno essere giudicate in modo diverso, tenendo ben conto delle riforme in atto.

Rimane fermo, tuttavia, che il Consiglio di Stato implicitamente suggerisce alle amministrazioni di avvalersi del potere di qualificare le istanze di accesso in relazione alle varie tipologie normative oggi esistenti.

NOTE A SENTENZA

Processo contabile - Giudizio davanti alla Corte dei Conti - Poteri del Pubblico Ministero contabile - Esercizio dell'azione revocatoria a garanzia del credito erariale - Ammissibilità.

Processo contabile - Giudizio davanti alla Corte dei Conti - Azione revocatoria - Mancata notifica dell'invito a dedurre - Irrilevanza.

Corte dei Conti - Sez. Giurisdiz. per la Campania - 29.05.2015 n. 582 - Pres. Santoro - Rel. Cassaneti - M.F. (Avv. Sarno) - L.G. (Avv. Formica)

Il Procuratore Regionale della Corte dei Conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro sesto, titolo terzo, capo quinto del Codice Civile.

Nell'ambito del giudizio per l'azione di revocazione ai sensi dell'art. 2901 c.c. - caratterizzato, tra l'altro, da esigenze di celerità dell'azione - non è prevista la notifica dell'invito a dedurre, la quale costituisce presupposto processuale unicamente dell'azione di responsabilità erariale ed è disciplinata da una norma eccezionale, non suscettibile di interpretazione analogica.

FATTO - Con atto di citazione contenente istanza di revocazione ex artt. 1, comma 174, legge 266/2005 e 2901 e segg. c.c., depositato presso questa Sezione Giurisdizionale il 31-10-2013, la Procura Regionale ha evocato in giudizio M.F. e L.G. per sentire nei loro confronti dichiararsi, ai sensi degli artt. 2901 e ss. c.c., la revocazione e, conseguentemente, l'inefficacia nei confronti dell'INPS (C.F. 80078750587) dell'atto recante in intestazione la dicitura "Cessione di diritti immobiliari (acquisto pertinenza prima casa)", stipulato in data 21 ottobre 2011, giusta atto per notar Francesco Zotta, iscritto nel ruolo dei Distretti Notarili Riuniti di Potenza, Lagonegro e Melfi, rep. n. 16730, race n. 9418, tra M.F. e L.G., ed avente ad oggetto la cessione e trasferimento della quota di comproprietà pari ad un mezzo (1/2) e dei diritti vantati dalla parte alienante in relazione a tale quota dell'immobile sito in San Giorgio a Cremano alla Via Galante n. 11, iscritto al catasto al fg. 5, particella 134, subalterno 9, piano terra, categoria C/6, classe 6, consistenza 25 MQ, Rendita 120,08, quale risultante dal predetto atto notarile, condannando altresì i convenuti al pagamento delle spese di giustizia.

Il requirente ha esposto nell'atto introduttivo del giudizio, che con l'atto predetto il signor F. ha ceduto alla moglie L.G. la propria quota di proprietà dell'immobile suindicato -precedentemente, dunque, oggetto di comproprietà di entrambi i coniugi- dopo che era intervenuta a carico del medesimo F. sentenza n. 1097 del 10-06-2010 di questa Sezione Giurisdizionale di

condanna al risarcimento del danno di € 2.415.842,83 nei confronti dell'INPS e prima che venisse pronunciata la sentenza n. 407 del 23-07-2012 della Sez. I Centr. Appello con cui la suddetta statuizione di condanna è stata pienamente confermata.

La P.R., che ha avuto conoscenza di quanto sopra con la nota prot. 5180 del 16-07-2013 con cui l'Avvocatura Distrettuale dell'INPS di Napoli ha trasmesso all'Ufficio di Procura una relazione redatta nell'ambito delle attività di monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei Conti, ha osservato che "Le circostanze mediante le quali è stata posta in essere tale operazione, inducono a ritenere che essa sia stata effettuata all'esclusivo fine di sottrarre alla garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 c.c. il bene immobile che ne costituisce l'oggetto, a tutto danno delle ragioni creditorie dell'Erario". Conseguentemente, è stata esercitata, con l'atto introduttivo del giudizio, l'azione revocatoria finalizzata a rendere inefficace, nei confronti dell'INPS, l'atto di cessione di diritti immobiliari stipulato fra il F. e la consorte, in quanto al momento in cui è stata posta in essere l'operazione sussisteva una validissima ragione di credito per l'ente creditore, essendo già intervenuta sentenza di primo grado che condannava il F. al risarcimento del danno all'Erario, pur non avendo tale pronuncia il requisito di *res iudicata* in quanto oggetto d'impugnazione. Ancor più in dettaglio, il requirente si è intrattenuto, richiamando giurisprudenza sull'argomento, sulla sussistenza nel caso di specie delle condizioni previste dal Codice Civile, all'art. 2901, per l'esercizio dell'azione revocatoria, e in particolare: la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore e la consapevolezza da parte del terzo cessionario, trattandosi di atto a titolo oneroso, del pregiudizio medesimo.

Sia M.F. e sia L.G. si sono costituiti in giudizio, rispettivamente per il tramite dell'avv. Sabino Antonino Sarno e dell'avv. Walter Formica, eccependo pregiudizialmente l'inammissibilità dell'azione esercitata dalla Procura Regionale in quanto non preceduta dalla notifica dell'invito a dedurre prescritta dall'art. 5 legge n. 19/1994 e rilevando, nel merito, l'infondatezza dell'azione medesima, non essendovi prova in atti della conoscenza del pregiudizio che l'atto in contestazione era suscettibile di arrecare all'Erario, sia in capo al debitore (il F.) essendo l'atto medesimo intervenuto diversi anni dopo la notifica della citazione in giudizio e sia in capo al cessionario (la G.) che ha potuto affrontare l'esborso con propri mezzi economici. Nella pubblica udienza odierna il PM, rilevata in via pregiudiziale l'infondatezza dell'eccezione delle parti convenute sollevata in riferimento all'inammissibilità dell'istanza introduttiva del giudizio per mancata previa notifica di apposito invito a dedurre visto quanto già più volte statuito sul punto in pronunce dei giudici contabili ed in particolare nella sentenza n. 1785/2008 di questa Sezione Giurisdizionale, ha evidenziato, nel merito, che le deduzioni difensive non si rivelano idonee a pregiudicare la fondatezza dell'istanza di revocazione oggi in discussione, considerata la chiara emergenza in atti della sussistenza dei presupposti e delle condizioni all'uopo richiesti *ex lege*, ed in particolare dell'evidente fittizietà dell'operazione di cessione compiuta tra i due coniugi oggi convenuti nonché della indiscutibile *scientia damni* del terzo cessionario; ha concluso, dunque, chiedendo l'accoglimento dell'istanza *de qua*. L'avv. Sarno ha sinteticamente richiamato le deduzioni difensive ed ha concluso insistendo per la reiezione dell'istanza di revocazione proposta dal requirente.

DIRITTO - A. In primo luogo, va rilevato che il motivo d'inammissibilità della citazione perché non preceduta dall'invito a dedurre di cui all'art. 5, comma 1°, D.L. 15 novembre 1993, N. 453 (convertito nella legge 14 gennaio 1994, n. 19), è palesemente infondato, in quanto non è prevista l'emissione dell'invito a dedurre nell'ambito del giudizio in esame, oltre tutto caratterizzato da esigenze di celerità dell'azione. Infatti, "l'invito a dedurre costituisce un presupposto processuale unicamente dell'azione di responsabilità erariale. Nel caso che ne occupa, l'azione esercitata è un'azione strumentale rispetto all'esercizio dell'azione di responsabilità e in relazione all'azione principale è stato emesso l'invito a dedurre.

D'altra parte, che l'emissione dell'invito a dedurre sia presupposto della (sola) azione di responsabilità è dimostrato dal fatto che, pacificamente, è escluso che esso debba essere emesso nel giudizio per resa di conto, che, parimenti, può condurre ad una condanna del contabile al pagamento di somme.

In ogni caso, nell'ambito di un processo sostanzialmente impostato sul giudizio civile di responsabilità per danni, la norma sull'invito a dedurre è norma eccezionale e non suscettibile di applicazione analogica (art. 14 disp. prelim. cc)" (Sez. I Centr. d'Appello, sentenza n. 1004/2014).

B. Venendo al merito della questione, cade opportuno evidenziare, preliminarmente, il contenuto della disposizione esplicitata dall'articolo 1, comma 174, della Legge n. 266/2005, secondo la quale, al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali, l'articolo 26 del Regolamento di Procedura di cui al R.D. n. 1038/1933 si interpreta nel senso che il Procuratore Regionale della Corte dei Conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro sesto, titolo terzo, capo quinto del Codice Civile; in definitiva, la richiamata norma dalla portata storica, poiché configura un presidio ulteriore ed incisivo a difesa delle pubbliche finanze, attribuisce al Pubblico Ministero contabile il potere di esercitare l'azione revocatoria e quella surrogatoria a garanzia del credito erariale, superando il precedente quadro giuridico che consentiva l'esperimento di siffatte azioni soltanto all'Amministrazione danneggiata, quale soggetto intestatario del diritto sostanziale al risarcimento del danno. In ordine al profilo della giurisdizione, ossia all'individuazione del Giudice dinanzi al quale esercitare le richiamate azioni di conservazione della garanzia patrimoniale, tenendo conto che il legislatore, nella formulazione della predetta novella, non si è pronunciato espressamente su tale specifico versante, lasciando all'interprete il compito di vagliare questo aspetto, in base ai principi costituzionali di carattere generale attinenti al riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice contabile, i primi provvedimenti emessi nell'ambito della giurisprudenza contabile in relazione ad azioni revocatone hanno tutti concordemente affermato la cognizione della Corte dei Conti (Sez. Giur. Puglia, sentenza n. 615/2006, Sez. Giur. Lombardia, sentenza n. 606/2006, Sez. Giur. Lazio, sentenza n. 1560/2007, Sez. Giur. Friuli Venezia Giulia, sentenza n. 151/2008).

Tale assunto è stato avallato anche dalla Suprema Corte; al riguardo, preme sottolineare che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 22059/2007 e la sentenza n. 11073/2012, hanno stabilito in modo chiaro che la giurisdizione nella materia de qua spetta alla Corte dei Conti. Secondo l'avviso della S.C., infatti, la devoluzione alla giurisdizione contabile delle controversie in argomento, oltre che imposta dalla lettera dell'articolo 1, comma 174, della Legge n. 266/2005, è anche coerente con il suo scopo, esplicitato nel "fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali": tutela che indubitabilmente compete alla Corte dei Conti apprestare, per le azioni di accertamento e di condanna, e che ugualmente deve ritenersi esserle stata affidata, soggiunge la Corte di Cassazione, per quelle "a tutela delle ragioni del creditore" e per "i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale", in quanto rispetto alle prime hanno carattere accessorio e strumentale. La rilevata natura accessoria e strumentale delle azioni come la revocatoria, prosegue la Suprema Corte, consente inoltre di ritenere che esse non sono affatto estranee alle "materie della contabilità pubblica", che l'articolo 103 della Costituzione riserva alla cognizione della Corte dei Conti, insieme comunque con le "altre specificate dalla Legge": si tratta di mezzi predisposti anch'essi, sia pure in via indiretta, a quella riparazione del "danno erariale", sulla quale la giurisdizione compete alla magistratura contabile.

Ciò posto, la disamina delle argomentazioni di merito poste a fondamento della suddetta azione revocatoria da parte dell'Ufficio Requirente, e delle correlate controdeduzioni formulate dai

difensori dei convenuti, richiede, altresì, che si prenda l'abbrivo dall'esame dei referenti normativi in materia, costituiti dagli articoli 2901 e seguenti del Codice Civile.

L'azione revocatoria è attribuita al creditore contro ogni atto di disposizione del patrimonio compiuto dal debitore, che sia in grado di recare pregiudizio alle sue ragioni; la sentenza di revoca ha come effetto di rendere inefficace, nei confronti soltanto del creditore che ha agito, l'atto di disposizione con la conseguenza che, in caso di successivo inadempimento da parte del debitore, il creditore potrà agire con l'azione esecutiva anche in relazione al bene entrato nel patrimonio del terzo ovvero, preventivamente, ottenere un sequestro conservativo. L'azione revocatoria, infatti, non ha effetto restitutorio, poiché l'atto di disposizione è perfettamente valido ed efficace *erga omnes*, con l'unica eccezione del creditore che agisce in giudizio; i presupposti della menzionata azione, ai sensi del prefato art. 2901 C.C., sono il pregiudizio delle ragioni del creditore, definito *periculum damni*, la cognizione del debitore di ledere la garanzia del creditore mediante l'atto di disposizione (*consilium fraudis*) e la consapevolezza da parte del terzo, in caso di atto a titolo oneroso, del pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore dal negozio giuridico posto in essere (*partecipatio fraudis*).

Nel caso di specie, il Collegio ritiene senz'altro sussistenti, per quanto di seguito si considera, le tre condizioni sopra tratteggiate, tutte necessarie nella fattispecie sottoposta al vaglio della Sezione, essendo l'azione revocatoria intrapresa dalla P.R. finalizzata a rendere inefficace, nei confronti dell'INPS, l'atto di cessione di diritti immobiliari stipulato a titolo oneroso fra il M.F. e la propria consorte il 21-10-2011.

Con nota prot. 5180 del 16-07-2013, l'Avvocatura Distrettuale dell'INPS di Napoli trasmetteva all'Ufficio di Procura una relazione, nell'ambito delle attività volte al monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze di condanna della Sezione contabile territoriale, nella quale si evidenziava che il M.F., condannato con sentenza n. 1097 del 10-06-2010 di questa Sezione Giurisdizionale al risarcimento del danno di € 2.415.842,83 nei confronti dell'INPS, nelle more del pronunciamento della sezione d'appello - che notoriamente sospende l'esecutività delle sentenze di condanna di primo grado del giudice contabile - aveva proceduto a cedere alla propria consorte la quota di proprietà di un bene immobile precedentemente detenuto in comproprietà con la medesima. Invero, il 21-10-2011 veniva stipulata, per atto di Notaio dott. Francesco Zotta, la cessione dei diritti immobiliari da parte del suddetto F. alla moglie L.G., sulla propria quota di proprietà dell'immobile -inizialmente intestato in comproprietà ad entrambi i coniugi- sito in San Giorgio a Cremano (NA) alla Via Galante n. 11, piano terra sottostante la scala B (unità immobiliare contrassegnata in catasto al foglio 5, particella 134, sub. 9, categoria C/1, mq 25) per un corrispettivo pari ad € 16.000,00.

In data 23-07-2012 è poi intervenuta la pronuncia della Sezione I Centr. d'Appello n. 407, la quale ha tra l'altro confermato la condanna già inflitta a M.F. al pagamento nei confronti dell'INPS della somma sopra indicata. Orbene, il Collegio ritiene di precisare, in primo luogo, che costituisce principio giurisprudenziale ormai acquisito che ai fini dell'esperimento dell'azione avverso l'atto di disposizione è sufficiente l'esistenza di una ragione di credito, ancorché non accertata giudizialmente (così la S.C. in numerose pronunce: cfr. *ex plurimis*, Sez. 1[^] Civ. n. 14166/2001, Sez. 3[^] n. 3981/2003 e n. 12678/2003, SS.UU. Civ. n. 9440/2004; Corte dei Conti, Sez. 1[^] Centr. d'Appello n. 913/2013).

In buona sostanza - come giustamente evidenziato nell'istanza introduttiva del giudizio, richiamando la sentenza n. 1785/2008 di questa Sezione Giurisdizionale - "*la norma accoglie una nozione molto lata del credito comprensiva della ragione o aspettativa e addirittura dei crediti litigiosi e quindi per propria natura in contestazione, coerentemente con la funzione propria dell'azione, la quale non persegue fini restitutori, bensì mira a conservare la garanzia generica*

sul patrimonio del debitore in favore di tutti i creditori, compresi quelli eventuali. Sicché è da concludere sull'argomento che la norma non pone alcuna differenza tra credito eventuale e credito controverso, essendo sufficiente una ragione di credito".

Nel caso di specie sussisteva senz'altro una evidentissima ragione di credito per l'INPS, visto che al momento in cui è stata posta l'operazione, era già intervenuta una sentenza di primo grado che condannava il F. al risarcimento del danno all'Erario, pur difettando il requisito di *res iudicata* in ragione della pendenza del giudizio di appello.

La verifica in concreto del *consilium fraudis*, dunque, ha senz'altro in fattispecie esito positivo, ove si tenga conto, altresì, del fatto che per integrare il prefato presupposto è sufficiente il dolo generico, ossia la consapevolezza del debitore di arrecare pregiudizio con il proprio atto dispositivo agli interessi del creditore, e quindi la semplice previsione del predetto effetto esiziale, non essendo richiesto, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, uno specifico *animus nocendi* (cfr. *ex multis*, C. Cass., Sez. III, n. 5451/1985 e Sez. I, n. 2792/2002).

Così individuate le pertinenti coordinate ermeneutiche, dalla sequenza cronologica degli avvenimenti e dallo stretto legame esistente tra le parti del menzionato atto di cessione, è possibile arguire in modo estremamente chiaro, ad avviso del Collegio, la consapevolezza del F. di ledere le ragioni creditorie dell'INPS suscettibili di scaturire dalla definizione del giudizio d'appello in corso sulla pronuncia che già in primo grado aveva accertato la sussistenza dell'illecito-amministrativo contabile contestatogli dalla Procura. Tale asserzione risulta avvalorata ogni oltre ragionevole dubbio dalla circostanza decisiva che la cessione del cespite immobiliare è stata perfezionata dal convenuto, come validamente evidenziato dal requirente, in data 21-10-2011, quindi in un momento successivo all'emissione della pronuncia di condanna di primo grado.

L'elevato valore probatorio e sintomatico riveniente dai fattori oggettivi sopra delineati, depone in modo univoco a favore della tesi sostenuta dalla Procura Regionale istante, in presenza di un quadro sistematico di elementi gravi, precisi e concordanti.

In definitiva, il requisito soggettivo rappresentato dalla consapevolezza del debitore di arrecare pregiudizio, attraverso l'atto dispositivo, agli interessi del creditore, appare acclarato in modo evidente dall'esame inerente alla dinamica temporale degli avvenimenti sì come sopra delineata.

Quanto, poi, all'*eventus damni*, rappresenta principio pacificamente acquisito quello secondo cui: "In tema di azione revocatoria ordinaria non è richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che rende più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso" (cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 7767/2007; Sez. I, n. 25433/2007; Sez. III, n. 19963/2005).

Tenuto conto, nel caso all'esame del Collegio, dell'ingente importo di condanna, è evidente che qualunque variazione della consistenza patrimoniale del convenuto, sarebbe stata idonea a ledere la garanzia patrimoniale della soddisfazione del credito.

Nel caso di specie, poi, risulta evidente la variazione quantitativa del patrimonio del F., che con l'atto *de quo* ha palesemente inteso garantire la conservazione del bene immobile al patrimonio familiare, rendendo, di fatto, non esercitabili azioni esecutive sugli immobili confluiti nella proprietà della propria consorte, rispetto alia quale il rapporto di coniugio era regolamentato secondo il regime della separazione dei beni.

Inoltre - come giustamente rilevato dal PM di udienza - l'assegno di 16.000,00 € emesso da L.G. in favore del marito M.F. non risulta effettivamente riscosso, poiché in atti non risulta altro che la mera matrice del titolo di pagamento, il che rende ancor più palese la sostanziale

configurazione dell'operazione di cessione de qua come una "partita di giro".

Certamente, la variazione del patrimonio del debitore F. sotto l'aspetto quantitativo, a seguito dell'avvenuta cessione che ha ridotto il valore complessivo delle sue possidenze, è sufficiente a realizzare quella maggiore difficoltà ed incertezza nella esazione del credito che connota l'indispensabile evento dannoso.

Riguardo, infine, la c.d. *scentia damni* del terzo acquirente a titolo oneroso della quota di comproprietà dell'immobile in parola, va preliminarmente rilevato che nel dare consistenza all'onere probatorio a cui il creditore che agisce in revocatoria deve ottemperare, la Suprema Corte ha precisato che, ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria, la prova della fraudolenta collusione tra il debitore ed il terzo (cosiddetto *consilium fraudis*) "può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici, massimamente se fondate sulla qualità delle parti del negozio fraudolento e sulla sua tempistica rispetto alla pretesa del creditore" (cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 25016/2008; C. Cass. n. 17867/2007 e n. 2748/2005). Nel caso di specie, tali elementi sono dati:

1. dal rapporto di coniugio intercorrente tra i contraenti (M.F. e L.G.), i quali risultavano, al momento della vendita, essere coniugati (come da loro stessi dichiarato all'art. 8 dell'atto di cessione), in regime di separazione di beni e residenti presso la stessa abitazione, con la conseguenza -giustamente posta in rilievo dal requirente istante- che non vi era alcuna giustificazione concreta dell'operazione de qua, se non l'intento di sottrarre la disponibilità dell'immobile al F. e da non renderlo aggredibile da parte dell'INPS creditore, proprio grazie al regime di separazione dei beni;
2. dalla circostanza che la parte cedente ha sorprendentemente dichiarato nell'atto di cessione di aver già ricevuto il corrispettivo prima ancora della stipula del contratto, fatto del tutto inusuale nella gestione di siffatti rapporti contrattuali;
3. dal fatto che il cedente non è titolare di ulteriori cespiti patrimoniali, circostanza che - come condivisibilmente evidenziato dal PM di udienza - non poteva certamente essere ignota al coniuge cessionario.

Gli indici sopra descritti sono palesemente indicativi della conoscenza da parte del cessionario (la signora G., moglie del F.) di essere parte di un preciso meccanismo frodatario condiviso con il coniuge.

Per tutto quanto precede il Collegio, ai sensi degli articoli 2901 e segg. c.c., ritiene fondata la domanda attorea volta alla declaratoria di inefficacia dell'atto di cessione specificato in narrativa.

Le spese di giustizia seguono la soccombenza dei convenuti e vanno liquidate come da dispositivo.

(*Omissis*)

NECESSITÀ DEL CONTRADDITTORIO PREPROCESSUALE ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DI GIUSTIZIA CONTABILE.

Sommario: 1. Breve considerazione sostanziale. - 2. Gli aspetti procedurali. - 3. Obbligo contraddittorio preventivo. - 3.1. La giurisprudenza della Corte. - 3.2. Esistenza di un obbligo di contraddittorio.

Con la sentenza in commento la Sezione Giurisdizionale della Campania della Corte dei Conti ha, in applicazione dell'art. 2901 del c.c., dichiarato inefficace un atto dispositivo posto in essere da un presunto responsabile di danno erariale.

1. Breve considerazione sostanziale.

Fin dall'inizio degli anni 2000 le Procure della Corte erano alla ricerca di un addentellato normativo che consentisse, al fine di una efficace tutela del credito erariale, la possibilità di aggredire atti dispositivi del patrimonio.

Premesso che la norma generale è quella dell'art. 2901 c.c., il problema era stabilire come consentire l'esercizio della azione revocatoria all'interno del processo contabile.

La soluzione fu una norma di interpretazione autentica.

L'art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005 prevede che *“al fine di realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali, l'articolo 26 del regolamento di procedura di cui al regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, si interpreta nel senso che il procuratore regionale della Corte dei conti dispone di tutte le azioni a tutela delle ragioni del creditore previste dalla procedura civile, ivi compresi i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale di cui al libro VI, titolo III, capo V, del codice civile”*. Quindi, attraverso una interpretazione autentica (che in realtà era di carattere innovativo), l'art. 26 del regolamento di procedura è stato *piegato* con la possibilità di utilizzo dei rimedi di cui agli artt. 670 e ss. del codice di rito e 2900 del codice civile.

Il nuovo codice di procedura contabile ha confermato il sistema con l'art. 67.

In tema di giurisdizione, dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 174, la Corte di Cassazione ne ha affermato la appartenenza al giudice contabile.

E, infatti, la Corte di Cassazione, nella sua funzione di regolatore della giurisdizione, ha statuito [S.U., sentenza n. 11073 del 3 luglio 2012] che l'azione revocatoria esercitata dal Procuratore Regionale della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 1, comma 174, della legge n. 266 del 2005, non appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, ma alla giurisdizione esclusiva della Corte dei Conti, poiché tale norma: interpreta l'art. 26 del regolamento di procedura dei giudizi innanzi alla Corte dei Conti di cui al R.D. n. 1038 del 1933 ed è inserita, quindi, nel corpo della disciplina dei giudizi di pertinenza della Corte dei Conti; conferisce la legittimazione attiva al Procuratore Regionale Contabile, organo abilitato a svolgere le proprie funzioni unicamente davanti al giudice presso il quale è istituito; mira a *“realizzare una più efficace tutela dei crediti erariali”*, tutela accessoria e strumentale a quella fornita dalle azioni di responsabilità erariale; trova *“copertura”* nell'art. 103, secondo comma, Cost., in quanto, nonostante l'eventuale coinvolgimento di diritti di terzi, estranei al rapporto di servizio con la P.A., attiene comunque alle *“materie di contabilità pubblica”*, riservate alla giurisdizione della Corte dei Conti.

2. Gli aspetti procedurali.

Uno dei rilevanti aspetti della sentenza in commento è la instaurazione diretta del giudizio senza la fase dell'invito a dedurre.

Premesso che il processo per responsabilità amministrativa si instaura con il deposito di un vero e proprio atto di citazione, dispone la norma che prima del deposito del medesimo il Procuratore Regionale notifica al presunto responsabile un invito a dedurre.

Costui ha 45 giorni di tempo per depositare deduzioni e per chiedere di essere personalmente sentito. Allo spirare dei 45 giorni il P.R. ha 120 giorni a pena di decadenza per il deposito dell'atto di citazione presso la Sezione Giurisdizionale.

La caratteristica della vicenda che ci occupa è la mancanza della fase di invito a dedurre.

Ha affermato il Giudice che la norma che prevede la previa notifica di un invito a dedurre è di stretta interpretazione, e si deve applicare ai soli giudizi di responsabilità. Ha richiamato, sul punto, la sentenza della I Sezione Centrale n. 1004 del 2014.

3. Obbligo contraddittorio preventivo.

3.1. La giurisprudenza della Corte.

In definitiva, la sentenza in esame fa salva e conferma la giurisprudenza della Corte in tema di tutela del credito e di azione revocatoria.

Resta da verificare la tenuta del sistema di fronte ad una interpretazione che non ritiene necessario notificare l'invito a dedurre.

La sezione (confortata dalla giurisprudenza della Corte) ne ha affermato la inutilità processuale, poiché previsto solo per il giudizio di responsabilità.

Va però evidenziato come in fattispecie diverse da quelle di responsabilità, la Corte dei Conti (QM 12/2007) ha ritenuto necessaria la notifica del preventivo invito a dedurre:

“il tipo di procedimento giurisdizionale da seguire per applicare la sanzione prevista dall'art. 30, comma 15, della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003) deve essere quello previsto per l'ordinario giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei Conti di cui agli artt. 43 e seguenti del R.D. n. 1038/1933 e all'art. 5 della legge n. 19/1994, non potendo trovare applicazione, in tali ipotesi, la modalità procedurale prevista dall'art. 58 del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038 relative ai giudizi ad istanza di parte”.

Orbene, il discorso, sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale, non pare concluso.

Il nuovo testo unico dei procedimenti innanzi alla Corte dei Conti (approvato con D.Lgs. n. 174/2016) innanzitutto conferma la necessità della notifica, al presunto responsabile, di un preventivo invito a dedurre.

Art. 67, secondo cui: *“Prima di emettere l'atto di citazione in giudizio, il Pubblico Ministero notifica al presunto responsabile un atto di invito a dedurre, nel quale sono esplicitati gli elementi essenziali del fatto, di ciascuna condotta contestata e del suo contributo causale alla realizzazione del danno contestato, fissando un termine non inferiore a quarantacinque giorni, che decorre dal perfezionamento dell'ultima notificazione dell'invito, entro il quale il presunto responsabile può esaminare tutte le fonti di prova indicate a base della contestazione formulata e depositare le proprie deduzioni ed eventuali documenti.”.*

Il medesimo codice, però, pare aver introdotto un altro rito, a cognizione sommaria, senza la preventiva audizione del presunto responsabile.

L'art. 133, invero, disciplina le ipotesi di responsabilità sanzionatoria della Corte, quanto cioè la Corte è chiamata a decidere su ipotesi tipizzate rispetto alle quali l'invitato dovrà pagare una sanzione tra un minimo ed un massimo.

Nella nuova fattispecie di responsabilità sanzionatoria, oltre alla previsione di un giudice monocratico rispetto alla normale collegialità, non pare essere stato cristallizzato il principio di un preventivo contraddittorio.

3.2. Esistenza di un obbligo di contraddittorio.

Se lo stato del diritto vivente e positivo, quindi, lascia intendere la esistenza di *zone d'ombra* rispetto ad un obbligo generalizzato di contraddittorio qualora una autorità requirente abbia intenzione di instaurare un procedimento nei confronti di un presunto responsabile, occorre chiedersi se esista all'interno della Costituzione una norma che obblighi a tanto.

La risposta deve essere rinvenuta nell'art. 24, comma 2, della Costituzione, che prevede che il diritto di difesa debba essere assicurato in ogni stato e grado del procedimento.

Premesso che quella del Pubblico Ministero contabile non è attività processuale in senso stretto, poiché ci si trova nella fase di istruttoria, è altrettanto certo, però, che non è attività amministrativa.

Si tratta di attività giurisdizionale preprocessuale per la quale non valgono i principi di cui alla legge n. 241 del 1990, ma quelli propri endoprocedimentali del codice di rito.

Orbene, se la attività istruttoria del P.M. contabile è naturalmente giurisdizionale, pur senza il compimento di atti invasivi (sequestri, perquisizioni, acquisizioni), e se il requirente ritiene di dover sottoporre a giudizio un presunto responsabile, si può ragionevolmente affermare che ci si trova di fronte ad un *procedimento*, costituzionalmente inteso, con la conseguente necessità della instaurazione di un contraddittorio preprocessuale.

MARCO CATALANO

Giudice contabile

Lavoro (Rapporto di) - Lavoratore assunto con contratto di somministrazione temporanea - Riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore - Presupposti.

Processo civile - Lavoratore assunto con contratto di somministrazione temporanea - Domanda di riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore - Onere della prova.

Tribunale di Napoli - 26.10.2016 n. 7777 - Dott. Scognamiglio - C.L. (Avv. Villanova) - T. S.p.a. (Avv.ti F. e F. Hernandez) - INPS (Avv.ti Di Maio, Maisto)

Nel caso di lavoratore assunto con contratto di somministrazione temporanea il riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore è ammesso soltanto alla ricorrenza di entrambi i requisiti previsti dall'art. 23 del D.Lgs. n. 276/2003, ossia "pari livello" e "parità di mansioni svolte".

Nel caso di domanda volta ad ottenere il riconoscimento della parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore risulta a carico del ricorrente - secondo i principi generali in tema di onere della prova di cui all'art. 2967 c.c. - provare la condizione costitutiva del diritto vantato, e cioè lo svolgimento in concreto delle mansioni proprie e tipiche del dipendente INPS.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 23 dicembre 2015 il ricorrente esponeva:

di essere stato dipendente della T. S.p.a. (Agenzia di lavoro Interinale) e in somministrazione presso l'INPS, sede di Napoli Centro negli anni 2009-2011; di aver sottoscritto il 20-10-2009 un contratto di lavoro a tempo determinato prorogato più volte fino al 15-04-2011;

di essere stato inquadrato al gruppo B, livello B1, come da CCNL delle Agenzie per il Lavoro e come previsto dal CNL Enti Pubblici Non Economici;

di aver svolto le mansioni di "addetto all'acquisizione dei dati e ai sistemi di archiviazione"; di non aver mai ricevuto i compensi per la produttività collettiva e i compensi incentivanti speciali previsti dai CNL e applicati agli altri lavoratori della sede INPS; di essere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 D.Lgs. 276/2003 e dell'art. 26 del CNL per le Agenzie di Lavoro, creditore della T. S.p.a. in solido con l'INPS della somma complessiva di euro 6.663,26.

Chiedeva pertanto il riconoscimento del diritto alla corresponsione dei compensi per la produttività collettiva e dei compensi incentivanti speciali, di merito e di risultato; per l'effetto la condanna della T. S.p.a. in solido con l'INPS al pagamento della somma di 6.663,26 o quella risultante da eventuale C.T.U..

Si costituiva la T. S.p.a. la quale chiedeva di respingere le avverse domande e proponeva domanda riconvenzionale nei confronti dell'INPS per sentirla condannare a versarle quanto questa dovesse essere tenuta a pagare al ricorrente.

Si costituiva altresì l'INPS il quale chiedeva di dichiarare inammissibile, nullo o comunque rigettare l'avverso ricorso. In subordine proponeva domanda riconvenzionale di rivalsa

nei confronti della T. S.p.a..

Veniva esperito il tentativo di conciliazione e all'udienza del 7-06-2016 i resistenti dichiaravano di non poter accogliere la proposta transattiva del giudice il quale disponeva rinviarsi per la decisione all'odierna udienza.

Il ricorso non può essere accolto.

Preliminarmente è opportuno ricordare che l'INPS con determinazione del 13 ottobre 2008, n. 336 decise di ricorrere all'utilizzo di lavoro flessibile. Mediante diverse gare d'appalto procedette ad individuare una società di somministrazione che potesse fornirgli lavoratori interinali per lo svolgimento di mansioni di "addetto all'acquisizione dati su supporto informatico ed ai sistemi informativi" presso le sedi locali dell'INPS.

La T. S.p.a. si aggiudicò le suddette gare provvedendo a stipulare con l'INPS contratti d'appalto quadro per la somministrazione dei lavoratori interinali.

Orbene, l'art. 23 del D.Lgs. 276/2003, così come in vigore al tempo dei fatti, stabiliva che *"I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196"*.

Oltre al requisito del "pari livello" la norma richiedeva la "parità di mansioni svolte" e solo alla ricorrenza di entrambi i requisiti riconosceva la parità di trattamento economico di base tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dell'utilizzatore.

Il lavoratore, tuttavia, si è limitato ad allegare genericamente di aver svolto le mansioni di addetto all'acquisizione di dati e ai sistemi di archiviazione, nulla deducendo in ordine al concreto contenuto delle mansioni e al fatto che queste sarebbero state uguali a quelle espletate dai dipendenti dell'INPS, limitandosi solo a richiamare il pari inquadramento di quest'ultimo. Inoltre, la relazione istruttoria della Direzione Centrale del Personale dell'INPS del 27-01-2016 richiamando il nuovo modello organizzativo "per processi" adottato dall'Istituto, attraverso il quale è stata superata quella rigida divisione dei compiti tra i vari settori prima esistente, ha evidenziato che l'oggetto del servizio appaltato all'INPS riguarda la particolare mansione parcellizzata di acquisizione dati e archiviazione degli stessi e non tutte le mansioni proprie del dipendente di pari livello. Infatti a seguito dell'adozione del predetto modello organizzativo il dipendente INPS si trova a svolgere una molteplicità di funzioni, non solo la mera acquisizione di dati e archiviazione.

A fronte di ciò, risultava a carico del ricorrente ex art. 2967 c.c. provare la condizione costitutiva del diritto vantato, e cioè lo svolgimento in concreto delle mansioni proprie e tipiche del dipendente INPS.

Non ricorre pertanto, il presupposto di fatto essenziale e necessario, ovvero la parità di mansioni, per affermare l'applicabilità del principio di cui all'art. 23 del D.Lgs. 276/2003, con riferimento ai premi incentivanti previsti a favore dei dipendenti INPS e pacificamente legati al raggiungimento da parte loro di obiettivi strettamente connessi allo svolgimento delle loro mansioni, nel loro complesso e nella loro molteplicità.

Sulla base delle considerazioni su esposte il ricorso non può essere accolto e ogni ulteriore doglianza risulta assorbita.

La presenza di alcuni contrasti giurisprudenziali testimoniata dalle produzioni delle parti giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

**IL TRATTAMENTO RETRIBUTIVO DEI LAVORATORI ASSUNTI
CON CONTRATTI DI SOMMINISTRAZIONE TEMPORANEA
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.**

La somministrazione di lavoro è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dal D.Lgs. 276/2003 ed è oggi disciplinata dagli articoli da 30 a 40 del decreto legislativo n. 81 del 2015, entrato in vigore il 25 giugno 2015. Essa, sostanzialmente, sovverte i principi che disciplinano i rapporti tra lavoratore e impresa che lo utilizza.

In precedenza la L. 1369/60 vietava, come regola generale, che il lavoratore potesse intrattenere rapporti di lavoro con un soggetto diverso da quello che, organizzando il suo lavoro ed esercitando su di lui il potere direttivo, utilizzava la sua prestazione. Questa regola generale era stata successivamente limitata dalla L. 196/97, che aveva introdotto il lavoro interinale cui, peraltro, si poteva ricorrere solo a termine e solo in presenza di ben circoscritte ipotesi previste dalla contrattazione collettiva. Il D.Lgs. 276/03 ha abrogato le normative appena richiamate e ha completamente riscritto i principi che disciplinano la materia.

Detta normativa ha previsto che un'impresa, denominata utilizzatrice, possa rivolgersi ad un'altra impresa, debitamente autorizzata, denominata di somministrazione, al fine di ottenere una certa fornitura di manodopera, a tempo determinato o indeterminato, e con essa concludere, per l'appunto, un contratto di somministrazione. Il lavoratore, utilizzato a seguito di questo contratto, svolge la sua attività lavorativa per l'utilizzatore, sotto la sua direzione e controllo, ma intrattiene un rapporto di lavoro solo nei confronti del somministratore, al quale rimane l'esercizio del potere disciplinare.

La somministrazione, quindi, non diversamente dal lavoro interinale, contempla uno schema "triangolare" nel rapporto di lavoro, che coinvolge il somministratore, l'utilizzatore e il lavoratore, e si caratterizza per la scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro (che fa capo all'agenzia somministratrice) e l'effettiva utilizzazione del lavoratore che compete all'utilizzatore.

L'odierna definizione normativa di somministrazione è contenuta nell'art. 30 del D.Lgs. 81/2015, ove si afferma che il contratto di somministrazione è "*il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*".

Come indicato all'art. 30, il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso a termine o a tempo indeterminato; la somministrazione a tempo indeterminato (*c.d. staff leasing*), in un primo momento abolita dalla Legge 247/2007, è stata successivamente reintrodotta dalla Legge 191/2009 (finanziaria 2010).

Originariamente, la somministrazione a tempo indeterminato era ammessa solo in relazione a una serie di attività specificatamente indicate dal legislatore - tra cui i servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, i servizi di pulizia, custodia, portineria, trasporto, la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, servizi di economato e così via (art. 20, comma 3, D.Lgs. 276/2003) -, con facoltà per la contrattazione collettiva di individuare altre ipotesi nelle quali ricorrere a questo tipo di fornitura. La riforma del 2015 ha eliminato l'elenco tassativo di causali legittimanti la somministrazione a tempo indeterminato, procedendo così a una piena liberalizzazione del *cd. staff leasing*.

Per quanto riguarda la somministrazione a tempo determinato, il D.Lgs. 276/2003,

nella sua prima formulazione, stabiliva che vi si potesse fare ricorso solo a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

Già per effetto della legge 92/2012, la regola della necessaria sussistenza della ragione giustificatrice aveva subito una prima, importante deroga: la giustificazione del termine non veniva più richiesta nell'ipotesi di primo rapporto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra l'utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualsiasi mansione, nel caso di prima di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato. L'obbligo di indicare le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione a tempo determinato è, infine, venuto meno a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 34/2014, convertito con modificazioni in L. 78/2014 (c.d. *Jobs Act*) che ha definitivamente liberalizzato l'apposizione di termini ai rapporti di lavoro subordinato di durata non superiore a 36 mesi.

L'utilizzatore che intenda ricorrere alla somministrazione a tempo determinato è in ogni caso tenuto a rispettare i limiti quantitativi fissati dalla contrattazione collettiva. Detti limiti non operano in caso di somministrazione di lavoratori collocati in mobilità, di soggetti disoccupati che godono, da almeno sei mesi, di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori "svantaggiati" o "molto svantaggiati" (cfr. art. 31, comma 2, D.Lgs. 81/2015).

La Pubblica Amministrazione può stipulare soltanto contratti di somministrazione a tempo determinato.

La legge contempla, poi, alcune specifiche ipotesi in cui è vietato ricorrere alla somministrazione. In particolare, il divieto opera (ai sensi dell'art. 32, D.Lgs. 81/2015):

1. per la sostituzione di lavoratori in sciopero;
2. nei confronti di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori;
3. presso unità produttive in cui si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della Legge 23 luglio 1991 n. 223, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni a cui si riferisce il contratto di somministrazione, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (la riforma del 2015 ha eliminato la possibilità di derogare a tale divieto tramite accordi sindacali);
4. presso unità produttive nelle quali sono in corso sospensioni di rapporti o riduzione dell'orario di lavoro con diritto al trattamento di integrazione salariale (Cassa integrazione guadagni) che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione (anche con riferimento a tale divieto, la riforma del 2015 ha eliminato la regola della derogabilità tramite accordi sindacali).

Dal punto di vista formale, il contratto di somministrazione deve essere stipulato in forma scritta e contenere, a pena di nullità, una serie di indicazioni (tra l'altro, gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, il numero dei lavoratori da somministrare, l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate, la data di inizio e la durata prevista dal contratto di somministrazione, il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori). In mancanza di forma scritta, il lavoratore dovrà necessariamente venir considerato a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. Inoltre, il somministratore deve comunicare per iscritto al lavoratore, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro, ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore, tutte le informazioni relative al rapporto di cui egli è oggetto e che sono state sopra menzionate.

Il lavoratore somministrato ha diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di

mansioni svolte. Inoltre, è prevista la responsabilità solidale dell'utilizzatore con il somministratore per la corresponsione dei trattamenti retributivi e previdenziali (art. 35, comma 2, D.Lgs. 81/2015). Il lavoratore ha diritto altresì a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla medesima unità produttiva, ma non viene computato nell'organico dell'utilizzatore (fatta eccezione per l'applicazione delle norme in materia d'igiene e sicurezza sul lavoro).

Nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni di livello superiore o inferiore a quelle indicate nel contratto, l'utilizzatore è tenuto a darne immediata comunicazione scritta al somministratore, consegnando copia della comunicazione al lavoratore medesimo. Ove non adempia l'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori (art. 35, comma 4).

La peculiarità della figura contrattuale in esame, una volta calata nella realtà organizzativa, rivela aspetti problematici. Si fa riferimento, soprattutto con il venir meno delle difficoltà nascenti dalla corretta esplicazione della causale nei contratti somministrati a termine, all'aspetto retributivo ed all'inevitabile confronto tra i lavoratori somministrati e i lavoratori subordinati non somministrati all'interno di una medesima organizzazione lavorativa.

È appunto il caso esaminato in alcune pronunce giudiziali, tra cui Tribunale di Napoli, n. 7777/2016 del 26.10.2016, giudice dr. Scognamiglio, Tribunale di Brescia, N. 1330/2013 del 20.12.2013, e Corte di Appello di Brescia, sentenza del 5.6.2014 est. Finazzi nelle quali si è esaminato - con esito contrapposto tra primo e secondo grado nel caso di Brescia - il problema del diritto dei lavoratori somministrati alla corresponsione dei compensi per la produttività collettiva e dei compensi incentivanti speciali, di merito e di risultato.

Dunque, secondo l'art. 35 del D.Lgs. 81/2015, i dipendenti del somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore rispetto ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Naturalmente, il trattamento economico spetta al lavoratore somministrato per il tempo effettivo di lavoro. Può accadere, tuttavia, che il dipendente di una società di somministrazione rimanga temporaneamente inoccupato, in attesa di essere assegnato a un contratto di somministrazione. In questo caso, il lavoratore ha diritto alla indennità di disponibilità, nella misura stabilita dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore alla misura prevista mediante decreto del ministro del lavoro. In ogni caso, questa indennità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo (art. 34, D.Lgs. 81/2015). Inoltre, i dipendenti del somministratore hanno il diritto di usufruire di tutti i servizi sociali ed assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, tranne quelli il cui godimento è condizionato al conseguimento di una determinata anzianità di servizio o alla iscrizione ad associazioni o a società cooperative. Anche gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali per i dipendenti del somministratore sono a carico del somministratore stesso, così come previsto dall'art. 37 del D.Lgs. 81/2015. I contributi sono dovuti anche sull'indennità di disponibilità, naturalmente in proporzione all'indennità stessa. Di particolare rilievo è la previsione secondo la quale l'utilizzatore è in ogni caso obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali. Ciò significa, in particolare, che se la retribuzione non viene corrisposta dal somministratore, il lavoratore può pretendere il pagamento nei confronti dell'utilizzatore.

Secondo la disciplina attualmente vigente, ed innanzi richiamata, il lavoratore somministrato ha diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte, a parità di mansioni svolte. La norma presuppone, dunque, l'identità tra le mansioni svolte dalle due categorie

di lavoratori, somministrati e non, deducibile dal richiamo al CCNL applicabile, dovendosi in più intendere identità riferita sia al livello di inquadramento posseduto dal lavoratore che alle mansioni, di fatto e globalmente, espletate dal lavoratore utilizzato.

Nei casi alla base delle pronunce citate, l'ente utilizzatore era l'INPS che, con determinazione del 13.10.2008 n. 336, decise di ricorrere all'utilizzo del lavoro flessibile per cui, dopo aver indetto diverse gare d'appalto, procedette ad individuare una società di somministrazione che potesse fornirgli i lavoratori interinali per lo svolgimento di mansioni di *“addetto all'acquisizione dati su supporto informatico ed ai sistemi informativi”* presso le sedi locali dell'INPS. La T. S.p.a. si aggiudicò le suddette gare provvedendo a stipulare con l'INPS i contratti d'appalto per la somministrazione dei lavoratori interinali. I lavoratori così assunti vennero adibiti a mansioni di acquisizione dati e di addetti ai sistemi di archiviazione, attività più circoscritte rispetto ai dipendenti di pari livello dell'INPS, talvolta con orario a tempo parziale (nel caso di Brescia, per esempio) e con contratti di durata limitata nel tempo.

E', infatti, pacifico tra le parti ciò che emerge già dal capitolato speciale di appalto, sottoscritto dalla T., e cioè che i lavoratori erano stati adibiti esclusivamente ad attività di acquisizione ed archiviazione di dati, la quale attività, tuttavia, costituiva una mera frazione delle mansioni normalmente svolte dai dipendenti inquadrati nel livello B1 della Contrattazione collettiva. Differentemente, i dipendenti dell'Ente previdenziale erano operatori polifunzionali, responsabili della gestione del processo o di fasi dello stesso, con responsabilità del conseguimento dei relativi risultati.

A tal proposito, il CCNL di comparto, in applicazione dei nuovi criteri ispirati a maggiore flessibilità nella distribuzione del lavoro, ha completamente ridefinito gli organigrammi e le strutture aziendali, accorpando precedenti funzioni e riclassificando le mansioni. L'INPS, dunque, ha adottato il modello organizzativo *“per processi”* con lo scopo di assicurare la completa gestione di un servizio da parte di una unità di processo, superando la rigida divisione dei compiti tra i vari settori. Risulta così che all'interno del processo le attività compiute dal singolo operatore sono molteplici e non circoscritte a quelle di mera acquisizione dati e archiviazione degli stessi, svolte invece in via esclusiva dai lavoratori somministrati. Va evidenziato, inoltre, a questo proposito che l'oggetto del servizio appaltato dall'INPS riguardava proprio questa mansione parcellizzata e non tutte le mansioni proprie del dipendente di pari livello B1.

Nel caso oggetto delle pronunce, dunque, non ricorreva il presupposto di fatto necessario per il riconoscimento dell'equiparazione tra le due categorie.

Già l'art. 23 del D.Lgs 276/2003, norma precedente l'attuale disciplina, ed applicabile in quei casi in virtù del regime temporale, prevedeva, per quanto qui di interesse, che:

1. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196...

...3. L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali.

5. I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno altresì diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio.

E l'art. 2 del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il Personale del Comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali, del 14.9.2000, dedicato al contratto di fornitura di lavoro temporaneo, al comma VI, stabiliva che:

6. I lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo, qualora partecipino a programmi o progetti di produttività hanno titolo a partecipare all'erogazione dei connessi trattamenti. La contrattazione integrativa decentrata definisce casi, condizioni, criteri e modalità per la determinazione e corresponsione dei suddetti trattamenti accessori.

Gli emolumenti in questione, quali i compensi per la produttività collettiva, i compensi incentivanti speciali, di merito e di risultato, costituivano premi incentivanti previsti a favore dei dipendenti INPS, ed erano causalmente connessi al raggiungimento da parte loro di obiettivi astrattamente connessi allo svolgimento delle loro mansioni, nel loro complesso e molteplicità. Per i lavoratori in fornitura, addetti a mansioni parcellizzate rispetto ai dipendenti INPS B1, invece, *ab origine* non erano fissati obiettivi da raggiungere e, dunque, non poteva riconoscersi il diritto al compenso incentivante aggiuntivo.

La soluzione scelta dal Tribunale di Napoli e dalla Corte di Appello di Brescia è poi confortata dalla chiara indicazione fornita dall'ARAN in materia.

Ed infatti, l'Agenzia, interpellata proprio in merito al trattamento economico da riconoscere ai lavoratori temporanei della PA, si è espressa con il Parere RAL 168, ove si legge che il personale con rapporto di lavoro a tempo determinato potrebbe fruire anche dei compensi per la produttività mentre tale possibilità resta condizionata alla contrattazione integrativa per i lavoratori assunti con forniture temporanee e con contratti di formazione e lavoro.

La distinzione è dettata dalla diversa disciplina prevista per i due istituti: infatti, per i contratti a tempo determinato, prima l'art. 5 della legge n. 230/1962 e successivamente, con maggiore forza, l'art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001 hanno affermato, come regola generale, il principio di non discriminazione, per cui al lavoratore assunto a termine spetta lo stesso trattamento economico e normativo previsto per il personale a tempo indeterminato in servizio con la medesima qualifica, in proporzione al periodo lavorativo prestato, purché non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine.

Nello stesso senso è intervenuto anche l'art. 7, comma 10, del CCNL del 14.9.2000 che, non solo ha ribadito il principio della parità del trattamento, ma ha individuato anche, in modo espresso, gli istituti per i quali ai lavoratori a termine si applica una disciplina differenziata rispetto a quella prevista per i lavoratori a termine.

Pertanto, nel caso dei contratti di lavoro a tempo determinato, non si può escludere la corresponsione al lavoratore a termine dei compensi per produttività, soprattutto ove l'interessato sia stato espressamente inserito nel relativo progetto. Una eventuale esclusione potrebbe ritenersi legittima, alla luce della chiara previsione dell'art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001, solo nel caso in cui il sistema di partecipazione ai progetti e di erogazione dei compensi di produttività previsto dalla contrattazione decentrata integrativa sia incompatibile con le caratteristiche e la natura del lavoro a termine o non consenta un'erogazione di compensi in proporzione al periodo lavorativo prestato.

Al contrario, tale possibilità è limitata per le forniture di lavoro temporaneo.

Ed invero, relativamente al contratto di formazione e lavoro (art. 3 del CCNL del 14.9.2000) e al contratto di fornitura di lavoro temporaneo (art. 2 del CCNL del 14.9.2000), è espressamente richiesto, ai fini della partecipazione dei lavoratori titolari di tali particolari rapporti di lavoro ai premi di produttività, un esplicito intervento abilitante della contrattazione decentrata integrativa, anche con riferimento al finanziamento degli stessi.

Ed infatti, il già citato art. 2 del CCNL per il Personale del Comparto delle Regioni e delle Autonomie Locali al comma VI, stabiliva che *I lavoratori con contratto di fornitura di lavoro*

temporaneo, qualora partecipino a programmi o progetti di produttività hanno titolo a partecipare all'erogazione dei connessi trattamenti. La contrattazione integrativa decentrata definisce casi, condizioni, criteri e modalità per la determinazione e corresponsione dei suddetti trattamenti accessori.

Deve osservarsi, perciò come l'art. 23 D.Lgs. 276/2003 prevedesse che i lavoratori somministrati avessero diritto "a condizioni di base" di lavoro e di occupazione complessivamente non inferiori a quelli dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore - a parità di mansioni - senza che, tuttavia, nel concetto di "condizioni di base" potessero farsi rientrare emolumenti accessori legati alla produttività. L'equiparazione economica del personale delle due categorie, quella in fornitura e quella dipendente, passava dunque, attraverso l'esplicita regolamentazione, effettuata dalla contrattazione collettiva, delle modalità e dei criteri delle erogazioni aggiuntive, collegate al raggiungimento dei risultati conseguiti.

Conclusivamente, in assenza del presupposto fattuale della completa identità di mansioni, come innanzi descritta, e mancando il presupposto contrattuale, costituito dall'esplicito intervento della contrattazione decentrata integrativa, anche con riferimento al finanziamento degli stessi, non possono riconoscersi ai lavoratori assunti con contratti di fornitura temporanea elementi retributivi accessori ed aggiuntivi, uguali a quelli dei dipendenti dell'Ente utilizzatore.

MARIA GALLO
Consigliere Corte di Appello di Napoli

CORTE COSTITUZIONALE

Pensionari - Pensione a favore dei superstiti - Matrimonio contratto dal dante causa all'età di settanta anni o superiore e la differenza di età tra i coniugi sia maggiore di venti anni - Riduzione, a decorrere dal 1° gennaio 2012, della aliquota percentuale del 10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio mancante rispetto al numero di 10 - Disciplina fondata su una presunzione di frode alla legge - Irragionevolezza - Incoerenza con la finalità previdenziale e il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità - Illegittimità costituzionale.

Corte Costituzionale - 15.06.2016 n. 174 - Pres. Grossi - Rel. Sciarra.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 18, comma 5, del D.L., 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della L. 15 luglio 2011, n. 111, che limita l'ammontare della pensione di reversibilità quando il coniuge scomparso abbia contratto matrimonio a un'età superiore ai settant'anni e il coniuge superstite sia più giovane di almeno vent'anni, atteso che ogni limitazione del diritto alla pensione di reversibilità deve rispettare i principi di eguaglianza e di ragionevolezza e il principio di solidarietà, che è alla base del trattamento previdenziale in esame, e non deve interferire con le scelte di vita dei singoli, espressione di libertà fondamentali, dovendosi pertanto ritenere inaccettabili limitazioni basate su un dato meramente naturalistico quale l'età per incidere su un istituto - la pensione di reversibilità - fondato sul vincolo di solidarietà che si stabilisce nella famiglia.

FATTO - 1. Con ordinanza del 24 marzo 2014, iscritta al n. 131 del registro ordinanze 2014, la Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, giudice unico delle pensioni, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 29, 36 e 38 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111.

La disposizione censurata prevede che «Con effetto sulle pensioni decorrenti dal 1° gennaio 2012 l'aliquota percentuale della pensione a favore dei superstiti di assicurato e pensionato nell'ambito del regime dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme esclusive o sostitutive di detto regime, nonché della gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è ridotta, nei casi in cui il matrimonio con il dante causa sia stato contratto ad età del medesimo superiori a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi sia superiore a venti anni, del 10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio con il dante causa mancante rispetto al numero di 10. Nei casi di frazione di anno la predetta riduzione percentuale è proporzionalmente rideterminata. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano nei casi di presenza di figli di minore età, studenti, ovvero inabili. Resta fermo il regime di cumulabilità disciplinato dall'articolo 1, comma 41, della predetta legge n. 335 del 1995».

1.1. Il giudice rimettente espone di dover decidere sulla domanda di S.P., coniuge superstite di un titolare di pensione diretta, che ha chiesto il riconoscimento del diritto di percepire la pensione di reversibilità, senza la decurtazione percentuale sancita dalla disposizione impugnata, e la conseguente condanna dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) a rideterminare l'importo della pensione, con interessi e rivalutazione monetaria.

In punto di rilevanza, il giudice *a quo* evidenzia che la disposizione censurata si applica *ratione temporis* alla vicenda controversa e non si presta a un'interpretazione compatibile con il dettato costituzionale: la parte ricorrente nel giudizio principale ha sposato un uomo, che ha superato i settant'anni, il divario di età tra i coniugi è superiore a vent'anni e, pertanto, ricorrono i presupposti per procedere alla decurtazione di legge.

1.2. Con riguardo alla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, il giudice *a quo* disattende, in primo luogo, gli argomenti della parte intervenuta, volti a equiparare il matrimonio alla convivenza *more uxorio*, che, nel caso di specie, aveva preceduto il matrimonio.

Il giudice rimettente assume che la disciplina impugnata contrasti con l'art. 29 Cost., in quanto le decurtazioni previste dalla legge pregiudicano la possibilità di condurre una vita dignitosa dopo la morte del coniuge e violano così la libertà di compiere scelte personali in ambito familiare.

Inoltre, la misura restrittiva adottata dal legislatore si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., sotto un duplice profilo: le decurtazioni previste sarebbero innanzitutto irragionevoli, perché legate a fattori futuri, incerti, estranei alle regole dell'istituto della pensione di reversibilità (la durata del matrimonio, l'età del coniuge pensionato). In secondo luogo, esse sarebbero lesive dell'eguaglianza tra i coniugi, discriminando arbitrariamente - quanto alla garanzia di continuità del sostentamento - il coniuge superstite, «apoditticamente individuato nel più giovane».

Ad avviso del giudice rimettente, la disciplina in esame, destinata a tradursi in una misura sprovvista di ogni limite temporale e di ogni legame con le contingenti esigenze di natura finanziaria, lederebbe anche i principi consacrati dagli artt. 36 e 38 della Carta fondamentale.

Essa, difatti, determinerebbe un'irragionevole e definitiva riduzione della pensione, "retribuzione differita", che, nel necessario bilanciamento con le concrete e attuali disponibilità delle risorse finanziarie, deve essere proporzionata alla qualità e alla quantità del lavoro prestato e deve assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa e una vecchiaia nella quale non manchino i mezzi adeguati a un dignitoso sostentamento.

2. Con memoria del 6 agosto 2014, si è costituito in giudizio l'INPS, limitandosi a chiedere di dichiarare inammissibile o, in subordine, infondata la questione di legittimità costituzionale e riservandosi di meglio articolare in séguito deduzioni e difese.

3. Nel giudizio è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, con memoria depositata il 16 settembre 2014, e ha chiesto di dichiarare inammissibile o comunque infondata la questione di legittimità costituzionale.

La difesa dello Stato reputa la questione inammissibile, per difetto di chiarezza e di univocità della prospettazione: la disposizione riguarderebbe tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati, e, pertanto, non sarebbe intelligibile la censura di violazione dell'art. 3 Cost., soprattutto in considerazione della peculiarità della fattispecie e della finalità di reprimere gli abusi ai danni delle persone anziane.

La questione sarebbe comunque infondata, poiché la libertà di sposarsi non può ritenersi condizionata dalla possibilità di beneficiare del trattamento di reversibilità.

Sarebbero prive di pregio anche le censure di violazione degli artt. 36 e 38 Cost.. Sarebbe conforme ai principi costituzionali una disciplina suscettibile di incidere su trattamenti pensionistici del tutto eventuali, come la pensione di reversibilità, in forza di una disciplina dell'ammontare di

tali trattamenti, rispettosa del canone di ragionevolezza.

Peraltro, l'accoglimento della questione di costituzionalità produrrebbe effetti negativi per la finanza, secondo quanto si evince dalla relazione tecnica allegata al disegno di legge di conversione del D.L. n. 98 del 2011.

4. In prossimità dell'udienza, l'INPS ha depositato una memoria illustrativa e ha ribadito, con argomentazioni più approfondite, le conclusioni già svolte.

L'INPS ha eccepito l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, addebitando al giudice rimettente di non avere adeguatamente chiarito se l'applicazione letterale della norma sia davvero in conflitto con i precetti costituzionali evocati e se una pronuncia di accoglimento sia effettivamente idonea a «ripristinare il bene della vita» richiesto dalla parte ricorrente.

La norma impugnata - argomenta l'INPS - è successiva al matrimonio della ricorrente, che, pertanto, non ha visto pregiudicata la sua libertà di autodeterminazione.

Ad avviso dell'INPS, il giudice rimettente non ha specificato come la riduzione del trattamento pensionistico, nel caso di specie, comprometta il diritto a condurre un'esistenza libera e dignitosa.

L'INPS sostiene che il giudice rimettente abbia sollevato la questione di legittimità costituzionale «a tutela non tanto dell'interesse specifico presuntivamente leso dal provvedimento di liquidazione della pensione, ma con il fine di far valere un generale principio di intangibilità del quantum delle pensioni ai superstiti a beneficio della generalità dei potenziali percettori delle prestazioni».

La questione di legittimità costituzionale, inoltre, sarebbe manifestamente infondata: le censure si appunterebbero contro una disciplina adottata in una grave congiuntura di crisi finanziaria, al precipuo scopo di conseguire l'equilibrio di bilancio, costituzionalmente imposto (art. 81 Cost.).

Peraltro, il giudice *a quo* non avrebbe tenuto conto dell'evoluzione dell'istituto della pensione di reversibilità, che ha perso la connotazione alimentare e assistenziale, per acquisire la valenza di trattamento integrativo del reddito da lavoro o da pensione del familiare superstite.

Contro la fondatezza della questione deporrebbe la diversità delle norme già dichiarate incostituzionali rispetto alla disciplina sottoposta all'odierno vaglio della Corte, che non elimina in radice la pensione di reversibilità, ma riduce progressivamente l'aliquota e prevede taluni correttivi a fronte di situazioni meritevoli di tutela (la presenza di figli minori, studenti o inabili).

L'esigenza di considerare la durata del matrimonio, alla stregua di quel che avviene per la pensione di reversibilità attribuita al coniuge divorziato, non vanificherebbe la funzione solidaristica, insita nella pensione di reversibilità.

Quanto al trattamento peggiore del coniuge superstite più giovane rispetto al privilegio accordato al coniuge superstite più anziano, l'INPS nega che le due fattispecie possano essere poste a raffronto e osserva che, nell'ipotesi marginale di sopravvivenza del coniuge più anziano, questi non potrebbe giovare per lungo tempo di tale posizione di favore.

La disposizione impugnata, approvata allo scopo di salvaguardare la tenuta dei conti pubblici e di razionalizzare l'assetto normativo delle pensioni di reversibilità, non limiterebbe in alcun modo la libertà di matrimonio, ma si prefiggerebbe di tutelarla da propositi venali e fraudolenti.

Pertanto, la disciplina in esame, espressione del principio di solidarietà coniugale, non istituirebbe arbitrarie disparità di trattamento e sarebbe immune dai vizi di legittimità costituzionale denunciati dal giudice rimettente.

5. All'udienza pubblica del 31 maggio 2016, le parti hanno ribadito le conclusioni già rassegnate negli scritti difensivi.

DIRITTO - 1. L'art. 18, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111, prevede che «Con effetto sulle pensioni decorrenti dal 1° gennaio 2012 l'aliquota percentuale della pensione a favore dei superstiti di assicurato e pensionato nell'ambito del regime dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme esclusive o sostitutive di detto regime, nonché della gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è ridotta, nei casi in cui il matrimonio con il dante causa sia stato contratto ad età del medesimo superiori a settanta anni e la differenza di età tra i coniugi sia superiore a venti anni, del 10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio con il dante causa mancante rispetto al numero di 10. Nei casi di frazione di anno la predetta riduzione percentuale è proporzionalmente rideterminata. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano nei casi di presenza di figli di minore età, studenti, ovvero inabili. Resta fermo il regime di cumulabilità disciplinato dall'articolo 1, comma 41, della predetta legge n. 335 del 1995».

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, giudice unico delle pensioni, dubita della legittimità costituzionale di tale normativa, in riferimento agli artt. 3, 29, 36 e 38 della Costituzione.

Il giudice rimettente ravvisa un contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo della violazione del canone di ragionevolezza e del principio di eguaglianza.

La disciplina del trattamento di reversibilità, introdotta nel 2011, stabilirebbe decurtazioni «irrazionali e irragionevoli», «collegate a meri fattori futuri, incerti e sicuramente estranei alle regole proprie dell'istituto "pensione di reversibilità" quali la durata del matrimonio e l'età del coniuge pensionato, in assoluto e relativamente a quella dell'altro coniuge».

Inoltre, la disciplina sottoposta al vaglio di questa Corte sarebbe lesiva del principio di eguaglianza tra i coniugi, «operando nei confronti del coniuge superstite (apoditticamente individuato nel più giovane) un palese "vulnus" del suo diritto a quella garanzia di continuità nel sostentamento ai superstiti, riconosciuta dalla Corte nella sentenza n. 286/1987».

Il giudice rimettente ritiene che la disposizione impugnata configga con l'art. 29 Cost.: sarebbe limitata «la libertà dell'individuo ad operare le scelte più intime e personali della propria esistenza», in virtù dell'introduzione di «elementi esterni fortemente incidenti sulla sua capacità di determinazione familiare».

In particolare, l'individuo sarebbe posto di fronte all'alternativa «di formare un nucleo familiare secondo la più ampia accezione di libertà oppure non accedervi nella consapevolezza che a quel nucleo non potrà, di fronte all'evento morte, assicurare una vita dignitosa a causa delle decurtazioni volute dalla disciplina in esame».

Il giudice rimettente prospetta anche la violazione degli artt. 36, primo comma, e 38, secondo comma, Cost.: la decurtazione imposta dalla legge, suscettibile di configurare una misura sprovvista di ogni limite temporale e di ogni legame con le contingenti esigenze di natura finanziaria, determinerebbe un'irragionevole e definitiva riduzione della pensione, che si caratterizza come "retribuzione differita", pur nell'indispensabile bilanciamento con le concrete e attuali disponibilità delle risorse finanziarie.

La disposizione censurata contrasterebbe con i principi che sanciscono la proporzione del trattamento pensionistico alla qualità e alla quantità del lavoro prestato e l'idoneità a garantire al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa e una vecchiaia nella quale non manchino i mezzi adeguati a un altrettanto dignitoso sostentamento.

2. La questione, posta dalla Corte dei Conti, si sottrae alle eccezioni di inammissibilità, formulate in via preliminare dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e dalla difesa dello Stato.

2.1. Quanto al difetto di rilevanza, eccetto dall'INPS, è la stessa difesa dell'Ente previdenziale a riconoscere che la disposizione impugnata si applica al caso di specie, in quanto riguarda pensioni di reversibilità che decorrono dal 1° gennaio 2012 e il diritto della ricorrente è sorto in data successiva.

L'applicabilità della disposizione al giudizio principale è sufficiente a radicare la rilevanza della questione, che non postula un sindacato più incisivo sul concreto pregiudizio ai principi costituzionali coinvolti.

La questione di costituzionalità non può dirsi irrilevante, sul presupposto che, nella vicenda specifica, l'applicazione della disposizione impugnata non abbia messo a repentaglio la libertà matrimoniale, poiché il matrimonio è stato celebrato prima dell'entrata in vigore della legge del 2011, o non pregiudichi l'adeguatezza della tutela previdenziale accordata al coniuge superstite, già provvisto di mezzi sufficienti. Tali valutazioni esulano dal sindacato sulla rilevanza richiesto a questa Corte.

2.2. Anche le eccezioni mosse dall'Avvocatura generale dello Stato, relative alla carente illustrazione della non manifesta infondatezza, devono essere disattese.

Il giudice rimettente si sofferma, con argomentazioni esaustive, sulle ragioni del contrasto della disciplina censurata con il principio di eguaglianza e con il canone di ragionevolezza. È ininfluenza che la disciplina riguardi tutti i trattamenti pensionistici e si riprometta di contrastare taluni abusi, in quanto il giudice a quo coglie la violazione del principio di eguaglianza e del canone di ragionevolezza sotto profili differenti.

3. La questione è fondata.

3.1. L'ordinamento configura la pensione di reversibilità come «una forma di tutela previdenziale ed uno strumento necessario per il perseguimento dell'interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle minime condizioni economiche e sociali che consentono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, secondo comma, della Costituzione) con una riserva, costituzionalmente riconosciuta, a favore del lavoratore, di un trattamento preferenziale (art. 38, secondo comma, della Costituzione) rispetto alla generalità dei cittadini (art. 38, primo comma, della Costituzione)» (sentenza n. 286 del 1987, punto 3.2. del Considerato in diritto).

In virtù di tale connotazione previdenziale, il trattamento di reversibilità si colloca nell'alveo degli artt. 36, primo comma, e 38, secondo comma, della Carta fondamentale, che prescrivono l'adeguatezza della pensione quale retribuzione differita e l'idoneità della stessa a garantire un'esistenza libera e dignitosa.

3.2. Nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico.

Tale prestazione, difatti, mira a tutelare la continuità del sostentamento (sentenza n. 777 del 1988, punto 2. del Considerato in diritto) e a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte del coniuge (sentenze n. 18 del 1998, punto 5. del Considerato in diritto, e n. 926 del 1988, punto 2. del Considerato in diritto).

Il perdurare del vincolo di solidarietà coniugale, che proietta la sua forza cogente anche nel tempo successivo alla morte, assume queste precise caratteristiche, avallate da plurimi principi costituzionali (sentenze n. 419 del 1999, punto 2.1. del Considerato in diritto, e n. 70 del 1999, punto 3. del Considerato in diritto).

Lo stesso fondamento solidaristico, che il legislatore è chiamato a specificare e a modulare nelle multiformi situazioni meritevoli di tutela, in modo coerente con i principi di eguaglianza e ragionevolezza, permea l'istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili, in forza della clausola generale dell'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione

delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze).

In un ambito che interseca scelte eminentemente personali e libertà intangibili, i principi di eguaglianza e ragionevolezza rivestono un ruolo cruciale nell'orientare l'intervento del legislatore. Quest'ultimo, vincolato a garantire un'adeguata tutela previdenziale, per un verso non deve interferire con le determinazioni dei singoli che, anche in età avanzata, ricercano una piena realizzazione della propria sfera affettiva e, per altro verso, è chiamato a realizzare un equilibrato contemperamento di molteplici fattori rilevanti, allo scopo di garantire l'assetto del sistema previdenziale globalmente inteso.

Nel contesto di tali fattori, alla direttrice già tracciata dalla disciplina di cui all'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), che riduce percentualmente l'ammontare del trattamento di reversibilità nell'ipotesi di concorso di più beneficiari e di cumulo dei redditi, si potrebbe affiancare il complementare criterio selettivo dell'età del coniuge beneficiario, sperimentato in altri ordinamenti, anche allo scopo di contenimento delle erogazioni previdenziali, come si evince dalle note informative sintetiche elaborate, nel corso del dibattito parlamentare, dall'Ufficio legislazione straniera del Servizio Biblioteca della Camera dei deputati (XVI Legislatura, Atto Camera n. 1847 e abb.).

4. Nonostante i temperamenti che il sistema previdenziale predispone, la disposizione impugnata si rivela disarmonica rispetto ai principi costituzionali enunciati.

4.1. L'art. 18, comma 5, del D.L. n. 98 del 2011 si inquadra in una manovra di stabilizzazione finanziaria che include svariati provvedimenti di contenimento della spesa previdenziale, come il progressivo innalzamento dell'età pensionabile delle donne nel settore privato, le modifiche del meccanismo di indicizzazione delle pensioni, il contributo di perequazione sui trattamenti pensionistici più cospicui, le misure di riduzione del contenzioso in materia di invalidità civile mediante forme di accertamento tecnico preventivo obbligatorio.

La disposizione, adottata sotto l'incalzare di una «particolare congiuntura economica internazionale», che ha precluso l'esame più approfondito delle «spesso assai delicate e complesse questioni poste dall'articolato» (parere espresso il 14 luglio 2011 dalla I Commissione permanente della Camera, Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni), mutua numerosi elementi da un disegno di legge già in discussione al Parlamento (XVI Legislatura, Atto Camera n. 4150, proposta di legge presentata l'8 marzo 2011).

Il disegno di legge escludeva il diritto alla pensione di reversibilità nell'ipotesi di età avanzata di uno dei coniugi (settant'anni), di elevata differenza di età tra i coniugi, superiore a vent'anni, e di durata del matrimonio inferiore a tre anni. Nella relazione di accompagnamento, si stigmatizzava come «malcostume» l'attribuzione delle pensioni di reversibilità «a persone che non ne avrebbero, sul piano morale, diritto» e si poneva in risalto l'obiettivo di arginare il fenomeno dei matrimoni «di comodo».

La disposizione censurata nell'odierno giudizio di costituzionalità tempera l'assolutezza della previsione di tale disegno di legge con alcuni correttivi: la pensione di reversibilità non è eliminata in radice, ma è ridotta in una misura modulata del «10 per cento in ragione di ogni anno di matrimonio con il dante causa mancante rispetto al numero di 10». La riduzione non opera quando vi siano figli minori, studenti o inabili.

4.2. La *ratio* della misura restrittiva risiede nella presunzione che i matrimoni contratti da chi abbia più di settant'anni con una persona di vent'anni più giovane traggano origine dall'intento di frodare le ragioni dell'erario, quando non vi siano figli minori, studenti o inabili.

Si tratta di una presunzione di frode alla legge, connotata in termini assoluti, che preclude ogni prova contraria. La sua ampia valenza lascia trasparire l'intrinseca irragionevolezza della disposizione impugnata. Pur di accentuare la repressione di illeciti, già sanzionati dall'ordinamento

con previsioni mirate (sentenze n. 245 del 2011, punto 3.1. del Considerato in diritto, e n. 123 del 1990, punto 2. del Considerato in diritto), si enfatizza la patologia del fenomeno, partendo dal presupposto di una genesi immancabilmente fraudolenta del matrimonio tardivo.

Si tratta, a ben vedere, di un presupposto di valore, sotteso anche a precedenti discipline restrittive, fortemente dissonante rispetto all'evoluzione del costume sociale. Il non trascurabile cambiamento di abitudini e propensioni collegate a scelte personali emerge nitidamente dalla costante giurisprudenza di questa Corte, che prende in esame disposizioni dal contenuto affine, volte a negare il diritto alla pensione di reversibilità nell'ipotesi di matrimonio durato meno di due anni, celebrato dopo la cessazione dal servizio e dopo il compimento del sessantacinquesimo anno di età (sentenza n. 123 del 1990) o di matrimonio celebrato dopo il sessantacinquesimo anno di età, a fronte di una differenza di età superiore a vent'anni (sentenza n. 587 del 1988).

4.3. Nell'attribuire rilievo all'età del coniuge titolare di trattamento pensionistico diretto al momento del matrimonio e alla differenza di età tra i coniugi, la disposizione in esame introduce una regolamentazione irragionevole, incoerente con il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità, che ne determina la finalità previdenziale, presidiata dagli artt. 36 e 38 Cost. e ancorata dal legislatore a presupposti rigorosi. Una tale irragionevolezza diviene ancora più marcata, se si tiene conto dell'ormai riscontrato allungamento dell'aspettativa di vita.

La disposizione opera a danno del solo coniuge superstite più giovane e si applica esclusivamente nell'ipotesi di una considerevole differenza di età tra i coniugi. Si conferisce, in tal modo, rilievo a restrizioni «a mero fondamento naturalistico» (sentenza n. 587 del 1988, punto 2. del Considerato in diritto), che la giurisprudenza di questa Corte ha già ritenuto estranee «all'essenza e ai fini del vincolo coniugale», con peculiare riguardo all'età avanzata del contraente e alla durata del matrimonio (sentenza n. 110 del 1999, punto 2. del Considerato in diritto).

L'esclusione dell'operatività delle norme che, in presenza di figli, limitano l'erogazione della pensione di reversibilità, non attenua i profili di contrasto con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza. Difatti, essa non è valsa a fugare i dubbi di legittimità costituzionale in altri casi già scrutinati da questa Corte, con riguardo alla disciplina delle pensioni erogate alle vedove di guerra (sentenze n. 162 del 1994 e n. 450 del 1991), che condizionava il diritto alla durata annuale del matrimonio o alla presenza di prole, ancorché postuma.

Il *vulnus* ai diritti previdenziali del coniuge superstite appare ancor più evidente in una normativa che subordina tali diritti alla circostanza, del tutto accidentale ed eccentrica rispetto alla primaria finalità di protezione del coniuge, che vi siano figli minori, studenti o inabili all'epoca del sorgere del diritto del coniuge. Per i figli, peraltro, la disciplina delle pensioni di reversibilità appresta una tutela autonoma, che interagisce con la normativa indirizzata ai coniugi ai limitati effetti della già citata disciplina del "cumulo". Questo dato serve a confermare l'equilibrato intento solidaristico che ha, già da qualche tempo, ispirato il legislatore.

Neppure la peculiarità del meccanismo congegnato nel 2011, che commisura l'ammontare della pensione di reversibilità alla durata del matrimonio, senza escludere in radice il diritto a beneficiare di tale prestazione, rappresenta un significativo elemento di discontinuità tra la misura censurata e le disposizioni già dichiarate incostituzionali da questa Corte, dapprima sulla scorta di un'analisi puntuale della disparità di trattamento tra le diverse categorie dei beneficiari (sentenze n. 15 del 1980 e n. 139 del 1979) e, nell'evoluzione successiva, sul presupposto della «ingiustificata irrazionalità» di discipline restrittive ancorate a elementi di matrice naturalistica (sentenza n. 587 del 1988, battistrada di una giurisprudenza costante, rappresentata dalle sentenze n. 447 del 2001, n. 187 del 2000, n. 110 del 1999, n. 162 del 1994, n. 1 del 1992, n. 450 e n. 189 del 1991, e n. 123 del 1990).

Quando la durata del matrimonio sia inferiore all'anno, la correlazione tra l'ammontare

della pensione di reversibilità e la durata del matrimonio azzerà il trattamento previdenziale: il meccanismo di riduzione, concepito in termini gradualità dal legislatore, si risolve in una esclusione pura e semplice del diritto, che non differisce dalle ipotesi sottoposte alla disamina di questa Corte nelle pronunce appena ricordate.

L'antitesi con i principi di eguaglianza e ragionevolezza non è meno stridente, quando la durata del matrimonio valga a proporzionare il trattamento di reversibilità corrisposto al coniuge, e non a disconoscerlo del tutto. La pregnanza del vincolo di solidarietà coniugale, fondamento della pensione di reversibilità, è graduata in rapporto all'elemento, contingente ed estrinseco, della durata del matrimonio.

Peraltro, il nesso tra durata del matrimonio e ammontare della pensione di reversibilità non si correla a una previsione generale e astratta, eventualmente incentrata su un requisito minimo di convivenza, valido per tutte le ipotesi.

Tale nesso, articolato nei termini singolari di un progressivo incremento dell'importo della pensione al protrarsi del matrimonio, riguarda la sola ipotesi in cui il matrimonio sia scelto da chi ha già compiuto i settant'anni di età e la differenza di età tra i coniugi travalichi i vent'anni.

Il rilievo peculiare della durata del matrimonio, nella sola ipotesi regolata dalla disciplina in esame, ne palesa - da altra e ugualmente pregnante angolazione - il contrasto già segnalato con l'art. 3 Cost.

Non può essere invocata, in chiave comparativa, la disciplina dell'attribuzione della pensione di reversibilità ai coniugi divorziati (art. 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, recante «Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio» e successive modificazioni).

In tale fattispecie, la durata non rileva in senso assoluto e astratto, ma come ragionevole criterio per suddividere la pensione di reversibilità tra il coniuge divorziato, titolare del diritto all'assegno divorzile a carico del coniuge scomparso, e altri coniugi superstiti. La durata del matrimonio, infatti, non si riverbera sull'ammontare della pensione di reversibilità, complessivamente attribuito, ma viene in rilievo soltanto nella ripartizione dell'intero tra una pluralità di aventi diritto.

5. Dalle considerazioni svolte, discende la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 36 e 38 Cost.

Sono assorbite le censure incentrate sulla violazione dell'art. 29 Cost. e, in particolare, sulla limitazione della libertà di contrarre matrimonio.

(Omissis)

CORTE CASSAZIONE
Sezione Civili

Contributi - Sgravi - Aziende operanti nel Mezzogiorno - Benefici contributivi - Presupposti - Localizzazione dell'attività produttiva nelle aree agevolate - Necessità - Fattispecie.

Corte di Cassazione - 04.02.2016 n. 2208 - Pres. Stile - Rel. Tricomi - A.M. - I.F.R. S.r.l. (Avv.ti Petronio, Mazzotta) - INPS (Avv.ti. Sgroi, Caliulo, Maritato).

Nella disciplina dell'art. 59 del T.U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con D.P.R. n. 218 del 1978, e successive modifiche, il beneficio degli sgravi contributivi a favore delle aziende industriali che impiegano dipendenti nei territori indicati dall'art. 1 dello stesso T.U. presuppone sia l'impiego di dipendenti nei territori agevolati sia l'insediamento dell'attività produttiva in tali zone. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato l'esclusione dal beneficio per una società farmaceutica che, pur impiegando informatori scientifici che operavano nelle regioni meridionali ed erano ivi residenti, aveva altrove i suoi insediamenti produttivi).

FATTO - 1. La Corte di Appello di Firenze, con la sentenza n. 1418 del 19 novembre 2009, rigettava l'impugnazione proposta dalla società A.M. - I.F.R. S.r.l. nei confronti dell'INPS, avverso la sentenza emessa tra le parti dal Tribunale di Firenze in data 29 marzo 2007.

2. La società, che svolgeva attività diretta alla produzione di specialità farmaceutiche e diagnostiche e che, alla stregua dell'art. 2195 c.c., era da qualificare industriale, aveva adito il Tribunale per ottenere l'accertamento del proprio diritto a beneficiare degli sgravi contributivi previsti dalla legge per i lavoratori che aveva impiegato (ed impiegava) nei territori del Mezzogiorno d'Italia.

In particolare l'impiego del personale nelle aree interessate dagli sgravi riguardava gli informatori scientifici del farmaco i quali erano tutti residenti nelle regioni meridionali ed ivi venivano assunti dalla società per svolgere la propria attività lavorativa.

Per tale ragione la società assumeva di avere diritto ad usufruire degli sgravi contributivi e dunque alla restituzione dei contributi indebitamente versati all'Ente nel periodo maggio 1986 - febbraio 1993.

3. Per la cassazione della sentenza resa in grado di appello ricorre la suddetta società, prospettando due motivi di impugnazione.

4. L'INPS ha depositato procura in calce alla copia del ricorso notificato.

5. La ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

DIRITTO - 1. E' opportuno, in via preliminare, richiamare la motivazione della decisione della Corte di Appello.

Il giudice di secondo grado premette che non è in contestazione che la società A.M. -I.F.R.

S.r.l. non aveva insediamenti produttivi nel Mezzogiorno ma aveva impiegato dipendenti operanti e stabilmente residenti nei territori agevolati.

Dunque, rilevato (v. svolgimento del fatto) che il Tribunale di Firenze rigettava la domanda avanzata dalla società A.M. - I.F.R. S.r.l. contro l'INPS sul presupposto che alla ricorrente non competessero gli sgravi contributivi di cui alla L. n. 1089 del 1968 e succ. modifiche, il giudice di appello individua il *thema decidendum* nella questione se per ottenere la fruizione dei suddetti sgravi contributivi sia sufficiente l'impiego di manodopera nel Mezzogiorno, circostanza nella specie pacificamente realizzatasi.

Ritiene, quindi, tale circostanza non sufficiente alla fruizione degli sgravi, in ragione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità (in particolare, è richiamata Cass. n. 31904 del 2004, *recte*: Cass., n. 3194 del 2004), e rileva che la sentenza Cass., S.U., n. 753 del 1999 (1), richiamata dalla società a sostegno delle proprie difese attiene alla diversa problematica dell'assunzione di lavoratori non stabilmente residenti nei territori in questione.

2. Tanto premesso può passarsi all'esame dei motivi di ricorso.

2.1. Con il primo motivo di ricorso è dedotta violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11 e 12 preleggi, della L. n. 1089 del 1968, art. 18, della L. n. 589 del 1971, art. 1, della L. n. 463 del 1972, art. 3, della L. n. 183 del 1976, art. 14, del D.P.R. n. 218 del 1978, art. 59, del D.L. 22 marzo 1993, n. 71, art. 1, comma 8, conv. dalla L. n. 151 del 1993, nonché omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Assume la ricorrente che è intervenuta una erronea lettura da parte della Corte di Appello della disciplina sugli sgravi contributivi come confluita nel D.P.R. n. 218 del 1978, art. 59. Ed infatti, quando il legislatore ha voluto attribuire il beneficio alle sole imprese ubicate nelle aree del Mezzogiorno lo ha espressamente previsto, come nel caso dello sgravio aggiuntivo e supplementare, ma non nel caso dello sgravio generale, totale e sgravio ulteriore. Argomenti in tal senso di rinvenivano anche in Cass., S.U., n. 761 del 1999 (2). Né la statuizione della Corte di Appello trovava riscontro in Cass., n. 3194 del 2004.

Infine, la ricorrente osserva che non poteva attribuirsi efficacia interpretativa al D.L. n. 71 del 1993, art. 1, comma 8, disposizione che Corte di Appello non aveva preso in considerazione, la cui efficacia temporale operava per il futuro, senza incidere sulle situazioni giuridiche già sorte prima.

Dunque il requisito per beneficiare degli sgravi da ultimo richiamati era solo l'impiego nelle aree svantaggiate di lavoratori ivi residenti.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso è dedotto vizio di violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112, 115 e 116 c.p.c., della L. n. 1089 del 1968, art. 18, della L. n. 589 del 1971, art. 1, della L. n. 463 del 1974, art. 3, della L. n. 183 del 1976, art. 14, del D.P.R. n. 218 del 1978, art. 59, del D.L. 22 marzo 1993, n. 71, art. 1, comma 8, conv. dalla L. n. 151 del 1993, nonché omessa e/o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo, in relazione all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5.

Esponde la ricorrente che dalla sentenza emerge che i giudici di appello hanno omesso di esaminare la documentazione allegata a sostegno della domanda, non apprezzando la concreta fattispecie sottoposta al loro esame. Come si rilevava dai documenti del fascicolo di parte di primo grado e dal contenuto dell'atto di appello, essa ricorrente aveva indicato l'esatta portata della pretesa avanzata che riguardava lo sgravio generale, lo sgravio ulteriore e lo sgravio totale.

3. I suddetti motivi devono essere trattati congiuntamente, in ragione della loro connessione. Gli stessi non sono fondati e devono essere rigettati.

3.1. La questione verte sulla necessità o meno, per usufruire degli sgravi contributivi, che l'impresa industriale svolga la propria attività nel territorio del Mezzogiorno, tale problematica essendo comune ai diversi tipi di sgravi di cui alla disciplina sopra richiamata.

Non è controverso che la società A.M. - I.F.R. S.r.l. svolge la propria attività industriale in un diverso territorio rispetto a quello al quale fa riferimento la disciplina sugli sgravi che viene in rilievo nella presente fattispecie.

3.2. Questa Corte, con la sentenza n. 3194 del 2004, richiamata dalla Corte di Appello ha affermato che gli sgravi contributivi, previsti dal D.L. 30 agosto 1968, n. 918, art. 18 convertito nella L. 25 ottobre 1968, n. 1089 (poi regolati dal T.U. approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, art. 59 e successive modifiche) hanno la finalità, da un lato, di sostenere le imprese operanti nel Mezzogiorno (e quindi favorire un fattore di produzione e di ricchezza, idoneo ad accelerare lo sviluppo delle relative zone) e, dall'altro, di incentivare l'occupazione in favore dei residenti nella zone stesse. Pertanto il beneficio contributivo può essere riconosciuto solamente ad aziende territorialmente collocate nel Mezzogiorno e operanti con lavoratori effettivamente residenti nelle zone agevolate, così come individuate dal T.U. n. 218 del 1978, art. 1.

3.3. Cass. n. 5305 del 2011 (v. Cass., n. 2639 del 1997), ha poi affermato che nella disciplina del T.U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvata con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, art. 59 il beneficio degli sgravi contributivi a favore delle aziende industriali che impiegano dipendenti nei territori indicati dall'art. 1 del cit. T.U. presuppone sia l'ubicazione dell'azienda in tali zone, sia l'impiego dei dipendenti nei territori agevolati. Il requisito della territorialità, riferito direttamente alla prestazione lavorativa, non può ritenersi soddisfatto dalla mera integrazione del lavoratore nella struttura aziendale dell'impresa avente sede nel Mezzogiorno, ma esige anche la localizzazione in tale area dell'attività svolta dal prestatore di opere, e non può essere conseguentemente ravvisato per le prestazioni rese anche temporaneamente fuori della suindicata area territoriale, come nell'ipotesi di mutamenti non definitivi del luogo di lavoro di dipendenti inviati a svolgere la propria opera presso cantieri esterni per la realizzazione di determinate opere.

Più di recente, va ricordata Cass., n. 17447 del 2014, che ha affermato in tema di sgravi contributivi, la L. 29 dicembre 1990, n. 407, art. 8, comma 9, u.p., ove stabilisce che non sono dovuti i contributi previdenziali e assistenziali per un periodo di trentasei mesi "nelle ipotesi di assunzioni di cui al presente comma effettuate da imprese operanti nei territori del Mezzogiorno di cui al testo unico approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218" non si estende, in quanto norma di stretta interpretazione, anche alle imprese operanti nelle aree svantaggiate del Centro-Nord, come individuate, anno per anno, con decreto del Ministero del lavoro, nel cui novero il D.M. 25 luglio 1997 ha compreso anche Roma, mentre è sicuramente applicabile alle imprese operanti nei "comuni della provincia di Roma compresi nella zona della bonifica di Latina", poiché espressamente contemplati dal D.P.R. n. 218 del 1978, art. 1.

3.4. Per un compiuto quadro di riferimento va, altresì ricordato che la disciplina generale degli sgravi contributivi in favore delle imprese operanti nelle aree depresse è contenuta nel corpus del Testo Unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, nel quale sono comprese - all'art. 59 - sia la normativa sullo sgravio generale ed aggiuntivo (L. n. 1089 del 1968, art. 18), sia la normativa sullo sgravio supplementare (L. n. 589 del 1971, art. 1), sia infine la normativa sullo sgravio totale (L. n. 183 del 1976, art. 14).

3.5. Nel caso in esame, in ragione del periodo di contribuzione in contestazione, la definizione e disciplina degli sgravi va desunta dalla disciplina precedente alla data del luglio 1994, fissata come decorrenza iniziale della nuova normativa che aveva introdotto l'unificazione.

Come già ricordato nella sentenza Cass., S.U., n. 753 del 1999, l'art. 59 del T.U. operava le seguenti differenziazioni:

- lo sgravio generale di cui ai commi 1 e 2 (già L. n. 1089 del 1968, art. 18, commi 1 e 2) compete oggettivamente, cioè a prescindere da altre condizioni quali l'incremento di occupazione ovvero l'assunzione di nuova manodopera dopo una certa data, a tutte le aziende che impiegano

dipendenti nei territori indicati dall'art. 1 ed è stabilito in una quota percentuale delle retribuzioni (10% o 20% nel caso di mantenimento ininterrotto in servizio dei lavoratori assunti prima di una certa data ex comma 4- *bis*, L. n. 463 del 1972, già art. 3 *bis*: sgravio c.d. generale ulteriore o di fedeltà);

- lo sgravio aggiuntivo di cui al comma 5 (L. n. 1089 del 1968, art. 18, ex comma 4) accede a quello generale e consiste in un ulteriore sgravio contributivo nella misura del 10% delle retribuzioni corrisposte al personale assunto posteriormente ad una certa data e risultante superiore al numero complessivo dei lavoratori occupati alla data medesima;

- lo sgravio supplementare di cui al comma 8 (L. n. 589 del 1971, già art. 1, comma 1) accede allo sgravio aggiuntivo e consiste nella elevazione di quest'ultimo dal 10% al 20% calcolato sulle retribuzioni del personale neo-assunto dopo una certa data;

- lo sgravio totale di cui al comma 9 (L. n. 183 del 1976, già art. 14) è concesso per i lavoratori neo-assunti ad incremento delle unità effettivamente occupate e non è rapportato ad una frazione della massa retributiva ma incide direttamente, in termini di totale esenzione, sull'obbligazione contributiva relativa al fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'INPS (le diverse entità e modalità di applicazione non escludono concettualmente la coesistenza con gli altri sgravi all'interno della stessa azienda, ove allo sgravio totale per i neo-assunti iscritti all'assicurazione obbligatoria I.V.S. si accompagni un diverso sgravio per i lavoratori già in forza ovvero per i neoassunti non soggetti all'assicurazione).

3.6. Proprio la sentenza Cass. n. 753 del 1999 delle Sezioni Unite, benché richiamata dalla società, offre statuizioni a favore della necessità che l'attività produttiva si svolga nel Mezzogiorno, essendo richiesto il nesso territoriale dell'attività dell'impresa.

La sentenza delle S.U. affronta il problema della rilevanza dell'area di provenienza dei lavoratori e afferma che: "il beneficio contributivo in tanto può essere riconosciuto in quanto riguardi rapporti di lavoro instaurati con lavoratori effettivamente residenti nelle zone individuate dal richiamato Testo Unico n. 218 del 1978, art. 1".

La suddetta pronuncia contiene, altresì, una serie di statuizioni che indicano come anche l'attività industriale deve svolgersi nel Mezzogiorno.

In particolare, nella sentenza n. 753 del 1999 si legge "Nel corpo del T.U.", approvato con il D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, "è contenuta anche la disciplina relativa alle agevolazioni fiscali per le aziende operanti nel mezzogiorno e, con riferimento a questa materia, la giurisprudenza di questa Corte è assolutamente univoca nel ritenere che quei benefici vanno riconosciuti solo ed esclusivamente a quelle aziende, che svolgano la loro attività nell'ambito di quei territori (...). Orbene, questo consolidato orientamento, che subordina la concessione dei trattamenti privilegiati alla ricorrenza di un vincolo di esclusività dell'attività di impresa alle zone "a tutela", conferma una chiara linea di tendenza del legislatore, che ha voluto si concedere agevolazioni di ogni genere a quelle imprese, ma allo stesso tempo ha preteso che fosse effettivo nelle predette zone sia l'insediamento che l'attività produttiva (...). In questa logica complessiva, della quale l'interprete deve tener conto quando si tratta di cogliere il senso di una normativa di settore che presenti particolari connotati, appare ancora una volta l'intento del legislatore degli sgravi di agevolare la produzione e la formazione di fonti di reddito in determinati ambiti territoriali, per il fatto che, secondo la sua valutazione, si tratta di zone nelle quali vi è una grave forma di disoccupazione. E se la concessione dei vari benefici - in base all'orientamento giurisprudenziale riferito - è subordinata ad una effettiva ricaduta dell'attività nell'ambito territoriale descritto, non vi è alcuna plausibile ragione per cui le misure di incentivazione all'occupazione possano prescindere da questo collegamento con le zone a tutela".

La sentenza S.U., poi, espressamente afferma il seguente principio di diritto: "Gli sgravi

contributivi, previsti dal D.L. 20 agosto 1968, n. 918, art. 18 convertito nella L. 25 ottobre 1968, n. 1089 (poi regolati dal testo unico approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, art. 59 e successive modifiche) hanno la finalità, da un lato, di sostenere le imprese operanti nel Mezzogiorno in quanto ciò è fattore di produzione e di ricchezza, idoneo ad accelerare lo sviluppo delle relative zone e, dall'altro, di incentivare l'occupazione in favore dei lavoratori residenti nelle stesse.

Pertanto, il beneficio contributivo in tanto può essere riconosciuto in quanto riguardi rapporti di lavoro instaurati con lavoratori effettivamente residenti nelle zone individuate dal richiamato Testo Unico n. 218 del 1978, art. 1”.

3.7. In relazione al richiamo effettuato dal ricorrente al D.L. n. 71 del 1993, art. 1, comma 8, convertito dalla L. 20 maggio 1993, n. 151, art. 1, comma 1, occorre ricordare che la giurisprudenza costituzionale ha affermato che il divieto di retroattività della legge, pur costituendo valore - fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost. (sentenze n. 264 del 2012, n. 236 del 2011 e n. 393 del 2006).

Il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare, dunque, disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale” ai sensi della CEDU, motivi sussistenti anche nel caso di specie.

La norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica, pertanto, non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (*ex plurimis*: sentenze n. 271 e n. 257 del 2011, n. 209 del 2010, n. 24 del 2009).

La suddetta disposizione, nel prevedere Gli sgravi contributivi di cui al presente articolo sono limitati alle unità produttive site nei territori di cui al Testo Unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, ed esclusivamente per le attività svolte nei territori medesimi, offre un significativo canone interpretativo della complessiva disciplina degli sgravi in questione, chiarendo normativamente la *ratio* già insita nel sistema, come posto in luce dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata.

3.8. Correttamente e con congrua motivazione, quindi, attesa la necessità dello svolgimento dell'attività industriale nell'ambito dei territori del Mezzogiorno per la fruizione dei previsti sgravi contributivi, la Corte di Appello di Firenze ha rigettato l'appello.

4. Il ricorso deve essere rigettato.

5. Le spese, determinate in ragione della limitata difesa dell'INPS che ha depositato procura in calce al ricorso notificato e ha partecipato all'udienza pubblica, sono liquidate come in dispositivo.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv. 2000, p. 135

(2) V. in q. Riv. 2000, p. 714

Contributi - Dipendenti pubblici - Contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria - Lavoratori ancora in servizio - Legittimità della trattenuta sulla retribuzione a titolo di contributo di solidarietà - Modalità di calcolo.

Corte di Cassazione - 22.06.2016 n. 12906 - Pres. D'Antonio - Rel. Rivero - A.R. e Altri (Avv. Boer) - INPDAP (Avv. Massafra).

Il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria è dovuto sia dagli ex dipendenti già collocati a riposo sia dai lavoratori ancora in servizio. In quest'ultima ipotesi, esso si calcola sul maturato di pensione integrativa ed è trattenuto sulla retribuzione percepita.

FATTO - Con la sentenza n. 5833/2007, depositata 26.11.2007, la Corte di Appello di Roma respingeva l'appello proposto dall'INPDAP contro la sentenza con cui il Tribunale di Roma aveva accolto le domande di A.R. e dagli altri litisconsorti indicati in epigrafe, dipendenti dell'INPDAP, volte a far dichiarare l'illegittimità della trattenuta operata dall'INPDAP sulle loro retribuzioni a titolo di contributo di solidarietà al 2% ed ottenere la restituzione delle relative somme, in applicazione della L. n. 144 del 1999, art. 64, comma 5. La Corte, come già rilevato dal giudice di prime cure, sosteneva che il contributo in oggetto non potesse essere applicato sulle retribuzioni dei dipendenti ancora in servizio, come gli appellati, in quanto la normativa era assolutamente chiara nel prevedere che il contributo di solidarietà facesse carico esclusivamente sulle prestazioni e non sulle retribuzioni e che dunque andasse posto a carico dei soli dipendenti cessati dal servizio.

Avverso detta sentenza l'INPDAP ha proposto ricorso per cassazione articolato su un unico motivo. Al quale hanno resistito gli intimati con controricorso. Le parti hanno presentato memorie ex art. 378 c.p.c..

DIRITTO - 1. Con il primo motivo l'INPDAP censura la sentenza per violazione/falsa applicazione di norme di diritto e di contratti collettivi nazionali di lavoro ovvero della L. n. 144 del 1999, art. 64; L. n. 449 del 1997, art. 59; art. 1321 c.c. e segg., in riferimento all'art. 21 del Regolamento per il trattamento di previdenza e quiescenza del personale a rapporto d'impiego ENPAS D.I. 22.2.1971 e art. 22 Regolamento di Previdenza del personale ENPDEP D.I. 19.2.1974; della L. n. 335 del 1995 (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3). Omessa insufficiente contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., n. 5).

Sostiene in proposito il ricorso che la Corte avrebbe omesso di operare una corretta e completa ricostruzione normativa dei trattamenti pensionistici integrativi dei dipendenti degli Enti disciplinati della L. n. 70 del 1975, la corretta esegesi della quale avrebbe dovuto portare a riconoscere che il contributo di solidarietà del 2% era da detrarsi dalla retribuzione in godimento e da calcolarsi sulla pensione integrativa; e dunque fosse da porre a carico anche di chi era ancora in servizio.

1.1 Le censure che l'INPDAP muove alla sentenza d'appello (per violazione della L. n. 144 del 1999, art. 64, e della L. n. 449 del 1997, art. 59, comma 3) sono fondate alla luce del D.Lgs. 6 luglio 2011, n. 98, art. 18, comma 19, (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, art. 1, comma 1, il quale prevede che le disposizioni di cui alla L. n. 144 del 1999, art. 64, comma 5, (Misure in materia di investimenti,

delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali) "si interpretano nel senso che il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria è dovuto sia dagli ex-dipendenti già collocati a riposo che dai lavoratori ancora in servizio" e che "In questo ultimo caso il contributo è calcolato sul maturato di pensione integrativa alla data del 30 settembre 1999 ed è trattenuto sulla retribuzione percepita in costanza di attività lavorativa".

1.2 La Corte Costituzionale, chiamata a verificare la conformità di questa norma alla Costituzione, con sentenza n. 156/2014 (cui ha fatto seguito l'analoga sentenza 174/2015), ha riconosciuto la legittimità della normativa, avente natura interpretativa, ed ha escluso che essa violi l'art. 3 della Costituzione per lesione del principio dell'affidamento riposto dai cittadini nella certezza del diritto, riferita, nella specie, alla pregressa esegesi del richiamato art. 64, accolta dalla Corte di cassazione, nel senso che il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative fosse dovuto solo dagli ex dipendenti già collocati a riposo. La Corte Cost. ha pure escluso la violazione dell'art. 24 Cost., per il *vulnus* conseguentemente arrecato al diritto di difesa dei ricorrenti, nei giudizi promossi contro l'INPS; nonché degli artt. 102 e 111 Cost., per la lesione della sfera di funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario; così come dell'art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848, in ragione del prospettato contrasto con il principio del giusto processo, di leggi che, come quella censurata, si inseriscano nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di controversie in corso.

1.3 Di conseguenza la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma sollevata dal tribunale di Alessandria e dalla Corte di Appello di Torino.

1.4 Stante il contenuto inequivoco della disposizione interpretativa citata (già riconosciuto da questa Corte con sentenza n. 23928/2014) deve quindi affermarsi che il contributo di solidarietà sulle prestazioni integrative dell'assicurazione generale obbligatoria sia dovuto dagli ex-dipendenti già collocati a riposo come dai lavoratori ancora in servizio e che "in questo ultimo caso il contributo è calcolato sul maturato di pensione integrativa alla data del 30 settembre 1999 ed è trattenuto sulla retribuzione percepita in costanza di attività lavorativa".

1.5 Il ricorso va quindi accolto; la sentenza impugnata va cassata e la causa decisa nel merito con rigetto della domanda dei lavoratori.

1.6 Le spese dell'intero procedimento devono essere compensate, atteso che la domanda era stata proposta quando l'orientamento della giurisprudenza era consolidato in senso favorevole ai lavoratori ancora in servizio.

(*Omissis*)

Contributi - Lavoro usurante svolto all'estero in ambito UE - Contribuzione aggiuntiva accreditata nello Stato membro - Totalizzazione dei contributi - Rilevanza - Limiti - Fondamento.

Corte di Cassazione - 26.07.2016 n. 15432 - Pres. Venuti - Rel. Negri Della Torre - D.A. e altri (Avv. Andreoni) - INPS (Avv.ti. Preden, Patteri, Carcavallo, Caliulo).

Ai fini della totalizzazione dei contributi per la fruizione della pensione di anzianità anticipata in Italia, il lavoratore appartenente a Stato dell'Unione Europea (nella specie, Romania), ove abbia svolto lavoro usurante, deve avere ivi lavorato almeno sette anni negli ultimi dieci ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 67 del 2011, atteso che l'art. 11 del Regolamento CEE n. 883 del 2004, nel prevedere che gli Stati membri sono competenti per determinare le condizioni previste dalla loro legislazione nazionale per le prestazioni di sicurezza sociale, assoggetta la persona che esercita attività subordinata o autonoma in uno Stato membro alla legislazione di detto Stato.

FATTO - Con sentenza n. 446/2014, depositata il 4 novembre 2014, la Corte di Appello di Genova respingeva l'appello proposto da D.A. nei confronti della sentenza del Tribunale di Genova che ne aveva respinto la domanda di accertamento del diritto a percepire la pensione di anzianità con decorrenza dall'1/1/2013, previa totalizzazione dei periodi contributivi relativi al periodo di lavoro prestato in Romania e in Italia.

La Corte distrettuale osservava, a sostegno della propria decisione, che l'appellante non poteva usufruire del bonus di quattro anni e tre mesi di contribuzione riconosciutagli in Romania per lavori usuranti, sul rilievo che l'art. 11 del Regolamento CE n. 883/2004 del 29 aprile 2004 stabilisce che gli Stati membri, pur nel principio di totalizzazione, restano competenti per determinare le condizioni previste dalla loro legislazione nazionale per il riconoscimento delle prestazioni di sicurezza sociale e che in Italia il pensionamento anticipato è previsto solo per coloro che abbiano svolto attività usurante per almeno sette anni negli ultimi dieci (D.Lgs. n. 67 del 2011, art. 1, comma 2).

Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza il D., con tre motivi; l'INPS ha resistito con controricorso, assistito da memoria.

DIRITTO - Con il primo motivo il ricorrente, denunciando la violazione degli artt. 1, 6 e 66 del Regolamento CE n. 883/2004 del 29 aprile 2004 In relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, deduce che la pensione di anzianità rientra nel campo applicativo del detto Regolamento perché pensione anticipata di vecchiaia e non pre-pensionamento.

Con il secondo motivo, denunciando falsa applicazione dell'art. 11 del Regolamento CE n. 883/2004 in combinato disposto con del D.Lgs. 21 aprile 2011, n. 67, art. 1, nonché violazione degli artt. 5 e 6 del medesimo Regolamento in combinato disposto con L. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 59, comma 6, 2^a inciso, il ricorrente deduce che in regime di totalizzazione l'INPS non può neutralizzare la contribuzione aggiuntiva, accreditata in uno Stato membro, posto che nel sistema Italiano tutta la contribuzione eccedente i 35 anni è comunque utile per il diritto a pensione di anzianità.

Con il terzo motivo, proposto in subordine al precedente, il D. denuncia l'omesso esame

circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti (art. 360 c.p.c., n. 5), non avendo la Corte di Appello considerato che il periodo di lavoro usurante era stato certificato dalla Romania non già in 4 anni e 3 mesi (corrispondenti alla contribuzione figurativa) ma in 17 anni, 6 mesi e 5 giorni.

Il ricorso non può essere accolto.

Il primo e il terzo motivo risultano inammissibili: il primo in quanto formula censure che non attengono alla ragione decisoria seguita nella sentenza impugnata; il terzo in quanto precluso dall'art. 348 *ter* c.p.c., u.c., in presenza di sentenza di appello che ha confermato la decisione di primo grado e di un giudizio di appello introdotto con ricorso depositato oltre il trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della L. 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del Decreto (n. 83 del 2012) che ha introdotto la disposizione richiamata.

Il secondo motivo è infondato.

L'art. 11 del Regolamento CE n. 883/2004 prevede, all'art. 11 comma 1, che 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 presente titolo"; prevede poi, al comma 3, lett. a), che "una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato membro". Su tale premessa non pare dubbio che la sentenza impugnata si sottragga alla critica che le viene rivolta con il motivo in esame, atteso l'assoggettamento del ricorrente, occupato in Italia dal giugno 2002 al dicembre 2012, alla legislazione dello Stato italiano e il disposto del D.Lgs. 21 aprile 2011, n. 67, art. 1, comma 2, lett. a), per il quale diritto al trattamento pensionistico anticipato è esercitabile qualora i lavoratori di cui al comma 1 abbiano svolto una o più delle attività lavorative di cui alle lettere a), b), c) e d) del medesimo comma 1, secondo le modalità ivi previste, per un periodo di tempo pari ad almeno sette anni, compreso l'anno di maturazione dei requisiti, negli ultimi dieci anni di attività lavorativa, per le pensioni aventi decorrenza entro il 31 dicembre 2017".

Né i principi di assimilazione e di totalizzazione, affermati nel medesimo Regolamento, possono condurre a conclusione diversa da quella fatta propria dalla Corte territoriale.

Ed infatti la Decisione N. H6 del 16 dicembre 2010 della Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, istituita presso la Commissione delle Comunità Europee in virtù del Regolamento CE n. 883/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 (art. 71) - decisione richiamata tanto nella pronuncia della Corte, come a corredo del secondo motivo di ricorso - dopo avere precisato, al punto 2, che "Il principio della totalizzazione prevede che i periodi comunicati da altri Stati membri vengano totalizzati senza che la loro natura sia messa in discussione", al successivo punto 3 ha cura di ribadire che "Gli Stati membri restano tuttavia competenti - dopo aver applicato il principio della totalizzazione di cui al punto 2 - per determinare le altre condizioni richieste dalla loro legislazione per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale, tenuto conto dell'art. 5 del Regolamento (CE) n. 883/2004 - purché tali condizioni siano applicate in modo non discriminatorio - e tale principio non è pregiudicato dall'applicazione dell'art. 6 del regolamento (CE) n. 883/2004" e cioè dalla disciplina sulla "totalizzazione dei periodi".

Tali nette conclusioni risultano, d'altra parte, in linea con i "considerando" n. 4 e n. 5, perché se nel primo di essi è sottolineata la necessità che "quando si applica il principio della totalizzazione dei periodi, come stabilito dall'art. 6" del Regolamento sia garantito "che i periodi assicurativi comunicati in quanto tali da uno Stato membro siano accettati dallo Stato membro destinatario senza metterne in discussione la natura"; nel secondo ("considerando" n. 5) è sottolineata "al tempo stesso" la necessità che sia fatto salvo il "principio secondo il quale gli Stati membri restano competenti per determinare le condizioni previste dalla loro legislazione nazionale

per il riconoscimento delle prestazioni di sicurezza sociale” e che tale principio non venga “messo in discussione dal principio della totalizzazione” così che “lo Stato membro destinatario deve, in primo luogo, accettare tutti i periodi comunicati in quanto tali per superare eventuali ostacoli all’apertura di un diritto e poi, in secondo luogo, determinare se vengono soddisfatti gli ulteriori requisiti previsti dalla sua legislazione nazionale”.

Ne deriva la correttezza della sentenza impugnata, la quale non ha escluso che il bonus per lavori usuranti esercitati in Romania potesse formare oggetto di totalizzazione, ma ha ritenuto che di esso si potesse tenere conto solo nel quadro della legislazione italiana e secondo i requisiti dalla stessa previsti.

Sussistono eccezionali ragioni per la compensazione delle spese di giudizio, tenuto conto delle peculiarità della fattispecie e della difficoltà di conoscenza delle fonti normative, anche comunitarie, implicate nella trattazione di essa.

(Omissis)

Fondo di garanzia - Insolvenza del datore di lavoro - Emolumenti retributivi inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro - Limite di copertura da parte del Fondo - Operatività - Modalità di computo - Trattenute previdenziali sulle retribuzioni - Esclusione.

Corte di Cassazione - 08.09.2016 n. 17801 - Pres. Curzio - Rel. Garri - D.M.A. (Avv. Greco) - INPS (Avv.ti. Triolo, Stumpo).

In tema di intervento del Fondo di Garanzia gestito dall’INPS di cui alla L. n. 297 del 1982, in caso di insolvenza del datore di lavoro, gli importi relativi alle ultime tre mensilità retributive spettanti ai lavoratori sono esenti da contribuzione e si calcolano con applicazione del limite del triplo del trattamento di integrazione salariale mensile determinato al netto delle trattenute previdenziali ed assistenziali.

FATTO e DIRITTO - La Corte di Appello di Roma ha confermato la sentenza del Tribunale della stessa città che in accoglimento dell’opposizione proposta dall’INPS aveva revocato il decreto ingiuntivo e condannato l’INPS al pagamento in favore di D.M.A. della somma di Euro 2.242,14 oltre interessi e rivalutazione monetaria avendo accertato che il massimale indicato del D.Lgs. n. 80 del 1992, art. 2, comma 2, per crediti diversi dal T.F.R. a carico del Fondo di Garanzia costituito presso l’INPS, pari al triplo della CIGS, andava calcolato al netto dell’aliquota contributiva e non al lordo come sostenuto dal ricorrente.

Per la cassazione della sentenza ricorre D.M.A. sulla base di un solo articolato motivo con il quale denuncia la violazione dell’art. 112 c.p.c., del D.Lgs. n. 80 del 1992, art. 2, artt. 115 e 116 c.p.c. e dell’art. 2697 c.c..

L’INPS resiste con controricorso e ne eccepisce l’inammissibilità e, comunque,

l'infondatezza.

Sia il D.M. che l'INPS hanno depositato memorie insistendo nelle conclusioni prese.

Tanto premesso il ricorso è manifestamente infondato.

Il D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, in caso di insolvenza del datore di lavoro, prevede il pagamento a carico del Fondo di garanzia gestito dall'INPS, in favore dei dipendenti interessati, dei crediti di lavoro non corrisposti.

L'art. 2 dello stesso testo normativo riferisce tale trattamento ai crediti di lavoro maturati negli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, rientranti nei dodici mesi nell'arco di tempo indicato dal comma 1. Il comma 2, di questo articolo stabilisce poi che "il pagamento effettuato dal Fondo ai sensi del comma 1 non può essere superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali".

L'importo del trattamento di integrazione salariale, in base al quale si determina l'erogazione a carico del Fondo di Garanzia, è definito dalla disposizione di cui alla L. 13 agosto 1980, n. 427, articolo unico, nella misura dell'80% della retribuzione che sarebbe spettata per le ore di lavoro non prestate.

Il comma 2 del citato articolo (nel testo sostituito dal D.L. 16 maggio 1994, n. 299, art. 1, conv. con L. 19 luglio 1994, n. 451) dispone che "l'importo di integrazione salariale sia per gli operai che per gli impiegati, calcolato tenendo conto dell'orario di ciascuna settimana indipendentemente dal periodo di paga, non può superare: a) l'importo mensile di Lire 1.248.021; b) l'importo mensile di Lire 1.500.000 quando la retribuzione di riferimento per il calcolo dell'integrazione medesima, comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive, è superiore a Lire 2.700.000 mensili. Detti importi massimi vanno comunque rapportati alle ore di integrazione autorizzate. Con effetto dal 1 gennaio di ciascun anno, a partire dal 1995, gli importi di integrazione salariale di cui alle lettere a) e b), nonché la retribuzione mensile di riferimento di cui alla medesima lettera b), sono aumentati nella misura dell'80 per cento dell'aumento derivante dalla variazione annuale dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati".

Per l'effetto il trattamento di cui al D.Lgs. n. 80 del 1992, art. 2, ragguagliato agli importi di integrazione salariale, risulta stabilito nei limiti dei massimali sopra richiamati. Sull'ammontare così risultante deve poi essere operata, come dispone il comma 2 dello stesso articolo, la detrazione delle trattenute previdenziali ed assistenziali.

Dalla dizione del D.Lgs. del 1992 cit. art. 2, comma 2, emerge con chiarezza che la detrazione è riferita direttamente alla "misura massima" di integrazione salariale (e dunque alla base di computo). Il criterio di calcolo applicato non comporta un doppio prelievo contributivo previdenziale (il primo in sede di determinazione della suddetta "misura massima", il secondo al momento della liquidazione dell'importo) posto che le somme erogate dal Fondo di Garanzia non sono assoggettate a contribuzione previdenziale (cfr. Cass. n. 2884 del 2008).

In conclusione nel caso di intervento del Fondo di Garanzia gestito dall'INPS di cui alla L. n. 297 del 1982, per effetto dell'insolvenza del datore di lavoro, gli importi relativi alle ultime tre mensilità retributive spettanti ai lavoratori si calcolano con applicazione del limite del triplo del trattamento di integrazione salariale mensile determinato al netto delle trattenute previdenziali ed assistenziali e sono esenti da ulteriore contribuzione.

In conclusione il ricorso è manifestamente infondato e deve essere rigettato con ordinanza ex art. 375 c.p.c., n. 5.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

La circostanza che il ricorso sia stato proposto in tempo posteriore al 30 gennaio 2013 impone di dar atto dell'applicabilità del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 *quater*,

nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17. Invero, in base al tenore letterale della disposizione, il rilevamento della sussistenza o meno dei presupposti per l'applicazione dell'ulteriore contributo unificato costituisce un atto dovuto, poiché l'obbligo di tale pagamento aggiuntivo non è collegato alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo - ed altrettanto oggettivamente insuscettibile di diversa valutazione - del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l'impugnante, dell'impugnazione, muovendosi, nella sostanza, la previsione normativa nell'ottica di un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell'apparato giudiziario o della vana erogazione delle, pur sempre limitate, risorse a sua disposizione (così Cass., Sez. Un., n. 22035/2014).

(Omissis)

Pensionari - Dipendenti pubblici - Pensione di reversibilità - Diritto del convivente *more uxorio* - Esclusione.

Corte di Cassazione - 03.11.2016 n. 22318 - Pres. D'Antonio - Rel. Berrino - C.M., C.F. (Avv.ti Melillo, Lana) - INPS (Avv.ti Ricci, Pulli, Giannico, Patteri).

*L'attuale sistema previdenziale non prevede una pensione di reversibilità in favore del convivente *more uxorio*: nel nostro ordinamento, la convivenza rileva ad altri fini e ciò nel rispetto dell'art. 29 Cost., che impedisce un'assimilazione totale tra il convivente ed il coniuge, cui solo compete la pensione di reversibilità in ragione di un effettivo rapporto giuridico preesistente, ossia il matrimonio.*

FATTO - Si controverte del diritto di C.M. ad usufruire o meno della reversibilità della pensione di inabilità della quale era titolare la convivente "*more uxorio*" F.S., a seguito di domanda inoltrata all'INPS il 3 maggio 2005 successivamente al decesso della compagna.

Con sentenza dell'1/7 - 14/12/2009, la Corte di Appello di Roma, nel confermare la sentenza di primo grado che aveva respinto la domanda del C., ha rigettato l'impugnazione proposta da quest'ultimo dopo aver rilevato che l'attuale sistema previdenziale non prevede una pensione di reversibilità in favore del convivente "*more uxorio*" e dopo aver escluso l'appartenenza del trattamento in questione al novero dei diritti inviolabili dell'uomo, con conseguente insussistenza di profili di incostituzionalità della disciplina vigente.

Per la cassazione della sentenza ricorre il C. con due motivi.

Resistono con controricorso l'INPS ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Il ricorrente e l'INPS depositano memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

DIRITTO - 1. Col primo motivo il ricorrente, nel lamentarsi della esclusione della riconoscibilità della pensione di reversibilità al convivente *more uxorio*, evidenzia che attraverso lo strumento interpretativo l'autorità giudiziaria può, in armonia con lo sviluppo sociale e nel

rispetto dei parametri costituzionali, oltrepassare ciò che non è specificamente previsto, offrendo a tutti gli individui forme di tutela e garanzia nel godimento dei diritti e nell'esplicarsi dei doveri, anche in virtù dell'obbligo costituzionale di interpretazione conforme dell'ordinamento nazionale ai principi internazionali richiamati dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nella lettura fornita dalla Corte Europea di Strasburgo, il cui rispetto è imposto dall'art. 117 Cost..

Al riguardo il ricorrente cita diverse disposizioni di legge che, a suo giudizio, offrirebbero all'interprete spunti di riflessione per enucleare dal sistema normativo vigente elementi utili al riconoscimento del diritto invocato nella sussistenza della accertata stabilità della convivenza "*more uxorio*" e nell'ambito della tutela approntata dall'ordinamento alla famiglia di fatto, come ad esempio la L. 8 febbraio 2006, n. 54 in materia di separazione dei genitori e di affidamento condiviso dei figli, gli artt. 330, 342-*bis* e 417 c.c., la L. n. 53 del 2000, art. 4, la L. n. 354 del 1975, art. 30, l'art. 815 c.p.c., l'art. 609-*quater* c.p., l'art. 199 c.p.p., il D.Lgs. n. 151 del 2001, art. 53, la L. n. 405 del 1975, art. 1, la L. n. 91 del 1999, art. 3, la L. n. 40 del 2004, il D.Lgs. n. 196 del 2003, artt. 24, 26, 43, 82 e 105, nonché gli artt. 8 e 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Quindi, secondo il ricorrente, non sussisterebbe alcuna ragionevole giustificazione in base alla quale l'assegno di reversibilità dovrebbe essere riconosciuto al coniuge legittimo e non al convivente "*more uxorio*" che avesse intrapreso una relazione stabile e duratura, fondata sull'affetto reciproco e sulla continua assistenza morale e materiale.

2. Col secondo motivo il ricorrente deduce l'illegittimità costituzionale del R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, art. 13, convertito con modificazioni nella L. 6 luglio 1939, n. 1272 e successive modifiche, in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui non include tra i beneficiari della pensione di reversibilità il convivente *more uxorio*, nonché in relazione all'art. 117 Cost., per il combinato disposto degli artt. 8 e 14 e dell'art. 1 del Protocollo n. 1 e dell'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, alla luce delle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 della Corte Costituzionale.

Osserva la Corte che il primo motivo è inammissibile in quanto lo stesso non ha per oggetto una specifica denuncia di violazione di legge in cui sarebbero incorsi i giudici di merito nel momento in cui hanno respinto la domanda, ma semplicemente la doglianza per il fatto che questi ultimi non si sarebbero posti il problema di interpretare nel loro insieme le norme sopra indicate, che a giudizio del ricorrente avrebbero potuto fare da supporto alla domanda, al fine di accertare la fondatezza della pretesa azionata in giudizio. In sostanza il ricorrente imputa ai giudici d'appello di non aver adeguatamente esercitato il loro potere interpretativo in ordine alle disposizioni di legge che a suo giudizio delimitavano l'ambito normativo in cui poter ricercare le ragioni della fondatezza della domanda, ma in tal modo il medesimo finisce per addebitare agli stessi giudici una sorta di mancata indagine normativa di tipo ricognitivo che avrebbe dovuto tendere all'accertamento del diritto azionato in giudizio, senza indicare, tuttavia, quale sarebbe stato l'errore dai medesimi commesso nel seguire il ragionamento interpretativo logico-giuridico che li aveva indotti a ritenere infondata la domanda e quale avrebbe dovuto essere la specifica *regula iuris* alla quale gli stessi avrebbero dovuto attenersi.

Infatti, la Corte d'appello ha chiaramente affermato che l'attuale sistema previdenziale non prevede una pensione di reversibilità in favore del convivente *more uxorio* e che la convivenza rileva nel nostro ordinamento ad altri fini, aggiungendo che il rispetto dell'art. 29 Cost., come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, impedisce un'assimilazione totale tra il convivente *more uxorio* ed il coniuge, cui solo compete la pensione di reversibilità in virtù di un effettivo rapporto giuridico preesistente. Nel contempo la Corte di Appello di Roma ha anche posto in rilievo che la Convenzione Europea, nell'affermare in via di principio l'inesistenza di differenze tra la famiglia legittima e quella di fatto, ha perseguito lo scopo precipuo di eliminare discriminazioni

affidenti i diritti fondamentali della persona, fra i quali non può ricomprendersi il diritto alla pensione di reversibilità.

A tal riguardo è interessante rilevare che la Corte di Giustizia Europea, nel pronunciarsi con ordinanza emessa nel procedimento C-217/08 - avente ad oggetto una controversia tra una cittadina italiana che agiva in proprio nome e in quanto titolare della potestà genitoriale sul figlio minore nei confronti dell'INAIL che le aveva negato l'attribuzione di una rendita in seguito al decesso del suo convivente, vittima di un infortunio sul lavoro - ha stabilito che per quanto concerne l'art. 13 CE, tale norma attribuisce al Consiglio dell'Unione Europea il potere di prendere provvedimenti per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali e, sulla base di tale articolo, è stata adottata la direttiva 2000/78 al fine di stabilire, conformemente ai suoi artt. 1 e 2, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni dirette o indirette fondate sulla religione o sulle convinzioni personali, sugli handicap, sull'età o sulle tendenze sessuali. Nella stessa ordinanza si legge che, tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 13 CE non è di per sé idoneo a collocare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, allo scopo di vietare qualsiasi discriminazione fondata sull'età, situazioni che non rientrano nell'ambito delle misure adottate sulla base di detto articolo e, in particolare, della direttiva 2000/78. Invero, si è chiarito che l'ambito di applicazione di tale direttiva non può, tenuto conto della formulazione dell'art. 13 CE, essere esteso al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente all'art. 1 di tale direttiva al fine di dare attuazione, negli Stati membri, al principio della parità di trattamento, per cui il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario.

E', inoltre, infondato il secondo motivo col quale è denunciata la illegittimità costituzionale del R.D. n. 636 del 1939, art. 13 sulla pensione di reversibilità.

Invero, la Corte Costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi a tal riguardo con la sentenza n. 461 del 2000 nella quale si è statuito quanto segue: "Non è fondata la questione di legittimità costituzionale del R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, art. 13, convertito nella L. 6 luglio 1939, n. 1272 e della L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 9, commi 2 e 3, (come sostituito dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, art. 13), impugnati, in riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., nella parte in cui non includono il convivente "*more uxorio*" tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità, anche quando la convivenza abbia acquistato gli stessi caratteri di stabilità e certezza propri del vincolo coniugale. Infatti, la mancata inclusione del convivente "*more uxorio*" tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità trova una sua non irragionevole giustificazione nella circostanza che il suddetto trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca. Ne consegue che la diversità delle situazioni poste a raffronto giustifica una differenziata disciplina delle stesse. Nemmeno può dirsi violato il principio di tutela delle formazioni sociali in cui si sviluppa la persona umana in quanto la riferibilità del suddetto principio alla convivenza di fatto "*purché* caratterizzata da un grado accertato di stabilità" - più volte affermata da questa Corte - non comporta un necessario riconoscimento al convivente del trattamento pensionistico di reversibilità (che non appartiene certo ai diritti inviolabili dell'uomo presidiati dall'art. 2 Cost.)."

D'altra parte, come puntualmente evidenziato dalla difesa dell'INPS, neppure rileva nel caso di specie l'entrata in vigore, in data 5.6.2016, L. 20 maggio 2016, n. 76, contenente la regolamentazione delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze, atteso che tale nuova normativa, valida solo per il futuro, non prevede in favore del convivente "*more uxorio*" la pensione di reversibilità, a differenza dell'ampia previsione dei

trattamenti riconosciuti al comma 20 dell'art. 1 alla parte della "unione civile" disciplinata nelle forme previste dalla stessa legge.

In definitiva, il ricorso va rigettato.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza del ricorrente e vanno liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Penali

Penale - Indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p.) - Condotta - Omesso pagamento da parte del datore di lavoro di somme a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni - Conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle dovute all'Istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali - Configurabilità del reato - Sussiste.

Corte di Cassazione - 13.01.2016 n. 4404 - Pres. Gentile - Rel. Alma - C.G..

Integra il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316 ter c.p., la condotta del datore di lavoro che, mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore a titolo di indennità per malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni, ottiene dall'INPS il conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle da lui dovute all'Istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo indebitamente dallo stesso Istituto le corrispondenti erogazioni.

FATTO - Con sentenza in data 2.10.2013 la Corte di Appello di L'Aquila, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Teramo in data 13.4.2012, previo riconoscimento all'imputato delle circostanze attenuanti generiche ritenute equivalenti alla contestata aggravante, ha ridotto in termini ritenuti di giustizia la pena comminata all'imputato C.G., confermando nel resto l'affermazione di penale responsabilità dello stesso in ordine al contestato reato di cui all'art. 81 cpv. c.p., art. 640 c.p., commi 1 e 2, n. 1.,

In particolare si contesta all'imputato, quale amministratore unico della società "L.S.P. S.r.l.", di avere posto in essere artifici e raggiri ponendo indebitamente a conguaglio con i contributi dovuti all'INPS di (OMISSIS) le somme dovute ad alcuni dipendenti a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni, somme in realtà mai corrisposte, così inducendo in errore l'INPS circa l'effettivo ammontare delle somme dovute e procurandosi l'ingiusto profitto di complessivi Euro 4.453,91 per il 2008 ed Euro 38,56 per il 2009, con pari danno per la persona offesa.

Il reato risulta contestato come commesso in (OMISSIS) fino al (OMISSIS).

Ricorre per Cassazione avverso la predetta sentenza il difensore dell'imputato, deducendo con unico articolato motivo la violazione dell'art. 606 c.p.p., comma 1, lett. b), per inosservanza e/o erronea interpretazione dell'art. 640 c.p., commi 1 e 2, n. 1, nonché del D.L. n. 633 del 1979, art. 1, commi 1 e 2, conv. con modif. dalla L. n. 33 del 1980, e della L. n. 689 del 1981, art. 37.

Rileva, in particolare, la difesa del ricorrente che il C. nel c.d. "Mod. DM10" aveva correttamente rappresentato la propria posizione debitoria e creditoria nei confronti dell'INPS evidenziando nella denuncia contributiva il proprio debito nei confronti dei lavoratori per quanto riguardava le somme dovute a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni.

L'imputato sarebbe quindi incorso in un mero errore (tale quindi da escludere il dolo)

nell'applicazione del D.L. n. 633 del 1979, art. 1, commi 1 e 2, conv. con modif. dalla L. n. 33 del 1980, che prevede che all'INPS debbano essere comunicati i dati relativi alle prestazioni di malattia, assegni familiari e di maternità nonché quant'altro erogato e non già quelle che si riconosce di dover erogare ma che non sono state di fatto erogate.

Il tutto avrebbe quindi al più determinato una mera evasione contributiva ai sensi del L. n. 689 del 1981, art. 37.

Ora, poiché il credito dei lavoratori era esistente e l'imputato aveva l'obbligo di anticipare quanto ad essi dovuto per conto dell'INPS, sarebbe chiaro che il C. non avrebbe posto in essere dei raggiri nei confronti dell'Ente previdenziale evidenziando nella denuncia contributiva il proprio debito nei confronti dei lavoratori in relazione ad indennità che non erano di fatto state erogate e che egli aveva solo l'obbligo di anticipare, salvo conguaglio.

In punto di diritto deve solo essere aggiunto - prosegue la difesa del ricorrente - che l'INPS non risulta avere affatto risentito, a causa della condotta dell'imputato, di uno specifico danno di indole patrimoniale ovvero un depauperamento economico il che, anche sotto tale profilo, non consentirebbe di ravvisare il reato di truffa a carico del ricorrente.

DIRITTO - La vicenda posta all'esame di questa Corte è quella dell'amministratore di una società che, pur avendo omesso di corrispondere le somme dovute ad alcuni dipendenti a titolo di indennità di malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni, ha tuttavia portato le relative somme a conguaglio - negli appositi modelli DM10 - con quanto da lui dovuto all'Istituto previdenziale per contributi previdenziali e assistenziali.

Sul punto, va ricordato che i modelli DM10 sono prospetti mensili con i quali il datore di lavoro è tenuto a denunciare all'INPS le retribuzioni corrisposte mese per mese ai dipendenti, i contributi dovuti e l'eventuale conguaglio delle prestazioni anticipate per conto dell'ente, delle agevolazioni e degli sgravi; e ciò ai fini del versamento dei contributi dovuti.

Va anche ricordato che le somme spettanti al lavoratore per assegni familiari o indennità di malattia o di maternità costituiscono un debito dell'INPS e non del datore di lavoro il quale, in forza del D.L. n. 633 del 1979, art. 1, è tenuto ad anticiparle, salvo conguaglio da effettuarsi tramite i suddetti modelli DM10. E' chiaro peraltro che, mediante la falsa rappresentazione all'INPS di aver erogato ai lavoratori somme in realtà non corrisposte, il datore di lavoro realizza sicuramente - o, quanto meno, pone in essere atti idonei a realizzare - l'ingiusto profitto del conguaglio delle prestazioni che egli assume, contrariamente al vero, di aver anticipato.

La questione dell'inquadramento giuridico della suddetta condotta ha trovato, nella giurisprudenza di questa Corte, soluzioni diverse.

Secondo la giurisprudenza tradizionale, integra il delitto di truffa, e non il meno grave reato di omissione o falsità in registrazione o denuncia obbligatoria (L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 37), la condotta del datore di lavoro che, per mezzo dell'artificio costituito dalla fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore, induce in errore l'Istituto previdenziale sul diritto al conguaglio di dette somme, invero mai corrisposte, realizzando così un ingiusto profitto e non già una semplice evasione contributiva (Cass., Sez. 2, n. 42937 del 03.10.2012 Rv. 253646; Sez. 2, n. 11184 del 27.02.2007 Rv. 236131).

Secondo una più recente pronuncia, invece, nel caso di mancata corresponsione ad un dipendente, da parte del datore di lavoro, di indennità di malattia e assegni familiari portati comunque a conguaglio nei confronti dell'INPS, non ricorre il delitto di truffa per difetto dell'elemento del danno, potendosi ravvisare in astratto la configurabilità del reato di appropriazione indebita (Sez. 2, n. 18762 del 15.01.2013, Rv. 255194; citata anche nel ricorso qui in esame).

In particolare, in questa decisione, si sottolinea come la discordanza tra la situazione rappresentata all'INPS e quella reale è idonea a procurare al datore di lavoro l'ingiusto profitto del conguaglio delle

prestazioni che egli assume di aver anticipato, ma non è idonea a determinare alcun danno dell'INPS, perché il lavoratore - per riscuotere le somme cui ha diritto - potrebbe rivolgersi solo al datore di lavoro per ottenere quanto gli spetta, e non all'INPS, avendo quest'ultimo - attraverso il conguaglio - adempiuto il suo obbligo. Non potrebbe, perciò, ravvisarsi il reato di truffa nella condotta del datore di lavoro, non potendo tale condotta cagionare alcun danno patrimoniale all'Istituto previdenziale.

Secondo tale sentenza, nella condotta del datore di lavoro - che trattiene le somme indebitamente portate a conguaglio e fatte figurare come erogate al lavoratore in relazione a prestazioni di cui egli si è riconosciuto debitore per conto dell'Ente previdenziale - potrebbe invece eventualmente configurarsi il reato di appropriazione indebita in danno del lavoratore.

Ritiene il Collegio - in senso conforme ad una recente decisione su di un caso analogo (Cass. Sez. 2, sent. n. 48663 del 17.10.2014, dep. 24.11.2014, Rv. 261140) - che nessuna delle due soluzioni sopra richiamate può essere condivisa quanto all'inquadramento giuridico della condotta del datore di lavoro nei confronti dell'INPS. In particolare, il Collegio, pur condividendo la conclusione della sentenza da ultimo citata secondo cui nella condotta del datore di lavoro non è ravvisabile la truffa in danno dell'INPS per difetto dell'elemento del danno patrimoniale, ritiene tuttavia che tale condotta vada inquadrata nella fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter* c.p.. Com'è noto, la fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter* ("Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato") punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, "Salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall'art. 640 *bis*, chiunque mediante l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l'omissione di informazioni dovute, consegue indebitamente, per sé o per altri, contributi, finanziamenti, mutui agevolati o altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee".

Questa Corte ha già affermato che l'art. 316 *ter* c.p., configura un reato di pericolo, e non di danno (Sez. 6, n. 35220 del 09.05.2013 Rv. 256927), e che tale reato si distingue da quello di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, sia perché la condotta non ha natura fraudolenta, in quanto la presentazione delle dichiarazioni o documenti attestanti cose non vere costituisce "fatto" strutturalmente diverso dagli artifici e raggiri, sia per l'assenza della induzione in errore (Sez. 2, n. 46064 del 19.10.2012 Rv. 254354).

L'ambito applicativo del delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p., è stato del resto approfondito sia dalle Sezioni Unite di questa Corte che dalla Corte costituzionale.

In particolare, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 95 del 2004, ha affermato il carattere sussidiario e residuale dell'art. 316 *ter*, rispetto all'art. 640 *bis* c.p., e ha precisato che, alla luce del dato normativo e della *ratio legis*, l'art. 316 *ter*, assicura una tutela aggiuntiva e "complementare" rispetto a quella offerta agli stessi interessi dall'art. 640 *bis*, coprendo in specie gli eventuali margini di scostamento - per difetto - del paradigma punitivo della truffa rispetto alla fattispecie della frode. Ha quindi rinviato all'ordinario compito interpretativo del giudice l'accertamento, in concreto, se una determinata condotta formalmente rispondente alla fattispecie dell'art. 316 *ter*, integri anche la figura descritta dall'art. 640 *bis*, dovendosi, in tal caso, fare applicazione solo di quest'ultima.

Le Sezioni Unite, dal canto loro, sono intervenute con due importanti sentenze. Con una prima sentenza del 2007 (Sez. U., n. 16568 del 19.04.2007 Rv. 235962), le Sezioni Unite, tracciando i confini tra la fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter*, e quella di cui all'art. 640 *bis* c.p., hanno sottolineato - in linea con la menzionata ordinanza della Corte costituzionale - che l'introduzione nel codice penale dell'art. 316 *ter*, ha risposto all'intento di estendere la punibilità a condotte "deceptive" (in danno di enti pubblici o comunitari) non incluse nell'ambito operativo della fattispecie di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; dimodoché, fermi i limiti tradizionali della fattispecie di truffa, vanno inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 316 *ter*, le condotte alle quali non consegua un'induzione in errore o un danno per l'ente erogatore,

con la conseguente compressione dell'art. 316 *ter*, a situazioni del tutto marginali, "come quello del mero silenzio antidoveroso o di una condotta che non induca effettivamente in errore l'autore della disposizione patrimoniale". Le Sezioni Unite, con la sentenza in esame, hanno perciò affermato il principio secondo cui "vanno ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 316 *ter* - e non a quella di truffa - le condotte alle quali non consegua un'induzione in errore per l'ente erogatore, dovendosi tenere conto, al riguardo, sia delle modalità del procedimento di volta in volta in rilievo ai fini della specifica erogazione, sia delle modalità effettive del suo svolgimento nel singolo caso concreto".

Con una più recente sentenza del 2010 (Sez. Un., n. 7537 del 16.12.2010 Ud. - dep. 25.02.2011 - Rv. 249104), le Sezioni Unite sono poi tornate sul tema e, proseguendo sulla strada tracciata dalla propria precedente sentenza, hanno affermato il principio secondo il quale "L'art. 316 *ter* c.p., punisce condotte decettive non incluse nella fattispecie di truffa, caratterizzate (oltre che dal silenzio antidoveroso) da false dichiarazioni o dall'uso di atti o documenti falsi, ma nelle quali l'erogazione non discende da una falsa rappresentazione dei suoi presupposti da parte dell'ente pubblico erogatore, che non viene indotto in errore perché in realtà si rappresenta correttamente solo l'esistenza della formale attestazione del richiedente".

Valorizzando la collocazione topografica dell'art. 316 *ter* c.p., tra i delitti contro la pubblica amministrazione e considerando che gli elementi descrittivi che compaiono tanto nella rubrica che nel testo della norma evidenziano chiaramente la volontà del legislatore di perseguire la percezione *sine titulo* delle erogazioni in via privilegiata rispetto alle modalità attraverso le quali l'indebita percezione si è realizzata, le Sezioni Unite hanno precisato il principio sopra enunciato nel senso che, ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p., "nel concetto di conseguimento indebito di una erogazione da parte di enti pubblici rientrano tutte le attività di contribuzione ascrivibili a tali enti, non soltanto attraverso l'elargizione precipua di una somma di danaro ma pure attraverso la concessione dell'esenzione dal pagamento di una somma agli stessi dovuta, perché anche in questo secondo caso il richiedente ottiene un vantaggio e beneficio economico che viene posto a carico della comunità" (nella specie, le Sezioni Unite hanno ritenuto che integra il delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p., anche la indebita percezione di erogazioni pubbliche di natura assistenziale, tra le quali, in particolare, quelle concernenti la esenzione del ticket per prestazioni sanitarie ed ospedaliere).

Le Sezioni Unite, infine, muovendo dal rilievo che la peculiare fattispecie posta dall'art. 316 *bis* c.p. ("Malversazione a danno dello Stato") è rivolta specificamente a reprimere la distrazione dei contributi pubblici dalle finalità per le quali sono stati erogati, hanno sottolineato che "l'art. 316 *ter*, sanziona la percezione di per sé indebita delle erogazioni, senza che vengano in rilievo particolari destinazioni funzionali", qualunque sia - dunque - la destinazione o la mancata destinazione delle erogazioni indebitamente conseguite. Orbene, alla stregua di quanto detto, deve ritenersi che il delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p., prescinde sia dall'esistenza di artifici o raggiri, sia dalla induzione in errore, sia dall'esistenza di un danno patrimoniale patito dalla persona offesa, elementi tutti che caratterizzano il delitto di truffa.

Ciò che è richiesto dalla fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter* c.p., è l'utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere (ovvero l'omissione di informazioni dovute) da cui derivi il conseguimento indebito di erogazioni da parte dello Stato o di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, da cui derivi cioè il conseguimento di erogazioni cui non si ha diritto.

Tali erogazioni, poi, possono consistere indifferentemente o nell'ottenimento di una somma di danaro oppure nell'esenzione dal pagamento di una somma altrimenti dovuta.

Così configurata la fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter* c.p., nella latitudine riconosciuta dalla giurisprudenza, deve ritenersi che nella stessa deve essere inquadrata la condotta del datore di lavoro che, mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al

lavoratore a titolo di indennità per malattia, assegni familiari e cassa integrazione guadagni, ottiene dall'INPS il conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle da lui dovute all'istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo indebitamente dallo stesso istituto le corrispondenti erogazioni.

Come si è detto, infatti, l'erogazione che costituisce elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 316 *ter* c.p., può consistere semplicemente nell'esenzione dal pagamento di una somma altrimenti dovuta, e non deve necessariamente consistere nell'ottenimento di una somma di danaro.

Il reato si consuma nel momento in cui il datore di lavoro provvede a versare all'INPS (sulla base dei dati indicati sui modelli DM10) i contributi ridotti per effetto del conguaglio cui non aveva diritto, venendo così - tramite il mancato pagamento di quanto altrimenti dovuto - a percepire indebitamente l'erogazione dell'ente pubblico.

Può ribadirsi, pertanto, il seguente principio di diritto: "Integra il delitto di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316 *ter* c.p., la condotta del datore di lavoro che, mediante la fittizia esposizione di somme corrisposte al lavoratore a titolo di indennità per malattia assegni familiari e cassa integrazione guadagni, ottiene dall'INPS il conguaglio di tali somme, in realtà non corrisposte, con quelle da lui dovute all'Istituto previdenziale a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, così percependo indebitamente dallo stesso istituto le corrispondenti erogazioni".

Da ultimo, per completezza, va escluso che la condotta del datore di lavoro, come sopra configurata, possa inquadarsi nella fattispecie criminosa di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 10 *quater*.

Tale disposizione, inserita nel suddetto decreto legislativo che detta la "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto", nel prevedere il reato di "Indebita compensazione", punisce con la reclusione da sei mesi a due anni "chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi del D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241, art. 17, crediti non spettanti o inesistenti".

Si tratta tuttavia di una fattispecie criminosa che punisce l'indebita compensazione di crediti non spettanti o inesistenti che abbiano natura tributaria; essa non è applicabile, pertanto, al caso sottoposto al giudizio di questa Corte, nel quale le somme portate a conguaglio dal datore di lavoro non hanno natura tributaria, ma corrispondono a prestazioni di natura previdenziale o assistenziale previste a vantaggio del lavoratore.

Alla stregua di quanto si è detto, il fatto contestato all'odierno ricorrente va qualificato secondo la fattispecie criminosa di cui all'art. 316 *ter* c.p.. Tuttavia non sfugge che trattandosi di contestazione per reato continuato ex art. 81 cpv. c.p., legato al fatto che, quantomeno all'epoca delle condotte in contestazione, i c.d. "Mod. DM10" erano caratterizzati da prospetti mensili con i quali il datore di lavoro ebbe a denunciare all'INPS le retribuzioni ai dipendenti, ai fini della corretta valutazione dell'eventuale superamento della soglia indicata dall'art. 316 *ter* c.p., comma 2, oltre la quale la condotta diventa penalmente rilevante non si potrà che tenere conto anche di tale profilo.

Orbene, anche dal solo esame delle tabelle riportate nel capo di imputazione si evince chiaramente che mai fu mensilmente superata la soglia di 3.999,96 Euro con la conseguenza che le condotte ascritte al C. potrebbero determinare l'applicazione di una sanzione amministrativa ma non consentono di configurare la violazione dell'art. 316 *ter* c.p..

Da quanto sopra consegue l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non è previsto dalla legge come reato.

(*Omissis*)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Prestazioni - Indennità di mobilità in deroga ai sensi dell'art. 2, comma 138, L. n. 191/2009 - Mancata emanazione del decreto di autorizzazione da parte della Regione - Natura di interesse legittimo della posizione soggettiva vantata dal lavoratore - Giurisdizione del Giudice Ordinario- Non sussiste.

Corte di Appello di Catanzaro - 26.10.2016 n. 1442 - Pres. Rel. Fatale - D.V. (Avv. Maletta) - Regione Calabria (Avv. Festa) - INPS (Avv.ti Parisi, Pugliano, Battaglia, Filice).

Fino a quando l'istanza di mobilità in deroga non sia stata accolta, ossia fino a quando, pur in presenza degli accordi con le parti sociali, la Regione non abbia emesso il decreto di autorizzazione in deroga, con allegato l'elenco, da trasmettere all'INPS, dei lavoratori beneficiari, in cui figurino anche il nominativo dell'istante, si rimane nell'ambito dell'interesse legittimo del lavoratore alla corretta definizione della procedura che culmina con l'emissione del provvedimento in questione, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato presso la cancelleria del Tribunale di Cosenza il 5.6.2013, D.V. - premesso di: avere lavorato alle dipendenze della I. S.r.l. dal 12.3.2011 al 18.11.2011, data del licenziamento, con qualifica di carpentiere; di avere presentato domanda di liquidazione dell'indennità di disoccupazione regolarmente corrispostagli dall'INPS; di avere poi presentato, nel luglio 2012, alla Regione Calabria, tramite la UIL di Cosenza, persistendo il suo stato di inoccupazione e potendo vantare un'anzianità lavorativa di oltre 10 anni, domanda di erogazione dell'indennità di mobilità in deroga ai sensi dell'art. 2 comma 138 della legge 191/2009, che non veniva accolta; - conveniva in giudizio l'INPS e la Regione Calabria per vedersi riconosciuto il proprio diritto a percepire il trattamento di mobilità in deroga ai sensi dell'art. 2, comma 138, citato.

Si costituiva in giudizio l'INPS eccependo, preliminarmente, il difetto di legittimazione passiva, l'improponibilità del ricorso per la mancata proposizione della domanda amministrativa nonché la decadenza dell'azione e l'improcedibilità per omesso esperimento dei rimedi amministrativi e, nel merito, chiedendone il rigetto per infondatezza.

La Regione Calabria si costituiva contestando il ricorso di cui chiedeva il rigetto, rilevando di avere respinto in sede amministrativa l'istanza di controparte per mancanza dei presupposti previsti della legge, in base alle risultanze degli accertamenti esperiti dal competente Dipartimento.

Il Giudice di primo grado dichiarava l'improponibilità del ricorso, disponendo l'integrale compensazione delle spese del grado di lite, sull'assunto secondo cui l'istanza in sede amministrativa fosse stata presentata unicamente alla Regione Calabria, e non anche all'INPS e, richiamando la

giurisprudenza di legittimità in base alla quale la violazione dell'onere di presentare la previa istanza amministrativa ex art. 7, L. 533/1973, si riflette negativamente sulla domanda giudiziale, determinandone l'improponibilità (Cass. 28 novembre 2003, n. 18265; Cass. 12 marzo 2004, n. 5149 (1)).

Con il proposto gravame, D.V. lamenta l'erroneità della sentenza laddove il Tribunale ha omesso di considerare che la Regione, costituitasi in giudizio, ha riconosciuto che l'istanza per la concessione dell'indennità di mobilità è stata da lui a suo tempo inoltrata, per come peraltro previsto dall'art. 7 *ter* del D.L. 5/2009 convertito con legge 33/2009:

«3. In via sperimentale per il periodo 2009-2010, in attesa dell'emanazione dei provvedimenti di autorizzazione dei trattamenti di integrazione salariale in deroga con richiesta di pagamento diretto, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) è autorizzato ad anticipare i relativi trattamenti sulla base della domanda corredata dagli accordi conclusi dalle parti sociali e dell'elenco dei beneficiari, conformi agli accordi quadro regionali e comunque entro gli specifici limiti di spesa previsti, con riserva di ripetizione nei confronti del datore di lavoro delle somme indebitamente erogate ai lavoratori. La domanda deve essere presentata all'INPS dai datori di lavoro in via telematica, secondo le modalità stabilite dal medesimo Istituto. Le regioni trasmettono in via telematica all'INPS le informazioni relative ai provvedimenti autorizzatori dei trattamenti in deroga e l'elenco dei lavoratori, sulla base di apposita convenzione con la quale sono definite le modalità di attuazione, di gestione dei flussi informativi e di rendicontazione della spesa». Pertanto - prosegue l'appellante -, alla luce della disposizione sopra richiamata, è il datore di lavoro che deve inoltrare la richiesta all'INPS, ciò che non è stato fatto perché la Regione Calabria, errando, non ha emesso il decreto di autorizzazione alla concessione della mobilità in deroga. Quanto al merito, ribadisce le argomentazioni contenute nell'atto introduttivo di primo grado.

Costituitasi in giudizio, la Regione Calabria eccepisce l'inammissibilità dell'appello per violazione del disposto dell'art. 342 c.p.c.; nel merito ne sottolinea l'infondatezza, in difetto, in capo al sig. D., dei requisiti per accedere alla mobilità (12 mesi di anzianità, reddito superiore a 5000 euro, almeno 6 mesi di lavoro effettivo art. 7 *ter*, L. 33/2009).

Costitutosi in giudizio, l'INPS rileva la correttezza della sentenza in punto di declaratoria di improponibilità. Ribadisce l'eccezione di propria carenza di difetto di legittimazione passiva e, nel merito, l'infondatezza della domanda.

Acquisito il fascicolo di primo grado, la Corte, concesso alle parti termine per il deposito di note difensive, alla fissata udienza, decide come da allegato dispositivo.

Ritiene il Collegio che la materia dell'erogazione dell'indennità di mobilità in deroga, per le modalità stesse secondo cui la prestazione è configurata dal legislatore, ponga la questione della giurisdizione del Giudice ordinario.

La fonte normativa della prestazione richiesta è da rinvenire nei commi 3 ss. dell'art. 7 *ter* D.L. 5/09, conv. in legge 33/09, recante: "Misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi (nonché disposizioni in materia di produzione lattiera e rateizzazione del debito nel settore lattiero-caseario)":

«...3. In via sperimentale per il periodo 2009-2010, in attesa dell'emanazione dei provvedimenti di autorizzazione dei trattamenti di integrazione salariale in con richiesta di pagamento diretto, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) è autorizzato ad anticipare i relativi trattamenti sulla base della domanda corredata dagli accordi conclusi dalle parti sociali e dell'elenco dei beneficiari, conformi agli accordi quadro regionali e comunque entro gli specifici limiti di spesa previsti, con riserva di ripetizione nei confronti del datore di lavoro delle somme indebitamente erogate ai lavoratori. La domanda deve essere

presentata all'INPS dai datori di lavoro in via telematica, secondo le modalità stabilite dal medesimo Istituto. Le regioni trasmettono in via telematica all'INPS le informazioni relative ai provvedimenti autorizzatori dei trattamenti in deroga e l'elenco dei lavoratori, sulla base di apposita convenzione con la quale sono definite le modalità di attuazione, di gestione dei flussi informativi e di rendicontazione della spesa.

4. Il primo periodo del comma 36 dell'articolo 2 della legge 22 dicembre 2008, n. 203, è sostituito dal seguente: "In attesa della riforma degli ammortizzatori sociali e nel limite complessivo di spesa di 600 milioni di euro per l'anno 2009 a carico del Fondo per l'occupazione di cui all'articolo 1, comma 7, del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, di seguito denominato "Fondo per l'occupazione" il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, in deroga alla vigente normativa, la concessione, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di disoccupazione speciale, anche con riferimento a settori produttivi e ad aree regionali".

5. Il primo periodo del comma 9 dell'articolo 19 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, è sostituito dal seguente: "Nell'ambito delle risorse finanziarie destinate per l'anno 2009 alla concessione in deroga alla vigente normativa, anche senza soluzione di continuità, di trattamenti di cassa integrazione guadagni, di mobilità e di disoccupazione speciale, i trattamenti concessi ai sensi dell'articolo 2, comma 521, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, possono essere prorogati, sulla base di specifici accordi governativi e per periodi non superiori a dodici mesi, con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze".

6. Al fine di garantire criteri omogenei di accesso a tutte le forme di integrazione del reddito, si applicano anche ai lavoratori destinatari della cassa integrazione guadagni in deroga e della mobilità in deroga, rispettivamente, le disposizioni di cui all'articolo 8, comma 3, del D.L. 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160, e di cui all'articolo 16, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223. Con riferimento ai lavoratori di cui al primo periodo, ai fini del calcolo del requisito di cui all'articolo 16, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223, si considerano valide anche eventuali mensilità accreditate dalla medesima impresa presso la gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, con esclusione dei soggetti individuati all'articolo 1, comma 212, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, per i soggetti che abbiano conseguito in regime di monocommittenza un reddito superiore a 5.000 euro complessivamente riferito a dette mensilità.

7. Ai datori di lavoro, che non abbiano sospensioni dal lavoro in atto ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, che senza esservi tenuti assumono lavoratori destinatari per gli anni 2009 e 2010 di ammortizzatori sociali in deroga, licenziati o sospesi per cessazione totale o parziale dell'attività o per intervento di procedura concorsuale da imprese non rientranti nella disciplina di cui alla medesima legge n. 223 del 1991, è concesso dall'INPS un incentivo pari all'indennità spettante al lavoratore, nel limite di spesa autorizzato e con esclusione di quanto dovuto a titolo di contribuzione figurativa, per il numero di mensilità di trattamento di sostegno al reddito non erogate. Tale incentivo è erogato attraverso il conguaglio con le somme dovute dai datori di lavoro a titolo di contributi previdenziali e assistenziali, fermo restando quanto previsto dall'articolo 8, comma 4-bis, della citata legge n. 223 del 1991.

8. All'articolo 19 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni,

dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, dopo il comma 2 è inserito il seguente:

“2-bis. Per l'anno 2009 ai fini dell'attuazione dell'istituto sperimentale di tutela del reddito di cui al comma 2 nella misura del 20 per cento, in via aggiuntiva alla somma destinata al finanziamento del medesimo ai sensi del presente articolo, determinata in 100 milioni di euro, è destinata l'ulteriore somma di 100 milioni di euro a valere sulle risorse preordinate allo scopo sul Fondo di cui all'articolo 25 della legge 21 dicembre 1978, n. 845, come rideterminato dall'articolo 9, comma 5, del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, fermo restando per il medesimo anno 2009 il limite dell'ammontare complessivo dei pagamenti a carico del predetto Fondo come stabilito dall'articolo 2, comma 36, ultimo periodo, della legge 22 dicembre 2008, n. 203”.

9. All'articolo 19 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, lettere a) e b), le parole: “tale indennità, fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 3 del presente articolo, può essere concessa anche senza necessità dell'intervento integrativo degli enti bilaterali” sono soppresse;

b) al comma 1-bis, le parole: “secondo quanto precisato dal decreto di cui al comma 3 del presente articolo” sono sostituite dalle seguenti: “, fermo restando che, nelle ipotesi in cui manchi l'intervento integrativo degli enti bilaterali, i predetti periodi di tutela si considerano esauriti e i lavoratori accedono direttamente ai trattamenti in deroga alla normativa vigente”;

c) dopo il comma 1-bis è inserito il seguente:

“1-ter. In via transitoria, e per il solo biennio 2009-2010, le risorse di cui al comma 1 sono utilizzate anche per garantire ai lavoratori beneficiari delle misure di cui al medesimo comma 1, lettere a), b) e c), un trattamento equivalente a quello di cui al comma 8”;

d) al comma 14, il secondo periodo è sostituito dai seguenti: “Ai fini dell'attuazione del presente comma, è autorizzata, per l'anno 2009, la spesa di 35 milioni di euro, di cui 5 milioni di euro a valere sul Fondo per l'occupazione e 30 milioni di euro mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'articolo 1, comma 1161, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Le somme di cui al precedente periodo, non utilizzate al termine dell'esercizio finanziario 2009, sono conservate nel conto residui per essere utilizzate nell'esercizio successivo. All'articolo 5, comma 5, del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, dopo le parole: “al fine di evitare o ridurre le eccedenze di personale nel corso della procedura di cui all'articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223,” sono aggiunte le seguenti: “o al fine di evitare licenziamenti plurimi individuali per giustificato motivo oggettivo”».

In pratica, dalla lettura del testo normativo sopra riportato si desume che la prestazione domandata dal sig. D., a differenza degli ordinari ammortizzatori sociali (disoccupazione, CIG, CIGS, mobilità), la cui disciplina si basa su presupposti predeterminati, validi in generale e stabili, è connotata da una derogabilità che investe il campo di applicazione, i requisiti causali delle fattispecie, la durata dei trattamenti economici e normativi nonché i requisiti soggettivi di accesso da parte dei lavoratori.

Se si aggiunge il rilievo circa l'assenza di una definizione dell'oggetto della deroga, unitamente alla mancata fissazione di regole per la procedura nella fonte primaria che ne autorizza l'esistenza, si perviene alla conclusione secondo cui gli ammortizzatori in deroga hanno comportato un peggioramento della qualità della disciplina, in particolare, sotto il profilo della loro natura particolaristica, “con effetti di degradazione di quel che dovrebbe essere un diritto dei lavoratori a oggetto di una discrezionalità senza motivazione, che sconfinava immediatamente nell'arbitrio”.

In sostanza, fino a quando l'istanza non sia stata accolta, ossia fino a quando, pur in presenza degli accordi con le parti sociali, la regione non abbia provveduto ad emettere il decreto di autorizzazione in deroga, con allegato l'elenco, da trasmettere all'INPS, dei lavoratori beneficiari, in cui figurino anche il nominativo dell'istante, si rimane nell'ambito dell'interesse legittimo del lavoratore alla corretta definizione della procedura che culmina con l'emissione del provvedimento in questione.

Tanto si è verificato nel caso di specie. Risulta infatti in atti la produzione soltanto dell'accordo istituzionale relativo alla concessione degli ammortizzatori in deroga nel 2010, del 12.5.2010 (v. fascicolo primo grado dell'INPS), mentre è pacifico tra le parti che il nominativo del sig. D. non figurino nell'elenco dei lavoratori ammessi al beneficio trasmessi dalla Regione all'INPS.

Si impone la declaratoria di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente assorbimento di ogni altra questione posta dalle parti.

La complessità e novità delle questioni trattate induce all'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 696

Invalidità civile - Accertamento tecnico preventivo - Ordinanza che dichiara inammissibile l'istanza di accertamento - Inappellabilità.

Corte di Appello di Milano - 11.05.2016 n. 278 - Pres. Vitali - Rel. Marcantonio - C. di S.V.R. (Avv. Oldrini) - INPS (Avv. Mogavero).

Non è ammesso l'appello avverso l'ordinanza che dichiara inammissibile l'istanza di accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445bis c.p.c., in quanto non è previsto dalla legge.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso proposto dinanzi al Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Milano, C. di S.V.R. impugnava il provvedimento con cui la Commissione d'invalidità dell'INPS, sede di Milano, aveva accertato rispetto alla sua persona una percentuale d'invalidità civile pari al 75%. Il C. sosteneva di essere completamente invalido (100%) e, perciò, di aver diritto sia all'esenzione totale dal pagamento delle spese per il Servizio Sanitario Nazionale, che all'anticipazione della pensione di vecchiaia (art. 1 n. 8 D.Lgs. 503/1992). Costitutosi in giudizio, l'INPS chiedeva il rigetto della domanda. Il Giudice di primo grado, con l'ordinanza datata 17 settembre 2014, dichiarava l'inammissibilità del ricorso per accertamento tecnico preventivo per difetto d'interesse ad agire.

Con l'atto d'appello, il C. ha chiesto la riforma della predetta ordinanza. Egli ha sottolineato che l'obbligo di disporre la verifica dello stato d'invalidità con accertamento tecnico preventivo è espressamente previsto dall'articolo 445-bis c.p.c.; ha sostenuto la sussistenza della legittimazione

passiva dell'INPS in quanto competente a riscontrare l'esistenza dei requisiti sanitari ed ha chiesto, per l'effetto, l'accertamento tecnico preventivo o, in subordine, una consulenza tecnica d'ufficio con conseguente decreto di omologa del Giudice.

Si è costituito, anche nel giudizio d'appello, l'INPS L'ente ha obiettato che l'ordinanza del Tribunale di Milano sarebbe inappellabile, poiché l'articolo 445-*bis* c.p.c. mutua la disciplina degli articoli 694, 695, 696-*bis* c.p.c.. In subordine, ha ribadito la propria carenza di legittimazione passiva e, in ulteriore subordine, ha chiesto il rigetto del ricorso nel merito.

All'udienza del 24 febbraio 2016 la causa è stata discussa e decisa come da separato dispositivo di cui è stata data lettura.

L'appello avverso l'ordinanza d'inammissibilità dell'istanza di accertamento tecnico preventivo obbligatorio di cui all'art. 445-*bis* c.p.c. (articolo aggiunto dal numero 1 della lettera b) del comma 1 dell'art. 38, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con l. 15 luglio 2011, n. 111) non è previsto dalla legge: in particolare, la disposizione in esame all'ultimo comma esclude l'appellabilità perfino della sentenza che definisce il giudizio in materia, nel caso di contestazione delle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio. Infatti, l'art. 445-*bis* ult. comma c.p.c. prevede che la sentenza che definisce il giudizio è inappellabile (comma aggiunto dalla l. 12 novembre 2011, n. 183). La stessa Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione d'illegittimità costituzionale sollevata con riferimento a tale norma riguardo alla previsione dell'inappellabilità (cfr. Corte Cost., 28 ottobre 2014, n. 243 (1)).

La *ratio* di detta disposizione è ispirata ad un'ottica deflattiva del contenzioso in considerazione del fatto che l'interessato può comunque presentare il ricorso per l'accertamento della causa nel merito.

Le ultime sentenze della Corte di Cassazione (sentenze 27 aprile 2015, n. 8533 e 04 maggio 2015, n. 8878) hanno chiarito ulteriormente l'ambito di cognizione demandato al procedimento speciale di cui all'art. 445-*bis* c.p.c.. La Corte ha ricordato la *ratio* perseguita dal legislatore con l'introduzione dell'accertamento tecnico preventivo in materia assistenziale e/o previdenziale: una maggiore economicità dell'azione amministrativa, la deflazione del contenzioso, la concentrazione della durata dei processi in termini di ragionevolezza sanciti dalla C.E.D.U., nella convinzione che l'elemento sanitario nella maggior parte dei casi assume valore risolutivo delle controversie in questione, sicché l'anticipazione di tale aspetto può sortire un effetto acceleratorio e deflattivo del contenzioso. La soluzione, pertanto, proposta dalla Suprema Corte è quella di interpretare l'accertamento tecnico preventivo come un procedimento finalizzato all'accertamento delle sole condizioni sanitarie, ma comunque strumentale e preordinato all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione assistenziale e/o previdenziale. Il ricorrente deve, quindi, allegare espressamente la prestazione che intende ottenere e il giudice deve preliminarmente verificare la sussistenza dei presupposti processuali, ossia la competenza, la ricorrenza di una delle ipotesi previste dall'art. 445-*bis* c.p.c., la presentazione da domanda amministrativa, l'eventuale presentazione del ricorso amministrativo, la tempestività del ricorso giudiziario, l'interesse ad agire con particolare riferimento alla ricorrenza degli altri presupposti della prestazione assistenziale e/o previdenziale richiesta. In caso di verifica positiva, il giudice procede all'incarico al C.T.U.; nell'ipotesi inversa, il giudice deve "dichiarare il ricorso inammissibile, con pronuncia priva di incidenza con efficacia di giudicato su situazioni soggettive di natura sostanziale (come ritenuto da Cass. n. 5338/2014) che non preclude l'ordinario giudizio di cognizione sul diritto vantato". A fugare ogni dubbio, nell'ottica di un criterio d'interpretazione letterale e sistematica, si aggiunge che l'art. 445-*bis* comma 1 c.p.c. opera un richiamo alla disposizione normativa di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. ("il giudice procede a norma dell'art. 696-*bis* c.p.c., in quanto compatibile..."), che l'art. 696-*bis* c.p.c. rinvia all'art. 696 c.p.c. ("il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696

c.p.c.”) e che quest’ultima norma si riporta agli artt. 694 e 695 c.p.c. (“nelle forme stabilite negli articoli 694 e 695, in quanto applicabili”). L’art. 695 comma 1 c.p.c. contempla inequivocabilmente una “ordinanza non impugnabile”. E’ appena il caso di notare che, per gli stessi motivi sopra descritti, l’ordinanza non può essere oggetto d’impugnazione neppure dinanzi alla Suprema Corte (cfr. Cass. Civ. Sez. Lavoro, 05-05-2015, n. 8932: “*in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell’art. 445 bis c.p.c., non è ricorribile per cassazione ex art. 111 Cost. l’ordinanza di inammissibilità del ricorso per difetto dei relativi presupposti, trattandosi di provvedimento che non incide con effetto di giudicato sulla situazione soggettiva sostanziale - attesa la possibilità per l’interessato di promuovere il giudizio di merito - ed è comunque idoneo a soddisfare la condizione di procedibilità di cui all’art. 445 bis, secondo comma, c.p.c., essendo il procedimento sommario già giunto a conclusione*”). Il gravame è quindi inammissibile.

Preso atto dell’esenzione dal pagamento del contributo unificato, nulla è dovuto quanto alle spese dalla parte soccombente, ai sensi dell’art. 152 disp. att. c.p.c., alla luce della dichiarazione reddituale resa in atti dall’appellante.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2014, p. 126

Contributi - Gestione commercianti - Prescrizione quinquennale - Comunicazione da parte dell’Istituto della sussistenza dell’obbligo di iscrizione alla gestione - Valore di atto di costituzione in mora - Efficacia interruttiva della prescrizione.

Corte di Appello di Milano - 27.07.2016 n. 750 - Pres. Vitali - Rel. Casella - D.S. (Avv. Borella) - INPS (Avv. Mostacchi).

La comunicazione dell’INPS circa la sussistenza dell’obbligo di iscrizione alla gestione commercianti contenente la specificazione del titolo costitutivo della pretesa contributiva, l’intimazione al pagamento, nonché gli estremi per determinare il quantum, vale quale atto di costituzione in mora e come tale è idoneo ad interrompere la prescrizione.

FATTO - D.S. ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe con cui il Tribunale di Milano ha rigettato il ricorso proposto dallo stesso nei confronti dell’INPS in opposizione all’avviso di addebito n. 368.2012.00097817.78.000, notificato il 10.10.2012, recante intimazione di pagamento di € 3.363,95, relativo a contributi concernenti la gestione commercianti determinati sul minimale reddituale per tre trimestri dell’anno 2005.

Il Giudice di primo grado ha respinto l’eccezione di prescrizione quinquennale sollevata dal D. sul rilievo che, dovendosi far decorrere il termine prescrizionale dal 17.10.2006 (data in cui è stata presentata telematicamente la denuncia dei redditi relativa all’anno 2005), la presenziane era stata interrotta dall’INPS con la comunicazione del 28.12.2010, pervenuta a parte opponente il 20.1.2011, contenente tutti i requisiti dell’atto di messa in mora.

Ad avviso dell'appellante la pronuncia impugnata è errata per avere il Giudice ritenuto che la comunicazione del 28.12.2010, pur non contenendo la quantificazione del credito, potesse valere come atto di costituzione in mora.

L'INPS, costituendosi in giudizio, ha chiesto il rigetto dell'appello.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - Con l'unico motivo d'appello, D. contesta che la comunicazione del 28.12.2010 abbia il contenuto di un valido atto di costituzione in mora con gli effetti, quindi, di interrompere la prescrizione.

L'appello è infondato.

Occorre, in primo luogo, riportare il contenuto della citata missiva:

“Gentile Signore,

da una verifica effettuata è risultato che Lei è stato, per l'anno 2005, socio della Società S. S.a.s. di S.D. avente codice fiscale 03206820965, inquadrata con codice attività ATECO 74501 appartenente al settore terziario.

Poiché la suddetta Società, nell'ambito della dichiarazione, dei redditi Unico 2005 SP, ha dichiarato che l'attività svolta nell'impresa costituisce la sua occupazione prevalente, ai sensi del comma 202 e successivi dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 662, Lei è obbligato all'iscrizione alla gestione ustione degli Esercenti attività commerciali ed al versamento della relativa contribuzione.

A seguito di tali controlli è stato iscritto d'ufficio alla gestione di competenza, con imposizione contributiva a decorrere dal 01/01/2005.

A tal fine Le sarà inviata una successiva comunicazione, con la quale Le saranno indicate le modalità di versamento delle somme dovute a titolo di contributi ed eventuali oneri ed accessori”.

Questa Corte, chiamata a pronunciarsi sulla medesima questione, ha ritenuto che la comunicazione INPS, avente identico contenuto, costituisca un valido atto interruttivo.

Con sentenza n. 537/2016 (rel. Bianchini), resa tra le stesse parti, la Corte si è espressa in questi termini: “Va tenuto presente che tale contribuzione [alla Gestione Commercialisti], essendo interamente; rapportata al reddito d'impresa e conosciuta dal contribuente il quale è in grado di stabilire il *quantum* della contribuzione dovuta e cioè se vanno corrisposti solo i contributi fissi sul reddito minimale stabilito per legge e se devono essere pagati gli ulteriori contributi.

Ciò posto, la Corte rileva che con la missiva del 5.4.11 era comunicato in maniera chiara al contribuente sia la fonte del preteso credito sia la volontà dell'Istituto di farlo valere per cui la stessa deve certamente ritenersi idonea ad interrompere la prescrizione.

Si richiama sul punto la sentenza 24054/2015 della Corte di Cassazione secondo la quale ai fini interruttivi della prescrizione è sufficiente la mera comunicazione del fatto costitutivo della pretesa (Cass. n. 4464/03; Cass. n. 5681/06), posto che l'atto di costituzione in mora non è soggetto all'adozione di formule sacramentali e quindi non richiede la quantificazione del credito, che potrebbe essere non determinato, ma solo determinabile, avendo l'esclusivo scopo di portare a conoscenza del debitore la volontà del creditore di ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese (cfr. anche Cass. n. 22751/04; n. 3371/10)”.

Nella specie, la comunicazione 28.12.2010, analogamente alla missiva esaminata dalla citata sentenza, contiene la specificazione del titolo costitutivo della pretesa contributiva (*nell'ambito della dichiarazione dei redditi Unico 2005 SP, ha dichiarato che l'attività svolta nell'impresa costituisce la sua occupazione prevalente, ai sensi del comma 202 e successivi dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 662*”), l'intimazione al pagamento (“*Lei è obbligato*

all'iscrizione alla gestione degli Esercenti attività commerciali ed al versamento della relativa contribuzione"), nonché gli estremi per determinare il *quantum* (essendo la contribuzione alla Gestione Commercianti stabilita in misura fissa).

Conseguentemente, l'appello dev'essere rigettato e la sentenza impugnata, confermata sul punto controverso.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Processo civile - Cartella esattoriale - Decadenza dall'iscrizione a ruolo - Configurabilità come vizio di merito - Esclusione - Effetti sulla procedura di riscossione mediante ruolo - Necessità di accertamento nel merito della pretesa - Sussiste.

Corte di Appello di Reggio Calabria - 10.02.2016 n. 129 - Pres. Pezzuto - Rel. Romeo - INPS (Avv. Fazio) - L.A.M. (Avv. Taccone).

In tema di recupero di contributi, una volta ritenuta la decadenza dal potere di iscrizione a ruolo, trattandosi di decadenza che concerne solo il meccanismo di recupero crediti, che non ha valenza sostanziale e che, quindi, non produce l'estinzione del credito, è doveroso da parte del giudice l'accertamento del merito della pretesa, tale essendo, in ultima analisi, l'oggetto dell'opposizione a cartella esattoriale conformemente al dettato normativo che la prevede.

FATTO - Con ricorso in appello depositato il giorno 23 luglio 2013 L'INPS ha proposto impugnazione avverso la sentenza del Tribunale di Reggio Calabria n. 167/2013 emessa in data 23 gennaio 2013 e depositata in pari data con motivazione contestuale con la quale è stata accolta l'opposizione a cartella esattoriale dichiarando non dovute le somme con essa pretese a titolo di contributi previdenziali.

Con il gravame è stata sostenuta l'erroneità della sentenza per le ragioni appresso specificate.

L.A.M. costituendosi all'udienza del 2 febbraio 2016 ha chiesto il rigetto del gravame.

All'udienza del 2 febbraio 2016 il Collegio, ritiratosi in camera di consiglio, ha deciso all'esito come da dispositivo di cui è stata data lettura in aula.

DIRITTO - Con la sentenza gravata il Tribunale ha affermato che parte del credito oggetto della cartella, contributi datori di lavoro agricoli del 2006, terzo e quarto trimestre, 2007, oltre somme aggiuntive, è oggetto di decadenza posto che per tali crediti l'iscrizione a ruolo avrebbe dovuto avvenire, in base all'art. 25 del D.Lgs. n. 46/1999, entro il 31 dicembre 2009 (l'obbligo di pagamento scadeva nel 2007-2008).

Con l'impugnazione l'INPS ha sostenuto che l'art. 38, comma 2, del D.L. 78/2010 avrebbe

escluso la decadenza in relazione a tale credito.

Con il secondo motivo si è evidenziato che la decadenza attiene ad aspetto procedimentale del ruolo e non può produrre effetti sul diritto di credito, non precludendo all'INPS di attivarsi con tutte le azioni ordinarie per il recupero del credito. Pertanto, il Tribunale avrebbe errato nel dichiarare a seguito dell'accertamento della decadenza la non decenza dei crediti in relazione ai quali l'opponente non aveva preso posizione non deducendo fatti modificativi o estintivi.

L'appello è fondato nei termini appresso specificati.

Ed, infatti, benché effettivamente sia maturata la decadenza in relazione al potere di procedere a riscossione mediante cartella esattoriale su parte dei crediti di cui si discute, l'accoglimento del secondo motivo di impugnazione proposto all'INPS, in relazione alle ipotesi in cui la decadenza si è perfezionata, comporta il rigetto dell'originaria domanda proposta dalla L.

Con il primo motivo, l'Istituto sostiene che l'art. 38, comma 12, del D.L. 78/2010 avrebbe avuto l'effetto di escludere la decadenza fino al 31 dicembre 2012 in relazione ai contributi dovuti dal gennaio 2004.

Dispone l'art. 25 nel dettato originario: *«I contributi o premi dovuti dagli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza: a) per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; [...]»*.

Come si è detto, controvertendosi in ordine a crediti che dovevano essere pagati, per alcune rate, nel 2007 e, per altre, nel 2008, l'iscrizione a ruolo avrebbe dovuto avvenire entro il 31 dicembre dell'anno successivo ossia entro il 31 dicembre del 2008, per i contributi relativi al terzo e quarto trimestre 2006, in scadenza rispettivamente in marzo e giugno 2007, ed il 31 dicembre 2009, per i crediti relativi al terzo e quarto trimestre 2007, in scadenza rispettivamente in marzo e giugno 2008.

Non vi è dubbio che per i crediti relativi al terzo e quarto trimestre 2006 la decadenza si sia perfezionata proprio una volta decorsa la data del 31 dicembre 2008, quindi anteriormente alla vigenza della previsione normativa che trae fonte dal D.L. n. 78/2010.

L'art. 38, comma 12, di tale decreto, convertito in legge n. 122/2010, prevede *«Le disposizioni contenute nell'articolo 25 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, non si applicano, limitatamente al periodo compreso tra l'1/1/2010 e il 31/12/2012, ai contributi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2004, dall'Ente creditore»*.

La disposizione ha una portata ben precisa, diversa da quella ritenuta dall'Istituto previdenziale.

La disposizione ha avuto l'effetto di precludere *temporaneamente* (ed in tal senso si può dire che sospenda) la maturazione della decadenza nel limitato periodo dal primo gennaio 2010 al 31 dicembre 2012 e, come questo Collegio ha osservato in altre occasioni, la previsione in discussione opera con riferimento alle scadenze che avrebbero potuto maturare solo in tale periodo (dal primo gennaio 2010 al 31 dicembre 2012) e non produce effetti in relazione alle scadenze venute a scadenza anteriormente, cui effetti sono irretrattabili e consolidati, trattandosi di rapporti esauriti nella vigenza della precedente normativa (tali essendo quei rapporti che abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate ed intangibili, come avviene nel caso del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza...).

Ciò esclude, per esigenze di certezza dei rapporti, che tale dettato normativo possa ritenersi fonte di effetti sananti sulle scadenze già maturate nella vigenza dell'art. 25 del D.Lgs. n. 46/1999

ossia fra il gennaio 2004 ed 31 dicembre 2009.

In buona sostanza, la norma introduce una parentesi temporale entro la quale i crediti per i quali non sia ancora maturata la decadenza non saranno soggetti a tale termine, per cui potranno essere utilmente posti in riscossione entro tale lasso temporale.

Come si è detto, per tali ragioni la decadenza in ordine ai crediti che avrebbero dovuto essere pagati nel 2007 era già maturata una volta decorso il 2008.

Discorso diverso, invece, concerne i crediti relativi al quarto e terzo trimestre del 2007 venuti a scadenza nel 2009 e per i quali la decadenza avrebbe potuto essere evitata con una iscrizione a ruolo entro il 31 dicembre 2009.

Nel caso di specie, occorre, in coerenza con la giurisprudenza di legittimità pronunciata ripetutamente su ipotesi sostanzialmente analoghe, che la decadenza in ordine ai crediti di cui oggi si discute sarebbe maturata solo dopo le ore 24 del 31 dicembre 2009, ma il decreto n. 78/2010 entrando in vigore ha sospeso l'operatività della decadenza dal primo gennaio 2010 ed ha, senza soluzione di continuità, impedito il perfezionarsi della decadenza rendendo perfettamente (e tempestivamente) esigibile da parte dell'Ente previdenziale il credito mediante la riscossione avviata nel corso del 2010.

Proprio in tema di operatività del termine di decadenza fissato in materia di riscossione degli enti previdenziali dall'art. 25 D.Lgs. n. 46 del 1999 (e dei differimenti ad opera delle successive leggi) è intervenuta la decisione delle Sez. Un. con la sentenza n. 1987 del 13.02.2012, in cui il Supremo Collegio esaminando l'ipotesi in cui l'originaria previsione prevedeva la scadenza del termine per l'iscrizione a ruolo al 31 dicembre di un certo anno, l'intervento della legge successiva che ha differito l'applicabilità del termine decadenziale senza soluzione di continuità non ha consentito il maturarsi di alcuna decadenza.

Si è, in particolare, specificato che, in base al combinato disposto del D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 25 (secondo il quale i contributi ed i premi dovuti in base agli accertamenti degli uffici devono essere iscritti a ruolo entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello della notifica dell'accertamento) e della L. n. 388 del 2000, art. 78, «*la decadenza dell'Istituto dal potere d'iscrivere a ruolo le somme dovute non si sarebbe consumata prima delle ore 24 del 31 dicembre 2002, ma "a partire dal primo istante del giorno successivo e, dunque, senza soluzione di continuità, è però entrata in vigore la disposizione della L. n. 289 del 2002, art. 38, che differendo l'applicabilità dei termini di cui al predetto art. 25 agli accertamenti notificati dopo il 1/1/2003 ha finito col "salvare" senza soluzione di continuità l'iscrizione a ruolo del credito vantato dall'INPS nei confronti della ricorrente (v., per una fattispecie analoga in tema d'imposte sui redditi C. Cass. n. 3393 del 2008 ed, in tema di ICI, C. Cass. nn. 13342 del 2009, 8861 e 13143 del 2010 e 3157 del 2011)"*» (S.U., sent. cit., in motivazione) (vedasi pure per analogo argomentare Sez. L., Sentenza n. 9181/2014).

Tale ragionare della Suprema Corte si fonda su una elaborazione giurisprudenziale in tema di decadenze in materia di imposte sui redditi (Cass. n. 3393/2008 ed, in tema di ICI, C. Cass. nn. 13342 del 2009, 8861 e 13143/2010 e 3157/2011 e vedasi pure Sez. Un. n. 1987/2012) in cui si affermava, in relazione ai termini la cui scadenza era fissata ad una certa data (e che dovevano ritenersi non già scaduti alla mezzanotte), il principio che «*il termine per l'accertamento scadente proprio il 31 dicembre 1991 non può ritenersi "scaduto" in tale giorno perché in questo giorno esso è "ancora aperto" (Cass. n. 10204 del 2003). Ciò significa che anche per il 1985 (come è nel caso di specie), l'Ufficio poteva ancora procedere all'accertamento delle imposte dovute dal contribuente, in quanto il termine di decadenza scadente alla mezzanotte del 31 dicembre 1991 deve intendersi prorogato di due anni ex Lege n. 413 del 1991.*».

Applicando tale principio, *mutatis mutandis*, al caso in esame, deve ritenersi che il termine

per l'iscrizione a ruolo dei crediti venuto a scadenza nel 2008, era ancora aperto al 31 dicembre 2009 e non era scaduto fino alle ore 24 dello stesso giorno, per cui l'intervento del disposto dell'art. 38, comma 12, del d. n. 78/2010 conv. in legge n. 122/2010 che ha escluso l'applicabilità della decadenza dal primo gennaio immediatamente successivo (*«non si applicano, limitatamente al periodo compreso tra l'1/1/2010 e il 31/12/2012»*) ha, anche in tal caso, evitato ogni soluzione di continuità.

Ad ogni modo, anche ove si accedesse ad una diversa opzione interpretativa, una volta ritenuta la decadenza dal potere di iscrizione a ruolo, trattandosi di decadenza che concerne solo il meccanismo di recupero dei crediti e che non ha valenza sostanziale e che, quindi, non produce l'estinzione del credito, era, comunque, doveroso da parte del primo giudice l'accertamento del merito della pretesa tale essendo, in ultima analisi, l'oggetto dell'opposizione a cartella esattoriale conformemente al dettato normativo che la prevede. Tale statuizione può e deve essere compiuta in questa sede sia perché attiene al potere dovere di qualificazione della domanda giudiziale, sia perché lo stesso Istituto previdenziale ha devoluto tale questione con motivo apposito.

Invero, la qualificazione della domanda (opposizione a cartella nel merito, opposizione all'esecuzione, opposizione agli atti esecutivi) è indispensabile ai fini dell'individuazione del regime giuridico applicabile sotto il profilo processuale e delle conseguenze in ordine alla statuizione che va emessa.

Nel caso, essa non è stata esplicitamente compiuta dal Tribunale, ma, in ogni caso, è chiaramente desumibile dal tenore del dispositivo che consente di ritenere che il Tribunale abbia erroneamente ritenuto il profilo della decadenza riconducibile ad un vizio di merito (*«accoglie l'opposizione e per l'effetto annulla parzialmente la cartella impugnata, limitatamente alle contribuzioni oggetto di ricorso, dichiarando non dovute le somme ad esse riferite»*) omettendo di procedere ad ogni accertamento ulteriore una volta ritenuta la decadenza, questione, e che, pertanto, questa Corte deve esaminare, e che conduce ad affermare che tale vizio, che inficia la sola procedura di riscossione mediante ruolo non più attivabile, non esclude nel merito la perdurante debenza dei contributi oggetto del giudizio anche in ipotesi di decadenza.

Nel caso di specie, avendo la parte appellata escluso ogni contestazione sul merito in sede di impugnazione, deve ritenersi pacifica la debenza dei crediti. Ne deriva che, in riforma della sentenza impugnata, per entrambe le ipotesi va rigettata l'opposizione originariamente proposta.

In ragione dell'obiettiva complessità delle questioni oggetto del decidere si ravvisano ragioni per disporre l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

(Omissis)

Contributi - Gestione Commercianti - Socio accomandatario di S.a.s. - Attività elaborazione dati inserita nel contesto di prestazione di servizi di consulenza fiscale e contributiva - Carattere commerciale dell'attività - Obbligo di iscrizione alla gestione - Sussiste.

Corte di Appello di Torino - 11.01.2016 n. 781 - Pres. Girolami - Rel. Milani - F.A. (Avv.ti De Guglielmi, Guelfo e Sibona) - INPS (Avv.ti Cappiello, Borla).

Nel caso di svolgimento di attività di “caricamento e ed elaborazione dati”, nell’ambito della prestazione di servizi di consulenza fiscale e contributiva, l’attività svolta presenta carattere commerciale e fa sorgere l’obbligo di iscrizione alla Gestione Commercialisti, in quanto ciò che connota l’attività espletata è il risultato finale richiesto dal cliente.

FATTO - Con ricorso depositato in data 13.12.2013 avanti al tribunale di Cuneo, il sig. A.F., socio accomandatario della Centro Elaborazioni Dati (siglabile in CED) di F.A. e C. S.a.s., contestava il provvedimento dell’INPS, comunicatogli in data 23.4.2012, con il quale era stato iscritto d’ufficio nella gestione commercianti, con imposizione contributiva a decorrere dal 1.1.2007. Il ricorrente assumeva che la CED, svolgente attività di raccolta e di elaborazione dati con esclusione di qualsiasi attività di carattere consulenziale, doveva essere considerata di natura industriale manifatturiera e non commerciale per cui non era giustificata la sua iscrizione nella gestione commercianti. Evidenziava che lo stesso INPS in un primo tempo aveva escluso l’iscrizione nella gestione commercianti dei soci dei centri di elaborazione dati e aveva mutato posizione solo recentemente; contestava infine ed in subordine che l’iscrizione dovesse avvenire con effetto retroattivo, allegando che dagli stessi recenti messaggi dell’INPS era prevista l’iscrizione con decorrenza *ex nunc*.

Resisteva l’INPS costituendosi in giudizio e rilevando che la CED non si occupava esclusivamente di elaborazione dati, ma prestava ai clienti servizi di vario genere riconducibili ad attività di consulenza fiscale ed aziendale.

Con successivo ricorso depositato in data 27.1.2014 il sig. A.F. proponeva opposizione avverso l’avviso di addebito n. 337 2013 00010724 78 00 notificato in data 19.12.2013 con il quale gli veniva ingiunto il pagamento della somma di euro 14.466,53 a titolo di contributi previdenziali dovuti a favore della gestione commercianti per gli anni dal 2007 al 2012 oltre somme aggiuntive. Evidenziava che la pretesa dell’INPS traeva origine dalla sua iscrizione operata d’ufficio presso la gestione commerciante e per la quale pendeva causa di accertamento negativo. Ribadendo le argomentazioni e difese assunte nella precedente controversia, chiedeva in via conclusiva l’annullamento dell’avviso di addebito opposto. Si costituiva in giudizio l’INPS che chiedeva la conferma dell’avviso di addebito confermando le difese precedentemente assunte.

Riunite le cause e sentiti i testi, con sentenza del 15.7.2014 il tribunale respingeva i ricorsi condannando il ricorrente al rimborso delle spese di lite.

Avverso detta sentenza, non notificata, ha interposto appello F.A. con ricorso depositato in data 29.12.2014, chiedendone la riforma con riproposizione delle conclusioni già assunte con i ricorsi di primo grado.

L’INPS, costituendosi in giudizio, ha chiesto la reiezione dell’appello e la conferma della sentenza impugnata. All’udienza del 10.11.2015, all’esito della discussione, la corte ha deciso la causa come da dispositivo trascritto in calce.

DIRITTO - Il giudice di primo grado ha respinto le ragioni della parte ricorrente con le seguenti argomentazioni:

- tenuto conto dell’oggetto sociale della S.a.s. CED, della documentazione prodotta dall’INPS (fatture emesse dalla società per le prestazioni rese ai clienti) e delle deposizioni rese dai testi M.F. e B.G., dipendenti della stessa CED, deve ritenersi che l’attività svolta dalla società sia di carattere commerciale;

- infatti “l’attività descritta ...non è ...limitata all’elaborazione dei dati (per esempio con produzione di tabelle o statistiche) fine a se stessa, ma si inserisce nel contesto di un’attività di prestazione di servizi, sia di tipo consulenziale (svolta dalla F.C. che possiede l’apposito titolo professionale) che di svolgimento delle pratiche (INPS, IVA e altri tributi) con effettuazione dei relativi pagamenti. Si tratta in ogni caso di attività che costituisce, appunto, prestazione di servizi con riferimento ad attività di assistenza fiscale e contributiva (ad esempio, calcolo del credito o debito IVA e relativo pagamento in via telematica)”;
- dal momento che il ricorrente è socio accomandatario di società svolgente attività di carattere commerciale, ne consegue la correttezza dell’iscrizione dello stesso nella gestione commercianti;
- devono essere respinte anche le considerazioni subordinate con il quale il F. ritiene illegittima la sua iscrizione con effetto retroattivo;
- infatti per un verso la problematica si pone con riferimento all’inquadramento della società, mentre nella vicenda in esame si sta trattando della legittimità dell’iscrizione del ricorrente nella gestione commercianti;
- per altro verso la decorrenza *ex nunc* del provvedimento di variazione della classificazione dei datori di lavoro è esclusa, ex art. 3, comma 8 L. 335/95, quando l’inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro; tale ipotesi ricorre nel caso di specie, posto che l’iscrizione della società nel settore industriale manifatturiero è stato determinato dalla dichiarazione, da parte della società, riferita ad attività diversa da quella effettiva. Appella F.A. rilevando:
- che erroneamente il primo giudice ha posto l’accento sull’oggetto sociale della società, necessariamente più ampio rispetto all’attività concretamente esercitata;
- che il primo giudice non ha correttamente interpretato i dati fattuali relativi all’attività concretamente esercitata dalla CED S.a.s.;
- che in particolare l’attività consulenziale viene svolta dalla rag. F.C. e non dalla società;
- che ciò che il tribunale ha indicato come “svolgimento di pratiche (INPS, IVA e altri tributi) con effettuazione dei relativi pagamenti” costituisce pur sempre una forma di elaborazione dati, dal momento che “nella redazione e compilazione del modello IVA, dell’UNICO, ICI etc. ove, inseriti i dati forniti dal cliente, si ottiene un risultato conforme e coerente con i dati immessi e che costituisce il risultato dell’elaborazione”;
- che a favore della tesi sostenuta fin dai ricorsi introduttivi depone l’interpretazione giurisprudenziale e lo stesso comportamento adottato dall’INPS, che nel corso degli anni ebbe modo di rifiutare ai Centri di Elaborazione Dati e alla stessa società di cui l’esponente è socio accomandatario l’iscrizione alla gestione commercianti;
- che la condotta dell’INPS, unitamente al fatto che la CED S.a.s. non ha mai fornito dati fallaci sull’attività esercitata, giustificano l’iscrizione alla gestione commercianti dall’aprile 2012 (quando è avvenuta l’iscrizione d’ufficio) e non retroattivamente, dal 2007.

L’appello è infondato.

La lettura dei dati istruttori operata dal primo giudice, che ha ritenuto la natura commerciale dell’attività svolta dalla CED S.a.s., va esente da censure.

Nonostante le testi M.F. e B.G., entrambe dipendenti della CED S.a.s. ed indicate dall’appellante, abbiano in alcuni passi della loro deposizione definito l’attività della società come “elaborazione dati”, emerge in realtà inequivocabilmente che la CED si occupa di fornire ai clienti

un servizio consistente nella compilazione (mediante mezzo informatico) dei modelli relativi agli adempimenti fiscali e contributivi (IVA, dichiarazioni dei redditi, versamenti contributivi INPS), a calcolare gli importi dei versamenti e ad effettuare le operazioni (telematiche) per i relativi pagamenti. E' utile riportare un passo delle dichiarazioni della teste B. che riassume l'iter dell'attività sopra indicata: "...il cliente consegna le fatture alla sig.ra M. ... F.A. elabora i dati al terminale. Noi registriamo e carichiamo i dati, lui li elabora nel senso produce le chiusure. Per esempio, per un F24, lui fa la chiusura; produce l'F24 e lo invia per l'IVA, noi carichiamo i dati relativi ad un trimestre. Il F. elabora i dati relativi al trimestre; di conseguenza il terminale calcola il versamento o il credito dell'IVA; il sig. F. stampa il versamento, la delega F24, che ci consegna; noi telefoniamo al cliente per comunicargli l'importo del versamento. L'F24 viene inviato in via telematica dal F. alla banca che provvede al pagamento".

Le allegazioni dell'appellante, che intende a distinguere l'attività della CED S.a.s. da quella consulenziale (che sarebbe svolta in proprio dalla rag. F.C.) e comunque a ridurre l'attività a quella di "elaborazione dati" non colgono nel segno. La prima considerazione è irrilevante (anche dato per ammesso che la CED S.a.s. non effettui propriamente consulenze non esclude che la prestazione di servizi, come sopra ricostruita, sia riconducibile ad attività di carattere commerciale), la seconda è frutto di artificio interpretativo inaccettabile, nel senso che è indubitabile che nel complesso delle prestazioni rese dalla società via sia anche "caricamento ed elaborazione dati", ma ciò che connota l'attività è il risultato richiesto dal cliente, e cioè il servizio consistente nelle operazioni ai fini degli adempimenti fiscali e contributivi.

Come ha già osservato il giudice di primo grado, tali conclusioni trovano riscontro nelle fatture rilasciate dalla CED ai clienti ove l'operazione fatturata viene descritta con annotazioni quali "UNICO e ICI 2011", "compilazione e invio telematico MOD. 770/2011", "autoliquidazione INAIL" etc..

Anche i ripetuti riferimenti dell'appellante ad un orientamento giurisprudenziale di legittimità a sostegno delle proprie tesi non colgono nel segno.

Nella sentenza n. 196/92 delle Sezioni Unite l'attività di "elaborazione dati" ivi presa in considerazione viene descritta come segue:

"a) nel registrare su nastri o dischi magnetici "vergini", con l'impiego di calcolatori elettronici, dati, informazioni o testi contenuti in documenti cartacei, ottenendo come "prodotto" nastri o dischi registrati da fornire ai committenti e riproducibili in più copie; b) nell'elaborare mediante calcolatori - direttamente o attraverso la lettura di nastri o dischi magnetici - dati, informazioni o testi per riprodurli nel modo voluto su moduli meccanografici riportanti prospetti, disegni ecc". Si tratta all'evidenza di attività tutt'affatto diversa da quella qui esaminata, ove il risultato finale richiesto alla CED non è la riproduzione, registrazione o elaborazione elettronica, ma la prestazione di un servizio relativo agli adempimenti fiscali e contributivi.

Anche il profilo di doglianza con il quale il F. lamenta che la pretesa contributiva dell'INPS "retroagisca" fino al gennaio 2007 (tenendo quindi conto dei termini prescrittivi) è del tutto infondato.

Invero, per quanto è stato sin qui delineato, l'evasione contributiva del F. non è (stata) giustificata da alcun *revirement* giurisprudenziale o determinata da condotte dell'Istituto.

L'affermazione dell'appellante, secondo cui la sua iscrizione presso la gestione commercianti sarebbe stata rifiutata dagli uffici dell'INPS, non ha trovato alcun riscontro probatorio. Per altro verso, con riferimento alla classificazione della CED S.a.s., il primo giudice si è correttamente riferito al disposto dell'art. 3, comma 8 L. 335/95 (profilo neppure preso in considerazione in sede di appello) evidenziando condivisibilmente che la variazione con effetto *ex nunc* non poteva valere nel caso di specie, posto che nelle dichiarazioni rese dalla società all'atto della domanda di

iscrizione del 11.2.1999 l'attività descritta ("centro elaborazione dati - gestione dati amministrativi contabili tributari") non era conforme a quella accertata nel corso del giudizio.

Per le considerazioni esposte l'appello va respinto.

Le spese del grado seguono il criterio della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Contratto di subfornitura - Configurabilità della fattispecie del contratto di appalto ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. n. 276/2003 - Responsabilità solidale del committente per il pagamento dei debiti contributivi - Sussiste.

Contributi - Sanzioni civili - Responsabilità solidale del committente ex art. 29 D.Lgs. n. 276/2003 - Sussiste per fattispecie anteriori al 10 febbraio 2012.

Corte di Appello di Torino - 05.04.2016 n. 65 - Pres. Girolami - Rel. Milani - D. S.r.l., (Avv. Serale) - INPS (Avv.ti Borla, Cappiello).

La disciplina di cui all'art. 29 n. D.Lgs. 276/2003 in tema responsabilità solidale del committente per i debiti retributivi e contributivi, si applica anche al rapporto di subfornitura che in concreto comprende gli elementi essenziali della fattispecie dell'appalto, e cioè l'assunzione da parte del subfornitore del compimento di opere con gestione a proprio rischio.

L'esclusione dalla responsabilità solidale del committente per le sanzioni civili vale solo a partire dal 10.02.2012, data di entrata in vigore del D.L. n. 5/2012 convertito in L. n. 35/2012, che ha espressamente limitato tale responsabilità ai soli contributi previdenziali.

FATTO - Con ricorso depositato in data 17.2.2014 avanti al tribunale di Cuneo, la D. S.r.l. proponeva opposizione avverso l'avviso di addebito n. 337 2013 00012075 34 del 9.12.2013 notificato dall'INPS, con il quale le veniva ingiunto il pagamento della somma di euro 104.995,93 a titolo di contributi per il periodo 6/2007 - 2/2012, oltre somme aggiuntive. Evidenziando che l'avviso di addebito traeva origine dal verbale ispettivo del 16.5.2012 con la quale la D. S.r.l. era stata chiamata a rispondere solidalmente ex art. 29 D.Lgs. 276/03 per evasioni contributive poste in essere dalla Soc. Coop. P.L. con la quale, secondo gli ispettori, era intercorso un rapporto di appalto, la società esponente contestava radicalmente le risultanze di detto accertamento ispettivo rilevando quanto segue:

- posto che l'art. 29 D.Lgs. 276/03 presupponeva che il committente fosse chiamato a rispondere solo nel caso di contratto di appalto, la pattuizione intercorsa con la Cooperativa P.L. non rispondeva a tale schema contrattuale, ma al contratto di subfornitura disciplinato dalla L. 192/98;

- in subordine, anche ammessa l'applicabilità del citato art. 29, il verbale ispettivo era carente dell'esposizione dettagliata dei fatti che costituivano il presupposto dell'addebito;
- sempre in subordine, risultavano prive di riscontro le giornate lavorative a cui si riferiva l'evasione rilevata dall'INPS, non conoscendo la D. i soggetti e le giornate impiegate dalla P.L. in relazione al contratto di subfornitura;
- infine la D. non poteva essere chiamata a rispondere delle sanzioni civili secondo le previsioni del D.L. 5/12.

Sulla base di tali premesse l'opponente chiedeva in via conclusiva che l'avviso di addebito opposto fosse annullato e dichiarato privo di effetto.

L'INPS, costituendosi ritualmente in giudizio, ribadiva la pretesa nell'*an* e nel *quantum* osservando, in estrema sintesi, che la fornitura d'opera e di servizi oggetto del contratto tra D. e Coop. P.L. comportava l'applicabilità dell'art. 29 D.Lgs. 276/03, che il credito dell'INPS nei confronti della Coop. P.L. era stato accertato giudizialmente con sentenza 11.2.2014 del tribunale di Cuneo, che i soggetti impiegati nell'appalto di cui si tratta erano stati precisamente individuati in sede ispettiva, che il committente doveva rispondere anche a titolo di sanzioni civili, dal momento che il D.L. 5/12 si applicava solo agli obblighi contributivi relativi al periodo successivo al 10.2.2012.

Sentito un verbalizzante e i testi indicati dalla parte opponente, con sentenza del 4.11.2014, in parziale accoglimento dell'opposizione, il tribunale annullava l'avviso di addebito limitatamente all'importo di euro 131,48, respingeva per il resto l'opposizione, dichiarando compensate le spese di lite. Avverso detta sentenza, non notificata, ha interposto appello la D. S.r.l. con ricorso depositato in data 2.3.2015 chiedendone la riforma con riproposizione delle conclusioni assunte con il ricorso introduttivo.

L'INPS, costituendosi in giudizio, ha chiesto la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata. All'udienza del 2.2.2016, all'esito della discussione, la corte ha deciso la causa come da dispositivo trascritto in calce.

DIRITTO - Il giudice di primo grado ha accolto in minima parte le ragioni dell'opponente con le seguenti argomentazioni:

- premesso che il rapporto tra la D. S.r.l. e la cooperativa P.L. Onlus si basa sul "contratto di subfornitura di lavorazioni nel settore industriale" delineato dall'art. 1 L. 192/98, che l'INPS, in sede ispettiva non ha negato che tale rapporto contrattuale fosse valido e che i testi escussi hanno confermato che l'attività concreta posta in essere dalla cooperativa (montaggio di componenti di biciclette) si sia svolta in conformità alle previsioni contrattuali, per affermare l'applicabilità dell'art. 29 D.Lgs. 276/03 in tema di responsabilità solidale occorre stabilire se "il contratto di subfornitura sia da intendersi come un contratto "nuovo", oppure se si possa qualificare la legge 192/98 come una normativa minima di tutela, da applicare ad ogni "tipo" contrattuale con cui, in concreto, appaia maggiormente compatibile (in particolare con l'appalto)";
- si deve aderire alla tesi per cui la L. 192/98 non ha introdotto un nuovo tipo contrattuale, ma un complesso di regole applicabili a prescindere dalla specie di contratto in concreto concluso "in considerazione del fatto che il rapporto intercorre per lo più tra imprese di rilevanti dimensioni ed imprese minori, ed è considerato dal legislatore meritevole di una particolare tutela"; d'altra parte lo schema della subfornitura non è incompatibile con l'appalto ed è anzi da considerare una fattispecie particolare di appalto, caratterizzato dall'oggetto e dalle modalità dell'esecuzione;
- quindi, trattandosi di una fattispecie particolare d'appalto, risulta pienamente applicabile l'art. 29 D.Lgs. 276/03 in tema di responsabilità solidale del committente;

- quanto all'individuazione dei singoli lavoratori impiegati nell'appalto, le risultanze del verbale ispettivo appaiono corrette, in quanto i nominativi compresi nell'elenco allegato al verbale sono stati rilevati sulla base della documentazione esaminata, delle dichiarazioni dei lavoratori e del responsabile della cooperativa;
- quanto all'estensione della responsabilità del committente alle sanzioni civili, rilevato che le stesse sono una conseguenza automatica del credito per contributi indipendentemente dalla "colpa" del debitore, si deve rilevare che solo con le innovazioni introdotte dall'art. 4 D.L. 5/12 (conv. con L. 35/12), l'art. 29 è stato modificato nel senso di escludere che la responsabilità del committente si estenda alle sanzioni civili;
- tale modifica normativa, che deve ritenersi costituzionalmente legittima nella differenziazione temporale delle situazioni, comporta che dal debito di cui deve rispondere la D. devono essere escluse le sanzioni civili relative al mese di febbraio 2012, per la somma di euro 131,48.

Con un primo motivo la D. S.r.l. censura la sentenza impugnata nella parte in cui, pur accertando che il rapporto intercorso fra la D. e la Coop. P.L. Onlus si riferisce allo schema contrattuale della subfornitura di cui alla L. 192/98, non ha considerato che si tratta di contratto che si differenzia nettamente dall'appalto e che quindi non può accostarsi in via analogica (ma neppure estensiva) al "tipo" esplicitamente previsto dall'art. 29 D.Lgs. 276/03; d'altra parte alle stesse conclusioni sono pervenuti il Ministero del Lavoro (Circ. n. 17 del 11.7.2012) e l'Agenzia delle Entrate (Circ. 2/E del 1.3.2013).

Il motivo è infondato.

Come è stato rilevato dal primo giudice, la pretesa dell'INPS trae origine dal rapporto intercorso tra la D. (odierna appellante) e la P.L. Coop. Soc. Onlus disciplinato dal contratto stipulato in data 2.1.2004 (doc. 5 D.). Con tale pattuizione la D. affidò alla Cooperativa, su materiali forniti dal committente, le lavorazioni (meglio specificate in una scheda allegata al contratto) di assemblaggio biciclette, nella fase di premontaggio, montaggio e imballaggio in scatola.

Il contratto, titolato "contratto di subfornitura di lavorazioni nel settore industriale", rinviava alla disciplina prevista dalla L. 192/98 e prevedeva, tra l'altro, che "Il Fornitore dovrà, nell'esecuzione delle lavorazioni attenersi rigorosamente alle istruzioni del Committente ed alle specifiche tecniche di lavorazioni (in alternativa o in aggiunta: alle conoscenze tecniche e tecnologiche/ al progetto/ai modelli/ai disegni/ai prototipi/alle informazioni/alle istruzioni/ alle norme tecniche). Il Committente si riserva il diritto di modificare le specifiche tecniche di lavorazione a condizione che ciò non comporti costi aggiuntivi per il Fornitore".

E' pacifico ed è stato evidenziato dal primo giudice, che il rapporto si svolse in conformità con la disciplina e le clausole previste dal citato testo contrattuale; inoltre le prestazioni sono state rese dalla cooperativa continuativamente per anni, in linea con la clausola che, indicando il limite di durata al 31.12.2004, prevedeva il rinnovo automatico, salvo disdetta con preavviso di 30 giorni.

Ciò premesso, la società appellante ritiene di sottrarsi alla pretesa dell'INPS riferita al disposto dell'art. 29 D.Lgs. 276/03 e diretta ad ottenere dal committente i contributi previdenziali dovuti dalla cooperativa appaltatrice e dalla stessa non versati, rilevando che l'art. 29 assegna all'Ente previdenziale l'azione contro il committente solo nel caso di appalto, mentre nella vicenda in esame si sarebbe in presenza del diverso schema negoziale della subfornitura.

La corte ritiene di condividere la soluzione adottata dal primo giudice che, nella configurazione dell'obbligo previsto dall'art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/03, considera gli elementi concreti del rapporto intercorso tra "committente" e "assuntore delle opere e dei servizi", indipendentemente dal *nomen iuris* adottato. La citata disposizione, nella formulazione vigente all'epoca della pretesa dell'Istituto, prevedeva che "*in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché*

con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”.

Occorre prima di tutto annotare che la disposizione, nella sua formulazione letterale, non fa diretto riferimento alla fattispecie negoziale di cui agli artt. 1655 c.c., ma in qualche misura reinterpretata tale schema negoziale, collegando l'applicabilità della garanzia di solidarietà al “caso di appalto di opere o di servizi”.

L'utilizzo della forma plurale (“opere o servizi”) pare sottendere ad una volontà legislativa diretta a ricomprendere nella disciplina dell'art. 29 qualsiasi affidamento di opere e di servizi, purché si risolvano in plurime prestazioni continuative e protratte nel tempo.

Con riferimento a tali principi interpretativi si è formata la giurisprudenza di questa corte che, in ordine al tema dei limiti di applicabilità dell'art. 29, ha ravvisato gli elementi dell'appalto di servizi di trasporto (e non il contratto di trasporto) e quindi l'obbligo del committente quando la pattuizione preveda “l'esecuzione di una serie di trasporti aventi carattere di prestazioni continuative in vista del raggiungimento di un risultato complessivo rispondente alle esigenze del committente” (sent. 27/16, R.G. 1074/14 con riferimento a Cass. 14.7.2015 n. 14670).

Quanto alla fattispecie negoziale a cui si riferisce la stipula intercorsa tra la D. e la coop. P.L., è ricondotta alla definizione dell'art. 1 L. 18.6.1998 n. 192 secondo cui “*Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*”.

E' innanzitutto certo che tale schema negoziale comprenda gli elementi essenziali della fattispecie dell'appalto, e cioè l'assunzione, da parte del subfornitore, del compimento di opere con gestione a proprio rischio.

Per altro verso, con riferimento ai principi già espressi da questa corte nel precedente sopra delineato, è pacifico che in concreto il rapporto si sia svolto, nel corso degli anni, con l'esecuzione, da parte della cooperativa P.L., di una serie di lavorazioni “aventi carattere di prestazioni continuative in vista del raggiungimento di un risultato complessivo rispondente alle esigenze del committente”.

La società appellante insiste nella differenziazione tra appalto e subfornitura, osservando che la seconda si distingue per la dipendenza tecnologica, che comporta, come si rileva nella clausola contrattuale sopra riportata, una forte riduzione dell'autonomia imprenditoriale del subfornitore e lo pone in una situazione di dipendenza economica rispetto al committente.

Tale distinzione, a parere del collegio, non esclude, ed anzi rafforza la tesi che riconosce nella fattispecie in esame l'applicabilità della tutela solidale dell'art. 29. Infatti per un verso l'elemento caratterizzante della c.d. “dipendenza tecnologica” è collegato con l'intendimento del legislatore di tutelare, con la L. 192/98, l'imprenditore “contraente debole”, ma non esclude affatto, nella subfornitura, i tratti essenziali dell'appalto.

Per altro verso, se è la “dipendenza tecnologica” a connotare la subfornitura rispetto all'appalto propriamente detto, non si vede proprio perché si dovrebbe operare una distinzione ai fini dell'applicabilità dell'art. 29.

E' infatti evidente che la *ratio* di rafforzamento di tutela dei lavoratori vale a maggior ragione in una situazione in cui la ridotta autonomia imprenditoriale del subfornitore può determinare un'incidenza negativa sulla sua posizione economica e, di riflesso, sul mantenimento

della capacità di far fronte agli oneri retributivi e contributivi nei confronti dei propri dipendenti.

Con un secondo subordinato motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui non ha considerato che la D. ha sempre provveduto a richiedere alla Cooperativa la certificazione di regolarità contributiva e previdenziale e tanto sarebbe sufficiente per escludere la responsabilità solidale ritenuta dal tribunale.

Il motivo è inammissibile in quanto introdotto per la prima volta in sede di impugnativa.

E' comunque infondato in quanto la responsabilità solidale stabilita dall'art. 29, 2° comma D.Lgs. 276/03, prescinde dall'elemento soggettivo ravvisabile nella condotta del committente, essendo irrilevante indagare sul grado di diligenza utilizzato nel controllare gli adempimenti dell'appaltatore nei confronti dei propri dipendenti.

Con un terzo motivo, parimenti subordinato, la D. censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che l'INPS abbia fornito la prova dei nominativi dei lavoratori impiegati nei lavori commissionati alla P.L.; l'appellante rileva che le modalità utilizzate in sede ispettiva e valorizzate dal primo giudice appaiono inadeguate ed insufficienti, osservando che non è verosimile che una cooperativa delle dimensioni di P.L. abbia avuto nel corso di cinque anni due soli committenti. Il motivo è infondato.

L'ispettore R. P.A., sentito come teste, confermando la documentazione prodotta dall'INPS, ha riferito che l'addebito nei confronti del debitore principale (coop. P.L.) riguardava il mancato rispetto delle retribuzioni previste dal CCNL di categoria, il disconoscimento dello status di lavoratori svantaggiati per una serie di lavoratori e la mancata contribuzioni per voci di busta paga denominate "trasferite, rimborsi chilometrici e buono pasto" (cfr. verbale ispettivo 29.3.2012 doc. 9 INPS).

Quanto alle prestazioni rese dalla P.L. nei confronti della società appellante, l'ispettore ha riferito che "abbiamo fatto due accessi nelle unità lavorative che avevano all'epoca e nei quali lavoravano per la D. S.r.l. In una unità operativa i lavoratori della cooperativa lavoravano soltanto per la D. S.r.l. Avevano poi un'altra unità operativa, in un altro comune, dove lavoravano per un'altra azienda (T. S.a.s.)".

Nel successivo verbale ispettivo del 19.6.2012, relativo all'ispezione condotta nei confronti della stessa D. S.r.l., si richiama l'accesso ispettivo nei confronti della P.L. (allegando uno stralcio del relativo verbale ispettivo) e, quanto all'identificazione dei lavoratori impiegati a favore della committente D., si precisa che "sono stati individuati e si è applicato, pertanto, il metodo analitico. E' stato possibile calcolare l'esatto importo contributivo riferito ai singoli lavoratori (vedansi le tabelle allegate A, B, C, D ed F che costituiscono parte integrante del presente verbale)".

Sulla base di tali premesse, ed in particolare delle tabelle allegate al verbale ispettivo (ove vengono elencati i nominativi dei singoli lavoratori dipendenti della P.L. ed operanti a favore della committente D.), la società odierna appellante aveva la possibilità e quindi l'onere di prospettare, fin dal ricorso introduttivo, analitiche controdeduzioni in ordine a tali indicazioni. Ciò non è avvenuto, dal momento che la D., trascurando tali analitiche indicazioni, nel ricorso introduttivo si è limitata a dichiarare di non conoscere "quali soggetti e per quali e quante giornate la società cooperativa P.L. Onlus ha occupato nell'attività di cui trattasi".

Con un quarto motivo, parimenti subordinato, la D. censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso dal debito a suo carico le sanzioni civili solo per il periodo successivo al febbraio 2012; rileva che la normativa di cui al D.L. 5/12 non ha apportato alcuna modifica di carattere sostanziale, trattandosi unicamente di una precisazione di quanto già contenuto nella precedente normativa che doveva intendersi come escludente la responsabilità del committente relativa alle sanzioni civili.

Anche tale motivo è infondato.

Questa corte ha già esaminato la questione di cui si discute ritenendo che, fino al 10.2.2012, data di entrata in vigore del D.L. 57/12 che le ha escluse, l'obbligazione del committente comprende anche le sanzioni civili (cfr. di questa corte sent. 263/14, R.G. 680/13).

Il collegio ritiene di condividere l'orientamento già espresso le cui argomentazioni vengono riportate di seguito: *[In base ai principi generali (v. art. 1292 c.c.) la sussistenza di una obbligazione solidale comporta che più debitori sono obbligati tutti "per la medesima prestazione": ne deriva che l'obbligazione solidale posta a carico del committente dall'art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/2003 - nel suo testo originario, pacificamente applicabile, ratione temporis, alla fattispecie in esame - aveva ad oggetto "la medesima prestazione" della obbligazione principale gravante sull'appaltatore.*

Posto che l'obbligazione principale gravante sull'appaltatore A. comprendeva sia i contributi previdenziali sia - data la morosità - le sanzioni civili, l'obbligazione solidale a carico della N.S. non può che comprendere de plano tanto i contributi quanto le sanzioni civili, senza necessità che l'art. 29, 2° comma, prevedesse espressamente l'estensione della responsabilità anche alle sanzioni civili, senza necessità di alcuna interpretazione estensiva della norma, ed indipendentemente dal fatto che il mancato pagamento dei contributi non fosse direttamente imputabile alla società committente.

È solo a decorrere dal 10.2.2012, data di entrata in vigore del D.L. 5/2012, che la responsabilità solidale del committente ex art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/2003 è stata espressamente limitata - con norma evidentemente innovativa e, questa sì, eccezionale, in quanto derogatoria rispetto ai principi generali sulle obbligazioni solidali - ai soli "contributi previdenziali dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento".

Si osserva infine che in ordine al tema in discussione, la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla prospettata censura in riferimento all'art. 3 Cost., ha dichiarato la questione non fondata, ritenendo quanto segue: "Premesso che non contrasta, di per sé con il principio di eguaglianza, un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, la circostanza che la nuova disciplina in tema di responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore, dettata dall'art. 21 D.L. n. 5 del 2012, si applichi agli inadempimenti contributivi avvenuti dopo la sua entrata in vigore, essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo, non può ritenersi di per sé lesiva del parametro costituzionale evocato" (Sent. n. 254 del 13.11.2014).

Per le considerazioni esposte l'appello va respinto. La novità delle questioni trattata con riferimento ai limiti di applicabilità dell'art. 29 D.Lgs. 276/03 giustifica la compensazione delle spese del grado.

(Omissis)

Contributi - Lavoratori trasferiti in paesi extra-comunitari, non legati da accordi di sicurezza sociale con l'Italia - Determinazione della retribuzione convenzionale ai fini fiscali e contributivi - Raffronto con lo scaglione di retribuzione nazionale corrispondente - Corretta inclusione di tutte le voci retributive mensilmente riconosciute dal CCNL applicato nonché individualmente accordate - Esclusione dell'indennità estero.

Contributi - Lavoratori trasferiti in paesi extra-comunitari, non legati da accordi di sicurezza sociale con l'Italia - Determinazione della retribuzione convenzionale ai fini fiscali e contributivi - Indennità di trasferta - Inclusione nella retribuzione imponibile.

Corte di Appello di Torino - 21.3.2016 n. 95 - Pres. Rel. Mariani - INPS (Avv.ti Borla, Pasut) - C.S.T.I. S.r.l. e CV Service S.r.l. (Avv.ti Giuggioli, Carapelle).

Nel caso di lavoratori distaccati in paesi extra-comunitari, non legati da accordi di sicurezza sociale con l'Italia, al fine di individuare la retribuzione convenzionale, utile ai fini fiscali e contributivi, nel calcolo della retribuzione nazionale vanno correttamente incluse tutte le voci retributive mensilmente riconosciute agli stessi sulla base della previsione del CCNL applicato nonché individualmente accordate ai lavoratori, con esclusione dell'indennità estero.

Nel calcolo della retribuzione imponibile va inclusa l'indennità di trasferta, in quanto corrisposta in assenza dei presupposti per la sua erogazione e ritenuta duplicazione dell'indennità estero, di cui è già stata prevista l'esclusione.

FATTO - Con separati ricorsi al Tribunale di Novara depositati in data 16.6.2011, successivamente riuniti, C. Servizi Tecnici Impianti - CSTI S.r.l. e CV Service S.r.l. convenivano in giudizio l'INPS impugnando i verbali di accertamento n. 8900000164444 e n. 8900000163222 in data 8.3.2011 con cui l'Istituto aveva rideterminato, per gli anni dal 2006 al 2010, gli imponibili contributivi dichiarati dalle società con riferimento ai dipendenti impiegati all'estero in paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale. Deducevano le ricorrenti la correttezza dei versamenti contributivi effettuati individuando, al fine della determinazione della retribuzione convenzionale, la base reddituale imponibile tenendo conto della sola retribuzione nazionale prevista dal CCNL Industria Metalmeccanica di riferimento.

Costituitosi in giudizio, l'INPS resisteva alle domande rilevando che, ai sensi dell'art. 4 D.L. 317/1987, lo specifico punto relativo alla cosiddetta "retribuzione convenzionale" non poneva affatto un riferimento netto e assoluto alla previsione dei contratti collettivi nazionali interni, ma un riferimento fondato su una soglia resistente inferiore allo scopo di non penalizzare i lavoratori che prestavano servizio all'estero in paesi privi di convenzioni con l'Italia. I recuperi contributivi derivavano dalla verifica degli imponibili convenzionali denunciati dalle ditte ed al ricalcolo tenendo conto di tutte le voci retributive riconosciute ai lavoratori (compensi variabili erogati per forfait straordinari, premi e trasferte) atteso che le retribuzioni convenzionali denunciate dalle società risultavano inferiori a quelle corrispondenti alle fasce retributive entro le quali si collocavano le retribuzioni complessive registrate, a favore dei dipendenti, sui libri di legge. In particolare era stata ritenuta l'imponibilità degli emolumenti corrisposti sotto la voce "trasferta", poiché incompatibili con la contemporanea erogazione della "indennità estero".

Con sentenza n. 51/2015 (1) in data 24.3.2015 il Tribunale adito accoglieva i ricorsi, compensando tra le parti le spese di giudizio. Avverso detta sentenza, con ricorso depositato in data

24.4.2015, interponeva appello l'INPS chiedendone la riforma. Le società CSTI S.r.l. e CV Service S.r.l., costituendosi, resistevano all'appello e, in via di appello incidentale, chiedevano la riforma della sentenza nella parte in cui aveva disposto l'integrale compensazione delle spese di lite, con la condanna dell'INPS a rimborsare le spese del primo grado di giudizio.

All'udienza in data 18 febbraio 2016 la causa veniva discussa oralmente e decisa come da dispositivo.

DIRITTO - Il Giudice di primo grado, richiamato il quadro normativo di riferimento, art. 4 D.L. 317/1987 convertito nella L. 398/1987 e art. 12 L. 153/1966 come riprodotto dall'art. 6 D.Lgs. 314/1997, è pervenuto all'accoglimento delle domande proposte dalle società CSTI S.r.l. e CV Service S.r.l. sulla base delle seguenti argomentazioni:

- non vi è dubbio che, in caso di attività lavorativa prestata all'estero e, in particolare, in paesi extracomunitari coi quali non sono in vigore accordi di sicurezza sociale, la determinazione del reddito da lavoro dipendente, ai fini contributivi, venga fatta avuto riguardo a retribuzioni convenzionali, periodicamente determinate dal Ministro del Lavoro di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, mentre, ai fini dell'individuazione della retribuzione convenzionale da utilizzare quale parametro di riferimento, il reddito prodotto all'estero debba essere determinato avuto riguardo alle disposizioni di cui all'art. 48 TUIR (oggi art. 51):
- in particolare, secondo la prospettazione di parte ricorrente, in ragione della deroga introdotta dall'art. 36 della legge 342/00 che ha aggiunto all'art. 48 TUIR (oggi art. 51) il comma 8 bis, la determinazione del reddito da lavoro dipendente all'estero non può comprendere tutte le somme e i valori percepiti nel periodo di imposta, come imporrebbe l'art. 51 comma 1 TUIR, ma deve tener conto della sola retribuzione nazionale prevista dal CCNL di riferimento, dal momento che la deroga citata deve trovare applicazione, in ragione del principio di armonizzazione delle basi imponibili fiscali e contributiva, non solo in materia fiscale ma anche in materia previdenziale; il ricorso è fondato dovendosi ritenere che il D.Lgs. 314/97 recante "armonizzazione realizzazione semplificazione delle disposizioni fiscali e previdenziali concernenti i redditi di lavoro dipendente e dei relativi adempimenti da parte dei datori di lavoro" abbia effettivamente inteso dettare una nozione unitaria di retribuzione imponibile, tanto ai fini fiscali quanto previdenziali stante il richiamo contenuto nell'art. 6 del D.Lgs. 314/1997 (che riscrive l'art. 12 L. 153/63) all'art. 48 TUIR per il calcolo dei contributi di assistenza e previdenza;
- pertanto deve farsi applicazione, nel caso di specie, dell'art. 48 comma 8 bis TUIR che disciplina le indennità percepite dai lavoratori per i servizi prestati all'estero per oltre 183 giorni all'anno, e menziona espressamente le retribuzioni convenzionali annualmente stabilite con decreto del Ministro del lavoro.

Contro la sentenza ha proposto appello l'INPS in particolare deducendo che:

- il primo giudice aveva limitato il proprio percorso alla fase dell'assimilazione tra normativa fiscale e contributiva ai fini della determinazione della base reddituale imponibile, senza affrontare la disciplina applicabile al personale in trasferta all'estero in paesi non convenzionati con l'Italia, come, invece, operato nei verbali di accertamento impugnati;
- CSTI e CV Service svolgevano attività consistente nella cessione, alle aziende produttrici di energia elettrica ovvero di impianti per la produzione di energia elettrica, del know-how e dei servizi necessari per l'avviamento degli impianti citati; tale servizio richiedeva, per collaudo e messa a punto degli impianti, un tempo medio di sei mesi e conoscenze e professionalità specifiche e le società appellate avevano assicurato all'INPS il personale

- che operava in Paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale (in particolare in Sierra Leone per CSTI e in C. per CV Service);
- per il personale che opera in Paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale i contributi devono essere calcolati su retribuzioni convenzionali; la fascia di retribuzione imponibile è individuata sulla base del raffronto con lo scaglione di retribuzione nazionale corrispondente, intendendosi per “retribuzione nazionale” il trattamento mensile determinato dividendo per dodici il trattamento del contratto collettivo previsto per il lavoratore, comprensivo degli emolumenti riconosciuti per accordo tra le parti, con esclusione dell’“indennità estero”;
 - gli ispettori avevano verificato che le retribuzioni convenzionali denunciate all'INPS risultavano inferiori a quelle corrispondenti alle fasce retributive entro le quali si collocavano le retribuzioni complessive registrate a favore dei dipendenti, sui libri di legge, retribuzioni costituite dalla somma di tutti gli emolumenti accordati al lavoratore;
 - in particolare punto nodale della controversia doveva ritenersi l'incompatibilità tra indennità estero e trasferta, due previsioni agevolative di cui i lavoratori non potevano fruire contemporaneamente; le ditte appellate avevano invece registrato, per i lavoratori assicurati, importi sotto entrambe le voci, e al fine di evitare un indebito vantaggio gli ispettori avevano incluso nella retribuzione imponibile gli importi registrati come trasferta, poiché incompatibili con la contemporanea erogazione della “indennità estero”; - gli ispettori avevano in ogni caso riscontrato l'insussistenza di effettive trasferte all'estero e la mancanza di documentazione a sostegno.

L'appello è fondato e merita accoglimento.

Non è in contestazione l'assimilazione tra normativa fiscale e contributiva, ex art. 4 D.L. 317/1987 convertito nella L. 398/1987 e art. 12 L. 153/1966 come riprodotto dall'art. 6 D.Lgs. 314/1997, e che la determinazione della base reddituale imponibile debba avere luogo con riferimento alle retribuzioni convenzionali, annualmente definite con decreto dal Ministero del Lavoro con riferimento ai CCNL del settore di appartenenza. Principi che sono stati affermati anche da questa Corte nella sentenza n. 393 del 28.6.2010 richiamata dal primo giudice e dalle parti appellate.

La fascia di retribuzione convenzionale, in relazione alla quale versare i contributi all'Ente previdenziale in favore dei lavoratori distaccati per un periodo superiore a 183 giorni nell'arco di dodici mesi in paesi extracomunitari non legati all'Italia da accordi di sicurezza sociale, è individuata sulla base del raffronto con lo scaglione di retribuzione nazionale corrispondente.

Nella fattispecie, trattandosi di società operanti nel settore metalmeccanico, la fascia di retribuzione imponibile deve essere individuata con riferimento alla tabella n. 2 che riguarda “operai ed impiegati del settore industria” e prevede cinque fasce di retribuzione in relazione alle qualifiche dei dipendenti, ad ognuna delle quali corrisponde una determinata retribuzione convenzionale per il versamento dei contributi dovuti.

Gli ispettori, al fine della individuazione delle retribuzioni convenzionali, hanno correttamente incluso nel calcolo della retribuzione nazionale tutte le voci retributive mensilmente riconosciute ai dipendenti, sulla base della previsione del CCNL applicato nonché individualmente accordate al lavoratore, con esclusione dell'indennità estero.

In particolare, quale voce maggiormente significativa, è stata inclusa nel calcolo della retribuzione imponibile l'indennità di trasferta, in quanto corrisposta in assenza dei presupposti per la sua erogazione e ritenuta duplicazione della indennità estero, di cui è stata prevista l'esclusione e che assolve alla specifica funzione compensativa della maggiore gravosità e del disagio ambientale dei lavoratori tenuti a rendere la propria prestazione all'estero.

L'indennità di trasferta, peraltro corrisposta con carattere fisso per tutti i giorni di invio

all'estero ed in importi significativi, è priva di giustificazione in quanto erogata a favore di dipendenti trasferiti di fatto presso le sedi operative estere. Nel verbale ispettivo (doc. 1 appellate) si evidenzia che le società avevano infatti richiesto l'apertura di specifica posizione assicurativa all'INPS, essendo state autorizzate dal Ministero del Lavoro "ad assumere e trasferire" lavoratori da impiegare in attività da svolgere rispettivamente presso la centrale idroelettrica di B. in Sierra Leone per CSTI e a bordo di una piattaforma offshore di proprietà della società in A. P. - Congo per CV Service, ed avevano osservato le disposizioni legislative concernenti il lavoro all'estero in paesi non convenzionati con l'Italia.

Trattavasi di un trasferimento di fatto della sede operativa dei dipendenti, per il periodo di impiego all'estero connesso alla realizzazione delle opere commissionate alle società, e non una situazione di temporaneità di spostamento del lavoratore determinato da fatti occasionali e contingenti.

L'indennità di trasferta risulta, infine, priva di documentazione alcuna attestante le trasferte di volta in volta effettuate, non rinvenuta nel corso dell'ispezione (quali ad esempio fogli di missione, separata annotazione in libri di stralcio ore di cantiere, report di cantiere, ordini di servizio collettivi o individuali, report collettivi o individuali inerenti luogo e tempo di lavoro in trasferta, pezze giustificative), risultando come dato certo unicamente la circostanza dell'invio dei lavoratori suddetti presso gli impianti delle ditte committenti all'estero.

Le somme erogate a tale titolo devono ritenersi come corrisposte senza riferimento alcuno a spostamenti del personale dal luogo di lavoro, il cantiere estero, ed assumono natura retributiva, con la conseguente loro inclusione nell'imponibile contributivo, ossia nella nozione di retribuzione nazionale, utili ai fini della determinazione delle fasce di retribuzione convenzionale. Proprio in considerazione della specificazione prevista nei decreti ministeriali con riferimento ai diversi settori di appartenenza, non può assumere rilievo la circostanza, evidenziata dalle parti appellate, che la retribuzione convenzionale sia determinata con diverse modalità per altri settori presi in considerazione dalle tabelle stesse, quale il settore industriale edile o altri settori di cui alla Tabella n. 1, in cui rilevano a tal fine unicamente il settore imprenditoriale e la categoria/qualifica dei prestatori d'opera, avuto riguardo alle retribuzioni previste dai diversi CCNL.

Sulla base delle motivazioni esposte, in accoglimento dell'appello principale, devono essere respinte le domande proposte con i ricorsi introduttivi. Risultano assorbiti gli appelli incidentali inerenti la compensazione delle spese di lite disposta nella sentenza impugnata.

Le spese di entrambi i gradi, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2015, p. 119

Contributi - Agevolazioni contributive per assunzione di lavoratori in mobilità - Continuità dell'attività aziendale integrante trasferimento d'azienda, piuttosto che nuova assunzione - Beneficio contributivo - Non spetta.

Processo civile - Valore probatorio delle dichiarazioni dei lavoratori raccolte in sede ispettiva - Prevalenza sulle successive deposizioni testimoniali non conformi.

Corte di Appello di Torino - 27.04.2016 n. 98 - Pres. Mariani - Rel. Grillo Pasquarelli INPS (Avv.ti Borla, Parisi) - G. di C.E. (Avv.ti Celi, Gennaro).

La continuità dell'attività aziendale, sia pure sotto diversa denominazione, negli stessi locali, negli stessi cantieri e con lo stesso personale, costituisce trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. incompatibile con la fruizione di benefici contributivi spettanti per l'assunzione dalle liste di mobilità.

Le dichiarazioni dei lavoratori rese in sede ispettiva sono da considerarsi prevalenti sulle successive deposizioni testimoniali che suonano come parziali ritrattazioni delle prime e risultano inattendibili.

FATTO - La G. di C. E. ha chiamato in giudizio l'INPS davanti al Tribunale di Alessandria esponendo di avere assunto, nel dicembre 2011, 9 lavoratori, già dipendenti della G. S.r.l. e da questa licenziati, fruendo dei benefici contributivi previsti dall'art. 8 L. 223/1991 per l'assunzione dalle liste di mobilità; che con verbale di accertamento del 24.5.2012 l'INPS aveva revocato i benefici contributivi concessi e chiesto il pagamento di euro 10.514,00 a titolo di contributi omessi; ha chiesto l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo contributivo.

Costituendosi, l'INPS ha contestato il fondamento della domanda, chiedendone il rigetto.

Istruita la causa, con sentenza dell'11.2.2015 il Tribunale ha accolto il ricorso.

Propone appello l'INPS. La ditta G. resiste al gravame.

All'udienza del 18.2.2016 la causa è stata discussa oralmente e decisa come da dispositivo.

DIRITTO - Il Tribunale ha accolto il ricorso rilevando che tra la G. S.r.l. e la G. non esisteva lo stesso assetto proprietario in quanto il mero rapporto di parentela tra i due titolari delle imprese (rispettivamente, zio e nipote) non integra la situazione contemplata dalla legge per escludere i benefici contributivi; con riguardo alla continuità occupazionale, ha rilevato che nessun rapporto di collaborazione e gestione unitaria era intervenuto tra le due imprese, che avevano sedi diverse ed hanno avuto sorti diverse, in quanto la G. S.r.l. è stata dichiarata fallita con sentenza n. 74/2014, mentre la G. ha dimostrato di aver acquistato parte delle attrezzature da soggetti terzi, ha utilizzato automezzi e attrezzature diversi da quelli utilizzati dalla G., ha instaurato rapporti commerciali con soggetti che in precedenza non avevano instaurato analoghi rapporti con la G.; ha osservato, infine, che la G. è attiva anche nel settore (estraneo all'attività della G.) del confezionamento, riparazione e commercio all'ingrosso di indumenti di lavoro, ed ha pertanto ritenuto che non fosse stata dimostrata la sussistenza di un trasferimento di azienda tra la G. S.r.l. e la G..

Con il primo motivo di appello l'INPS censura la sentenza impugnata per errata valutazione delle prove documentali e testimoniali, che dimostrerebbero la prosecuzione della stessa attività aziendale, anche se sotto diversa denominazione, con le stesse modalità e negli stessi luoghi, senza alcun aumento dell'occupazione.

Il motivo è fondato.

In diritto, la giurisprudenza della S.C., richiamata dallo stesso Giudice di primo grado, è ampiamente consolidata nell'affermare che *"il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8 L. 223/1991 in favore delle imprese che assumono personale già licenziato a seguito della procedura di mobilità ex artt. 4 e 24 della stessa legge, presuppone che venga accertato che la*

situazione di esubero del personale posto in mobilità sia effettivamente sussistente e che l'assunzione di detto personale da parte di una nuova impresa risponda a reali esigenze economiche e non concretizzi invece condotte elusive degli scopi legislativi finalizzate al solo godimento degli incentivi, mediante fittizie e preordinate interruzioni dei rapporti lavorativi. Ne consegue che ove l'azienda - intesa come complesso organizzato non solo di mezzi ma anche di lavoratori stabilmente addetti ad essa - abbia continuato o riprenda ad operare (non importando né se titolare sia lo stesso imprenditore o altro subentrante né lo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione totale o parziale dell'azienda) la prosecuzione o la riattivazione del rapporto di lavoro presso il nuovo datore di lavoro costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro ma l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 2112 c.c., come modificato dall'art. 47 L. n. 428/1990 e dal D.Lgs. n. 18/2001) il cui adempimento non giustifica l'attribuzione dei benefici contributivi in argomento non traducendosi in un reale incremento occupazionale” (Cass. 12.12.2001 n. 15652; nello stesso senso, Cass. 4.3.2000 n. 2443 (1), Cass. 2.4.2001 n. 4825, Cass. 27.6.2001 n. 8800 (2), Cass. 17.12.2001 n. 15949 (3), Cass. 1.7.2002 n. 95327, Cass. 28.10.2002 n. 15207, Cass. 3.11.2003 n. 16444 (4), Cass. 22.1.2004 n. 1112 (5), Cass. 7.5.2004 n. 8742, Cass. 10.8.2004 n. 15445, Cass. 20.4.2006 n. 9224, Cass. 8.3.2007 n. 5304, Cass. 4.7.2007 n. 15041, Cass. 8.4.2008 n. 9143, Cass. 28.1.2009 n. 2164, Cass. 10.11.2010 n. 22864).

In fatto, è provato che la G. S.r.l., con socio unico C. S. e sede in Novi Ligure, via Trattati di Roma n. 2/A, aveva per attività prevalente *“lavori di manutenzione stradale, installazione di segnaletica stradale, guard-rail, dossi stradali, cartellonistica stradale, lavori di muratura in genere, commercio ingrosso di barriere, segnaletica e cartellonistica stradale”* ed ha cessato l'attività con dipendenti il 30.11.2011 (doc. 3 G. e verbale ispettivo); che la G. di C. E., con sede in Novi Ligure, via Trattati di Roma n. 2, ha iniziato l'attività di impresa il 6.4.2011 ma ha assunto dipendenti solo nei primi giorni di dicembre 2011, ed ha come attività prevalente *“lavori di manutenzione stradale, installazione di segnaletica stradale, guard-rail, dossi stradali, cartellonistica stradale, lavori di edilizia in genere, installazione e manutenzione pannelli fonoassorbenti, lavori di pulizia strade, fossi ed argini, manutenzione aree verdi, lavori di sfalcio erba”* (doc. 1 G. e verbale ispettivo), cioè un'attività in gran parte sovrapponibile a quella della G. S.r.l.; che la sede di Novi Ligure, via Trattati di Roma n. 2 (o n. 2/A) - capannone di proprietà della N. D. S.r.l. il cui legale rappresentante è, ancora, il sig. C. S., che l'ha affittato prima alla G e poi alla G. - è stata utilizzata, prima dalla G. S.r.l. e poi dalla G., come ufficio, luogo di ricovero dei macchinari e dei mezzi e luogo di ritrovo dei dipendenti prima della partenza per i cantieri di lavoro (v. verbale ispettivo); che tra il 2 ed il 9.12.2011 la G. ha assunto 9 lavoratori, messi in mobilità dalla G. S.r.l. il 30.11.2011, con lo stesso inquadramento del CCNL Imprese Edili e con le stesse mansioni che avevano presso la G. S.r.l. (ad eccezione del solo sig. V. H., che ha cambiato mansioni - da autista a manovale - senza variazione di inquadramento). Sulla continuità dell'attività aziendale, senza alcuna sostanziale variazione, nonostante il passaggio da G. S.r.l. a G., sono assolutamente eloquenti le dichiarazioni raccolte in sede ispettiva: *“per entrambe le ditte facevo lo stesso lavoro, l'installazione di cartelli stradali, guard-rail. I cantieri erano fuori Alessandria ma ci trovavamo nel capannone di Novi Ligure... via Trattati di Roma. Lavoravo con V. H., V. L. e V.. Siamo sempre la stessa squadra anche nella nuova ditta. Rispetto alla ditta precedente usiamo lo stesso furgone. Da quando ho ripreso a lavorare, lavoriamo sempre nello stesso cantiere a Como” (M. F.); “il mio lavoro consisteva nell'installare guard-rail e cartelli stradali. Quando lavoravamo per l'altra ditta alla mattina alle 7 ci trovavamo tutti nel capannone a Novi Ligure, via Trattati di Roma. Quando sono tornato a lavorare a dicembre ho ripreso a lavorare nello stesso cantiere a Como dove avevo lavorato fino a novembre. Sono stato assunto dalla nuova ditta per finire i lavori precedenti. Nella nuova ditta faccio lo stesso lavoro di prima e lavoro con lo stesso gruppo di persone. Per iniziare il*

lavoro ci troviamo nello stesso capannone in via Trattato di Roma a Novi Ligure. La ditta dove oggi lavoro si occupa delle stesse cose, ovvero l'installazione di cartelli stradali e guard-rail" (V. L.); "l'ultimo cantiere dove ho lavorato per la G. S.r.l. era a Como. A dicembre ho ricominciato a lavorare a Como, dove lavoro ancora oggi. Il mio lavoro nella ditta è sempre lo stesso. Ci ritroviamo a Novi Ligure, in via Trattati di Roma" (H. L.); "la G. S.r.l. svolgeva lo stesso lavoro ed aveva sede sempre in Novi Ligure, via Trattati di Roma 2/A. i macchinari che la G. utilizza sono stati acquistati dalla G. S.r.l., così come i camion. Anche il capannone industriale utilizzato dalla G. era precedentemente in affitto alla G. S.r.l., e noi siamo subentrati nell'affitto" (C. G., fratello di C. S. e padre di C. E., e suo coadiuvante nella G.). Le successive deposizioni testimoniali rese dai sigg. M. F., V. L., H. L., C. G. - che suonano come parziali ritrattazioni delle dichiarazioni rese dagli stessi soggetti in sede ispettiva, in ordine all'identità di mezzi, macchinari e cantieri delle due imprese - sono, evidentemente, viziate da un preordinato intento favorevole al datore di lavoro e devono considerarsi inattendibili, a differenza delle dichiarazioni rese dai lavoratori in sede di accertamento ispettivo, essendo notorio che i soggetti ascoltati nell'immediatezza dei fatti, senza preavviso e senza possibilità di riflettere sulle conseguenze giuridiche delle proprie risposte, sono normalmente portati a rispondere con onestà e verità alle domande degli Ispettori (v. App. Torino n. 71/2007 (6), n. 1143/2009, e Cass. 22.2.2005 n. 3525, Cass. 26.7.2000 n. 9827). Il fatto che la G. abbia anche clienti e cantieri nuovi e diversi rispetto a quelli della G. S.r.l. (v. testi S., N., M.), peraltro, è del tutto irrilevante, perché le lavorazioni svolte (installazione di cartelli stradali e guard-rail) richiedono, ciascuna, poche ore o pochi giorni di lavoro, e quindi è normale che i diversi cantieri e i diversi clienti si susseguano con rapidità e frequenza. Le risultanze probatorie sopra illustrate, complessivamente considerate, attestano inequivocabilmente che la cessazione dei rapporti di lavoro da parte della G. S.r.l. è stata fittizia, che l'attività aziendale non è di fatto mai cessata, e che, quindi, non si è verificato alcun aumento dell'occupazione ma, di fatto, lo stesso complesso aziendale ha proseguito la stessa attività imprenditoriale, sia pure sotto diversa denominazione, negli stessi locali, negli stessi cantieri e con lo stesso personale, e che pertanto tra la G. S.r.l. e la G. si è verificato un trasferimento d'azienda. È noto che qualsiasi fattispecie che dia luogo ad un trasferimento di azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. è incompatibile con la fruizione dei benefici contributivi ex L. 223/1991, perché la continuazione dei rapporti di lavoro con l'imprenditore cessionario non dipende da una scelta discrezionale di quest'ultimo, ma è determinata dall'art. 2112 c.c., che è norma inderogabile di legge (v. Cass. 3.8.2007 n. 17071); la G., pertanto, non aveva diritto di fruire dei benefici contributivi per l'assunzione dalle liste di mobilità, previsti dall'art. 8 L. 223/1991.

Resta assorbito il secondo motivo d'appello (omessa valutazione dei legami parentali tra i rappresentanti legali delle due imprese). In accoglimento dell'appello, le domande proposte con il ricorso introduttivo devono quindi essere respinte; le spese di entrambi i gradi seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 799

(2) V. in q. Riv., 2002, p. 772

(3) V. in q. Riv., 2002, p. 652

(4) V. in q. Riv., 2003, p. 1611

(5) V. in q. Riv., 2004, p. 321

(6) V. in q. Riv., 2007, p. 725

Pensionari - Pensione di vecchiaia - Invalidi in misura non inferiore all'80% - Requisito anagrafico - Diritto alla pensione anticipata - Meccanismo di accesso alla prestazione tramite le c.d. "finestre pensionabili" - Si applica.

Corte di Appello di Torino - 6.12.2016 n. 709 - Pres. Rel. Mariani - INPS (Avv. Conrotto) - Z.L. (Avv.ti G. e C. Bosso).

Il meccanismo di accesso alla pensione tramite le c.d. "finestre pensionabili", previsto dal legislatore, si applica anche a chi matura anticipatamente i requisiti anagrafici per la pensione di vecchiaia in quanto rientrante nella categoria degli invalidi in misura non inferiore all'80%.

FATTO - Con ricorso al Tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro depositato in data 10 maggio 2015, L.Z. conveniva in giudizio l'INPS chiedendo di accertare e dichiarare il proprio diritto ad ottenere la pensione di vecchiaia anticipata con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello della data di presentazione della domanda amministrativa (ossia dal 1 luglio 2013, essendo la domanda del 24 giugno 2013) e non dal 1 luglio 2014 con la condanna dell'Istituto a versare gli arretrati maturati nel periodo dal 1 luglio 2013 al 30 giugno 2014. L'INPS con provvedimento in data 28.10.2014 aveva infatti liquidato la pensione cat. n. 13080585 cat. VO con decorrenza originaria 1° novembre 2014, ma con successivo provvedimento 23.12.2014 aveva retrodatato la decorrenza al 1° luglio 2014.

Deduciva il ricorrente, in particolare, di aver maturato i requisiti contributivi e di età per poter fruire della pensione di vecchiaia con i benefici previsti dall'art. 1, comma 8, D.Lgs. 30.12.1992, n. 503, in quanto portatore di invalidità non inferiore all'80%; riteneva che le disposizioni di legge relative all'introduzione ed alla disciplina delle cd. "finestre pensionistiche" non potessero trovare applicazione nel caso di specie, atteso che esse richiamavano esplicitamente "I soggetti che maturano il diritto all'accesso al pensionamento di vecchiaia a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne" (art. 12, comma 1, L. n. 122/2010); concludeva pertanto di avere diritto, giusto il disposto dell'art. 6, comma 1, L. n. 155/1981, ad ottenere la corresponsione della pensione di vecchiaia a decorrere dal primo giorno del mese successivo a quello della data di presentazione della relativa domanda amministrativa.

Nel costituirsi in giudizio, l'INPS ribadiva l'applicabilità del metodo delle c.d. "finestre pensionistiche" a tutte le pensioni di vecchiaia e chiedeva, pertanto, il rigetto del ricorso. Dava atto che con TE 08 del 7.5.2015 la prestazione era stata ricostituita con decorrenza 1.10.2014, la notifica dell'indebito derivata dalla ricostituzione era stata effettuata in data 10.8.2015 ed il relativo recupero era in corso mediante trattenute sulla pensione. Il Tribunale con sentenza n. 2211/15 in data 15.12.2015 decideva la causa respingendo il ricorso e compensando le spese. Avverso la sentenza, con ricorso depositato il 24.12.2015, proponeva appello L.Z., chiedendone la riforma nel senso dell'accoglimento della domanda formulata col ricorso introduttivo.

L'INPS, costituitosi in giudizio, chiedeva la reiezione dell'appello.

All'udienza del 24.11.2016 la Corte decideva la causa come da dispositivo in calce.

DIRITTO - Il Tribunale ha deciso la causa richiamando integralmente la sentenza n. 653/2015 di questa Corte resa nella causa Casali/INPS del seguente tenore:

"L'art. 1, comma 1 della del Divo 503/1992 prevede che:

"1. Il diritto alla pensione di vecchiaia a carico dell'assicurazione generale obbligatoria

per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti è subordinato al compimento dell'età indicata, per ciascun periodo, nella tabella A allegata. "(per gli uomini 65 anni dall'1.1.2000).

L'art. 1, comma 8, D.Lgs. citato prevede che:

"8. L'elevazione dei limiti di età di cui al comma 1 non si applica agli invalidi in misura non inferiore all'80 per cento".

Per tali soggetti, dunque, il requisito anagrafico per ottenere la pensione di vecchiaia è rimasto fissato a 60 anni (per gli uomini).

Il testo dell'art. 1, comma 5 legge 247/2007 (introduttiva delle c.d. "finestre pensionistiche") è stato riportato nella sentenza di prime cure (sopra riprodotta).

L'art. 12, comma 1 DL 78/2010 (convertito in legge 122/2010) prevede che:

"1. I soggetti che a decorrere dall'anno 2011 maturano il diritto all'accesso al pensionamento di vecchiaia a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le lavoratrici del settore privato ovvero all'età di cui all'articolo 22-ter, comma 1, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 convertito con modificazioni con legge 3 agosto 2009, n. 102 e successive modificazioni e integrazioni per le lavoratrici del pubblico impiego ovvero alle età previste dagli specifici ordinamenti negli altri casi, conseguono il diritto alla decorrenza del trattamento pensionistico:

a) coloro per i quali sono liquidate le pensioni a carico delle forme di previdenza dei lavoratori dipendenti, trascorsi dodici mesi dalla data di maturazione dei previsti requisiti:..."

Ritiene la Corte che dalla combinata lettura delle disposizioni sopra riportate si evinca l'inequivocabile volontà legislativa (ispirata alla ratio del contenimento della spesa pubblica) di applicare a tutte le pensioni di vecchiaia (quale che sia l'età prevista per la maturazione del diritto alla prestazione e quale che sia il motivo della eventuale previsione di una età diversa da quella di 65 anni per gli uomini lavoratori del settore privato) il meccanismo delle c.d. "finestre" per il concreto accesso alla stessa (cfr. Cass., sentenza n. 8306/2007).

Se il legislatore avesse voluto sottrarre talune pensioni di vecchiaia a tale meccanismo lo avrebbe esplicitato proprio nella norma che lo prevede, ma così non è stato, né nel 2007 né nel 2010.

E' poi del tutto pacifico che la disciplina delle c.d. "finestre" attenga alla materia previdenziale e che la pensione "anticipata" ex art. 1, comma 8, D.Lgs. 503/1992 non sia un pensionamento diretto di invalidità bensì configuri "una anticipazione dei normali tempi di perfezionamento del diritto alla pensione attuata attraverso un'integrazione ex lege del rapporto assicurativo e contributivo, che consente, in presenza di una situazione di invalidità, una deroga ai limiti di età per il normale pensionamento. Lo stato di invalidità costituisce, dunque, solo la condizione in presenza della quale è possibile acquisire il diritto al trattamento di vecchiaia sulla base del requisito di età vigente prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. N. 503/1992 ma non può comportare lo snaturamento della prestazione che rimane un trattamento diretto di vecchiaia (... diretto a coprire / rischi derivanti dalla vecchiaia), ontologicamente diverso dai trattamenti diretti di invalidità (... diretti a coprire i rischi derivanti, appunto, dall'invalidità) previsti dalla legge 222/1984" (cfr. Cass., sentenza n. 11750/2015).

Così stando le cose, manifestamente infondati sono i dubbi di costituzionalità dell'art. 12, comma 10 DL 78/2010 sollevati dal C. in relazione agli art. 3 e 38 Costituzione.

La previsione di "finestre" anche per le pensioni di vecchiaia anticipate ex art. 1, comma 8 D.Lgs. 503/1992 e non invece per i trattamenti di cui alla legge 222/1984 trova piena giustificazione nel fatto che trattasi di prestazioni tra loro non omogenee e basate su presupposti tuttora diversi (le seconde, tra l'altro, ricollegandosi unicamente ad un requisito sanitario e non d'età); inoltre, il portatore di invalidità in misura non inferiore all'80% è già adeguatamente tutelato dal fatto

di maturare il diritto alla pensione di vecchiaia con un requisito d'età decisamente più favorevole rispetto agli altri cittadini (a 60 anziché a 65 anni) e, diversamente da quanto sostenuto dal C. a pag. 7 dell'appello, il soggetto in tali condizioni -se occupato- non è tenuto a lasciare il posto di lavoro (restando privo di retribuzione e, contemporaneamente, di pensione) durante l'anno di attesa dell'apertura della "finestra", dato che in tale periodo può, come qualsiasi altro lavoratore, continuare a lavorare ".

Z.L. con l'atto di appello richiama altra sentenza di questa Corte, sentenza n. 160/15 del 23.2.2015, che aveva concluso a favore del pensionato e insiste per la remissione della questione alla Corte Costituzionale per violazione dell'art. 3 e dell'art. 36 Cost. in quanto i soggetti aventi diritto alla pensione di vecchiaia anticipata con i benefici previsti dall'art. 1 comma 8 D.Lgs. n. 503/1992 sarebbero destinatari di un trattamento peggiore rispetto ai titolari di assegno ordinario di invalidità INPS.

L'appello non è fondato e non merita accoglimento.

Questo Collegio non ritiene di discostarsi dalle argomentazioni tutte svolte nella sentenza n. 653/2015 richiamata dal primo giudice, ivi comprese le motivazioni inerenti la ritenuta manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 12 comma 10 D.L. 78/2010.

La sentenza n. 160/15 di questa Corte, richiamata dall'appellante, non costituisce precedente utilmente richiamabile nella fattispecie in quanto, pur avendo riconosciuto a favore della pensionata invalida civile nella misura dell'80% il trattamento pensionistico di vecchiaia anticipata ex art. 1 comma 8 D.Lgs. n. 503/92 dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda amministrativa, non affrontava la questione, proposta in questo giudizio, della lettura combinata delle disposizioni vigenti in materia di cui all'art. 1, commi 1 e 8, D.Lgs. n. 503/1992, art. 1 comma 5 L. n. 247/2007, art. 12 comma 1 D.L. n. 78/2010 mod. dalla L. n. 122/2010, affermando in tal modo un principio da ritenersi superato con la successiva pronuncia. In quel giudizio veniva respinto l'assunto dell'INPS che, nella vigenza della L. 247/2007, individuava la prima finestra utile per l'accesso al trattamento pensionistico con riferimento alla data di presentazione della domanda amministrativa anziché al trimestre entro il quale l'interessata risultava in possesso dei requisiti previsti per il pensionamento di vecchiaia.

Le spese del presente grado di giudizio devono essere compensate, sussistendo i presupposti di applicabilità dell'art. 152 disp. att. c.p.c..

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Invalidità civile - Domanda di indennità di accompagnamento - Accertamento di requisiti sanitari - Mancata presentazione di domanda volta ad ottenere altra prestazione assistenziale - Diritto all'assegno di invalidità civile - Non spetta.

Processo civile - Presupposti dell'azione - Mancata presentazione della domanda amministrativa di prestazione assistenziale - Irrilevanza della presentazione di domanda volta ad ottenere prestazione diversa, ancorché compatibile con la prima - Improprietà.

Processo civile - Effetti del giudicato - Giudicato di rigetto - Periodo coperto dal giudicato - Diritto alle prestazioni - Non sussiste.

Tribunale di Catania - 02.03.2016 n. 951 - Dr. Castaldo - M.C. (Avv.ti Tomasello, Sinatra) - INPS (Avv. Tomaselli).

La domanda volta ad ottenere il riconoscimento dell'indennità di accompagnamento è distinta da quella diretta ad ottenere altri benefici legati alla parziale o totale inabilità civile, pertanto in assenza di tale domanda non spetta l'assegno di invalidità civile, pur essendo accertati i requisiti sanitari.

La preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce un presupposto dell'azione, mancando il quale la domanda giudiziaria è improponibile, senza che tale difetto possa essere sanato in relazione alla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa, ancorché compatibile con quella poi richiesta in sede giudiziaria.

Il giudicato intervenuto tra le parti preclude che nel periodo in cui la domanda è stata rigettata, senza alcun gravame, possano concedersi prestazioni che, rientrando nel dedotto ovvero nel deducibile, sono travolte dal giudicato di rigetto.

FATTO e DIRITTO - Con il ricorso introduttivo del 13.2.2016 la ricorrente in epigrafe ha convenuto in giudizio l'INPS esponendo che a seguito di sentenza del 28.10.2010 RG 6794/2008 era stato accertato dal CTU il superamento della soglia minima di invalidità civile a decorrere dal gennaio 2010. Era stata quindi proposta domanda amministrativa in data 13.2.2012 e la Commissione medica aveva riconosciuto con verbale del 17.5.2012 la sussistenza del requisito sanitario utile al superamento della soglia minima di invalidità. Lamentava che l'INPS non aveva mai corrisposto gli arretrati dal gennaio 2010 al febbraio 2012 e pertanto chiedeva il riconoscimento e la liquidazione dei ratei maturati in tale periodo per un totale di euro 7.008,37 oltre accessori con

il riconoscimento del diritto all'assegno di invalidità civile a far data dal gennaio 2010.

L'INPS si costituiva ed eccepiva che il ricorso introduttivo del giudizio RG 6794/2008 era volto ad ottenere la indennità di accompagnamento richiesto con la domanda amministrativa del 27.3.2007. La sentenza emessa all'esito di quel giudizio aveva rigettato la domanda in quanto il CTU aveva accertato solo la invalidità parziale. Essendo tale sentenza in giudicato ed avendo successivamente l'assistita proposta domanda amministrativa in data 13.2.2012 per ottenere l'assegno di invalidità civile, tale domanda era stata accolta a far data dal febbraio 2012.

L'INPS pertanto eccepiva la inammissibilità delle domande proposte nell'odierno giudizio per la assenza di preventiva domanda amministrativa e per il giudicato ostativo formatosi tra le parti.

L'Istituto chiedeva il rigetto della domanda con il favore delle spese.

All'udienza del 22 luglio del 2015 la parte ricorrente insisteva sostenendo la tardività della costituzione dell'Istituto e per la utilizzabilità in altro giudizio delle risultanze della CTU espletata precedentemente.

Assegnato termine per note, le stesse non venivano depositate.

Osserva il giudicante che dall'esame della sentenza del Tribunale di Catania esibita ed invocata dal ricorrente emerge che il ricorso introduttivo di quel giudizio era volto ad ottenere la indennità di accompagnamento e che il rigetto fu determinato proprio dal fatto che il CTU aveva accertato solo una parziale invalidità e la insussistenza dei requisiti per l'accompagnamento (vedi sentenza del 28.10.2010 in atti). Il successivo favorevole verbale di Commissione del 16.4.2012 seguiva pertanto una nuova domanda amministrativa volta all'assegno di invalidità civile, presentata in data 13.2.2012, come risulta dal verbale stesso e come esposto nel ricorso introduttivo.

Deve a questo punto richiamarsi la consolidata giurisprudenza di legittimità per la quale la domanda volta alla indennità di accompagnamento è distinta da quella volta al beneficio legato alla parziale o totale inabilità civile.

Invero Cass. Sez. L, Sentenza n. 4555 del 22.04.1995 che ha sancito che:

“Nel rito del lavoro, mentre è consentita, sia pure previa autorizzazione del giudice, la modificazione della domanda (emendatio libelli), non è ammissibile la proposizione di una domanda nuova - per la valutazione della sussistenza della quale occorre fare riferimento sia al “petitum” che alla sua “causa petendi” -, neppure con il consenso della controparte manifestato espressamente con l'esplicita accettazione del contraddittorio od implicitamente con la difesa nel merito; ne consegue che, nel caso in cui, nel ricorso introduttivo del giudizio, sia stato chiesto l'accertamento del diritto alla fruizione della pensione di inabilità ex art. 12 della legge 30 marzo 1971 n. 118, deve ritenersi inammissibile la domanda, successivamente formulata, diretta al riconoscimento dell'indennità di accompagnamento di cui alla legge 11 febbraio 1980 n. 18, attesa l'autonomia dei due benefici sotto il profilo del fatto costitutivo del relativo diritto; la prima prestazione, infatti, presuppone la sussistenza della totale incapacità lavorativa e di determinate condizioni reddituali, mentre la seconda presuppone, oltre alla totale inabilità, l'incapacità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore ovvero la necessità di un'assistenza continua per l'impossibilità di compiere gli atti quotidiani della vita. Conforme Cass. Sez. L, Sentenza n. 24276 del 14.11.2006”.

Si è anche sancito (vedi Cass. Sez. L, Sentenza n. 11295 del 28.08.2000) che le provvidenze a favore dei mutilati e invalidi civili previste, rispettivamente, dall'art. 12 della legge n. 118 del 1971 (pensione di inabilità) e dall'art. 1 della legge n. 18 del 1980 (indennità di accompagnamento) sono soggette a condizioni diverse. Infatti, mentre per l'indennità di accompagnamento è necessario che il beneficiario oltre ad essere mutilato o invalido civile totalmente inabile per le affezioni fisiche o psichiche di cui agli artt. 2 e 12 della legge n. 118 del 1971 sia anche nell'impossibilità di

deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore o che, essendo in grado di compiere da solo gli atti quotidiani della vita, abbia bisogno di assistenza continua, per la pensione di inabilità occorre che il richiedente versi in uno stato di totale incapacità lavorativa e che sia nelle condizioni economiche stabilite dall'art. 26 della legge n. 153 del 1969. Tale requisito reddituale è, invece, assolutamente irrilevante ai fini della concessione dell'indennità di accompagnamento, trattandosi di una prestazione del tutto peculiare in cui l'intervento assistenziale non è indirizzato - come avviene per la pensione di inabilità - al sostentamento dei soggetti minorati nelle loro capacità di lavoro (tanto è vero che l'indennità può essere concessa anche a minori degli anni diciotto e a soggetti che, pur non essendo in grado di deambulare senza l'aiuto di un terzo, svolgano tuttavia un'attività lavorativa al di fuori del proprio domicilio), ma è rivolto principalmente a sostenere il nucleo familiare onde incoraggiarlo a farsi carico dei suddetti soggetti, evitando così il ricovero in istituti di cura e assistenza, con conseguente diminuzione della relativa spesa sociale. (In base ai suddetti principi la S.C. ha affermato l'inammissibilità - in quanto domanda nuova- della richiesta di pensione di inabilità formulata per la prima volta in sede di legittimità da parte di una invalida civile che sia nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado sia nell'atto di appello aveva sempre fatto esclusivo riferimento all'indennità di accompagnamento).

Ne consegue che i due benefici sono legati alla presentazione di distinte domande amministrative senza che la presentazione di una domanda possa valere ai fini dell'instaurarsi del procedimento amministrativo relativo all'altra.

Infatti (Cass, Sez. L, Sentenza n. 5149 del 12.03.2004) in tema di prestazioni previdenziali e assistenziali, la preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce un presupposto dell'azione, mancando il quale la domanda giudiziaria non è improcedibile, con conseguente applicazione degli artt. 8 della legge 11 agosto 1973, n. 533 e 148 disp. att. c.p.c., ma improponibile, determinandosi in tal caso una temporanea carenza di giurisdizione, rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio, senza che tale difetto possa essere sanato in relazione alla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa, ancorché compatibile con quella poi richiesta in sede giudiziaria. Ne consegue che, integrando la previa presentazione della domanda amministrativa, non un elemento costitutivo della domanda proposta in sede giudiziaria (come i requisiti sanitario, reddituale e di incollocazione), ma un requisito di procedibilità (in caso di non esaurimento del procedimento amministrativo) o di proponibilità (in caso di mancanza della domanda amministrativa), la circostanza che l'ente tenuto alla prestazione non abbia tempestivamente dedotto la mancanza della domanda amministrativa non preclude la possibilità di proporre l'eccezione stessa in appello e al giudice di rilevare d'ufficio il temporaneo difetto di giurisdizione.

Resta dunque irrilevante a tale fine la tempestività o meno della costituzione dell'Istituto.

Vedasi ancora Cass Sez. L, Sentenza n. 11756 del 24.06.2004:

“Il comportamento di “non contestazione” tenuto dal convenuto assume rilevanza nel processo solo quando abbia ad oggetto i fatti costitutivi della pretesa attorea, con la conseguenza che, nei procedimenti di previdenza e assistenza, la mancanza della preventiva presentazione della domanda amministrativa è sempre rilevabile d'ufficio, prescindendo dal comportamento processuale tenuto dall'Ente previdenziale convenuto, atteso che la suddetta presentazione è configurabile come condizione di proponibilità della domanda giudiziaria e non quale elemento costitutivo della pretesa azionata in giudizio. Conforme Sez. L, Sentenza n. 26146 del 27.12.2010 e Cass Sez. L, Sentenza n. 2063 del 30.01.2014”.

Se dunque la domanda volta ad ottenere l'assegno di invalidità civile è stata proposta solo nel febbraio 2012 non può rivendicare l'assistenza l'erogazione di ratei per un periodo precedente

alla presentazione della domanda.

Ma coglie nel segno anche l'ulteriore eccezione sollevata dall'INPS in quanto il giudicato intervenuto tra le parti (rilevabile d'ufficio ma invocato dalla stessa parte ricorrente che ne ha esibito la sentenza) preclude che nel periodo in cui la domanda è stata rigettata, senza alcun gravame, possano concedersi prestazioni che rientrando nel dedotto ovvero nel deducibile sono travolte dal giudicato di rigetto.

Alla inammissibilità della presente domanda, peraltro alla stregua di consolidata giurisprudenza, consegue per la soccombenza la regolazione delle spese in quanto la dichiarazione reddituale del 7.1.2015 presentata solo in atti e non anche in calce al ricorso è volta all'esonero dal contributo (con riferimento al triplo dell'importo previsto) ma non rispetta il requisito del limite del duplo previsto dall'art. 152 da c.p.c..

(Omissis)

Contributi - Sgravi contributivi - Erronea comunicazione di accettazione della richiesta di agevolazione da parte dell'INPS - Successiva domanda di regolarizzazione contributiva per sgravi non dovuti - Legittimo esercizio da parte dell'INPS del potere di autotutela - Supposta lesione dell'affidamento del contribuente - Non sussiste.

Tribunale di Forlì - 20.01.2016 n. 12 - Dr. Amato - R.R. (Avv. Beleffi) - INPS (Avv.ti Vestini, Ciarelli).

Nessun valido affidamento può sorgere in ordine ad una situazione non conforme a diritto, non potendosi certo configurare un giustificato affidamento sull'inefficienza della P.A. o sul fatto che essa non sottoponga a revisione i propri atti illegittimi.

FATTO - Con ricorso ritualmente notificato, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, la ditta R.R. evocava in giudizio l'INPS ed esponeva:

che in data 02.10.2011 aveva assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato il sig. S.M. con mansioni di imbianchino; questi era soggetto iscritto nella lista dei dipendenti in stato di perdurante inoccupazione/disoccupazione, la cui assunzione garantisce al datore di lavoro gli sgravi contributivi previsti dalla L. 407/1990, art. 8 comma 9; che, come certificato dal Centro per l'Impiego di Cesena, al momento dell'assunzione, il sig. S. risultava essere in stato di disoccupazione da settantotto mesi, essere iscritto all'elenco anagrafico tenuto presso il Centro per l'Impiego dal 19.07.2000 ed aver presentato dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro in data 28.02.2005;

che, essendo i suddetti requisiti necessari e sufficienti per ottenere gli sgravi contributivi previsti dalla normativa sopra richiamata, il datore di lavoro provvedeva a farne relativa comunicazione all'INPS che, all'esito delle relative verifiche, comunicava l'esito positivo, accertando la possibilità del ricorrente di godere delle predette agevolazioni;

che, facendo affidamento nella possibilità di godere dei richiamati sgravi contributivi, la

ditta R. assumeva il sig. S. sebbene la situazione del mercato dell'edilizia avrebbe imposto scelte di ben diverso tipo; alla base della scelta di incrementare la forza lavoro durante tale periodo di crisi vi era, esclusivamente, la possibilità di risparmiare gli oneri contributivi per i primi trentasei mesi dall'assunzione;

che il rapporto proseguiva poi sino al 07.06.2012, data in cui le parti risolvevano il rapporto;

che in seguito, con comunicazione notificata tramite PEC in data 10 settembre 2014, l'INPS, informava la ditta R.R., che, a seguito di verifiche effettuate in ordine agli sgravi contributivi da questa goduti, era risultato che il sig. S.M., assunto in regime di agevolazione, aveva in realtà superato il regime reddituale previsto dalla normativa;

che, conseguentemente, l'INPS richiedeva al ricorrente un pagamento di € 5.806,59 di cui € 5.063,00 a titolo di contribuzione non versata ed € 743,59 di sanzioni;

che si possono dare due ipotesi: o il provvedimento di richiesta di regolarizzazione contributiva è illegittimo, e come tale insuscettibile di spiegare effetti nella sfera della ditta R., o, alternativamente, qualora si ritenga valido ed efficace, la tentennante condotta dell'INPS, che prima aveva concesso e poi negato l'agevolazione, aveva causato un danno da risarcire, pari al valore della richiesta di regolarizzazione; in entrambi i casi nulla era dovuto all'Istituto.

Ciò esposto, la ditta R.R. concludeva chiedendo all'adito Tribunale di dichiarare - previo annullamento o declaratoria di inefficacia della comunicazione INPS del 10 settembre 2014 - che la ditta stessa nulla doveva a titolo di regolarizzazione contributiva per la posizione del dipendente S.M.; alternativamente, chiedeva condannarsi l'INPS al risarcimento del danno in proprio favore, danno conseguente all'erronea comunicazione di accettazione della richiesta di agevolazione ex L. 407/1990, art. 8 comma 9, da quantificarsi nella misura pari all'importo richiesto a titolo di omissione contributiva, maggiorata dalla sanzione, per complessivi € 5.806,59, e conseguentemente dichiarare integralmente compensato il credito vantato dall'INPS a tale titolo con quello vantato a titolo risarcitorio dalla ditta concludente.

L'INPS si costituiva in giudizio, invocando il rigetto della domanda. La causa era istruita solo documentalmente, non essendovi stata neppure richiesta di ammissione di prove costituende da parte ricorrente ed essendo superflue le prove orali dedotte dall'INPS.

DIRITTO - Innanzi tutto, deve rilevarsi che il recupero delle agevolazioni nei confronti della ditta ricorrente appare giustificato, alla luce della documentazione prodotta, da cui risulta che il lavoratore S.M. aveva superato, nell'anno 2009, il limite di reddito per la conservazione dello status di disoccupazione. A seguito di ciò, il lavoratore, alla data dell'assunzione, aveva maturato una insufficiente anzianità di disoccupazione, pari a mesi 19, e dunque la ditta assuntrice non aveva diritto alle predette agevolazioni.

Ciò posto, appare pienamente legittima la condotta dell'INPS che, in sede di verifica dei requisiti previsti dalla legge, ha esercitato il suo diritto-dovere di autotutela. E' infatti pacifico che la P.A. deve conformare il suo operato ai principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., e pertanto, deve ad essa riconoscersi lo *jus poenitendi*, il cui esercizio è doveroso laddove, come nella specie, vada ad emendare una precedente situazione di illegittimità.

Il ricorrente, peraltro, sostiene che sarebbe stato leso il suo legittimo affidamento, in quanto l'INPS aveva inizialmente assentito la domanda di sgravio presentata dalla ditta.

Si può peraltro obiettare che nessun valido affidamento può sorgere in ordine ad una situazione non conforme a diritto, non potendosi certo configurare un giustificato affidamento sull'inefficienza della pubblica amministrazione o sul fatto che essa non sottoponga a revisione i propri atti illegittimi.

A supporto delle sue tesi, la ditta ricorrente ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto il diritto di esigere la tutela del legittimo affidamento a coloro che abbiano coltivato aspettative, sulla base di dichiarazioni o informazioni fornite dalla P.A.; orientamento fondato sul presupposto che la pubblica amministrazione è tenuta a rispettare l'affidamento e l'attendibilità delle sue dichiarazioni, anche per il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede (articoli 1175 e 1375 c.c.). Laddove tale canoni vengano violati, secondo tale orientamento, l'Amministrazione è tenuta al risarcire il danno in cui è incolpevolmente incorso l'interessato.

L'orientamento giurisprudenziale citato dalla ditta ricorrente non si attaglia, tuttavia, al caso di specie.

I precedenti richiamati, infatti, riguardano casi in cui la P.A. aveva rilasciato informazioni erronee richieste da privati, al di fuori di un procedimento amministrativo (ad es., erronee informazioni fornite ad un cittadino sulla propria situazione contributiva, che lo induca a compiere determinate scelte rivelatasi dannose); non riguardano la diversa fattispecie del presunto "affidamento" del privato sulla immutabilità di un provvedimento favorevole. In proposito, è invece pertinente il richiamo fatto dalla difesa dell'Ente previdenziale alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ritiene in casi consimili "irrilevante" la buona fede del privato nei cui confronti l'amministrazione intenda recuperare le somme indebitamente corrisposte (v. Cons. Stato sez. VI, 3950/09; Cons. Stato sez. III 4513/13).

Ma se l'azione risarcitoria difetta dei presupposti in linea astratta, essa appare indimostrata anche sotto il profilo del danno lamentato. In proposito, la ditta R.R. ha sostenuto che "l'incolpevole affidamento di poter godere dello sgravio previsto dalla legge ha portato la ricorrente a garantire un posto di lavoro ad un dipendente che diversamente non avrebbe potuto mantenere nel proprio organigramma a causa di un costo del lavoro non sopportabile per una ditta artigiana di piccolissime dimensioni". Orbene, tale affermazione è priva di riscontro a livello probatorio. Non vi è infatti alcuna prova che "la ditta R. avesse assunto il sig. S. confidando nella possibilità di ricevere lo sgravio contributivo" e che detta posizione lavorativa non sarebbe stata mantenuta se non incentivata dallo Stato, ed al riguardo non ha alcun valore la "mancata contestazione" da parte dell'INPS, poiché la situazione dedotta non costituisce un fatto, ma uno stato psicologico che richiede di essere provato con fatti; questi, appunto, non sono stati allegati. Appare insufficiente, al riguardo, il generico riferimento alla odierna crisi del settore edilizio, o il modesto numero dei dipendenti della ditta R., o la circostanza che tali dipendenti siano calati di una unità tra l'anno 2012 e gli anni 2013 e 2014; trattasi invero di circostanze non atte ad escludere che un'assunzione potesse rendersi opportuna (a prescindere dagli sgravi) in relazione alla effettiva situazione economico-finanziaria e alle commesse di cui, al momento, disponeva la ditta.

In definitiva, la domanda deve essere rigettata.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Processo civile - Ripetizione di indebito - Ricorso ex art. 700 c.p.c. - Mancata puntualizzazione della futura azione di merito - Inammissibilità.

Tribunale di Forlì – Ordinanza del 21.01.2016 n. 75 - Dr. Amato - L.M.L. – INPS.

In caso di mancata puntualizzazione della futura azione di merito a tutela della quale è chiesta l'emissione di un provvedimento di natura cautelare, è inammissibile il ricorso con cui si chiede la sospensione del "comportamento" dell'Istituto volto a recuperare l'indebito pensionistico.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 27.11.2015 e notificato il successivo 11.12.2015, L.M.L., premesso di essere titolare di pensione di reversibilità INPS cat. Vo, avente decorrenza dal 1.3.97 e pari a L. 5.129.992 al mese, ha dedotto di aver ricevuto un provvedimento di indebito pensionistico da parte della Sede INPS di Forlì, che determinerebbe a suo carico un pregiudizio grave ed irreparabile "atteso che l'INPS intende recuperare ciò che ritiene, mese per mese, togliendo il 20% da ogni trattamento di pensione".

Il provvedimento, espone la ricorrente, è stato adottato dall'Istituto a seguito di una sentenza della Cassazione, n. 26950/14, che, a dire dell'INPS avrebbe condannato la stessa L. alla restituzione di euro 248.177,75. Ritenendo illegittimo il comportamento dell'INPS, la ricorrente ne ha chiesto la sospensione, con condanna dell'INPS alla restituzione di quanto già nelle more recuperato illegittimamente sugli importi di pensione, oltre interessi, rivalutazione e risarcimento del danno.

Il ricorso si presenta inammissibile, in considerazione della mancata puntualizzazione della futura azione di merito a cautela della quale è stata chiesta l'emissione di un provvedimento di natura cautelare. Senza tale allegazione non è infatti possibile verificare il necessario nesso di strumentalità tra l'azione cautelare e quella di merito. Deve in proposito darsi atto che, dalla modifica dell'art. 669 octies c.p.c. ad opera della novella del 2005 (in forza della quale, in caso di provvedimenti ex art. 700 c.p.c. e di altri provvedimenti anticipatori, non è necessaria la successiva instaurazione del giudizio di merito, a pena di perdita di efficacia del provvedimento cautelare) è stata da alcuni tratta la conclusione dell'*intentio legis* di elidere definitivamente il legame di strumentalità tra tutela cautelare e quella ordinaria.

Si tratta di una conclusione non condivisibile per i motivi di seguito indicati.

La tutela cautelare, in primo luogo, nasce per far sì che non venga irrimediabilmente compromessa la tutela di un diritto durante il tempo necessario all'instaurazione ed all'istruzione di un giudizio di merito, che si concluda con la pronuncia della sua esistenza e fondatezza. Nel caso di procedimenti anticipatori, il *periculum* si identifica quindi in una lesione irreversibile del diritto da tutelare, che verrebbe irrimediabilmente compromesso, in caso di mancata anticipazione della sua soddisfazione rispetto al momento dell'emissione della sentenza che definisce il giudizio.

La riforma, attuata con la legge n. 80/2005, elimina la necessità di instaurare un successivo giudizio di merito nel caso di provvedimenti di natura anticipatoria e risponde ad evidenti esigenze di economia processuale, lasciando, in definitiva, al destinatario del provvedimento cautelare, la contestazione del diritto tutelato in tale sede nelle forme di un giudizio a cognizione ordinaria. In tal modo si evita a chi abbia ottenuto, in sede cautelare, un provvedimento anticipatorio, con il quale viene data immediata realizzazione al proprio diritto, di dover procedere ad instaurare un giudizio di merito, anche nell'ipotesi di mancata contestazione della pretesa fatta valere in giudizio.

Tale meccanismo implica un'attenuazione del legame di strumentalità tra il procedimento cautelare ed il giudizio di merito, ma solo da un punto di vista strutturale.

L'assetto della *res in iudicio deducta* può essere dato in via definitiva anche dal giudice del cautelare, ma ciò non determina il venir meno del legame funzionale tra tutela cautelare e tutela ordinaria.

La funzione della tutela cautelare resta infatti tutta e sola quella di ovviare ai pregiudizi che un diritto potrebbe subire durante il tempo necessario all'instaurazione ed alla definizione del giudizio di merito. È proprio tale contenuto a rendere la tutela cautelare costituzionalmente necessaria ai sensi dell'art. 24 Cost.: il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti sarebbe un vuoto simulacro e non potrebbe avere il rango di un diritto fondamentale della persona (come riconosciuto, da ultimo, anche dalla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) nelle ipotesi nelle quali il provvedimento, che riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta in giudizio, intervenisse quando la stessa è stata irrimediabilmente pregiudicata.

Tale *ratio* costituisce il fondamento, la funzione, ma al contempo anche il limite, posto alla tutela cautelare.

La stessa si pone, infatti, sempre in funzione della tutela di merito e tale carattere non viene meno per il fatto che il legislatore, con la riforma attuata con la legge n. 80/2005, abbia rimesso, di fatto, al destinatario passivo del provvedimento cautelare la scelta di instaurare il successivo giudizio di merito, in caso di contestazione dell'altrui pretesa.

Tale conclusione vale a maggior ragione per l'ipotesi della norma di chiusura di cui all'art. 700 c.p.c..

Il carattere anticipatorio di tale provvedimento e la possibilità che lo stesso possa non essere seguito dall'instaurazione del giudizio di merito, per effetto dell'attuale formulazione dell'art. 669 *octies* c.p.c., non fanno di tale ampia norma di chiusura del sistema della tutela cautelare una sorta di contenitore "*omnibus*" in cui la parte possa inserire *sic et simpliciter* le istanze più disparate a prescindere dalla successiva instaurazione di un giudizio di merito.

Tale conclusione non solo contrasterebbe con *la ratio* della tutela cautelare, riconducibile all'art. 24 Cost. ma anche con quella di economia processuale della riforma della legge n. 80/2005. Difatti, la mancata indicazione del *petitum* e della *causa petendi* della successiva azione di merito non si limita ad impedire la verifica dell'effettiva presenza del nesso di strumentalità tra il procedimento cautelare e quello di merito, sebbene tale verifica non possa ancorarsi a dati meramente di tipo formale, ma richieda un'interpretazione del ricorso introduttivo del giudizio cautelare da parte dello stesso giudice. Viene infatti ostacolato anche l'adeguato esercizio di difesa da parte del resistente (anch'esso costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.) e, inoltre, sono altresì precluse al destinatario passivo del provvedimento cautelare quelle valutazioni necessarie ad operare la scelta se instaurare o meno il giudizio di merito, vanificando in tal modo la logica di semplificazione e di economicità che ha ispirato la nuova formulazione dell'art. 669 *octies* c.p.c..

Venendo all'esame del caso concreto, è evidente come il ricorso introduttivo non soddisfi la condizione sopra evidenziata di enucleare i termini della futura causa di merito.

Nel ricorso introduttivo, infatti, la L. si limita a chiedere in via d'urgenza la sospensione del "comportamento" dell'INPS volto al recupero della somma ritenuta oggetto dell'indebito pensionistico, e la condanna alla restituzione di quanto già recuperato sugli importi della pensione versata alla stessa ricorrente. Si tratta di una richiesta di per sé non totalmente anticipatoria, e non viene specificato quale domanda si intende proporre nel giudizio di merito (non potendo essa consistere nella "sospensione" della forma di recupero in autotutela attuata dall'INPS), difettando altresì la relativa esplicitazione della *causa petendi*.

Sebbene quanto sopra risulti assorbente, si segnala che, anche a ritenere ammissibile il ricorso, questo andrebbe comunque rigettato in quanto difetta, all'evidenza, il requisito del *periculum in mora*.

L'INPS sta effettuando un prelievo di 1/5 della pensione in godimento alla ricorrente, ma tale pensione è di importo non modesto e la decurtazione operata dall'INPS non la riduce in termini tali da arrecare significative limitazioni alla possibilità economica di una persona media di soddisfare le proprie esigenze di vita. Se poi vi fossero particolari situazioni personali della sig.ra L., che rendano essenziale per essa di disporre della totalità dell'importo della pensione finora in godimento, tali situazioni avrebbero dovuto essere dedotte e provate; ma non sono state neppure allegate.

La mancanza di uno dei fondamentali requisiti per l'accoglimento della tutela d'urgenza, ossia il *periculum in mora*, imporrebbe di per sé il rigetto del ricorso, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine al *fumus boni juris*.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Prestazioni - Pensione sociale sostitutiva - Carattere assistenziale - Diversa natura rispetto alla pensione sociale - Ripetizione di indebito per superamento dei limiti reddituali – Ammissibilità.

Tribunale di Genova - 20.04.2016 n. 354 - Dr.ssa Magnanensi - M.R.R. (Avv. Granara) - INPS (Avv. Lo Scalzo).

La pensione sociale c.d. sostitutiva, ossia derivante dalla trasformazione della pensione di inabilità civile ai sensi dell'art. 19, L. n. 118/71, non ha carattere pensionistico, ma assistenziale ed è prestazione distinta dalla pensione sociale diretta ex art. 26, L. n. 153/69. Pertanto, in caso di indebito, non si applica l'art. 13, L. n. 412/91, che non consente la ripetizione di indebito, bensì l'art. 42, comma 5, D.L. n. 269/03, convertito in L. n. 326/2003, che, invece, la ammette nel caso di superamento dei limiti reddituali.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 9 dicembre 2015, R.M. ha dedotto: di essere erede legittima di V.R., che era titolare di pensione a carico dell'INPS, cat. PS n. 02223551 con decorrenza dal 1 giugno 1993 di importo pari a € 262,74 mensili a seguito di ricalcolo effettuato a decorrere dal 1 gennaio 2008;

di aver ricevuto nota del 13 agosto 2014 con cui l'INPS ha comunicato che, su tale pensione, eliminata a seguito del decesso della sig.ra V., era stata corrisposta la somma di € 11.034,14 non spettante in quanto l'importo dei redditi era risultato superiore ai limiti di legge;

di aver presentato ricorso in sede amministrativa, ricorso che è stato respinto;

che tale provvedimento di reiezione è illegittimo per le ragioni esposte in ricorso.

Ha, pertanto, chiesto al Tribunale di accertare e dichiarare la natura non ripetibile dell'indebitto contestato dall'Istituto e l'insussistenza di qualsivoglia debito nei confronti dello stesso.

L'INPS si è costituito, contestando le avverse pretese e chiedendone la reiezione. Dopo la discussione orale la causa è stata decisa, senza necessità di attività istruttoria.

Il ricorso non è fondato.

La ricorrente lamenta l'illegittimità della condotta dell'Istituto che le ha notificato un indebitto di € 11.034,14 quale erede di V.R..

Premesso che emerge dagli atti, segnatamente prod. 2, 2a e 3 INPS, che il debito di cui si discute era già stato reso noto alla dante causa della ricorrente con raccomandate AR del 1 giugno 2011 e del 20 novembre 2012, va evidenziato che la sig.ra V. era titolare di pensione di invalidità totale (doc. 4 INPS) che è stata trasformata nella pensione sociale n. 02223551 al compimento del 65 anno di età, ai sensi dell'art. 19 della legge n. 118/71 (prod. 5 INPS), in forza del quale, *“in sostituzione della pensione o dell'assegno di cui agli articoli 12 e 13, i mutilati e invalidi civili, dal primo giorno del mese successivo al compimento dell'età di 65 anni, su comunicazione delle competenti prefetture, sono ammessi al godimento della pensione sociale a carico del fondo di cui all'articolo 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153”*.

Per giurisprudenza di legittimità uniforme, *“la pensione sociale attribuita agli invalidi civili ultrasessantacinquenni non ha natura autonoma, ma costituisce una prestazione sostitutiva del trattamento goduto in precedenza, sostituzione che ha carattere automatico e prescinde sia da oneri di domanda, sia dall'accertamento, da parte dell'INPS, della posizione patrimoniale dell'assistito, costituendo la titolarità del trattamento di invalidità civile sufficiente presupposto per il conseguimento della pensione sociale”* (Cass. sez. L, 27 agosto 2004, n. 17083, *ex multis*).

La pensione sociale sostitutiva di cui si discute non può essere confusa con la pensione sociale diretta, acquisita ex art. 26 della legge n. 159 del 1963, trattandosi di due istituti del tutto differenti e con differenti presupposti, come chiaramente spiegato, tra le altre, da Cass. Sez. L, 13 novembre 2002, n. 15905, che rinvia a Cass. Sez. Un., 9 agosto 2001, n. 10972, richiamando la quale, Cass. sez. L., 11 maggio 2004, n. 8943 (1) ha ribadito che per la erogazione della *“pensione sociale sostitutiva, ai sensi dell'art. 19 della legge [n. 118] del 1971, correttamente [si ha] riguardo ai limiti reddituali previsti per la prestazione di invalidità civile in godimento”*.

Da tutto quanto sopra esposto, consegue che la pensione sociale sostitutiva della pensione di invalidità non ha carattere pensionistico ma assistenziale, il che porta ad escludere che, nella specie, possa trovare applicazione l'art. 13 delle legge n. 412/1991 che ha interpretato autenticamente l'art. 52, comma 1, della legge n. 88/89, in forza del quale *“le pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti (...) possono essere in ogni momento rettifiche dagli enti fondatori o fondi erogatori, in caso di errore di qualsiasi natura commesso in sede di attribuzione, erogazione o riliquidazione della prestazione”*, aggiungendo, al comma 2, che, *“nel caso in cui, in conseguenza del provvedimento modificato, siano state riscosse rate di pensione risultanti non dovute, non si fa luogo a recupero delle somme corrisposte, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato.(...)”*.

La norma, anche come interpretata dall'art. 13, introduce il principio della generale non ripetibilità dei pagamenti indebiti, fatto salvo il caso del dolo dell'interessato, solo con riferimento alle provvidenze previdenziali indicate, tra le quali compare la pensione sociale (diretta) ex art. 26 legge 159/1963 ma non la pensione sociale sostitutiva di cui si discute.

Con riferimento alle prestazioni assistenziali, quale quella in esame, invece, l'art. 42 del D.L. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326/2003, ha introdotto il principio della generale ripetibilità degli indebiti scaturenti dal superamento dei limiti di reddito, con la sola eccezione di quelli verificatisi in epoca antecedente alla sua entrata in vigore, a prescindere dallo stato soggettivo (e quindi, dalla eventuale buona fede) del percipiente.

Ciò posto, nella specie, la ricorrente, in primo luogo non contesta il fatto che la sua dante causa, negli anni dal 2007 al 2010 compresi, abbia superato la soglia reddituale, impostando il ricorso sul fatto che, se mai, l'INPS sarebbe stato a conoscenza dei redditi percepiti dalla sig.ra V..

Peraltro, "per quanto possa occorrere", deduce che i redditi prodotti negli anni *de quibus* sarebbero quelli di cui alla documentazione offerta in atti: i modelli CUD e CU, di per sé, non costituiscono prova del mancato superamento della soglia, in quanto contengono i soli redditi da lavoro o assimilati; viceversa, dagli unici modelli 730, prodotti dalla stessa sig.ra R. - e riferibili a due degli anni in discussione - si ricava che, per il 2007 e il 2008, i limiti di reddito oltre i quali la pensione di cui si discute non può essere erogata erano stati superati.

Né può sopperirsi al mancato assolvimento dell'onere probatorio pacificamente gravante sulla ricorrente (Cass. sez. L, 11 febbraio 2016, n. 2739; Cass. sez. L, 2 marzo 2006, n. 4612, *ex plurimis*) con una generica ed esplorativa richiesta di CTU, volta a verificare la situazione reddituale di Rosa V., così come richiesto in ricorso.

Neppure può essere ammessa la domanda subordinata che è stata formulata solo in udienza di discussione dalla difesa della ricorrente, perché trattasi di domanda non contenuta in ricorso, quindi del tutto nuova e, pertanto, inammissibile (ed, oltre tutto, sfornita di qualunque allegazione e deduzione, anche istruttoria).

Pertanto, il ricorso va respinto, con condanna della ricorrente alla rifusione delle spese di lite, secondo il principio della soccombenza, da cui non sussistono ragioni per discostarsi secondo il testo dell'art. 92 c.p.c. novellato.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 461

Contributi - Gestione commercianti - Obbligo di iscrizione - Insufficienza della qualifica di mero socio di società commerciale - Espletamento in via prevalente ed abituale della specifica attività di impresa commerciale - Necessità.

Contributi - Gestione commercianti - Affitto di azienda - Società avente oggetto sociale di natura commerciale - Perseguimento dell'oggetto sociale in via indiretta - Obbligo di iscrizione - Sussiste.

Tribunale di Grosseto - 20.06.2016 n. 62 – Dr. Mezzaluna - T.M. (Avv. Tamanti) - INPS-SCCI Spa (Avv. Napoletano).

La mera qualifica di socio ed eventualmente anche amministratore di una società commerciale, tanto di persone quanto di capitali, non è di per sé sufficiente a fondare l'obbligo di iscrizione del socio alla gestione commercianti in difetto di espletamento, in via prevalente ed abituale, della specifica attività di impresa.

Sussiste l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti per la società che, rimanendo in attività, persegue l'oggetto sociale - ovvero trarre lucro dalla gestione

delle attività commerciali elencate in tale oggetto sociale - non più direttamente, bensì indirettamente attraverso una tipica operazione commerciale quale quella dell'affitto di azienda.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 4/12/2015, la ricorrente ha contestato l'avviso di addebito n. 351 20150 000627017000 emesso per il recupero della contribuzione dovuta a seguito dell'iscrizione d'ufficio, a far data dall'1/1/2009 al dicembre 2014, alla Gestione Commercianti, a seguito di accertamenti amministrativi relativi all'attività esercitata dalla sig.ra T. M., quale socia della società "L'A. e il F. S.n.c.", avente ad oggetto l'attività di ristorazione con somministrazione, cessata già in data 15/5/2008 per avvenuta cessione a terzi a seguito di contratti di affitto d'azienda. In sintesi la ricorrente sostiene di non dover essere iscritta alla gestione commercianti in quanto la società di cui è socia non svolge più alcuna attività commerciale, a seguito della cessione d'azienda, limitandosi a percepire un canone di affitto.

L'INPS si è costituito in giudizio contestando la domanda di cui ha chiesto il rigetto, ritenendo sussistenti i requisiti per l'iscrizione alla gestione commercianti. All'udienza del 3 maggio è stata data lettura del dispositivo della decisione.

In linea generale è opportuno ricordare che l'assoggettamento all'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti non può derivare dal mero possesso della qualifica di socio di una società commerciale, essendo, una tale interpretazione, del tutto incompatibile con la lettera della legge che richiede, tanto per le società di persone che per le società di capitali, quanto meno il possesso dei requisiti di cui alle lettere b) e c) della L. n. 1397/1960. Questa la normativa applicabile: l'art. 3 comma 1 della legge n. 45 del 1986 prevede che *"Le disposizioni sull'iscrizione all'assicurazione contro le malattie contenute nell'articolo 1 della legge 27 novembre 1960, n. 1397, come sostituito dall'articolo 29 della legge 3 giugno 1975, n. 160, si applicano anche ai soci di società' in nome collettivo o in accomandita semplice le quali esercitano le attività previste da tale articolo nel rispetto delle norme ad esse relative e gestiscano imprese organizzate prevalentemente con il lavoro dei soci e degli eventuali familiari coadiutori di cui all'articolo 2 della legge 22 luglio 1966, n. 613. I soci devono possedere i requisiti di cui alle lettere b) e c) del primo comma del citato articolo 1 della legge 27 novembre 1960, n. 1397, e per essi non sono richiesti l'iscrizione al registro di cui alla legge 11 giugno 1971, n. 426, e il possesso delle autorizzazioni o licenze che siano prescritte per l'esercizio dell'attività"*. L'art. 29, comma 1, della L. 3 giugno 1975, n. 160 è stato poi sostituito dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, che così dispone: *"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".

Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (Cfr. sent. n. 3240 del 12/02/2010) hanno avuto già modo di statuire che: *“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”*. Date queste premesse, ne consegue che la mera qualifica di socio ed eventualmente anche amministratore di una società commerciale, tanto di persone quanto di capitali, non è di per sé sufficiente a fondare l’obbligo di iscrizione del socio alla gestione commercianti in difetto di espletamento, in via prevalente ed abituale, della specifica attività di impresa, dovendo ricorrere quei presupposti sopra ricordati.

Con specifico riferimento alla questione della fondatezza della pretesa dell’Ente previdenziale di assoggettare i redditi (qualificati fiscalmente) di impresa ma percepiti a mero titolo di canoni di locazione/affitto d’azienda, si è recentemente pronunciata la Suprema Corte di Cassazione che, con sentenza n. 3145 del 2013, che ha così statuito: *“La sentenza impugnata ha desunto l’obbligo di iscrizione alla gestione commercianti sulla base di elementi di carattere fiscale, che non rilevano sul piano previdenziale. Infatti il presupposto per l’iscrizione alla gestione commercianti è lo svolgimento da parte dell’interessato di attività commerciale, che nella specie non risulta, [omissis]. Quindi il presupposto imprescindibile è che per l’iscrizione alla gestione commercianti vi sia un esercizio commerciale, la gestione dello stesso come titolare o come familiare coadiuvante o anche come socio di S.r.l. che abbia come oggetto un esercizio commerciale. Il che non ricorre nella specie come descritta in fatto dalla sentenza impugnata: la signora Sima è socia di una società di persone, la quale non gestisce l’albergo, che è affittato ad altri, ma si limita alla riscossione dei canoni. Va quindi esclusa la ricorrenza dell’attività a cui la legge ricollega l’obbligo di iscrizione e il versamento di contribuzione alla gestione commercianti, a prescindere da ogni considerazione sulla attività prevalente. Né si può invocare, come sostenuto dall’INPS, l’ordinanza di questa Corte n. 845/2010, giacché colà furono ritenuti dovuti i contributi alla gestione commercianti da parte di un socio di società che svolgeva attività di intermediazione immobiliare, che quindi rientrava nel settore terziario, mentre nel caso di specie, l’attività della società era limitata alla mera riscossione dei canoni di un immobile affittato, che quindi in tale settore non può rientrare”*.

Fin qui sembrerebbe che le doglianze della ricorrente siano assolutamente fondate e meritevoli di accoglimento, sulla base delle argomentazioni sopra svolte che, è bene chiarirlo, questo giudicante in linea generale condivide pienamente.

La specificità del caso di specie è data dalla circostanza che nell’oggetto sociale della società, tuttora in attività, è dato leggere quanto segue:

“La società ha per oggetto: l’acquisto, la vendita, la gestione di ristoranti, bar, pizzerie, tavole calde, birrerie [...omissis...segue un lungo elenco di attività commerciali che non rilevano nel caso di specie]. La società potrà compiere tutte le operazioni finanziarie, commerciali, mobiliari ed immobiliari ritenute necessarie ed utili per il conseguimento anche indiretto dello scopo sociale...” (Cfr. visura camerale).

Orbene, l’affitto di azienda rientra esattamente in quelle operazioni “finanziarie, commerciali, mobiliari ed immobiliari ritenute necessarie ed utili per il conseguimento anche indiretto dello scopo sociali”, trattandosi di trarre un’utilità indiretta dalla gestione del ristorante di proprietà della società con una classica operazione commerciale. Nel caso di specie la società, sempre in attività, persegue l’oggetto sociale, ovvero trarre lucro dalla gestione delle attività

commerciale elencate nell'oggetto sociale, non più direttamente bensì indirettamente attraverso una tipica operazione commerciale quale quella dell'affitto di azienda. La specifica previsione di tale attività nell'oggetto sociale consente di superare, a parere di questo giudice, l'obiezione usualmente mossa circa la non assoggettabilità all'iscrizione in questione per la mera attività di godimento di immobili e dei suoi frutti civili, quale quella derivante dalla loro locazione.

Nel caso di specie si è, invece in presenza di una specifica attività di impresa rientrante nell'oggetto sociale, espletata in via prevalente ed abituale al pari della gestione diretta dell'attività di ristorazione, per la quale deve, pertanto, sussistere l'obbligo di contribuzione quale corrispettivo per la tutela previdenziale apprestata al lavoratore (non importa se subordinato o autonomo, come nel caso di specie).

La novità della questione e l'esistenza di contrasti giurisprudenziali consente di compensare le spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2010, p. 134

Prestazioni - Assegno sociale - Limiti reddituali - Carattere di sussidiarietà della prestazione rispetto a specifici obblighi di solidarietà sociale tra privati - Rinuncia all'assegno di mantenimento corrisposto dall'ex coniuge - Diritto all'assegno sociale - Non sussiste.

Tribunale di Marsala - 25.11.2016 n. 785 - Dr.ssa Greco - G.A. (Avv. Caleca) - INPS (Avv. Cernigliaro).

La rinuncia all'assegno di mantenimento a carico dell'ex coniuge impedisce la corresponsione dell'assegno sociale, stante il carattere di sussidiarietà della prestazione in discorso rispetto all'assolvimento degli obblighi di solidarietà sociale che sorgono per effetto di specifici rapporti tra privati.

FATTO e DIRITTO - Con il ricorso in esame la ricorrente ha allegato che con provvedimento del 23.2.2016 l'INPS aveva rigettato la sua domanda di erogazione dell'assegno sociale, "... *in quanto nella sentenza di separazione consensuale dal coniuge C.P... la richiedente aveva rinunciato al mantenimento da parte dell'altro coniuge, dichiarando la propria autosufficienza economica*"; allegando la riferibilità delle dichiarazioni contenute nel decreto di omologazione della separazione esclusivamente ai rapporti tra coniugi ed aggiungendo di possedere unicamente redditi da fabbricati relativi alla casa di abitazione, ha chiesto accertarsi il possesso dei requisiti per beneficiare della prestazione richiesta e condannarsi l'INPS alla sua erogazione.

Costitutosi in giudizio, l'INPS ha chiesto rigettare il ricorso.

La causa, istruita unicamente con i documenti prodotti dalle parti, all'odierna udienza è stata decisa con lettura della presente sentenza.

Il ricorso è infondato.

L'art. 3, sesto comma, della L. n. 335 del 1995 dispone che *“Con effetto dal 1 gennaio 1996, in luogo della pensione sociale e delle relative maggiorazioni, ai cittadini italiani, residenti in Italia, che abbiano compiuto 65 anni e si trovino nelle condizioni reddituali di cui al presente comma è corrisposto un assegno di base non reversibile fino ad un ammontare annuo netto da imposta pari, per il 1996, a L. 6.240.000, denominato “assegno sociale”. Se il soggetto possiede redditi propri l'assegno è attribuito in misura ridotta fino a concorrenza dell'importo predetto, se non coniugato, ovvero fino al doppio del predetto importo, se coniugato, ivi computando il reddito del coniuge comprensivo dell'eventuale assegno sociale di cui il medesimo sia titolare. I successivi incrementi del reddito oltre il limite massimo danno luogo alla sospensione dell'assegno sociale. Il reddito è costituito dall'ammontare dei redditi coniugali, conseguibili nell'anno solare di riferimento. L'assegno è erogato con carattere di provvisorietà sulla base della dichiarazione rilasciata dal richiedente ed è conguagliato, entro il mese di luglio dell'anno successivo, sulla base della dichiarazione dei redditi effettivamente percepiti. Alla formazione del reddito concorrono i redditi, al netto dell'imposizione fiscale e contributiva, di qualsiasi natura, ivi compresi quelli esenti da imposte e quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta o ad imposta sostitutiva, nonché gli assegni alimentari corrisposti a norma del codice civile. Non si computano nel reddito i trattamenti di fine rapporto comunque denominati, le anticipazioni sui trattamenti stessi, le competenze arretrate soggette a tassazione separata, nonché il proprio assegno e il reddito della casa di abitazione. Agli effetti del conferimento dell'assegno non concorre a formare reddito la pensione liquidata secondo il sistema contributivo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, a carico di gestioni ed enti previdenziali pubblici e privati che gestiscono forme pensionistiche obbligatorie in misura corrispondente ad un terzo della pensione medesima e comunque non oltre un terzo dell'assegno sociale”*.

Nell'elencazione dei redditi che vanno valutati ai fini dell'accertamento del raggiungimento dei limiti reddituali previsti dalla legge la norma citata fa riferimento agli assegni di natura alimentare corrisposti a norma del codice civile; orbene, in tale categoria deve ricomprendersi anche l'assegno di mantenimento corrisposto dal coniuge coniugato o divorziato, stante la medesima natura di tipo alimentare che trova fondamento nel principio di solidarietà posto alla base indistintamente di tutti gli obblighi di mantenimento che le norme del codice civile (artt. 433 e ss.) pongono a carico di determinati soggetti in virtù del particolare legame di parentela o affinità che le lega alla persona che si trovi in stato di bisogno.

Dall'espressa inclusione di tali assegni nel reddito valutabile ai fini del calcolo dei limiti che giustificano l'erogazione dell'assegno sociale appare evidentemente confermato il carattere di sussidiarietà della prestazione previdenziale in discorso rispetto all'assolvimento di tali obblighi di solidarietà sociale che sorgono per effetto di specifici rapporti tra privati.

Nel caso in esame, è pacifico che la ricorrente, con il ricorso per separazione dal coniuge C.P., ha rinunciato al mantenimento da parte sua affermando di essere, al pari del coniuge stesso, pensionata (v. decreto di omologa della separazione consensuale ed allegato ricorso in atti).

Con tale affermazione la ricorrente ha dunque rinunciato alla possibilità di avvalersi di quella forma di solidarietà che lo specifico vincolo coniugale avrebbe imposto, a determinate condizioni, a carico del coniuge consensualmente separato; né, in questa sede, ha allegato specifici motivi, quali, a mero titolo esemplificativo, l'assoluta impossidenza del C., ovvero il *metus* da lei subito per coartare la sua volontà in tal senso, che avrebbero potuto apparire idonei a fornire di tale decisione una spiegazione alternativa a quella oggettivamente desumibile dal suo tenore letterale, ossia la sufficienza di redditi, seppur non dichiarati, tali da fornire alla ricorrente un adeguato sostentamento.

Alla luce di tali considerazioni non può che concordarsi con le motivazioni che hanno sorretto il rigetto della domanda di prestazione da parte dell'INPS, dovendosi ritenere che la rinuncia

all'assegno di mantenimento da parte dell'ex coniuge impedisca la corresponsione dell'assegno sociale, tanto più che, stando alla documentazione in atti, non vi è, nel caso di specie, la prova che in caso di mancata rinuncia all'assegno di mantenimento, la ricorrente avrebbe avuto comunque diritto all'assegno, non emergendo da alcuna allegazione di parte l'incapienza economica del coniuge o la particolare esiguità dell'assegno che si sarebbe potuto porre a suo carico in relazione ai redditi dallo stesso percepiti.

Il ricorso deve essere pertanto rigettato.

Malgrado la soccombenza, non vi è assoggettamento al pagamento delle spese di lite, trovando applicazione la disposizione di cui all'art. 152, disp. att. c.p.c. come modificato dall'art. 42, comma 11, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, poi convertito nella legge n. 326/2003.

La predetta disposizione di legge correla, infatti, la condanna alle spese, nei ricorsi in materia previdenziale, al superamento di un limite reddituale, indicato per *relationem* dalla stessa norma, salvo le ipotesi di azioni intraprese in mala fede o in colpa grave, ai sensi dell'art. 96 c.p.c.; risulta in concreto che l'istante ha presentato in calce al ricorso la dichiarazione attestante che la propria posizione reddituale è inferiore al limite di legge, dimostrando con ciò di essere indenne alla possibilità di condanna alla refusione delle spese del giudizio secondo le regole generale sul riparto delle stesse, nel caso di soccombenza, nel processo civile.

Vanno poste definitivamente a carico del convenuto INPS le spese della consulenza tecnica d'ufficio, già liquidate all'esito dell'ATP.

(Omissis)

Contributi - Gestione ex Enpals - Addetti alla ricezione di scommesse ippiche e sportive - Irrilevanza della natura autonoma o subordinata della prestazione - Attività lavorativa rientrante nel settore dello spettacolo - Obbligo contributivo - Sussiste.

Tribunale di Milano - 11.03.2016 n. 739 - Dr.ssa Florio - F. S.r.l. (Avv.ti Turco e Capiello) - INPS Gestione ex Enpals (Avv. Marsico).

L'obbligo assicurativo nei confronti dell'INPS Gestione ex Enpals, in favore dei lavoratori appartenenti al settore dello spettacolo - quali, nel caso di specie, gli addetti alla ricezione di scommesse ippiche e sportive - sussiste, indipendentemente dalla natura autonoma o subordinata della loro prestazione, per la sola appartenenza alla categoria professionale.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 23.3.2015, F. S.r.l. in liquidazione ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Milano, sezione Lavoro, l'INPS chiedendo di annullare, revocare o comunque dichiarare privo di effetti l'avviso di addebito n. 364 2015 00000080 17 000, notificato dall'INPS Gestione EX-ENPALS - Sede di Milano - in data 13 febbraio 2015; con vittoria delle spese di lite.

A sostegno delle domande svolte, la parte ricorrente ha esposto di aver svolto attività di

commercializzazione di giochi pubblici per conto di SNAI, di essersi avvalsa di contratti di lavoro subordinato per la gestione delle agenzie e lo svolgimento di attività amministrative e, per il resto, nell'impossibilità di programmare anticipatamente la forza lavoro necessaria per svolgere le attività di accettazione delle scommesse e delle giocate ed attività accessorie, di aver avuto collaboratori a progetto che, nella gestione del programma di lavoro avrebbero sempre operato in regime di piena autonomia.

Si è costituito ritualmente in giudizio l'INPS chiedendo il rigetto delle avverse pretese perché infondate in fatto e in diritto; con vittoria delle spese di lite.

Verificata la possibilità di una definizione in via amministrativa della questione, ritenuta la causa matura per la discussione senza necessità di svolgere attività istruttoria, all'udienza del giorno 8.3.2016 il giudice ha invitato i procuratori delle parti alla discussione e all'esito ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo e riservando in giorni 60 il deposito della motivazione.

Va preliminarmente osservato che, in diritto, F. S.r.l. in liquidazione ha eccepito il mancato rispetto da parte dell'ente convenuto del termine di notificazione ex art. 14 L.689/1981. L'eccezione è infondata e deve essere rigettata, in quanto il richiamo all'art. 14 L.689/1981 appare del tutto inconferente nel caso di specie, in cui si verte di un'omissione contributiva da parte di una persona giuridica, fuori dunque dall'ambito applicativo della L.689/1981.

Nel merito, il ricorso è infondato e va integralmente rigettato. Sulla base delle informazioni desunte dal verbale unico di accertamento AL89001/2013-451-01 del 2.12.2013, l'INPS Gestione EX ENPALS ha intimato alla parte ricorrente il pagamento dei crediti contributivi dovuti a favore della Gestione lavoratori dello spettacolo.

Si rammenta, sul punto, che *“la competenza assicurativa dell'Enpals è determinata non dal settore produttivo di appartenenza del datore di lavoro, ma dalla qualifica professionale del lavoratore che è riconducibile a categorie tassativamente previste per legge, di talché in relazione alle categorie inserite nella legge istitutiva nonché nei decreti ministeriali successivi (purché appartenenti al settore dello spettacolo) - la valutazione dell'obbligo contributivo e quindi l'appartenenza al settore dello spettacolo sono state oggetto di decisione legislativa, sottratta al sindacato giudiziale”*. (Cass., sez. L, sent. n. 12824/2002).

Come chiarito dalla Suprema Corte nella pronuncia appena citata, *“l'assicurazione Enpals, configurante un regime speciale rispetto a quello AGO, si struttura in un sistema che fa riferimento alle categorie professionali ed è proprio la categoria che delimita l'ambito di intervento e quindi l'area dei soggetti tutelati; il DLCPS del 1947 prevede infatti la iscrizione obbligatoria solo per determinate categorie ed è sufficiente l'appartenenza del lavoratore ad una di esse per far scattare l'obbligo del soggetto che ne utilizza le prestazioni (sia in regime di subordinazione, che in regime di autonomia) al versamento dei contributi all'Enpals.”* Dal momento che né il DLCPS del 1947, né le norme successive fanno alcun riferimento all'attività espletata dal soggetto utilizzatore, per costante giurisprudenza di legittimità va ritenuto che l'obbligo contributivo nei confronti dell'Enpals sorga in tutti i casi in cui un soggetto appartiene alle categorie professionali normativamente individuate.

Ne deriva che l'obbligo assicurativo in favore dei lavoratori elencati nel citato art. 3 del DLCPS del 1947 e nei decreti ministeriali successivi (appartenenti al settore dello spettacolo) sussiste indipendentemente dalla natura autonoma o subordinata della loro prestazione, per la sola appartenenza alla categoria professionale (in questo senso, Cass., S.U., n. 581 del 1999, in motivazione; Sez. Lav., 27 agosto 2003 n. 12548, in motivazione). Tanto premesso in via generale, nel caso di specie sulla base di quanto previsto dal D.M. 15.3.2005 di *Integrazione e ridefinizione delle categorie dei soggetti assicurati al fondo pensioni per i lavoratori dello spettacolo, istituito presso l'ENPALS*, che ha integrato e ridefinito i gruppi delle categorie dei soggetti assicurati al fondo

pensioni per i lavoratori dello spettacolo istituito presso l'ENPALS, l'ente convenuto ha ricondotto l'attività dei collaboratori di F. S.r.l. in liquidazione a *“impiegati e operai dipendenti dalle case da gioco, sale scommesse, sale giochi, ippodromi, scuderie di cavalli da corsa e cinodromi, prestatori d'opera addetti ai totalizzatori o alla ricezione delle scommesse, presso gli ippodromi e cinodromi, nonché presso le sale da corsa e le agenzie ippiche”*.

In proposito, a prescindere dalla validità del contratto di collaborazione a progetto e dalla qualifica da attribuire ai rapporti di lavoro oggetto di accertamento, è la stessa parte ricorrente a dare atto in ricorso (cfr. pag. 4) del fatto che il programma di lavoro affidato ai collaboratori riguardava l'accettazione ed il pagamento di scommesse ippiche e sportive: la circostanza che tale attività fosse svolta per conto di SNAI nelle sedi operative della società ricorrente (e non di una sala da corsa o agenzia ippica) non costituisce un elemento dirimente, posto che - come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità - ciò che fonda l'obbligo contributivo è l'attività svolta dal prestatore.

Anche l'istruttoria svolta ha confermato che i collaboratori si occupavano di accettazione e pagamento delle scommesse che, come indicato in ricorso dalla stessa società ricorrente, erano sia ippiche che sportive.

Il teste N. ha infatti dichiarato: *“si occupavano della ricezione delle scommesse al terminale, ricevevano i soldi dai clienti e pagavano le eventuali vincite. (...) Si limitavano a sedersi e ricevere le scommesse”*.

La teste A. ha rammentato: *“Ho lavorato per F. dal 2008 al marzo 2013, ero adibita ad emettere scommesse e a versare i pagamenti delle scommesse, nella filiale di S.M. (...) ero stata assunta con mansioni di sportellista, per accettare scommesse ed emettere il ticket, e in caso di vincita versare il pagamento”*.

Il teste D.P. ha riferito: *“Ho lavorato per la convenuta, ho cominciato credo a dicembre 2011, fino ad aprile 2013. Lavoravo in cassa, facevo le giocate, gestivo i soldi della cassa.”*. Sulla scorta delle argomentazioni appena esposte, il ricorso va dunque integralmente respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Rapporto di lavoro qualificato come contratto di collaborazione a progetto - Natura di rapporto subordinato - Obbligo contributivo sussiste.

Lavoro (Rapporto di) - Contratto di lavoro a progetto - Caratteri distintivi dell'autonomia e della subordinazione nel rapporto di lavoro - Elementi fondamentali della fattispecie di lavoro a progetto.

Tribunale di Milano - 09.06.2016 n. 968 - Dr. Martello - S.E. S.p.a. in liquidazione (Avv.ti Turco, Capiello) - INPS (Avv. Mogavero).

Dalla qualificazione come rapporto di lavoro subordinato dell'attività prestata formalmente nell'ambito di contratti di collaborazione a progetto sorge l'obbligo contributivo nei confronti dell'INPS.

È escluso - per comune e condivisa interpretazione - che il contratto di lavoro a progetto costituisca un tertium genus fra lavoro subordinato e lavoro autonomo, rientrando pienamente nell'ambito concettuale del lavoro autonomo. Ne consegue che, nell'interpretazione delle norme e delle fattispecie inerenti il contratto di lavoro a progetto, si deve fare riferimento ai caratteri distintivi dell'autonomia e della subordinazione nel rapporto di lavoro. Ciò posto, si osserva che, nella previsione dell'art. 61 del D.Lgs. n. 276/2003, il contratto di lavoro a progetto poggia, e si qualifica, in relazione a tre elementi fondamentali: a) uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente; b) la gestione di essi in autonomia da parte del collaboratore in funzione del risultato; c) il coordinamento di questa autonoma gestione con la organizzazione del committente.

FATTO - La causa trae origine dal ricorso con il quale la parte ricorrente S.E. S.p.a. impugna l'accertamento dell'obbligo contributivo effettuato dall'INPS a seguito di una ispezione effettuata presso la sede operativa della Società ricorrente e presso talune Agenzie di essa, cui è seguito l'avviso di addebito in oggetto che, sulla base di detto accertamento, è stato emesso per il pagamento dei connessi debiti contributivi.

L'accertamento e il successivo avviso di addebito si fondano sulla qualificazione come rapporto di lavoro subordinato dell'attività resa nell'ambito di contratti di collaborazione a progetto resa da lavoratori addetti all'accettazione delle scommesse presso le Agenzie delle quali è titolare la società ricorrente.

Avverso detto avviso la parte ricorrente propone opposizione con l'odierno ricorso, argomentando la regolarità e legittimità dei contratti di collaborazione a progetto in questione e chiedendo al Giudice di dichiarare l'inesistenza dei crediti ivi iscritti.

La Società nega esservi stato, con i soggetti che hanno stipulato i contratti a progetto considerati nell'ispezione, un rapporto di lavoro subordinato e afferma l'esistenza con gli stessi di un rapporto di lavoro autonomo, disciplinato dal predetto contratto di collaborazione professionale nel rispetto dei principi dettati dalla legislazione a presidio di tali forme di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Si è costituito l'INPS, affermando che i rapporti di lavoro inerenti i contratti di lavoro a progetto esaminati nel corso dell'ispezione devono essere, piuttosto, qualificati come rapporti di lavoro subordinato; ha concluso INPS, pertanto, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'udienza, dopo l'interrogatorio libero della parte presente e non occorrendo istruttoria, il Giudice ha posto la causa in discussione e ha deciso come da dispositivo, per i seguenti

DIRITTO - 1. La causa pone il tema dell'individuazione dei connotati tipici e dei caratteri definitivi del contratto di lavoro a progetto, introdotto dal D.Lgs. n. 276 nel 2003.

In proposito, osserva il Giudice che, preliminarmente, si deve escludere - per comune e condivisa interpretazione - che il contratto di lavoro a progetto costituisca un *tertium genus* fra lavoro subordinato e lavoro autonomo e si deve affermare che esso rientra pienamente nell'ambito concettuale del lavoro autonomo; consegue a ciò che, nell'interpretazione delle norme e delle fattispecie inerenti il contratto di lavoro a progetto, si deve fare riferimento - pur con gli opportuni adattamenti - alle elaborazioni e alle conclusioni ermeneutiche raggiunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine ai caratteri distintivi dell'autonomia e della subordinazione nel rapporto di lavoro.

Ciò posto, si osserva che, nella previsione dell'art. 61 del D.Lgs. predetto, il contratto di lavoro a progetto poggia, e si qualifica, in relazione a tre elementi fondamentali:

- a. Uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente;
- b. la gestione di essi in autonomia da parte del collaboratore in funzione del risultato;
- c. il coordinamento di questa autonoma gestione con la organizzazione del committente.

Il progetto, o il programma, si pongono come elementi necessari per la validità del contratto di lavoro a progetto; il che comporta non solo che essi siano elaborati in forma scritta, ma che siano dettagliati e specifici, in modo e in termini sufficienti ad individuare il risultato che il prestatore deve dare e che il committente si attende.

Detti caratteri di specificità e di dettaglio sono necessariamente richiesti non solo dall'intento anti-fraudolento che ha ispirato la normativa in questione (in tal senso si veda, in particolare, l'art. 61, comma 1) ma anche dal fatto che l'obbligazione che costituisce oggetto delle contratto di lavoro a progetto è, almeno in larga prevalenza, una tipica obbligazione di risultato.

Va tenuto presente, infatti, che oggetto del contratto di lavoro a progetto è il risultato che nel progetto stesso è specificamente delineato, sia pure dovendosi contemperare le modalità di conseguimento di detto risultato con il coordinamento con l'organizzazione del committente.

In relazione a detto programma, compito dell'interprete è di stabilire se esso esista realmente; se sia davvero ed effettivamente un programma; se questo è stato effettivamente seguito nello svolgimento della prestazione; e, nel caso, con quali modalità.

Ove il progetto non presenti i richiamati connotati di specificità e analiticità, si sarebbe di fronte a una mera messa a disposizione di energie del prestatore di lavoro in favore del committente; e, quindi, si finirebbe per ricadere nello schema della subordinazione.

Quanto alla autonomia nella gestione da parte del prestatore, va rilevato che essa è compatibile con il coordinamento del committente, ma che essa comporta che sia in ogni caso salvaguardata la facoltà del prestatore di organizzare la propria attività e il proprio tempo di lavoro in funzione della realizzazione del risultato.

In tale contesto, fondamentale resta l'imputazione al prestatore del c.d. *rischio* del lavoro, cioè dell'alea tecnico-economica che incide sulla utilità della prestazione e del risultato della sua attività lavorativa.

Quanto al già richiamato coordinamento con la organizzazione del committente, va rilevato che detto coordinamento costituisce elemento caratterizzante del contratto di lavoro a progetto, ma che l'interpretazione complessiva della norma lo rende ammissibile solo ove esso si traduca in indicazioni programmatiche di ordine generale, impartite specialmente nella fase iniziale del rapporto di lavoro, o anche successivamente con riferimento a punti specifici ma pur sempre inerenti a profili di carattere generale della prestazione; occorre, quindi, che si tratti di indicazioni e disposizioni mantenute nei ristretti limiti funzionali al coordinamento e che siano, pertanto, *isolate* nel tempo, *circoscritte* nella durata, *limitate* nel contenuto.

Ove così non fosse, e cioè ove ci si trovi in presenza di direttive impartite con regolarità, con frequenza e con riferimento alle specifiche e minute modalità di esecuzione della prestazione, il potere di coordinamento proprio del committente si trasformerebbe nel potere direttivo del datore di lavoro che caratterizza la subordinazione.

A quanto fin qui detto, va aggiunto che l'indubbio carattere di attività prevalentemente personale del prestatore che connota il contratto di lavoro a progetto (come emerge con chiarezza dall'art. 61 comma 1) esclude il ricorso del prestatore a strutture organizzative e materiali sia proprie sia del committente.

2. Ciò posto in termini generali, con riferimento al caso concreto si deve rilevare che

l'esistenza di un effettivo contratto di lavoro a progetto è posta in dubbio, anzi è contraddetta, dalla documentazione in atti e dalle risultanze istruttorie.

La lettura dei contratti in questione non contiene alcuna descrizione di attività riconducibili a un progetto, sia pure indicato in termini generici, poiché in essi è contenuta soltanto una mera descrizione delle mansioni e delle attività affidate al lavoratore.

Manca quindi non solo il *“progetto specifico”* richiesto dall'art. 61, ma più in generale un progetto purchessia.

Così come manca la *“descrizione del progetto, l'individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire”*, secondo la previsione e la prescrizione della lettera b) dell'art. 62 del D.Lgs. n. 276 nel 2003 ult. cit..

In tal senso, pur dandosi atto che i contratti in questione sono stati stipulati dopo la legge n. 92 del 2012, si deve osservare, sul piano ermeneutico, che tali elementi caratteristici sono stati riconosciuti come essenziali dalla norma interpretativa (peraltro dotata di efficacia retroattiva) posta al comma 24 dell'art. 1 di tale legge.

2.a. La società ricorrente sostiene (cfr. § 7 di pag. 2; lett. D di pag. 14) che l'attività svolta dai lavoratori in questione inerisca a una mera fase di lavoro, *“destinata ad essere integrata da altre lavorazioni”*.

Ritiene il Giudice che non poche, e non lievi, perplessità debbano essere espresse circa la qualificazione dell'attività in questione come mera *“fase di lavoro”*; mentre deve ritenersi che essa, invece, costituisca l'attività primaria della società ricorrente.

In tal senso pare sufficiente rilevare che, nello stesso ricorso, (laddove (al § 2) si descrive l'attività della Società), due capitoli su tre (le lettere a. e b.) fanno riferimento alla *“commercializzazione dei giochi pubblici”* e alla *“attività di accettazione e/o raccolta delle scommesse”*, per modo che si deve ritenere che le predette attività costituiscano l'oggetto tipico e l'attività primaria della società ricorrente.

Nello stesso senso, e con pregnanza ancora maggiore, si deve rilevare che nei contratti a progetto in questione (sub DOC 5 di parte convenuta) si afferma, nella premessa, che *“la committente esercita attività di raccolta di scommesse”*; così come, nello stesso contratto, al cpv. successivo, si parla di un *“fase di lavoro avente ad oggetto la collaborazione dell'accettazione delle scommesse”*.

Anche alla luce di tale rilievo, pertanto, si deve ritenere che le *“altre lavorazioni”* indicate alla lettera D) 2° cpv. di pag. 14 del ricorso, costituiscono attività propedeutiche e preliminari allo svolgimento dell'attività tipica, che è quella di raccolta delle scommesse.

Pare opportuno rilevare che la stessa circolare n. 4 del 2008 del Ministero del Lavoro, richiamata dalla parte ricorrente alla pag. 16, ha affermato, con specifico riferimento agli addetti alle agenzie ippiche, che tali attività risultano difficilmente inquadrabili nella tipologia della collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto, pur facendo salva la prova di *“un'autentica concreta autonomia nell'esecuzione della attività oggetto del contratto”*.

Una siffatta autonomia, pertanto, non può ritenersi adeguatamente provata in base alle, non proprio sintetiche, argomentazioni della Società ricorrente.

2.b. La parte ricorrente fonda prevalentemente le sue argomentazioni in ordine al carattere autonomo dell'attività di lavoratore a progetto facendo riferimento alle modalità di determinazione del tempo di lavoro. In tal senso, infatti, la Società ricorrente deduce (cfr. pag. 16), che nel caso di specie, i collaboratori godessero di una effettiva autonomia; e tale connotato fa discendere dal fatto che gli sportellisti o terminalisti godessero di facoltà di scelta nella determinazione del proprio orario di lavoro e dei giorni nei quali lavorare.

La circostanza è contestata dal verbale unico di accertamento (cfr. § 27 del ricorso) ed è

messa fortemente in dubbio dalle dichiarazioni assunte in sede ispettiva, dalle quali emergerebbe, invece, che i turni di lavoro erano determinati dal responsabile dell'agenzia.

Ma, pur volendo (al momento e fatto salvo quanto si dirà in prosieguo) ritenere sussistente tale facoltà di scelta, pare opportuno rilevare - in termini generali - che l'autonomia nella scelta dell'orario e delle modalità temporali di lavoro va intesa, per il collaboratore a progetto, nel senso che a lui compete scegliere quando e dove esplicitare l'attività che gli consente di concretizzare e di realizzare il risultato dedotto nel contratto, nell'ambito di un'attività organizzativa ad esso solo rimessa.

Nel caso di specie, invece l'autonomia del collaboratore sarebbe limitata alla scelta dell'orario nel quale rendere l'attività in favore della controparte e presso le strutture aziendali di questa e all'interno della sua organizzazione di lavoro, senza alcuna incidenza sugli altri indici di subordinazione.

Tuttavia, anche a voler considerare tale profilo di autonomia nel senso auspicato dalla parte ricorrente e anche ove effettivamente accertata e sussistente una facoltà di scelta dell'orario lavorativo, osserva il Giudice che una siffatta facoltà non costituisce di per sé sola un idoneo indice di autonomia, poiché occorre vedere come si svolge nel concreto l'attività del lavoratore, pur nell'ambito dell'orario di lavoro concordato con il datore di lavoro o autonomamente deciso e a questo comunicato.

In tale prospettiva, non si può non considerare che un indice di distinzione fra lavoratore subordinato e collaboratore a progetto è costituito dal fatto che il primo è tenuto - così come affermato in ricorso - in ogni caso a restare *“a disposizione del datore di lavoro, a prescindere dall'affluenza o meno di clienti in agenzia, - mentre il collaboratore, in assenza di clienti può fare ciò che ritiene maggiormente opportuno, ben potendo decidere di sospendere la propria prestazione senza che ciò determini inadempimento”*.

Una siffatta considerazione, dedotta dalla parte ricorrente, potrebbe essere in ipotesi condivisa; ma richiede necessariamente la prova dell'effettiva possibilità del collaboratore a progetto di assentarsi dal posto di lavoro nei momenti di scarsa affluenza dei clienti.

In proposito nulla - in assoluto - ha dedotto la parte ricorrente.

Peraltro, costituisce fatto notorio (valutabile ai sensi dell'art. 115 c.p.c.) che, nella fase di accettazione delle scommesse, gli sportelli restano egualmente e continuativamente presidiati, in attesa degli scommettitori; e che la rapida successione degli eventi sportivi oggetto di scommessa non prevede né consente soluzione di continuità nella prestazione di quanti le scommesse ricevono.

La circostanza è stata, comunque, esclusa dai lavoratori sentiti in sede di ispezione, i quali hanno confermato che, la loro presenza era richiesta costantemente sul posto di lavoro, sia nei momenti di picco di affluenza degli scommettitori, sia negli altri momenti; in proposito si veda quanto dichiarato agli ispettori da C.C. (*“i responsabili controllavano l'attività mia e dei miei colleghi, per esempio nei momenti di maggior afflusso ci dicevano di non parlare tra noi per rimanere concentrati nel lavoro”*).

Le considerazioni fin qui svolte paiono, di per sé sole, sufficiente a considerare destituite di fondamento le argomentazioni (le principali, se non proprio le uniche) svolte dalla parte ricorrente per sostenere il connotato dell'autonomia come discendente dalla facoltà di organizzazione delle modalità temporali della prestazione.

2.c. Quanto ai criteri di determinazione del compenso, pare opportuno fare riferimento a quanto rilevato dagli ispettori in relazione al fatto che questo era commisurato alle sole ore lavorate e non al raggiungimento di un risultato.

Pare trattarsi di una modalità di determinazione più simile al modello di retribuzione oraria che al compenso finale per la realizzazione di un progetto.

In tal senso non può non rilevarsi che il riferimento contenuto nell'art. 63 del D.Lgs. n. 276 nel 2003 *“alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito”* deve essere considerato con riferimento alla previsione dell'art. 36 della Costituzione e alla conforme previsione dello stesso art. 63, laddove fa riferimento *“ai minimi stabiliti in modo specifico per ciascun settore di attività”* e, ancor più, ai *“minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte dai lavoratori subordinati”*.

Si tratta, pertanto, di disposizioni che nel complesso paiono incompatibili con la logica e con la struttura tipica del contratto a progetto, che è quella della obbligazione di risultato; laddove la modalità di retribuzione attuata nei contratti a progetto in questione si attaglia di più, ed esclusivamente, a una obbligazione di mezzi, tipica del lavoro subordinato.

Particolarmente significativo nel senso di escludere ogni collegamento con un qualunque risultato, pare il fatto che nell'allegato B di ogni contratto in questione, si prevede che il compenso è commisurato *“per ogni singola ora di prestazione”*, e che sia prevista anche una maggiorazione per il lavoro festivo e notturno (cfr. dichiarazioni dei *“collaboratori”* agli ispettori); così ponendosi un ulteriore elemento di assimilazione al rapporto di lavoro subordinato.

Quanto alla esistenza, alla incidenza e alla profondità delle direttive aziendali, pare sufficiente rilevare che l'attività dedotta nei contratti di collaborazione in questione ha connotati di semplicità e di ripetitività tali da escludere la necessità di direttive impartite con particolare regolarità, costanza e cogenza, sufficienti essendo le indicazioni generali fornite prima dell'inizio della collaborazione o, tutt'al più, all'inizio della prestazione lavorativa.

I connotati di particolare semplicità dell'attività richiesta ai collaboratori a progetto (e la connessa non necessità di disposizioni di servizio pervasive e continuative) emerge dallo stesso contratto a progetto laddove, (all'allegato C, 7° cpv.), si precisa che le operazioni richieste agli operatori esigono *“la semplice competenza specifica sul funzionamento della stessa”* macchina a totalizzazione, e comportano una *“sommatoria conoscenza delle operazioni di gioco più ricorrenti”*.

Peraltro, anche in tale direzione, il ricorso non ha fornito idonei elementi di valutazione; né ha dedotto adeguati elementi o capitoli di prova.

Né una siffatta deduzione può essere considerata formulata nelle istanze istruttorie formulate in ricorso, sia perché in esse si fa riferimento generale e generico ai *“punti da 1 a 32 della parte in fatto”*; sia perché nella parte in fatto nulla è detto in termini adeguatamente precisi e analitici circa l'esistenza o meno *“di direttive aziendali o circa l'esistenza di specifiche indicazioni relative alle modalità dell'attività lavorativa”* (cfr. pag. 22, ultimo cpv.), in tal senso limitandosi il ricorso a reiterare (cfr. pag. 23) l'argomento della inesistenza di una imposizione ai collaboratori di turni di lavoro da parte della società.

Ma sul punto, e sulla scarsa o nulla rilevanza di tale circostanza, si è già detto in precedenza; e ulteriormente si dirà con riferimento alle dichiarazioni rese in sede ispettiva dagli stessi *“collaboratori”*.

2.d. Deve essere, poi, rilevato che la asserita autonomia dei predetti *“collaboratori”* pare esclusa anche dalla valutazione relativa alla necessità e alla titolarità degli strumenti e delle attrezzature di lavoro.

In tal senso pare opportuno rilevare che:

- il contratto a progetto prevede esplicitamente che l'attività venga svolta presso i punti vendita (le Agenzie) di pertinenza della ricorrente, quindi con necessaria esplicazione dell'attività presso i locali aziendali;
- il contratto prevede che il cosiddetto collaboratore si avvarrà per l'espletamento della sua attività *“dei servizi e beni strumentali messi a disposizione dalla committente”* (cfr. lettera E del contratto).

- È pur vero che, in ipotesi, viene prevista la possibilità per il collaboratore di utilizzare beni e servizi di propria pertinenza e disponibilità ma non risulta (né è stato dedotto) che ciò sia mai avvenuto;
- nell'allegato C del contratto, inoltre, si prevede che l'attività dei collaboratori viene resa "con l'utilizzo di una macchina a totalizzazione" sicuramente di proprietà della datrice di lavoro.

Il concetto è ulteriormente precisato e circoscritto nel successivo § "mezzi e strumenti" dello stesso allegato C laddove si fa riferimento a un solo "strumento necessario" che, appunto, è il totalizzatore.

Lo stesso allegato C, nel § "obiettivo" prevede, in termini risolutivi, che l'operatore è chiamato a lavorare "nell'ambito dell'organizzazione produttiva dell'impresa"; prevedendosi, nel successivo ultimo cpv. della pagina 4 dello stesso allegato, una "ingerenza nella prestazione" del collaboratore da parte del datore di lavoro committente.

Anche sotto i profili testé considerati, pertanto, pare doversi escludere nella prestazione lavorativa dei "collaboratori" la rispondenza ai connotati tipici del contratto a progetto, come evidenziati nell'articolo 61 del D.Lgs. n. 276 nel 2003.

3. Il riferimento fatto dalla Società ricorrente al § 17 del ricorso all'accordo stipulato in data 28 novembre 2012 con le organizzazioni sindacali per la stabilizzazione dell'occupazione del personale in precedenza utilizzato con contratti di lavorazione a progetto, lungi dal poter essere interpretato nel senso auspicato dalla ricorrente, depone, a parere del Giudice in senso contrario.

Tale accordo, infatti, deve essere interpretato alla luce delle regole ermeneutiche poste dall'art. 1362 del c.c. che prescrive, ai fini dell'interpretazione del contratto e della determinazione della volontà delle parti, che si tenga conto del loro comportamento complessivo, "anche posteriore alla conclusione del contratto".

In tal senso, l'accordo in questione deve essere valutato sulla base della evidente volontà delle parti (e di quelle più interessate: i lavoratori) di pervenire alla stabilizzazione dell'occupazione, con ciò intendendosi porre fine alla precarietà tipica del contratto a progetto. In tale prospettiva, pertanto, le affermazioni in detto accordo fatte e, in particolare il riconoscimento della natura autonoma dei rapporti di collaborazione, paiono recessive e destituite di contenuto accertativo, sia perché un siffatto accertamento è sottratto alla disponibilità delle parti, sia, e soprattutto, perché esso è da considerare strettamente funzionale al conseguimento dell'obiettivo primario della stabilizzazione.

In senso contrario, anche nell'ottica del richiamato art. 1362 c.c., invece deve essere valutata la circostanza (ammessa dalla stessa parte ricorrente (cfr. § 20 e 1^o cpv. di pag. 25) che i medesimi collaboratori a progetto considerati nel verbale di accertamento in questione hanno, a seguito della loro assunzione con contratto di lavoro subordinato, operato "in regime di piena subordinazione".

Posto che l'attività svolta dal personale in questione, sia prima che dopo la stipulazione del contratto di lavoro subordinato, presenta le stesse caratteristiche e le stesse modalità (nulla essendo stato dedotto in senso contrario dalla ricorrente), da tale circostanza si deve far discendere necessariamente la conseguenza dell'accertamento della natura subordinata dell'attività svolta dagli sportellisti in questione.

L'identità delle mansioni e delle funzioni svolte dai "collaboratori", peraltro, è stata confermata anche dalle dichiarazioni rese agli ispettori, di cui si dirà in prosieguo.

L'attività dedotta nel contratto di a progetto, peraltro, viene ricondotta dallo stesso predetto protocollo di stabilizzazione del 28 novembre 2012 (§ 4 della pag. 2) alla figura dell'"addetto di sala" contemplata nel contratto integrativo aziendale per il personale dipendente.

Le considerazioni che precedono, singolarmente e congiuntamente considerate e

ad integrazione di quanto in precedenza osservato, conducono ulteriormente e per altra via ad escludere il connotato di autonomia invocato dalla parte ricorrente.

4. Alle stesse conclusioni, peraltro, si perviene sulla base della considerazione delle concrete modalità di svolgimento dell'attività dei lavoratori in questione.

In tal senso pare sufficiente fare riferimento, oltre alle osservazioni in precedenza svolte in fatto, anche alle risultanze del verbale di accertamento e, in particolare, alle dichiarazioni raccolte in tale sede da parte degli ispettori.

Preliminarmente, ritiene il Giudice di non poter condividere le argomentazioni svolte dalla parte ricorrente in ordine alla “*genericità e superficialità*” del verbale di accertamento in questione.

L'ispezione, infatti, pare eseguita con apprezzabile approfondimento effettuato con riferimento alle situazioni di fatto, corroborato dalla assunzione di un numero rilevante di dichiarazioni del personale in questione, nonché dei referenti della Società ricorrente.

Per tali ragioni, si deve ritenere che gli oneri probatori posti a carico dell'INPS (dalla parte ricorrente ripetutamente invocati con estesi, e non tutti necessari, richiami giurisprudenziali) sono stati adeguatamente soddisfatti.

In relazione a i predetti verbali, innanzitutto, si deve osservare che nulla ha eccepito la parte ricorrente in ordine alla loro genuinità e veridicità, né in ordine alla regolarità delle operazioni ispettive.

Ciò posto, si può, e si deve, fare riferimento alle dichiarazioni rese dai collaboratori sentiti dagli ispettori.

In tal senso pare opportuno fare riferimento, innanzitutto, alle dichiarazioni rese dalla responsabile dell'Agenzia numero 1694, R. P. E., la quale ha dichiarato testualmente che “*il personale interessato alla trasformazione del contratto ha continuato a svolgere le stesse mansioni e con le stesse modalità (attenendosi ai turni di lavoro, alle disposizioni dell'agenzia...)*”.

Nello stesso senso si pongono le dichiarazioni rese da A. A. M., referente della società S., la quale ha dichiarato che “*l'attività lavorativa svolta dagli sportellisti non è variata mai, da quando c'erano i lavoratori a progetto fino ad oggi, e l'organizzazione del lavoro è sempre stata la stessa*”.

Il tenore delle predette dichiarazioni, precise coerenti e concordanti, nonché la particolare qualificazione aziendale dei soggetti che le hanno rese, sono tali da rendere superfluo ogni ulteriore riscontro.

In senso conforme, peraltro, si pongono le dichiarazioni di taluni “collaboratori a progetto” quali ad esempio:

F.P. (“*non ero a conoscenza dell'esistenza di un progetto né di un risultato da conseguire*”; “*non potevo abbandonare la postazione di lavoro*”; “*i responsabili di sala ci davano delle direttive circa il lavoro da svolgere, stabilendo la postazione di lavoro e intervenendo qualora si verificasse qualche problema con i clienti. Ci coordinavano e controllavano. Qualcuno ogni tanto è stato ammonito*”);

E.J. (“*non sono a conoscenza di quale fosse il progetto né il risultato da conseguire*”; “*il responsabile di sala ci dava delle direttive sul lavoro da svolgere, coordinava il nostro lavoro e controllava a fine turno i conti della cassa*”);

D.C.M. (“*la persona che mi dava direttive lavorative era il responsabile di turno*”);

C.C. (“*i responsabili controllavano l'attività mia e dei miei colleghi, per esempio nei momenti di maggior afflusso ci dicevano di non parlare tra noi per rimanere concentrati nel lavoro*”).

Il tenore complessivo delle dichiarazioni sopra riportate rende superflua ogni ulteriore

valutazione delle dichiarazioni rese dai cosiddetti collaboratori agli ispettori ed esime da ogni altra attività istruttoria richiesta dalla parte ricorrente, essendo emersa sulla base di tali atti una aggiuntiva conferma in via di fatto di quanto in precedenza rilevato sulla base dell'esame degli atti di causa.

Emerge, quindi, con chiarezza che i "collaboratori", lungi dal dover fornire un risultato, erano obbligati a mettere a disposizione della società convenuta le loro *operae*, fornendo le energie richieste per provvedere a tutte le incombenze secondo le direttive impartite dai responsabili.

Le considerazioni fin qui svolte in ordine al concreto atteggiarsi del rapporto e della prestazione, evidenziano la presenza di direttive e di ingerenze della convenuta nell'attività "collaboratori", di estensione e di profondità tali da escludere del tutto ogni spazio di autonomia e da evidenziare una sostanziale subordinazione.

L'estensione e la profondità così evidenziate finiscono per escludere la presenza di un significativo e anche minimo grado di autonomia nel rapporto fra la Società ricorrente e i "collaboratori", in termini tali da rendere superflua la ricerca di quegli "indici" che, talvolta, sono apprezzati per far emergere in via induttiva la subordinazione.

Tali indici, per altro, sono anch'essi presenti in modo analogamente significativo. Si pensi

- all'assenza di rischio economico in capo ai "collaboratori";
- al loro completo inserimento nell'organizzazione aziendale;
- alla continuità della prestazione;
- alla erogazione di un compenso in misura fissa;
- al fatto che i "collaboratori" lavoravano nei locali della società convenuta, utilizzandone
- le strutture, le attrezzature e i computer e i programmi aziendali;

Del tutto assente è, poi, ogni organizzazione autonoma dei "collaboratori".

Risulta arduo - né la convenuta lo ha fatto - determinare quale sia l'*opus* che costituirebbe l'oggetto dell'obbligazione dei lavoratori in questione; così come risulta arduo - né la convenuta lo ha fatto - individuare quale sia l'organizzazione di impresa propria dei "collaboratori", della quale questi si sarebbero avvalsi per fornire l'ipotetico *opus* e quale sarebbe il rischio a loro carico.

Va rilevato, ancora e anche alla luce degli elementi di fatto sopra evidenziati, che l'asserito contratto a progetto si caratterizza, oltre che per la assoluta genericità dell'indicazione del progetto, anche per il fatto che esso coincide in pieno con la normale attività aziendale e con la stessa attività svolta da altri operatori sicuramente dipendenti in regime di subordinazione.

Particolarmente significativa, inoltre, appare la reiterazione e la ripetitività dei c.d. progetti.

In tal senso va rilevato innanzitutto che i contratti a progetto sono stati stipulati più volte con lo stesso soggetto, così come che il testo di ogni contratto a progetto sia esattamente identico in ognuno dei contratti.

Entrambe le circostanze paiono confluire con la natura tendenzialmente straordinaria ed eccezionale e temporalmente limitata del contratto a progetto; e, invece, finiscono per costituire una modalità abituale e sistematica dell'organizzazione del lavoro presso la convenuta.

L'accertamento della natura subordinata dei rapporti di lavoro con i collaboratori a progetto considerati nell'accertamento ispettivo determina il riconoscimento della fondatezza delle argomentazioni di INPS e comporta il rigetto delle argomentazioni e delle domande formulate dalla parte ricorrente.

La contestazione mossa dalla Società ricorrente si riferisce soltanto alla qualificazione giuridica, e nulla deduce in ordine al credito azionato e alle sanzioni, per modo che in ordine alla determinazione di questo nessuna valutazione è richiesta.

Consegue ciò l'integrale rigetto del ricorso.

Le spese seguono la soccombenza sono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Prestazioni - Assegno di natalità - Cittadino straniero extracomunitario non in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - Diritto all'assegno - Non spetta.

Prestazioni - Assegno di natalità - Criterio selettivo di concessione non irragionevole o arbitrario - Assenza di discriminazione - Discrezionalità del legislatore.

Tribunale di Milano - 13.10.2016 n. 2636 - Dr. Perillo - H.K.E.M. (Avv. Bardi) - INPS (Avv. Cama).

In difetto dei requisiti di cui all'art. 1, comma 125, della L. n. 190/2014 - nel caso di specie mancato possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo - l'assegno di natalità non spetta al cittadino straniero extracomunitario.

Nell'individuare i requisiti per la concessione dell'assegno di natalità di cui alla L. n. 190/2014, la previsione di un criterio selettivo non irragionevole o arbitrario non introduce elementi di discriminazione e rientra nelle scelte discrezionali del legislatore.

FATTO E DIRITTO - Con ricorso al Tribunale di Milano, quale Giudice del Lavoro, depositato in data 23.3.2016, H.K.E.M. ha convenuto in giudizio INPS per l'accertamento del diritto all'assegno previsto dall'art. 1, comma 125, della L. 190/2014 e la condanna del convenuto a corrispondergli la relativa provvidenza economica con decorrenza settembre 2015; con vittoria di spese.

Si è ritualmente costituito in giudizio INPS contestando in fatto e in diritto l'avversario ricorso; con vittoria di spese.

Il ricorso, per i motivi di seguito esposti, non è fondato.

H.K.E.M. ha esposto che, in data 25.2.15, dall'unione con la moglie A.S.A.M., nasceva la figlia E.M.M.H.K.; in data 2.9.15 presentava domanda di percezione dell'assegno di natalità previsto dall'articolo 1, comma 125, della L. 190/2014 sussistendo a suo dire i presupposti di legge, domanda rigettata da INPS difettando il possesso della carta di soggiorno.

Tanto detto si osserva quanto segue.

Nel presente giudizio, come visto, è pacifico in causa che H.K.E.M. è titolare di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro valido dal 1.9.14 al 14.9.15 e non già della carta di soggiorno.

In diritto si osserva che l'art. 1, 125, L. 190/14 così prevede: *Al fine di incentivare la natalità e contribuire alle spese per il suo sostegno, per ogni figlio nato o adottato tra il 1°*

gennaio 2015 e il 31 dicembre 2017 è riconosciuto un assegno di importo pari a 960 euro annui erogato mensilmente a decorrere dal mese di nascita o adozione. L'assegno, che non concorre alla formazione del reddito complessivo di cui all'articolo 8 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, è corrisposto fino al compimento del terzo anno di età ovvero del terzo anno di ingresso nel nucleo familiare a seguito dell'adozione, per i figli di cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea o di cittadini di Stati extracomunitari con permesso di soggiorno di cui all'articolo 9 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, residenti in Italia e a condizione che il nucleo familiare di appartenenza del genitore richiedente l'assegno sia in una condizione economica corrispondente a un valore dell'indicatore della situazione economica equivalente (ISEE), stabilito ai sensi del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 5 dicembre 2013, n. 159, non superiore a 25.000 euro annui. L'assegno di cui al presente comma è corrisposto, a domanda, dall'INPS, che provvede alle relative attività, nonché a quelle del comma 127, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. Qualora il nucleo familiare di appartenenza del genitore richiedente l'assegno sia in una condizione economica corrispondente a un valore dell'ISEE, stabilito ai sensi del citato regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri n. 159 del 2013, non superiore a 7.000 euro annui, l'importo dell'assegno di cui al primo periodo del presente comma è raddoppiato.

Al fine del decidere, atteso l'inequivoco tenore letterale di tale disposizione che esclude l'odierno ricorrente dal diritto alla prestazione, è opportuno interrogarsi sulla conformità della stessa tanto alle previsioni costituzionali quanto a quelle europee.

Si osserva innanzitutto che la prestazione ha carattere e natura assistenziale, giacché la sua erogazione prescinde dalla sussistenza di un rapporto assicurativo, potendo così essere ricondotta nell'alveo dell'art. 38, comma 1, Costituzione.

Del pari, non vi è dubbio alcuno che detta prestazione (certamente non connessa alla tutela della salute o di stati di invalidità) non è indirizzata alla tutela di condizioni minime di salute o di gravi situazioni di urgenza.

La circostanza è particolarmente significativa, giacché, per consolidata giurisprudenza di costituzionalità, allorché una determinata prestazione esula dalla tutela di quel nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana - rientrando piuttosto nella di tutela di finalità sociali estranea a quella dei diritti fondamentali - ben può essere prevista una differente disciplina tra cittadini e stranieri (così Corte Cost., sentenza n. 432 del 28.11.2005).

In tali casi, pertanto, il legislatore, nella propria discrezionale scelta volta alla individuazione dei destinatari di un determinato beneficio avendo anche riguardo alle risorse finanziarie disponibili, ben può individuare la platea dei beneficiari introducendo una distinzione nella disciplina tra cittadini e stranieri (così Corte Cost. n. 432 cit.).

Nondimeno, anche in tale ultimo caso, resta pur sempre la necessità di rispettare i principi di cui all'articolo 3 Costituzione, onde evitare che tale scelta si fondi su ragioni e criteri irrazionali, arbitrari e irragionevoli.

In tale ultimo caso, tali vizi possono ravvisarsi allorché la scelta legislativa individui criteri selettivi che, in quanto relativi a situazioni di bisogno o disagio, di per sé sono idonei a determinare una discriminazione (cfr. Corte Cost. n. 141 del 19.5.14, in motivazione, paragrafo 6.4).

Ebbene, osserva il giudicante che nel caso di specie l'articolo 1, comma 125, L. 190/14

non introduce elementi di discriminazione nei termini anzidetti, ma un criterio selettivo (ovvero il possesso in capo allo straniero del permesso di soggiorno di cui all'articolo 9 decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione) non irragionevole o arbitrario.

Ciò anche (e soprattutto) se si considera che tale criterio di selezione viene recepito anche a livello di normativa europea, se è vero che l'articolo 11 della Direttiva 2003/19/CE (relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo) prevede, all'articolo 11, in tema di parità di trattamento, la possibilità per lo Stato membro di limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle sole prestazioni essenziali.

Per quanto detto non si ravvisano ragioni per ritenere incostituzionale la norma in commento.

Deve poi osservarsi che, proprio sulla fattispecie in esame, la giurisprudenza di merito (per quanto di interesse, il Tribunale di Bergamo, con ordinanza del 15.4.16 resa nell'ambito di un procedimento per discriminazione) ha evidenziato che la normativa europea, in parte non recepita dal legislatore, fonderebbe comunque le ragioni del lavoratore straniero con permesso di soggiorno per motivi di lavoro ad ottenere il beneficio economico in questa sede invocato.

Ebbene, è senza dubbio vero che la direttiva 2011/98/UE (in tema di procedura per la domanda del rilascio di permesso unico per i cittadini di paesi terzi al fine di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro nonché di riconoscimento di un insieme comune di diritti per detti lavoratori) prevede, all'articolo 12, che questi ultimi abbiano il diritto di beneficiare dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano anche per quanto concerne il settore della sicurezza sociale definiti nel regolamento (CE) 883/2004 (lett. e).

Quest'ultimo, all'articolo 3, individua la categoria delle prestazioni familiari (definite al precedente articolo 1, lett. z come *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*) tra le prestazioni da esso regolamentate.

Tuttavia, è altrettanto vero che l'articolo 3, par. 5, prevede che il regolamento in commento non si applichi all'assistenza sociale.

Vi è da ritenere, come correttamente eccepito dalla difesa della parte convenuta, che detto inciso sia chiaramente indirizzato a chiarire la portata dell'intero complesso normativo del Regolamento, ovvero escludere quelle prestazioni che siano estranee alla titolarità di un rapporto di lavoro.

È quindi da escludere la possibilità di invocare detta normativa.

In ogni caso - anche a ritenere che la prestazione in questa sede richiesta dal ricorrente sia riconducibile alla categoria delle *prestazioni familiari* di cui al Regolamento europeo, e anche a volere accedere alla tesi che il legislatore nazionale, nel recepire la citata direttiva 2011/98/UE con il decreto legislativo 40/2014, ove non vi è menzione alcuna della tematica della parità di trattamento con riferimento al settore della sicurezza sociale né dell'intenzione di avvalersi della possibilità, pure prevista all'articolo 12, comma 2, lett. b di tale direttiva, di aver inteso limitare i diritti conferiti ai lavoratori di paesi terzi - si osserva quanto segue.

Nel caso da ultimo evidenziato, difatti, si potrebbe difatti ritenere configurabile un inadempimento dello Stato membro all'applicazione di tale direttiva.

Occorre tuttavia avere riguardo anche ai considerando della medesima direttiva che senza dubbio rappresentano una significativa chiave di lettura interpretativa.

Ebbene, il considerando 19 dà espressamente atto dell'assenza di una normativa orizzontale a livello di Unione relativamente ai diritti dei cittadini di paesi terzi pur rappresentando l'opportunità che venga definito un insieme di diritti in tal senso, circostanza ribadita dal successivo

considerando 20 rispetto ai cittadini di paesi terzi che soggiornino e lavorino regolarmente in uno Stato membro.

Il considerando 24, dettato specificamente in tema di sicurezza sociale come definito dal già citato regolamento (CE) 883/2004, rappresenta la necessità che i lavoratori di paesi terzi possono beneficiare della parità di trattamento per quanto riguarda la sicurezza sociale e che le disposizioni della direttiva stessa *dovrebbero applicarsi anche ai lavoratori ammessi in uno Stato membro direttamente da un paese terzo.*

Infine, il considerando 26 espressamente evidenzia che il diritto dell'Unione non limita la facoltà degli Stati membri di organizzare i rispettivi regimi di sicurezza sociale, spettando comunque a ciascuno Stato membro *stabilire le condizioni per la concessione delle prestazioni di sicurezza sociale nonché l'importo di tali prestazioni e il periodo durante il quale sono concesse.*

Ebbene, il quadro normativo testé delineato lascia intendere, ad avviso del giudicante, il significativo margine discrezionale che la direttiva in commento ha riconosciuto in capo ai legislatori nazionali, venendo espresso un auspicio di estensione e parificazione anche delle prestazioni sociali nei confronti dei lavoratori di paesi terzi titolari dei relativi permessi di soggiorno ma non certamente alcuna disposizione cogente.

Ciò risulta particolarmente significativo, tenuto conto che, come noto, la possibilità per il privato cittadino di invocare l'applicazione di una direttiva europea è subordinata alla natura di detta direttiva che solo ove sia *self executing* consente all'autorità giudiziaria la disapplicazione dell'eventuale normativa interna e la diretta applicazione di quella europea.

Tuttavia, nel caso di specie, ad avviso del giudicante, non sussistono tali condizioni giacché l'ampio margine riconosciuto al legislatore di disciplinare la fattispecie in esame rende arduo ritenere che l'inadempimento in questa sede ravvisato possa comportare una diretta applicazione delle norme del regolamento (CE) 883/04 e quindi per l'effetto la disapplicazione dell'art. 1, comma 125, L. 190/14.

Per tutte le sopra esposte ragioni, il ricorso deve essere respinto.

L'assoluta particolarità della fattispecie giustifica la compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Azienda municipalizzata - Natura pubblicistica - Regime previdenziale applicabile ai dipendenti a seguito della soppressione dell'INPDAP.

Tribunale di Napoli - 15.03.2016 n. 2344 - Dr.ssa Tomassi - ABC N. (Avv. Gomez D'Ayala) - INPS (Avv. Maisto).

Ai fini della classificazione previdenziale di una azienda municipalizzata, in mancanza di una espressa previsione legislativa di senso contrario ad opera del D.L. n. 201/2011, convertito in L. n. 214/2011 - che ha disposto la soppressione dell'INPDAP - si continua ad applicare il previgente regime che tiene conto della natura pubblicistica dell'ente, anche all'interno della nuova gestione INPS.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato in data 18.3.2015, la società ricorrente, premesso che la distribuzione dell'acqua a Napoli ed in vari comuni campani è attribuita ad essa società a decorrere dal 2013; che trattasi di azienda speciale di carattere industriale, di gestione di risorse idriche del Mezzogiorno, la quale serve circa 1.650.000 abitanti; che il servizio in particolare ha ad oggetto la captazione, l'adduzione e la distribuzione di acqua per usi civili, la raccolta, depurazione smaltimento di acque reflue, i servizi di fognatura; che essa azienda può realizzare impianti necessari per lo svolgimento dei servizi, fornire assistenza e servizi, assumere la concessione di costruzione ed esercizio di opere pubbliche funzionali ai servizi erogati, fornire servizi in campo ambientale e della tutela delle acque, elaborare progetti di legge e lavori di opere; che fino alla trasformazione dell'A. S.p.A. in azienda speciale ai sensi dell'articolo 114 del Testo unico sull'ordinamento degli enti locali, avvenuta con delibera 32/2011, i contributi previdenziali erano stati versati per una parte del personale all'INPDAP e per l'altra all'INPS; che una volta soppresso l'INPDAP, in data 19.2.2013, essa società aveva avanzato alla direzione di Napoli dell'INPS domanda di iscrizione per il versamento dei contributi di tutto il suo personale; che l'INPS con due distinti provvedimenti, del 19 marzo e del 14 maggio 2013, aveva assegnato ad essa richiedente due numeri di matricola, classificandola nel settore enti pubblici, classe enti pubblici, categoria enti pubblici economici esercenti attività classificabili; che in tal modo, oltre a classificare la società nell'ambito della gestione separata ex INPDAP, l'INPS aveva "anticipato l'abnorme opinione di possibili onerose ricongiunzioni"; che pertanto era stato formulato un quesito chiarificatore all'Istituto in ordine alle modalità classificatorie, al quale era stata fornita risposta in data 2/4/2013 circa l'attribuzione di posizione assicurativa, con obbligo contributivo principale ex INPDAP per tutti i dipendenti; che era stato poi proposto ricorso amministrativo al consiglio di amministrazione, al quale non era stato dato alcun riscontro.

Deduceva pertanto la società la violazione e falsa applicazione dell'articolo 49 legge 88/89, il quale prevede che le attività estranee ai comparti d'essere classificati vadano ricomprese nel diverso settore denominato *attività varie*; che alla luce del disposto di tale norma era evidente l'erroneità del provvedimento adottato dall'INPS, con il quale erano stati assegnati ad esse esponente di gli impropri ed inesistenti settore e classe *enti pubblici*, non previsti dalla norma; che detto inquadramento aziendale, lungi che sulla base dei connotati pubblici o privati del datore di lavoro, deve essere ancorato al solo comparto produttivo cui l'iscrizione si riferisce; che nella fattispecie era inconfutabile che essa esponente è un'impresa industriale che opera da decenni nel settore della distribuzione dell'acqua, inquadrata fino ad ora agli effetti previdenziali con tali caratteristiche, per cui l'INPS avrebbe dovuto classificarla con effetto giuridico nel settore industria di cui alla lettera A) dell'articolo in questione.

Concludeva pertanto chiedendo venisse annullato l'inquadramento assegnato, dichiarando il diritto di essa azienda ad essere classificata nel settore industria di cui alla lettera A dell'articolo 49 legge 88/89, dichiarando l'avvenuta successione dell'INPS ad ogni effetto di legge in tutti i rapporti attivi e passivi del soppresso INPDAP, con vittoria di spese.

Si costituiva ritualmente l'Istituto convenuto, eccependo l'infondatezza della domanda; rilevava in particolare che l'articolo 21 D.L. 201/2011 non ha previsto che la soppressione dell'INPDAP comporti la dismissione delle gestioni previdenziali facenti capo all'ente soppresso e l'abrogazione delle pertinenti normative di riferimento, tra cui la cassa pensioni dipendenti enti locali; che pertanto era infondata la prospettazione circa la sopravvenuta irrilevanza della natura pubblica o privata del datore di lavoro sarebbe derivata la soppressione dell'INPDAP; che il predetto articolo 21, non ha soppresso le gestioni previdenziali che prima facevano capo all'INPDAP; che pertanto le gestioni previdenziali ex INPDAP rimangono regolate comunque dalla propria normativa, anche con riferimento alla contribuzione dovuta; che con sentenza 3369/

2014 il Consiglio di Stato ha chiarito tale interpretazione; che pertanto ai fini della gestione previdenziale in cui vanno pagati i contributi non è divenuta irrilevante la natura pubblica o privata del datore di lavoro, essendo l'INPS subentrato nelle funzioni e succeduto nei rapporti attivi e passivi dell'ente soppresso, con conseguente potere di riscossione dei contributi prima facenti capo all'ente soppresso; che nel caso specifico trattasi certamente di azienda speciale del Comune di Napoli, con la conseguenza che l'Istituto aveva attribuito la classificazione di ente pubblico economico esercente attività di natura industriale, tenuto al pagamento della contribuzione alla gestione speciale ex INPDAP, configurata alla stregua di regime assicurativo esclusivo dell'Ago, il tutto in conformità della circolare INPS 114/ 1999; concludeva chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla odierna udienza la causa veniva decisa come da separato dispositivo, di cui era data lettura.

La domanda è infondata e come tale non può essere accolta. Parte ricorrente fonda la propria impostazione sulla norma di cui all'articolo 49 legge 88/89 la quale recita: “(Classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali ed assistenziali).

La classificazione dei datori di lavoro disposta dall'Istituto ha effetto a tutti i fini previdenziali ed assistenziali ed è stabilita sulla base dei seguenti criteri:

a) *settore industria, per le attività: manifatturiere, estrattive, impiantistiche; di produzione e distribuzione dell'energia, gas ed acqua; dell'edilizia; dei trasporti e comunicazioni; della pesca; dello spettacolo; nonché per le relative attività ausiliarie;*

b) *settore artigianato, per le attività di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;*

c) *settore agricoltura, per le attività di cui all'art. 2135 del codice civile ed all'art. 1 della legge 20 novembre 1986, n. 778;*

d) *settore terziario, per le attività: commerciali, ivi comprese quelle turistiche; di produzione, intermediazione e prestazione dei servizi anche finanziari; per le attività professionali ed artistiche; nonché per le relative attività ausiliarie;*

e) *credito, assicurazione e tributi, per le attività: bancarie e di credito; assicurative; esattoriale, relativamente ai servizi tributari appaltati.*

I datori di lavoro che svolgono attività non rientranti fra quelle di cui al comma 1 sono inquadrati nel settore “attività varie”; qualora non abbiano finalità di lucro sono esonerati, a domanda, dalla contribuzione alla Cassa unica assegni familiari, a condizione che assicurino ai propri dipendenti trattamenti di famiglia non inferiori a quelli previsti dalla legge.

Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale sarà stabilito a quale dei settori indicati nel precedente comma si debbano aggregare, agli effetti previdenziali ed assistenziali, i datori di lavoro che svolgono attività plurime rientranti in settori diversi. Restano comunque validi gli inquadramenti già in atto nei settori dell'industria, del commercio e dell'agricoltura o derivanti da leggi speciali o conseguenti a decreti emanati ai sensi dell'art. 34 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797”.

Trattasi, come evidente, di norma anteriore alla soppressione dell'INPDAP risalente al D.L. 201/2011, cui ha fatto seguito la successione dell'INPS in tutti i rapporti attivi e passivi da quest'ultimo gestiti, a decorrere dal 2012.

Per quanto qui rileva l'articolo 21 D.L. 201 2011 ha stabilito:

“ 1. In considerazione del processo di convergenza ed armonizzazione del sistema pensionistico attraverso l'applicazione del metodo contributivo, nonché al fine di migliorare l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa nel settore previdenziale e assistenziale, l'INPDAP e l'ENPALS sono soppressi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e le relative funzioni sono attribuite all'INPS, che succede in tutti i rapporti attivi e passivi degli Enti soppressi.

2. *Con decreti di natura non regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, da emanarsi entro 60 giorni dall'approvazione dei bilanci di chiusura delle relative gestioni degli Enti soppressi alla data di entrata in vigore del presente decreto legge e sulla base delle risultanze dei bilanci medesimi, da deliberare entro il 31 marzo 2012, le risorse strumentali, umane e finanziarie degli Enti soppressi sono trasferite all'INPS. Conseguentemente la dotazione organica dell'INPS è incrementata di un numero di posti corrispondente alle unità di personale di ruolo in servizio presso gli enti soppressi alla data di entrata in vigore del presente decreto (...)*".

Oggetto precipuo della disamina da compiere nell'attuale procedimento risulta pertanto quello del coordinamento tra dette due norme ed in particolare concerne l'attuale applicabilità o meno, ai fini della classificazione previdenziale, dei regimi esclusivi dell'AGO propri del soppresso INPDAP anche all'interno della nuova gestione INPS, ovvero l'applicabilità ai datori di lavoro rientranti nella ex gestione INPDAP delle categorie previste sul punto in materia di datori di lavoro privati.

Non appare irrilevante valutare i caratteri propri delle aziende speciali, qual'è pacificamente la società ricorrente.

Prevede sul punto l'articolo 114 del Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali che:

"1. L'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. L'azienda speciale conforma la propria gestione ai principi contabili generali contenuti nell'allegato n. 1 al decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e successive modificazioni, ed ai principi del codice civile. (...).

3. *Organi dell'azienda e dell'istituzione sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale. Le modalità di nomina e revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale.*

4. *L'azienda e l'istituzione conformano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo dell'equilibrio economico, considerando anche i proventi derivanti dai trasferimenti, (...).*

5. *Nell'ambito della legge, l'ordinamento ed il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinati dal proprio statuto e dai regolamenti, quelli delle istituzioni sono disciplinati dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipendono.*

5-bis. *Le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno.*

6. *L'ente locale conferisce il capitale di dotazione; determina le finalità e gli indirizzi; approva gli atti fondamentali; esercita la vigilanza; verifica i risultati della gestione; provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.*

7. *Il collegio dei revisori dei conti dell'ente locale esercita le sue funzioni anche nei confronti delle istituzioni. Lo statuto dell'azienda speciale prevede un apposito organo di revisione, nonché forme autonome di verifica della gestione.*

8. *Ai fini di cui al comma 6 sono fondamentali i seguenti atti dell'azienda da sottoporre all'approvazione del consiglio comunale:*

a) *il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale;*

b) *il budget economico almeno triennale;*

- c) *il bilancio di esercizio;*
- d) *il piano degli indicatori di bilancio (...)*“.

Dal contenuto della predetta norma è evidente la natura pubblicistica dell'azienda speciale, sia pure dotata di proprio statuto e di regolamenti, tenuto conto del fatto che è l'ente locale a conferire il capitale, a determinare finalità ed indirizzi dell'azienda, ad approvarne gli atti fondamentali e ad esercitare la vigilanza; inoltre, è anche espressamente prevista la necessità di sottoposizione all'approvazione del consiglio comunale di una serie di atti fondamentali, aventi rilievo proprio ai fini della programmazione e della gestione economica a lungo indirizzo dell'azienda. Ritiene pertanto questo giudice che, in mancanza di un'espressa previsione ad opera del D.L. 201/ 2011 circa l'applicabilità alle gestioni previdenziali provenienti dall'ente soppresso delle classificazioni previdenziali di cui alla L. 88/89, non possa farsi discendere dalla mera circostanza della soppressione dell'INPDAP la conseguenza classificatoria voluta dalla ricorrente.

Il fenomeno successorio, per come sancito anche dal Consiglio di Stato con la sentenza 3369/2014 non risulta, del resto, a titolo universale nel senso proprio del termine ma quale successione nel *munus*, essendosi verificato un passaggio di attribuzioni tra amministrazioni pubbliche, senza che sussista ragione alcuna per non continuare ad adottare la pregressa classificazione previdenziale, che tiene conto della natura pubblicistica dell'ente.

A quanto esposto consegue il rigetto del ricorso, previo accertamento della correttezza dell'inquadramento assegnato alla ABC Napoli, - Azienda speciale del Comune di Napoli, con riferimento alla classificazione quale ente pubblico. La particolarità e novità della questione fa ritenere sussistere le ragioni per la compensazione le spese di lite tra le parti.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di disoccupazione - Lavoratrice a tempo determinato - Percezione dell'indennità di maternità oltre il termine di cessazione del rapporto di lavoro - Decorrenza del periodo di disoccupazione ai fini della prestazione.

Tribunale di Pisa - 10.03.2016 n. 308/2015 - Dr.ssa Tarquini - M.M. (Avv.ti Aglioti, Corti) - INPS (Avv. Bonetti).

Ai fini del diritto all'indennità di disoccupazione, nei rapporti di lavoro a tempo determinato l'inizio del periodo di disoccupazione non può che coincidere con la scadenza del termine del contratto di lavoro e, quindi, con la cessazione del rapporto, anche nel caso di lavoratrice che nel frattempo sia entrata in maternità. È irrilevante, infatti, che il diritto alla indennità di maternità e la relativa contribuzione figurativa permangano anche oltre quel termine finale.

FATTO e DIRITTO - Con ricorso depositato il 16.10.2014, M.M. conveniva l'INPS davanti questo giudice del lavoro allegando di avere richiesto l'11.1.2013 la corresponsione dell'indennità

di disoccupazione ordinaria, avendo cessato l'attività lavorativa il 31.12.2012.

L'Istituto, secondo la prospettazione del ricorso, aveva accolto la domanda, salvo poi revocare il provvedimento in autotutela con nota del 17.10.2013, sul presupposto che M. non potesse far valere almeno due anni di assicurazione per la disoccupazione involontaria, per essere iniziato il rapporto assicurativo 18.7.2011.

Con lo stesso provvedimento l'ente di previdenza aveva richiesto alla lavoratrice la restituzione delle somme corrisposte fino alla data della revoca del beneficio (somme quantificate in € 1.279,78).

La parte privata argomentava in contrario di essere stata in possesso del requisito del biennio di assicurazione alla data di erogazione dell'indennità (12.7.2013), poiché fino al 7.7.2013 sarebbe stata in astensione obbligatoria per maternità, iniziata il 15.11.2012, nel corso di un rapporto di lavoro a termine di durata convenuta compresa tra l'1.12.2012 e il 31.12.2012, così per tutto il periodo di congedo avendo avuto diritto all'accredito della contribuzione figurativa, essa utile ai fini del calcolo del requisito contributivo e dell'anzianità assicurativa.

La difesa attrice concludeva quindi per l'accertamento del diritto di M. all'indennità di disoccupazione ordinaria in esito alla domanda dell'11.1.2013 e per l'effetto per l'accertamento negativo del preteso indebito e la condanna dell'INPS a corrisponderle gli ulteriori ratei del beneficio, oltre accessori e con vittoria di spese, da distrarsi in favore del difensore.

Costituitosi ritualmente il contraddittorio, l'Istituto resisteva, assumendo di avere correttamente respinto la domanda dell'11.1.2013 poiché M. non avrebbe potuto far valere il requisito del biennio di assicurazione alla data di cessazione del rapporto di lavoro avendo iniziato il rapporto assicurativo l'8 luglio 2011, circostanza che ex se avrebbe imposto il rigetto del ricorso, dato che l'attrice non aveva fatto riferimento ad alcuna diversa domanda amministrativa.

In ogni caso, secondo le difese dell'ente, sarebbe stata ugualmente infondata la successiva domanda amministrativa pure proposta dall'assicurata, il 4.7.2013 (non menzionata in ricorso), e diretta ad ottenere l'Assicurazione Sociale per l'Impiego (ASPI), giacché quanto ad essa M. non avrebbe potuto far valere il requisito dell'avvenuta cessazione del rapporto a partire dal 1.1.2013.

Del tutto irrilevante sarebbe stata ai fini di interesse la circostanza che il periodo di maternità obbligatoria fosse terminato dopo il 1.1.2013 (segnatamente il 4.7.2013) e l'indennità di maternità corrisposta per l'intero periodo, trattandosi di una prestazione erogata anche per periodi successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, essa avvenuta, pacificamente, il 31.12.2012.

L'Istituto concludeva quindi per il rigetto del ricorso.

Pacifici i fatti di causa, la giudicante assegnava alle parti termine per note scritte.

Infine, all'udienza di cui in epigrafe, in esito alla discussione orale pronunciava sentenza come da separato dispositivo, attesa la complessità delle questioni trattate.

Così riassunta la presente vicenda processuale e le rispettive posizioni delle parti, nel merito i fatti di causa sono pacifici e comunque documentati.

E' incontroverso infatti che l'attrice, assicurata a partire dall'8.7.2011, abbia richiesto all'INPS la corresponsione dell'indennità di disoccupazione M. 1.1.2013, domanda definitivamente respinta per avere ritenuto l'Istituto che M. non fosse titolare del requisito del biennio di assicurazione alla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Neppure vi è questione in ordine alla circostanza che tale rapporto, presupposto dell'obbligo assicurativo e che qui rileva, fosse un rapporto a termine di convenuta durata 1.1.2012 -31.12.2012 e che nel corso di detta relazione negoziale, a partire dal 15.11.2012 e poi fino al 7.7.2013 (dr. in tal senso l'estratto contributivo doc. 3 dell'attrice) M. sia stata in astensione per maternità, percependo dall'INPS la relativa indennità.

Da questi dati la difesa attrice argomenta il diritto della lavoratrice alla prestazione di cui è

causa, in quanto il periodo di astensione obbligatoria, coperto da contribuzione figurativa e svoltosi quando già la lavoratrice era assicurata contro la disoccupazione involontaria, sarebbe utile ai fini della maturazione del requisito del biennio di assicurazione, che quindi si sarebbe perfezionato alla data di astratta liquidabilità del beneficio (12.7.2013).

Ciò posto in fatto, è noto come l'art. 19 del R.D.L. 14/04/1939, n. 636 subordinasse il diritto all'indennità di disoccupazione alla condizione che l'assicurato potesse far valere "*almeno due anni di assicurazione e almeno un anno di contribuzione nel biennio precedente l'inizio del periodo di disoccupazione*".

D'altro canto l'art. 24 del D.Lgs. 151/2001 dispone che l'indennità di maternità sia corrisposta anche nei casi di risoluzione del rapporto di lavoro previsti, per quanto interessa dall'articolo 54, comma 3, lettera c), cioè quando il rapporto di lavoro si risolva per scadenza del termine ad esso apposto, sempre che la risoluzione avvenga durante il periodo di congedo di cui dicono gli articoli 16 e 17 dello stesso testo normativo.

Così ricostruita la disciplina di interesse, pare a questo giudice che la domanda non sia fondata, in quanto all'evidenza assume coincidere l'inizio del periodo di disoccupazione (momento nel quale deve apprezzarsi la sussistenza del requisito del biennio di assicurazione) con la cessazione della maternità obbligatoria (7.7.2013, così che il biennio si sarebbe compiuto, per essere iniziato il rapporto assicurativo 18.7.2011).

Si tratta tuttavia di una prospettazione non condivisibile, poiché, come fondatamente obiettato dalla difesa dell'INPS, trascura la circostanza, invece ad avviso della giudicante decisiva, che la contribuzione figurativa di maternità sia stata riconosciuta in relazione ad un periodo di astensione iniziato nel corso di un rapporto di lavoro, ma protrattosi oltre la sua legittima cessazione per compimento del termine convenuto.

Così che l'inizio della disoccupazione non può che coincidere con la scadenza del termine e quindi con la cessazione del rapporto di lavoro.

E' invece irrilevante che la lavoratrice abbia comunque avuto diritto all'indennità di maternità (ed alla relativa contribuzione figurativa) anche oltre quel termine finale, giacché un tale diritto segue non alla permanenza del rapporto presupposto dell'obbligo assicurativo, in ipotesi per una *fictio iuris* rilevante ai soli fini previdenziali, ma all'espressa previsione di legge che consente la corresponsione dell'indennità di maternità anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, purché l'astensione sia iniziata prima.

Una simile soluzione ermeneutica, merita rilevare, non importa alcun trattamento pregiudizievole per la lavoratrice madre in conseguenza dell'astensione, giacché il periodo di contribuzione figurativa è comunque utile ai fini dell'anzianità assicurativa, così che nella specie esso avrebbe concorso al perfezionamento del requisito del biennio assicurativo ove il rapporto di lavoro fosse cessato effettivamente al termine dell'astensione medesima o comunque dopo il compimento del biennio a partire dall'inizio dell'assicurazione e computata anche l'astensione.

In contrario la prospettazione attrice presuppone la costruzione di una nozione autonoma di disoccupazione in conseguenza della condizione di astensione obbligatoria che la tutela privilegiata della maternità non impone né consente.

E' certamente da escludere infine che l'attrice abbia diritto all'ASPI, indipendentemente da ogni questione in ordine all'ammissibilità di una simile pretesa nel presente giudizio (per essere del tutto omissa in ricorso qualsiasi riferimento sia a detta prestazione, sia alla domanda amministrativa diretta ad ottenerla, essa menzionata solo dalla difesa dell'INPS).

L'art. 2 comma 2 della L 92/2012 assicura Infatti tale prestazione, per quanto interessa, "in relazione ai nuovi eventi di disoccupazione" occorsi a partire dal 1.1.2013, condizione che si è detto non essersi data nella specie per essere cessato il rapporto di lavoro dell'attrice il 31.12.2012.

Le domande attrici sono pertanto infondate e il ricorso va respinto.

L'assoluta novità della questione di causa giustifica la compensazione integrale delle spese di lite.

(Omissis)

Prestazioni - Assegno di maternità ex art. 66, L.n. 48/1998 - Cittadina extracomunitaria titolare di permesso di soggiorno temporaneo - Irrilevanza della durata del permesso di soggiorno - Mancanza di interesse al radicamento sul territorio nazionale - Diritto all'assegno - Non spetta.

Tribunale di Vicenza - 11.05.2016 n. 2534 - Dr.ssa Migliorati - I.R. (Avv. Berti) - INPS (Avv.ti Cavallari, Tomasello).

Qualora risulti che il cittadino straniero non persegua l'integrazione sua e della prole nel territorio della Repubblica, si deve escludere che possa fruire, da subito, dei benefici assistenziali che la collettività, con personale esborso fiscale, destina alla comunità di appartenenza, comprensiva di tutti coloro che, per nascita od elezione, hanno individuato l'Italia quale paese di stabile permanenza e radicamento sociale.

FATTO e DIRITTO - Il Giudice, revocando l'ordinanza, con cui riservava la data di lettura della sentenza, poiché il procedimento azionato dalla ricorrente non prevede, nella sua fase conclusiva, l'emissione di siffatto provvedimento giurisdizionale, bensì un'ordinanza, ancorché a contenuto decisorio ed altresì determinativo delle spese di fase, osserva:

la doglianza attorea muove dal diniego della municipalità di Grisignano di Zocca di provvedimento a fiscalità pubblica, quindi a carico della collettività, costituito dall'assegno di maternità.

Tale provvidenza avrebbe dovuto, per contro - secondo l'assunto defensionale - essere erogato alla ricorrente, cittadina marocchina, che ha partorito in Italia, sulla premessa, necessaria e sufficiente, di essere titolare di permesso di soggiorno temporaneo, avendo seguito il coniuge, che lavora sul territorio italiano.

Lamenta la parte ricorrente la discriminazione di fatto subita per ragioni di nazionalità extraitaliana (o, comunque, extraUE), del tutto equipollenti, per reiterati interventi giurisdizionali europei, oltre che nazionali del giudice delle leggi, i permessi di soggiorno temporanei a quelli di lunga durata, come espressamente previsti dalla legislazione in *subiecta materia*.

Ha resistito costituendosi ritualmente in giudizio INPS, onerato *ex lege* dell'esborso della provvidenza invocata.

Va, preliminarmente rilevato che il ricongiungimento con il coniuge è datato 20 luglio 2013 ed il conseguente, primo permesso di soggiorno è del 22 agosto 2013, con scadenza al 21 agosto 2014, esattamente in coincidenza con la nascita della figlia, avvenuta il 30 agosto 2014.

La cittadina straniera ha quindi conseguito un nuovo permesso di soggiorno a scadenza biennale, con termine al 16 settembre 2016.

Osserva il Giudice adito che la doglianza, come postulata, non è fondata.

La cittadina straniera, cui è presumibile spetti, quale puerpera, analoga provvidenza nel paese di origine e di sua nazionalità (e non è dato sapere, al riguardo, se ne abbia usufruito, così instando per la duplicazione del trattamento assistenziale) si è determinata al ricongiungimento con il coniuge, costà soggiornante da lungo periodo, solo nell'estate 2013, partorendo indi in Italia un anno dopo.

Non risulta che nel lasso temporale successivo, risalente all'anno 2015, abbia svolto continuativa attività lavorativa; la difesa non ha prodotto alcunché, al riguardo e l'assenza di vincoli lavorativi si desume, più che adeguatamente, dalla comunicazione, versata in atti, del suo rientro in patria per un quadrimestre, da luglio ad ottobre 2015.

A settembre, come si è *supra* indicato, scade il permesso di soggiornare in Italia.

Ciò induce il decidente a ritenere, con prudente apprezzamento, che nel corso del discontinuo triennio di permanenza, assente un legame lavorativo stabile, idoneo a rafforzare l'apprendimento della lingua e la compenetrazione con i costumi locali, la parte non abbia inteso radicare il proprio soggiorno, né favorire l'inserimento stabile e continuativo (e quindi peculiarmente linguistico) della prole nell'ambiente urbano della collettività dell'infanzia, istituzionalmente affidato alla locale municipalità, cui pure è stato richiesto, prontamente, l'assegno di maternità.

Dalle risultanze processuali invero risulta che è stato senz'altro perseguito un progetto temporaneo, di partorire costà; progetto senz'altro giustificato dall'opportunità di far nascere la prole su territorio italiano/europeo, fruendo dell'ottimo servizio sanitario nazionale.

Altro non si desume; nulla è stato riferito in ordine a ciò, che si è comunque lasciato in patria, stabilendosi in Italia per questo triennio, pur legittima la presunzione di possibile coesistenza di prole rimasta in Marocco, trattandosi di soggetto femminile ultratrentenne e coniugata, all'atto del suo ingresso in Italia.

Non emerge affatto l'interesse al radicamento; anzi al contrario, la compresenza di due indici opposti - la difettività di attività occupazionale e la discontinuità del lasso temporale di fruizione dei benefici del provvedimento amministrativo italiano - inducono a ritenere assolutamente provvisoria la permanenza costà.

E qui interviene il *discrimen* interpretativo: non va considerata la precipuità del permesso irrilevante se di breve o di lunga durata.

La *par condicio* deve essere assicurata per il solo elemento, necessario e sufficiente, del volitivo radicamento sul territorio.

L'una cosa è utilizzare un limitato periodo di ferie del coniuge per fare rientro in Marocco, altra è restarvi per quattro mesi, nella correlata, ineludibile inerzia di attivo, solerte coinvolgimento soggettivo nel paese ospitante.

Il cittadino straniero è senza dubbio facoltizzato a non perseguire l'integrazione, sua e della prole, ciò, tuttavia, deve escludere, per un criterio, appunto, di pari opportunità, che possa fruire da subito, di benefici assistenziali, che la collettività, con personale esborso fiscale destina alla comunità di appartenenza, comprensiva di tutti coloro che, per nascita od elezione hanno individuato l'Italia quale paese di stabile permanenza e radicamento sociale.

Peraltro vincoli di limiti massimi di spesa precludono che l'assistenza venga erogata a tutti coloro, che soggiornano per un certo tempo in Italia, senza un'intrinseca, ma evidenziabile progettualità.

Il ricorso va rigettato, ma si esonera la parte soccombente dal rifondere le spese all'Ente di previdenza nazionale, in ossequio al principio di equità, che è alla base della giurisdizione italiana.

(*Omissis*)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Integrazione salariale - Cassa integrazione guadagni - Ordinaria - Presentazione della domanda esclusivamente in via telematica stabilita da circolari INPS - Irricevibilità di domanda presentata con modalità diverse - Provvedimento di esclusione - Legittimità - Fondamento normativo.

TAR Campania - 24.10.2016 n. 4846 - Pres. Veneziano - Rel. Di Popolo - G. P. S.r.l. (Avv.ti Scognamiglio, Tancredi) - INPS (Avv.ti Di Maio, Lenguito, Tellone e Stumpo).

È legittimo il provvedimento che esclude il richiedente dal beneficio della C.I.G., per aver presentato la relativa domanda con modalità diverse da quelle previste dall'Ente previdenziale con proprie circolari che disciplinano l'utilizzo dei servizi telematici e che trovano adeguato fondamento nell'art. 38, comma 5, del D.L. n. 78/2010.

FATTO e DIRITTO - 1. Col ricorso in epigrafe, la G.P. S.r.l. impugnava, chiedendone l'annullamento, il silenzio rigetto serbato dall'INPS sul proprio ricorso amministrativo del 22 novembre 2013 avverso il provvedimento del 27 febbraio 2013, reiettivo della domanda di ammissione al trattamento di integrazione salariale (Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria - C.I.G.O.), inoltrata mediante raccomandata a.r. l'8 novembre 2012 e reiterata in via telematica il 22 marzo 2013.

Richiedeva, quindi, la condanna dell'Ente previdenziale intimato al riconoscimento del richiesto beneficio della C.I.G.O.

2. Il menzionato provvedimento reiettivo del 27 marzo 2013, tacitamente confermato in esito alla proposizione del ricorso amministrativo del 22 novembre 2013, era, segnatamente, motivato in base al rilievo che la cennata domanda di ammissione al beneficio della C.I.G.O. risultava presentata fuori termine.

3. Nell'avversare siffatta determinazione, la ricorrente lamentava, in estrema sintesi, che: - ai sensi dell'art. 6, lett. b, della l. n. 241/1990, nonché in omaggio ai principi di leale collaborazione tra amministrazione e privato e, più in generale, di buon andamento dell'agere amministrativo, l'istanza controversa avrebbe dovuto essere accolta, in quanto tempestivamente presentata (in rapporto al termine ex art. 7 della L. n. 164/1975) l'11 novembre 2012 mediante raccomandata a.r. e soltanto regolarizzata in via telematica il 22 marzo 2013; - per di più, il disguido consistito nell'originaria presentazione dell'istanza in parola mediante raccomandata a.r. (anziché in via telematica) sarebbe stato cagionato dal legittimo affidamento ingenerato dalle istruzioni fornite dall'INPS sul proprio sito internet istituzionale, ove, appunto, sarebbe stata prevista detta modalità di inoltro cartacea.

4. Costitutosi l'intimato INPS, eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, del quale richiedeva, quindi, il rigetto.

5. All'udienza pubblica del 28 settembre 2016, la causa era trattenuta in decisione.

6. Venendo ora a scrutinare il ricorso, esso si rivela infondato per i motivi illustrati in appresso.

Tanto esime il Collegio dall'esame della preliminare eccezione di inammissibilità (per violazione del principio *'ne bis in idem'*) sollevata da parte resistente.

7. Innanzitutto, non sono ravvisabili ragioni per discostarsi dagli approdi raggiunti da questo Tribunale amministrativo regionale con sentenza n. 1353 dell'8 marzo 2013 (1) in punto di tassatività della forma telematica di presentazione della domanda di ammissione al trattamento di integrazione salariale.

“Il provvedimento di esclusione dal beneficio della C.I.G. oggetto di impugnativa - recita la pronuncia richiamata - deve giudicarsi legittimo alla stregua delle circolari n. 75 del 30 luglio 2010 e n.141 del 28 ottobre 2011, emanate dall'Ente previdenziale intimato.

Tali circolari, trovano adeguato fondamento normativo nell'art. 38, comma 5, del D.L. n. 78/2010, conv. in L. n. 122/2010, a mente del quale, *“al fine di potenziare ed estendere i servizi telematici, il Ministero dell'economia e delle finanze e le Agenzie fiscali, nonché gli enti previdenziali, assistenziali e assicurativi, con propri provvedimenti possono definire termini e modalità per l'utilizzo esclusivo dei propri servizi telematici ovvero della posta elettronica certificata, anche a mezzo di intermediari abilitati, per la presentazione da parte degli interessati di denunce, istanze, atti e garanzie fideiussorie, per l'esecuzione di versamenti fiscali, contributivi, previdenziali, assistenziali e assicurativi, nonché per la richiesta di attestazioni e certificazioni ... amministrazioni ed enti indicati al periodo precedente definiscono altresì l'utilizzo dei servizi telematici o della posta certificata anche per gli atti, comunicazioni o servizi dagli stessi resi”.*

8. Ciò posto, ed essendo, quindi, da reputarsi inammissibile una domanda presentata (mediante raccomandata a.r., ossia) in forma diversa da quella telematica, è unicamente rispetto al momento di inoltro conforme a tale ultima modalità che va computato il termine ex art. 7 della L. n. 164/1975, applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame (*“Per l'ammissione al trattamento d'integrazione salariale l'imprenditore presenta alla sede provinciale dell'Istituto nazionale della previdenza sociale apposita domanda nella quale dovranno essere indicati la causa della sospensione o riduzione dell'orario di lavoro e la loro presumibile durata, il numero dei lavoratori interessati e delle ore di effettivo lavoro. La domanda deve essere presentata entro il termine di 25 giorni dalla fine del periodo di paga in corso al termine della settimana in cui ha avuto inizio la sospensione o la riduzione dell'orario di lavoro. Qualora la domanda venga presentata dopo il termine indicato nel comma precedente, l'eventuale trattamento d'integrazione salariale non potrà aver luogo per periodi anteriori di una settimana rispetto alla data di presentazione. Qualora dall'omessa o tardiva presentazione della domanda derivi a danno dei lavoratori dipendenti la perdita totale o parziale del diritto all'integrazione salariale, l'imprenditore è tenuto a corrispondere ai lavoratori stessi una somma d'importo equivalente all'integrazione salariale non percepita”*).

Ebbene, nel caso dedotto in giudizio, l'istanza telematica risulta presentata dalla G.P. il 22 febbraio 2013, ossia dopo lo spirare del suindicato termine in relazione al richiesto periodo di trattamento di integrazione salariale (5 novembre 2012 - 12 gennaio 2013). Di qui, dunque, l'irrimediabile tardività della stessa - così come acclarata, sia pure incidentalmente, da questo Tribunale amministrativo regionale nella sentenza n. 1460 del 10 marzo 2014 - e la legittimità del diniego in questa sede impugnato.

9. A quanto sopra è appena il caso di soggiungere, ad ulteriore ripudio del gravame in scrutinio, che la G.P., a fronte della controdeduzione di mancato ricevimento rassegnata dall'INPS nella relazione del 20 novembre 2013 (versata in atti il 23 dicembre 2014), non risulta aver

documentato l'avvenuto recapito (asseritamente in data 11 novembre 2012) della raccomandata n. 13075210612-4, recante l'originaria domanda cartacea di ammissione al trattamento di integrazione salariale.

10. In conclusione, stante la ravvisata infondatezza delle censure con esso proposte, il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

11. Quanto alle spese di lite, esse devono seguire la soccombenza ed essere quindi liquidate, a carico della G.P., nella misura di € 2.000,00 (oltre oneri accessori, se dovuti) in favore dell'INPS.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv. 2013 p. 84

Integrazione Salariale - Cassa Integrazione Guadagni - Ordinaria - Pagamento diretto - Presupposti - Ipotesi eccezionali e tassative - Provvedimento di esclusione - Legittimità.

Integrazione Salariale - Cassa Integrazione Guadagni - Ordinaria - Pagamento diretto - Presupposti - Ipotesi eccezionali e tassative - Difficoltà aziendale dovuta a carenza di liquidità - Indice di liquidità corrente - Valutazione tecnico-discrezionale dell'Ente previdenziale - Sindacato del giudice amministrativo.

TAR Campania - 19.01.2017 n. 422 - Pres. Veneziano - Rel. Di Popolo - D.C.G. S.r.l. (Avv.ti Savanelli, Coppola) - INPS (Avv.ti Di Maio, Stumpo, Lenguito, Tellone).

Il pagamento diretto dell'integrazione salariale da parte dell'INPS è previsto in ipotesi eccezionali e tassative - tra cui la difficoltà aziendale dovuta a carenza di liquidità - non ricorrendo le quali è legittimo il provvedimento di esclusione.

Ai fini del pagamento diretto dell'integrazione salariale da parte dell'INPS, l'utilizzo dell'indice di liquidità corrente (ILC), quale criterio di valutazione della carenza di liquidità, costituisce un parametro oggettivo, uniforme e notorio rientrante nella valutazione tecnico-discrezionale dell'Ente previdenziale che - nel caso di specie - si rivela immune da macroscopici vizi di illogicità o di travisamento fattuale, unicamente sindacabili dal giudice amministrativo.

FATTO e DIRITTO - 1. Col ricorso in epigrafe, la D.C.G. S.r.l. impugnava, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti del 15 ottobre 2014 e del 17 novembre 2014, con i quali l'INPS aveva espresso e confermato il proprio diniego sulla domanda di pagamento diretto del trattamento di integrazione salariale (Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria - C.I.G.O.) per il periodo 13

gennaio - 12 aprile 2014, inoltrata il 15 ottobre 2016 e integrata con nota del 29 ottobre 2014, nonché il silenzio rigetto formatosi sul ricorso amministrativo presentato il 13 dicembre 2014 avverso il provvedimento declinatorio anzidetto.

Richiedeva, quindi, la condanna dell'Ente previdenziale intimato al pagamento diretto delle spettanze rivenienti dalla C.I.G.O.

2. Il gravato provvedimento reiettivo, era, segnatamente, così motivato, sulla scorta dell'andamento dell'ILC (indice di liquidità corrente) 2012-2013-2014 (0,968 - 0,88 - 0,86): "si contesta l'impropria introduzione, nel procedimento di determinazione 'sintetico' delle due poste di bilancio 'attività a breve' e 'passività a breve', dei ratei e dei risconti, sia attivi che passivi, laddove essi debbano invece restare esclusi da detto computo in quanto trattasi di valori di integrazione e rettifica (c.d. scritture di assestamento generale di fine esercizio) delle poste di bilancio, per cui, in base ai principi contabili OIC, non vanno considerati ai fini del calcolo dell'ILC ... ad ogni modo, a fronte di un valore pari a 0,86, che denota una liquidità corrente con segno negativo, ma non dice nulla sulla carenza di liquidità monetaria *stricto sensu*, né può validamente assumersi come manifestamente grave la ipotetica crisi di illiquidità finanziaria, si esprime parere sfavorevole all'accoglimento dell'istanza".

3. Nell'avversare siffatta determinazione, la ricorrente deduceva, in estrema sintesi, che:

- l'erroneità dell'indicazione del periodo di integrazione salariale (3 febbraio - 3 maggio 2014, anziché 13 gennaio - 12 aprile 2014);

- l'omessa esplicitazione dei criteri di valutazione del presupposto per la concessione del beneficio del pagamento diretto (anziché a conguaglio), costituito, segnatamente, dalla crisi finanziaria aziendale sotto il profilo della carenza di liquidità;

- l'erronea valutazione di tale presupposto, a suo dire effettivamente sussistente.

4. Costitutosi l'intimato INPS, eccepiva l'infondatezza del ricorso, del quale richiedeva, quindi, il rigetto.

5. All'udienza pubblica del 9 novembre 2016, la causa era trattenuta in decisione.

6. Venendo ora a scrutinare il ricorso, esso si rivela infondato per i motivi illustrati in appresso.

7. Innanzitutto, il denunciato errore circa l'indicazione del periodo di integrazione salariale (3 febbraio - 3 maggio 2014, anziché 13 gennaio - 12 aprile 2014) è insuscettibile, per la sua natura materiale e per la sua portata marginale, di infirmare sul piano sostanziale il provvedimento impugnato.

8. Con riguardo, poi, al lamentato deficit di trasparenza nella declinazione dei criteri valutativi posti a base del gravato provvedimento di diniego di pagamento diretto dell'integrazione salariale, deve osservarsi che quest'ultimo risulta diffusamente e perspicuamente motivato in conformità alle direttive INPS riepilogate nel c.d. messaggio n. 33735 del 7 ottobre 2005 e integrate col successivo messaggio n. 29223 del 15 dicembre 2009, nonché in applicazione del parametro oggettivo individuato nell'ILC (cfr. retro, sub n. 2), così rendendosi superfluo ogni ulteriore impegno esplicativo a carico dell'amministrazione precedente.

In argomento, giova rammentare che:

- nelle ipotesi di C.I.G.O. il pagamento dell'integrazione salariale è corrisposto dal datore di lavoro, alla fine di ciascun periodo di paga, in nome e per conto dell'INPS;

- nella fase antecedente all'adozione del provvedimento di ammissione alla C.I.G.O., perdura, cioè, il rapporto di lavoro dipendente e con esso l'obbligo retributivo che assumerà retroattivamente la natura di anticipazione del trattamento integrativo solo dalla data di ammissione;

- l'obbligo di anticipazione del trattamento integrativo gravante sul datore di lavoro altro

non è, infatti, che un obbligo retributivo, anche se limitato alla misura dell'importo dell'integrazione salariale;

- solo allorché è concessa la C.I.G.O., tale onere si qualifica, ex post, come vera e propria anticipazione del trattamento previdenziale, conferendo al datore di lavoro il diritto al rimborso (c.d. conguaglio o compensazione) da parte dell'INPS.

In tale contesto sistemico, il pagamento diretto dell'integrazione salariale da parte dell'Ente previdenziale riveste, dunque, carattere eccezionale.

Ebbene, il richiamato messaggio n. 33735/2005 ha così codificato le eccezionali "situazioni di insolvenza dei datori di lavoro giuridicamente rilevanti che possono eventualmente consentire il pagamento diretto".

"In particolare, - recita il documento in parola - tali situazioni sono: - sottoposizione delle aziende a procedure concorsuali (fallimento, etc.); - cessazione delle aziende; - comprovata crisi finanziaria delle aziende ... Il pagamento diretto delle prestazioni in esame presuppone tra l'altro la verifica: a) di elementi preesistenti rilevanti ai fini della validità dell'autorizzazione, soprattutto sotto il profilo della temporaneità e transitorietà dell'evento non valutati in sede di decisione da parte della commissione provinciale (...); b) della effettività del diritto dei singoli lavoratori alla percezione dei trattamenti autorizzati ... Considerata ... l'autonomia gestionale dei Direttori delle Sedi periferiche, che tra l'altro, hanno la possibilità di meglio conoscere le situazioni locali, nonché le aziende nel territorio, si ritiene di demandare alla loro competenza la valutazione degli elementi delle singole richieste di pagamento diretto ... basandosi sui criteri contenuti nei già citati messaggi, nonché il rilascio della relativa autorizzazione al pagamento".

Il cennato messaggio n. 29223/2009 ha, poi, soggiunto, che: "Stante l'attuale periodo di crisi, a fronte di un aumento delle richieste di pagamento diretto effettuate dalle aziende autorizzate ad un periodo di cassa integrazione ordinaria da parte delle locali commissioni provinciali, si ritiene in via eccezionale di consentire l'autorizzazione al pagamento diretto per difficoltà aziendali dovute a carenze di liquidità. Le aziende che intendessero avvalersi di questa ulteriore agevolazione dovranno presentare una relazione del legale rappresentante che compri con elementi obiettivi, la difficoltà lamentata".

Ciò posto quanto alla predeterminazione delle ipotesi (eccezionali e tassative) di pagamento diretto dell'integrazione salariale, del tutto correttamente, ossia in omaggio ai fondamentali canoni di trasparenza che presiedono all'*agere* amministrativo, nonché nell'esercizio delle prerogative tecnico-discrezionali riconosciute alle sue singole articolazioni territoriali, l'INPS ha, nella specie, improntato la valutazione in merito alla carenza di liquidità dichiarata dalla D.C.G. ad un parametro - come detto - oggettivo, uniforme e notorio, oltre che logicamente coerente rispetto alla tipologia di difficoltà rappresentagli (crisi finanziaria di liquidità).

In dettaglio, il criterio in parola assume come principale indice/fattore misuratore/segnaletico il livello di salute finanziaria di un'impresa, costituito dall'indice di liquidità corrente (ILC), il quale si calcola ponendo in rapporto l'attivo circolante con le passività correnti, così come risultanti dall'ultimo bilancio approvato o dal bilancio provvisorio infrannuale.

9. Sul piano sostanziale, a fronte della povertà documentale connotante l'originaria istanza di pagamento diretto (formulata - in sede di richiesta di C.I.G.O. - il 16 luglio 2014 sulla base di succinte indicazioni di dati di bilancio, oltre che di generici riferimenti alla crisi di mercato, alla difficoltà di accesso al credito bancario ed al consolidamento dei debiti verso i fornitori), la resistente amministrazione previdenziale, nel compiere la propria valutazione tecnico-discrezionale, ha fatto - ad avviso del Collegio - buon governo del criterio prescelto, la cui applicazione si rivela immune da macroscopici vizi di illogicità o di travisamento fattuale (unicamente sindacabili dall'adito giudice amministrativo).

Ed invero, se la misura ideale dell'ILC deve considerarsi pari o superiore a uno (nel senso che le disponibilità attive correnti iscritte in bilancio sono in grado di coprire o sopravanzare le corrispondenti passività di breve periodo), il valore (0,86) ragguagliato dall'impresa ricorrente nell'anno 2014 si discosta appena di 0,14 dalla predetta misura ideale.

Ciò significa che vi è solo una parziale capacità di copertura delle passività a breve, ossia che non tutte le passività correnti possono essere soddisfatte dall'attivo circolante nel breve periodo. Ma ciò non significa anche che la ditta versi in condizioni di illiquidità tanto gravi da non consentirle in alcun modo di anticipare le indennità di C.I.G.O. ricorrendo all'ordinario sistema di conguaglio.

D'altronde, - come eccepito da parte resistente - i dati di bilancio relativi al triennio 2012-2014 restituiscono, con riferimento alla D.C.G., un andamento dell'ILC cronicamente (poco) al di sotto della soglia unitaria (0,968 - 0,88 - 0,86), così da indurre a ravvisare una gestione aziendale caratterizzata da non elevata liquidità, piuttosto che da grave illiquidità, giustificativa del pagamento diretto dell'integrazione salariale a carico dell'INPS.

10. Con riferimento, infine, al rilievo formulato dall'amministrazione previdenziale circa l'erronea indicazione dei ratei e dei risconti, sia attivi sia passivi, nelle voci di bilancio 'attività a breve' e 'passività a breve', ai fini della determinazione della situazione di illiquidità dell'impresa ricorrente, le contestazioni da quest'ultima formulate non valgono a sovvertire, sul piano probatorio, il dato oggettivo che, nella documentazione a supporto dell'istanza di pagamento diretto contestuale alla richiesta di C.I.G.O. del 16 luglio 2014, i menzionati ratei e risconti figuravano computati negli importi (€ 2.065.807,00 e € 2.433.726,00), rispettivamente, corrispondenti alle anzidette voci di bilancio provvisorio 2014.

11. In conclusione, stante la ravvisata infondatezza delle censure con esso proposte, il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

12. Quanto alle spese di lite, esse devono seguire la soccombenza ed essere, quindi, liquidate, a carico della D.C.G., nella misura di € 2.000,00 (oltre oneri accessori, se dovuti) in favore dell'INPS.

(Omissis)

CONSIGLIO DI STATO

Contratti della P.A. - In genere - Appalti pubblici - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Natura - Dichiarazione di scienza.

Processo civile - Giurisdizione - In genere - DURC - Procedimento di evidenza pubblica - Verifica regolarità - Controversia - Giurisdizione del giudice amministrativo - Sussiste.

Contratti della P.A. - In genere - Appalti pubblici - Gara - Requisiti - DURC - Regolarità - Regolarizzazione postuma - Dopo art. 31, comma 8, D.L. n. 69/2013 - Esclusione - Regolarizzazione - Limiti.

Consiglio di Stato Ad. Plen. - 25.05.2016 n. 10 - Pres. Pajno, Patroni Griffi, Santoro, Severini, Maruotti - Est. Russo - S.S.S.C.S. Onlus (Avv. Manzi) - S.C.S. Onlus di L. a r.l. (Avv.ti Rubino, Poletti), Provincia di Verona (Avv.ti Biancardi, Gattamelata, Sorio), INPS (Avv.ti Sgroi, Maritato, D'Aloisio, De Rose, Matano, Sciplino).

Il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso.

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'accertamento circa la regolarità del DURC, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara; ed invero, in materia di contratti pubblici, il DURC viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, D.L. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità

dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

FATTO - La Provincia di Verona indicava, in data 9 aprile 2014, una gara per l'affidamento del servizio di integrazione didattica a favore degli allievi con disabilità sensoriali per gli anni scolastici 2014/2015 e 2015/2016, da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa. A questa procedura partecipavano la S.S.S.C.C.S.Onlus ed il R.T.I. composto dalla S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l., in qualità di mandataria, e dalla S.C.S.E.Onlus.

All'esito dell'esame delle offerte e della attribuzione dei relativi punteggi, in data 26 maggio 2014, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore del R.T.I.. Successivamente, la stazione appaltante provvedeva al controllo del possesso dei requisiti di moralità di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006: nello specifico, la stazione appaltante acquisiva il DURC. INPS - INAIL di Palermo - prot. n. 30364143 del 16 luglio 2014 - da cui risultavano alcune irregolarità contributive ascrivibili alla S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l..

Tale ultima circostanza giustificava la comminazione dell'esclusione dalla procedura per il R.T.I.: con la determinazione n. 2903 del 17 luglio 2014, oltre all'estromissione dalla gara, veniva disposta l'escussione della cauzione prestata dal R.T.I., nonché la segnalazione alla competente Autorità di settore. Con il medesimo provvedimento veniva, altresì, aggiudicato provvisoriamente il servizio, oggetto della procedura di gara, alla S.S.S.C.C.S.Onlus, seconda in graduatoria.

Con successiva determinazione n. 3009 del 28 luglio 2014 il servizio veniva aggiudicato definitivamente alla S.S.S.C.C.S.Onlus, alla quale era imposta una immediata esecuzione delle prestazioni scaturenti dal contratto, stante l'imminenza dell'inizio dell'anno scolastico.

Con ricorso r.g. n. 1241 del 2014, la S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l. adiva il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, per un verso, lamentando l'illegittimità dei provvedimenti con i quali era stata disposta l'esclusione dalla procedura del R.T.I. ed il contestuale affidamento del servizio alla S.S.S.C.C.S.Onlus e, per altro verso, domandando la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato ed il subentro nel medesimo. I motivi di censura afferivano, in primo luogo, alla sussistenza di un credito nei confronti di una pubblica Amministrazione di ammontare superiore all'esposizione debitoria nei confronti dell'Ente previdenziale: l'applicazione dell'art. 13-bis D.L. n. 52 del 2012 (convertito in L. n. 94 del 2012) avrebbe consentito al R.T.I. di operare una compensazione idonea a regolarizzare la propria posizione contributiva nei confronti dell'Ente previdenziale. In secondo luogo, il DURC avrebbe dovuto considerarsi illegittimo in virtù della mancata applicazione dell'art. 7 comma 3 del decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007 e dell'art. 31 comma 8 del D.L. n. 69 del 2013 (convertito in L. n. 98 del 2013): le disposizioni citate avrebbero imposto, prima di considerare definitivamente accertata l'irregolarità contributiva, un previo invito alla sanatoria del debito gravante sulla S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l..

Il Tribunale territoriale, con la sentenza n. 218 del 23 febbraio 2015, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'INPS ed affermato, dunque, la sussistenza della giurisdizione amministrativa nella fattispecie de qua, accoglieva nel merito il ricorso e, per l'effetto, annullava gli atti impugnati, dichiarando l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato, e disponeva il relativo subentro a favore della ricorrente: a sostegno della decisione citata, il TAR richiamava l'omessa applicazione dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013 (convertito in L. n. 98 del 2013), che non avrebbe consentito di considerare definitivamente accertata la irregolarità contributiva ed, in ultima analisi, invocando il principio di massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

La S.S.S.C.C.S.Onlus impugnava, con atto di appello assistito da tre articolati motivi, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale. In via preliminare, l'appellante sollevava il

motivo, già fatto valere in promo grado in via di eccezione e disatteso dal TAR, relativo al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla legittimità e definitività del DURC: stante la natura certificativa o di attestazione, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'Ente previdenziale, il DURC rientrerebbe nell'alveo delle dichiarazioni di scienza assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti fede fino a querela di falso. Da ciò dovrebbe desumersi la giurisdizione ordinaria per ogni ipotesi di controversia concernente le inesattezze e gli errori contenuti nel DURC.

Con il secondo, articolato, motivo di gravame, la società appellante sostiene la erroneità del richiamo all'art. 31 comma 8 del D.L. n. 69 del 2013 effettuato dal giudice di primo grado: la norma, nel caso di specie, non avrebbe potuto invocarsi per una pluralità di motivi. Sotto un primo profilo, l'introduzione della citata disposizione non potrebbe condurre ad una modificazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, stante la necessità, a tal fine, di una espressa previsione legislativa, come previsto dall'art. 255 del medesimo D.Lgs. n. 163 del 2006. In secondo luogo, l'applicazione dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013, ipotizzato dal giudice di prime cure, avrebbe consentito una inammissibile regolarizzazione postuma della posizione contributiva della S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l.: in effetti, il campo di applicazione della disposizione citata dovrebbe limitarsi all'ipotesi in cui l'Ente previdenziale debba adottare un DURC attestante l'attuale situazione contributiva di un operatore, non potendosi, al contrario, ipotizzare un invito a regolarizzare una situazione contributiva pregressa. Sotto un ulteriore profilo, l'appellante ritiene erroneo il richiamo al principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici: se fosse avallata tale interpretazione, si consentirebbe la partecipazione alle gare anche ad operatori che, pur non essendo in regola con il versamento dei contributi previdenziali, attestino falsamente la regolarità della propria posizione nei confronti dell'Ente previdenziale. Questa possibilità, lungi dal conformarsi allo spirito del principio di massima partecipazione alle gare, lederebbe le regole della par condicio fra i concorrenti, partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica. Infine, l'applicazione del citato art. 1 comma 8, lederebbe, sotto un ulteriore profilo, la parità di trattamento nei confronti degli operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia: questi ultimi, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti, sono obbligati a produrre la documentazione attestante la regolarità della propria posizione contributiva alla data di scadenza per la presentazione delle offerte, in virtù del combinato disposto degli artt. 38 comma 2 e 47 comma 2 D.Lgs. n. 163 del 2006.

Con il terzo motivo di appello, la S.S.S.C.C.S.Onlus riteneva erronea la sentenza del Tar per violazione dell'art. 122 c.p.a.: all'uopo, parte appellante censurava la insufficiente motivazione riguardo alla scelta di ordinare il subentro nel contratto in favore del R.T.I.; inoltre, lamentava l'assenza di una espressa domanda di parte in tal senso, visto che la S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l. aveva proposto il ricorso introduttivo del giudizio in proprio e non in qualità di mandataria del R.T.I.; sotto un ulteriore profilo, veniva evidenziato che lo stato di esecuzione delle prestazioni derivanti dal contratto, nonché le peculiari caratteristiche strutturali delle medesime, non avrebbero giustificato un subentro, se non con un consistente pregiudizio per gli utenti del servizio.

Si costituiva in giudizio la Provincia di Verona, proponendo appello incidentale avverso la sentenza di primo grado, con il quale sosteneva l'erroneità nell'applicazione dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013: al riguardo venivano proposti motivi di impugnazione in parte coincidenti con quelli già sollevati dall'appellante principale. In particolare, secondo l'appellante incidentale, l'inapplicabilità alla fattispecie de qua, del citato art. 31 comma 8, deriverebbe da argomentazioni, anzitutto, di carattere letterale: in effetti, la disposizione invocata non farebbe espresso riferimento ai contratti pubblici, a differenza dei commi da 2 a 7 del medesimo articolo che, invece, richiamano espressamente le procedure finalizzate all'affidamento di commesse pubbliche; inoltre, le norme

sull'evidenza pubblica, individuando la loro fonte nell'ordinamento eurounitario, hanno un ambito di applicazione molto più ampio dell'art. 31 comma 8, il quale, invece, si rivolgerebbe soltanto all'INPS, all'INAIL ed alle Casse Edili. Da ciò potrebbe ricavarsi, altresì, una diversità di *rationes* delle norme che compongono il D.L. n. 69 del 2013: se, nel complesso, le disposizioni ivi contenute sono finalizzate alla promozione dello sviluppo economico del mercato interno all'ordinamento, il comma 8 dell'art. 31 introduce un regime di favore per chi violi gli obblighi contributivi. Da un punto di vista logico, inoltre, l'applicazione dell'art. 31 comma 8, nei termini indicati dal giudice di primo grado, condurrebbe ad un insanabile contrasto con il regime sanzionatorio posto a garanzia della veridicità delle dichiarazioni espresse in sede di presentazione delle offerte: l'inapplicabilità dell'art. 31 comma 8, in altri termini, deriverebbe dalla necessità di verificare il possesso dei requisiti di ammissione alla procedura, alla data di scadenza dei termini di presentazione delle offerte.

L'appellante incidentale censurava la sentenza del Tar anche perché, avallando la scelta del giudice di prime cure, si concretizzerebbe una coincidenza fra la definitività dell'accertamento sulla gravità delle violazioni contributive ed il termine della procedura di regolarizzazione espressa nell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013; invece, secondo la Provincia di Verona, il DURC in quanto insindacabile dalle stazioni appaltanti, potrebbe essere contestato dall'interessato soltanto con i mezzi e le forme previste dall'ordinamento e correlate alla sua natura di dichiarazione di scienza, avente carattere meramente dichiarativo dei dati in possesso dell'ente e facente prova fino a querela di falso.

Infine, secondo l'appellante incidentale, l'art. 31 comma 8 non potrebbe condurre ad una modifica dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, stante la presenza della clausola di modifica espressa di cui all'art. 255 D.Lgs. n. 163 del 2006.

Si costituiva in giudizio l'appellata, S.C.S.Onlus S. di I. a.r.l., che, con memoria eccepiva l'infondatezza dell'appello principale, chiedendone il rigetto.

Si costituiva, altresì, in giudizio l'INPS sostenendo le ragioni poste a fondamento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale.

La Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1379 dell'1 aprile 2015, in accoglimento della domanda cautelare proposta dall'appellante principale, sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado, ritenendo prevalente, fra gli opposti interessi, quello alla continuità del servizio svolto.

Dopo l'udienza di merito, con ordinanza n. 4799 del 21 ottobre 2015, la Quinta Sezione ha ritenuto opportuno sollevare due questioni, consequenziali fra di loro, rimettendole all'esame di questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a causa dei contrasti interpretativi insorti e della notevole rilevanza pratica che rivestono.

Con il primo dei due quesiti la Sezione remittente chiede "se rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ovvero al giudice ordinario, accertare la regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara".

Sul punto, si registra un contrasto giurisprudenziale fra chi afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa e chi, invece, propende, per la giurisdizione ordinaria.

A favore della tesi secondo cui l'accertamento della regolarità del DURC, in sede di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara, rientri nell'ambito della giurisdizione amministrativa, si è espressa parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenze, Sez. V, 16 febbraio 2015 n. 781, id. 14 ottobre 2014 n. 5064; id. 11 maggio 2009 n. 2874; Sez. VI, 4 maggio 2015 n. 2219). Secondo questo filone giurisprudenziale, la verifica sulla regolarità

del DURC non verrebbe in rilievo autonomamente, ma si inserirebbe nella fase procedimentale amministrativa di aggiudicazione di un appalto: stante la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., dovrebbe, dunque, affermarsi la giurisdizione amministrativa rispetto alla verifica della regolarità del DURC. Tale verifica verrebbe effettuata ai sensi dell'art. 8 c.p.a.: in altri termini, l'accertamento del giudice amministrativo verrebbe svolto in via incidentale, senza assumere l'efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale sotteso al rilascio del DURC (cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011). La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007 (1), ha affermato che non vi sarebbe alcun travalicamento dei limiti della giurisdizione ordinaria, in quanto l'oggetto dell'indagine del giudice amministrativo si incentrerebbe sulla mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che, in ultima analisi, si sostanzia in un requisito necessario ai fini della ammissione alla gara.

Di diverso avviso, invece, è altra parte della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza Sez. IV 12 marzo 2015 n. 1321, che richiama la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 4 maggio 2012), la quale afferma la sussistenza della giurisdizione ordinaria in virtù, anzitutto, della natura del DURC quale atto rientrante fra le dichiarazioni di scienza, assistite da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso. Inoltre, la giurisdizione ordinaria si ricaverebbe dal principio di diritto, espresso dalla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, secondo cui "la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto". Da questo principio, dunque, dovrebbe discendere che gli eventuali errori contenuti nel DURC incidono su situazioni giuridiche di diritto soggettivo e, data l'attinenza al rapporto contributivo, possono essere corretti dal solo giudice ordinario con gli appositi strumenti messi a disposizione dall'ordinamento (querela di falso o giudizio in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria). In più, l'accertamento *incidenter tantum* ipotizzato da chi propende per la giurisdizione amministrativa, non si concilierebbe con l'accertamento fidefacente dei fatti e dei diritti sottesi al DURC: in effetti, nell'accertamento circa la regolarità di detta certificazione, verrebbe in rilievo un rapporto obbligatorio, non un rapporto pubblicistico (cfr. Consiglio di Stato, sentenze, Sez. V, 26 marzo 2014, n. 1468; id. 3 febbraio 2011, n. 789 (2); Sez. IV 12 marzo 2009, n. 1458).

La Sezione rimettente ritiene, inoltre, di dover sottoporre all'esame di questa Adunanza Plenaria un ulteriore quesito, qualora venga affermata la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo nella materia de qua. In particolare, con il secondo quesito sottoposto ai sensi dell'art. 99 comma 1 c.p.a., la Sezione rimettente chiede "se la norma di cui all'art. 31, comma 8, del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 98, sia limitata al rapporto tra impresa ed Ente preposto al rilascio del DURC senza che lo svolgimento di tale fase riguardi la stazione appaltante (dovendo essa applicare comunque l'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, che richiede il possesso dei requisiti al momento della partecipazione alla gara), ovvero se la disposizione abbia sostanzialmente modificato, per abrogazione tacita derivante da incompatibilità, detto art. 38 e si possa ormai ritenere che la definitività della irregolarità sussista solo al momento di scadenza del termine di quindici giorni da assegnare da parte dell'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva".

Anche in merito alla presente questione vengono in rilievo due orientamenti giurisprudenziali opposti.

Secondo un primo filone giurisprudenziale, avallato dal Tar Veneto nella fattispecie di

cui è causa, l'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013 farebbe emergere la volontà del legislatore di favorire la massima partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici: per tale ragione la stazione appaltante non dovrebbe limitarsi a prendere atto della irregolarità emersa dal DURC, ma dovrebbe procedere a valutarne autonomamente il carattere definitivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 14 ottobre 2014 n. 5064). A tali conclusioni si dovrebbe giungere in virtù di un'implicita modifica all'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, determinata proprio dall'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013: in altri termini, l'assenza del requisito di regolarità contributiva assumerebbe carattere definitivo soltanto al termine dei quindici giorni previsti dalla procedura di regolarizzazione della posizione contributiva (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781). Questo indirizzo interpretativo condurrebbe, quindi, a ritenere possibile la presentazione di una domanda di partecipazione ad una gara, in pendenza del termine assegnato dall'Ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva, qualora sia stata al contempo estinta la situazione di irregolarità: in tal caso, infatti, la situazione di irregolarità non potrebbe ritenersi "definitivamente accertata" (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 1 aprile 2015, n. 1733).

Un secondo e contrapposto indirizzo giurisprudenziale afferma, invece, che non potrebbe essere rimessa alla stazione appaltante la valutazione circa la gravità né la definitività dell'irregolarità contributiva ascrivibile all'impresa concorrente: l'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013, pur prevedendo un meccanismo di "flessibilizzazione" delle situazioni di irregolarità contributiva, non avrebbe modificato le modalità di verifica, da parte delle stazioni appaltanti, dei requisiti partecipativi (cfr. Consiglio di Stato, sentenza, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219). Di conseguenza, la definitività della situazione di irregolarità contributiva dovrebbe coincidere sempre con il termine previsto per la presentazione delle offerte per partecipare alla procedura, concretizzandosi, in caso contrario, una lesione del principio della par condicio fra concorrenti e dell'interesse pubblico alla scelta di un contraente affidabile.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto memorie illustrative e riepilogative delle rispettive tesi, domande, eccezioni e conclusioni.

All'udienza pubblica del 23 marzo 2016, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO - L'esame dei quesiti sottoposti al vaglio di questa Adunanza Plenaria deve necessariamente prendere le mosse dalla pregiudiziale questione di giurisdizione sollevata dalla Sezione rimettente. Occorre, al riguardo, delimitare l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione agli accertamenti inerenti al documento unico di regolarità contributiva.

Le problematiche sorgono in virtù dell'apparente inconciliabilità fra la natura del DURC ed il criterio di riparto della giurisdizione fra giudice amministrativo ed ordinario, che si basa sul criterio della *causa petendi* ed, in definitiva, sulla situazione giuridica fatta valere. Le criticità si paleserebbero nel corso dei giudizi aventi ad oggetto procedure di affidamento di contratti pubblici ed, in particolare, con riguardo all'accertamento della regolarità del DURC.

Come è noto, ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006, "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: [...] i) che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti".

Nel caso in cui sorgano delle controversie inerenti ad un riscontro negativo in tema di regolarità contributiva, come risultante dal DURC, si pone la problematica del riparto di giurisdizione

in quanto, per un verso, la certificazione prodotta dall'Ente previdenziale assume il carattere di dichiarazioni di scienza, assistita da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c. e facente prova fino a querela di falso; per altro verso, tale accertamento si inserisce nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, rispetto alla quale sussiste, ai sensi dell'art. 133 c.p.a., la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Ad avviso di una parte della giurisprudenza, le contestazioni in merito agli errori contenuti nel DURC non potrebbero essere esaminate dal giudice amministrativo, sia perché incidono su situazioni di diritto soggettivo, sia perché disvelano un sottostante rapporto obbligatorio, di tipo non pubblicistico.

Il Collegio ritiene, tuttavia, di dover risolvere la questione nel senso di devolvere alla cognizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'accertamento circa la regolarità del DURC, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara.

Nelle controversie in materia di contratti pubblici, in effetti, il DURC viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

Al riguardo, il Collegio evidenzia che non è revocabile in dubbio la natura di dichiarazione di scienza attribuibile al DURC, che si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso. Questo elemento non risulta, tuttavia, ostativo all'esame, da parte del giudice amministrativo, della regolarità delle risultanze della documentazione prodotta dall'Ente previdenziale in un giudizio avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture.

A ben vedere, l'operatore privato può impugnare le determinazioni cui è giunta la stazione appaltante, all'esito dell'accertamento sulla regolarità contributiva, sollevando profili di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, qualora contesti le determinazioni derivanti dall'esito dell'attività valutativa. Questa conclusione, affermata da una recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenza, Sez. V, 16 febbraio 2015, n. 781), è giustificata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di compiere un accertamento puramente incidentale, ai sensi dell'art. 8 c.p.a., sulla regolarità del rapporto previdenziale: ciò implica che le statuizioni, adottate sul punto, hanno efficacia esclusivamente in relazione alla controversia concernente gli atti di gara e non esplicano i loro effetti nei rapporti fra l'Ente previdenziale e l'operatore coinvolto.

L'ambito della cognizione del Giudice Amministrativo, in effetti, concerne l'attività provvedimentale successiva e consequenziale alla produzione del DURC da parte dell'Ente previdenziale: l'operatore privato, nel giudizio instaurato dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa, non censura direttamente l'erroneità del contenuto del DURC, ma le statuizioni successive della stazione appaltante, derivanti dalla supposta erroneità del DURC.

Per tale ragione ed in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, leso se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del DURC e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'Ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo. Un iter processuale di tal genere risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato ed incompatibile con la celerità che il legislatore ha imposto per il rito degli appalti nel c.p.a.: l'attesa di una decisione sulla regolarità della posizione previdenziale, non permetterebbe di impugnare entro i termini di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a., i provvedimenti adottati dalla stazione appaltante in relazione alla

procedura di evidenza pubblica di riferimento.

Ciò non impedisce all'operatore privato di impugnare autonomamente il DURC con gli ordinari strumenti predisposti dall'ordinamento: in tal caso, tuttavia, ci si troverebbe al di fuori della cognizione del Giudice Amministrativo, per il dirimente motivo che una tale controversia concernerebbe il rapporto obbligatorio che lega l'operatore privato all'Ente previdenziale e non le decisioni della stazione appaltante.

Come è risaputo, con riferimento all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo è titolare di giurisdizione esclusiva (art. 244, primo comma, D.Lgs. 163/2006, già art. 6, primo comma, della L. 2005/2000) e può pertanto compiere, a prescindere dalla consistenza della corrispondente posizione soggettiva, ogni accertamento che gli sia domandato dalla parte per verificare il rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza (tra i quali la regolarità contributiva delle imprese partecipanti).

Sostenere, in tale contesto, che pur dovendo stabilire della legittimità degli appalti pubblici (e quindi della conformità di questi anche alle regole di derivazione comunitaria), il giudice amministrativo, ancorché domandato dalla parte, non possa spingersi ad accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione sol perché questo è attestato dal provvedimento di un'amministrazione (come avviene per il DURC), significherebbe limitare irragionevolmente l'ambito della tutela accordata dall'ordinamento anche in violazione dei principi comunitari di efficacia e rapidità dei mezzi di ricorso.

Allorché sia a ciò chiamato dalla parte nell'ambito di una procedura pubblica volta all'affidamento di lavori, servizi o forniture, il giudice amministrativo (come del resto potrebbe fare alla stregua dell'art. 8 del c.p.a. - già art. 8 della L. n. 1034/1971 - se nella materia considerata non gli fosse riconosciuta giurisdizione esclusiva) ben può incidentalmente valutare la sussistenza dei requisiti di partecipazione siano essi o meno attestati da atti della p.a..

Conforme risulta, d'altronde, l'orientamento della Corte regolatrice, la quale, proprio riferendosi alla certificazione INPS e ad una procedura concorsuale soggetta alla disciplina comunitaria, ha già avuto modo di stabilire che appartiene alla cognizione del giudice amministrativo "verificare la regolarità di una certificazione costituente specifico requisito per la partecipazione alla gara (Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2007, ord. 25818 (1)).

Come, dunque, chiarito anche dalla Sezione rimettente, sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la ordinanza n. 25818 dell'11 dicembre 2007(1) (confermata dalla successiva ordinanza n. 3169 del 9 febbraio 2011), hanno avuto modo di chiarire che la giurisdizione, in controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, appartiene al giudice amministrativo quando venga in rilievo la certificazione attestante la regolarità contributiva, sulla cui base l'Amministrazione abbia successivamente adottato un provvedimento. Al riguardo, la Suprema Corte ha chiarito che la certificazione sulla regolarità contributiva dell'impresa partecipante ad una gara d'appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti pubblici ai fini dell'ammissione alla gara. Dunque, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo perché è costui competente a sindacare la decisione della stazione appaltante inerente alla sussistenza o meno di un requisito utile a partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto.

Ciò che consente di affermare la giurisdizione amministrativa è, in definitiva, la diversità del tipo di sindacato compiuto dal giudice amministrativo rispetto a quello effettuato dal giudice ordinario sulla documentazione attestante la regolarità contributiva.

In effetti, il combinato disposto degli artt. 442 comma 1 e 444 comma 3 c.p.c. devolve alla giurisdizione ordinaria le controversie in materia di assistenza e previdenza obbligatorie: ciò implica che il giudice ordinario sarà chiamato ad accertare la sussistenza di un diritto del

prestatore di lavoro. Diversamente, l'art. 133 c.p.a., attribuisce alla giurisdizione amministrativa le controversie aventi ad oggetto le procedure relative all'affidamento di lavori, servizi e forniture: in quest'ambito, dunque, il giudice deve verificare la regolarità dei requisiti che, ad esempio, un'impresa esclusa dalla relativa procedura ha prodotto in sede di offerta, al fine di dichiarare illegittima detta esclusione.

In altri termini, la certificazione relativa alla regolarità contributiva dinanzi al giudice amministrativo viene in rilievo alla stregua di requisito di partecipazione alla gara e, pertanto, il regime relativo alla valutazione circa la sua regolarità non può essere differente da quello previsto per gli altri requisiti. Ad ulteriore conferma di questo assunto, il Collegio ritiene di poter utilmente richiamare l'esempio delle certificazioni antimafia che la Sezione rimettente ha descritto nell'ordinanza di rimessione. Anche in questa ipotesi, infatti, si è in presenza di un provvedimento che, a seconda dei casi, può costituire l'oggetto principale di una controversia oppure venire in rilievo come requisito propedeutico alla partecipazione ad una procedura di gara, nel qual caso ne viene esaminato il contenuto da parte del giudice amministrativo.

Alla luce delle pregresse considerazioni, il quesito sottoposto a questa Adunanza Plenaria può essere risolto enunciando il seguente principio di diritto:

“Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, adito per la definizione di una controversia avente ad oggetto l'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'accertamento inerente alla regolarità del documento unico di regolarità contributiva, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara. Tale accertamento viene effettuato, nei limiti del giudizio relativo all'affidamento del contratto pubblico, in via incidentale, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale”.

Risolta la prima questione relativa alla giurisdizione nei termini anzidetti, viene in rilievo, in modo consequenziale, il secondo quesito proposto dalla Sezione rimettente. Esso concerne la corretta interpretazione del requisito della definitività dell'accertamento delle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, previsto dall'art. 38 comma 1 D.Lgs. n. 163 del 2006, come causa di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In seguito all'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013 (che riproduce sostanzialmente, la procedura già prevista dall'art. 7 D.M. 24 ottobre 2007) è stata introdotta una procedura di flessibilizzazione (c.d. “preavviso di DURC negativo”) che consente all'impresa richiedente il rilascio della certificazione contributiva, di sanare la propria posizione, prima della definitiva certificazione negativa: in virtù di tale procedura, l'Ente previdenziale, qualora riscontri delle irregolarità, deve invitare l'operatore richiedente a sanare la propria posizione entro il termine di quindici giorni. Soltanto qualora l'operatore non effettui la regolarizzazione della propria posizione, entro il termine anzidetto, l'Ente previdenziale potrà adottare un DURC negativo.

L'introduzione, o meglio la “legificazione” del preavviso di DURC negativo, ha posto il problema di individuare esattamente il momento a partire dal quale la violazione della legislazione in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, possa ritenersi definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto, come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, è sorto un contrasto giurisprudenziale.

Il Collegio ritiene che il quesito possa essere risolto rinviando al principio di diritto espresso da questa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016. In quella sede, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato si è espressa nel senso di ritenere che “Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69,

(Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto".

In tal modo è stato chiarito che l'art. 31 D.L. n. 69 del 2013 non ha modificato la disciplina dettata dall'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006: la regola del preavviso di DURC negativo, dunque, non trova applicazione nel caso di certificazione richiesta dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dell'impresa partecipante. Il meccanismo, di cui al citato art. 31 comma 8, si applica solo nei rapporti fra Ente previdenziale ed operatore economico richiedente, senza venire in rilievo nel caso in cui sia la stazione appaltante a richiedere il DURC ai fini della verifica circa la regolarità dell'autodichiarazione.

Questa Adunanza Plenaria ha giustificato le predette conclusioni con una serie di argomentazioni, di carattere letterale, storico e sistematico, che, seppur brevemente, il Collegio ritiene opportuno richiamare.

In primo luogo, l'inapplicabilità alle procedure di evidenza pubblica del meccanismo di cui al comma 8 è desumibile dalla lettura complessiva dell'articolo 31 D.L. n. 69 del 2013. In effetti, i commi dal 2 al 7 di tale norma contengono un preliminare ed espresso riferimento ai contratti di pubblici lavori, servizi o forniture o, comunque, un rinvio al D.Lgs. n. 163 del 2006. Diversamente, il comma 8 non contiene un riferimento di tal genere, né sarebbe possibile desumerlo, in maniera implicita, dal testo della disposizione.

Inoltre, la modifica al testo dell'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006 non può essere sostenuta argomentando in merito ad una presunta incompatibilità fra le due disposizioni: in questo senso osta l'art. 255 D.Lgs. n. 163 del 2006 a tenore del quale "ogni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute". Il D.L. n. 69 del 2013 contiene, all'art. 31 comma 2, le disposizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006 che sono state modificate, in conformità alla clausola di abrogazione esplicita di cui all'art. 255: tuttavia, in tale elenco non rientra l'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006.

Ad ulteriore conferma della conclusione cui è giunta, questa Adunanza Plenaria ha evidenziato l'assenza, nei commi da 3 a 7 dell'art. 31, di qualsivoglia riferimento ad una possibile regolarizzazione postuma dell'inadempienza contributiva imputabile all'operatore che abbia partecipato alla gara o che stia eseguendo il contratto: nelle norme richiamate è la stazione appaltante a richiedere all'Ente previdenziale il rilascio del DURC, ai fini della verifica della veridicità della autodichiarazione presentata dall'operatore privato. Diversamente, il comma 8, nel disciplinare la procedura di preavviso di DURC negativo, si riferisce alle sole ipotesi in cui sia l'operatore privato a richiedere all'Ente previdenziale il rilascio della certificazione.

Sotto il profilo sistematico, questa Adunanza Plenaria afferma il parziale parallelismo strutturale che sussiste fra il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 ed il preavviso di rigetto disciplinato dall'art. 10-bis L. n. 214 del 1990. Al riguardo viene premesso, per un verso, che il

preavviso di rigetto - previsto in via generale per i procedimenti iniziati ad istanza di parte - non opera, per espressa scelta legislativa, in relazione ai procedimenti in materia previdenziale. Per altro verso, il meccanismo di cui all'art. 31 comma 8 prevede un procedimento in cui rileva la materia previdenziale ed al contempo strutturato come procedimento ad istanza di parte. Pertanto, l'art. 31 comma 8, costituendo una "deroga alla deroga", non può applicarsi al di fuori delle ipotesi espressamente descritte dal legislatore e, cioè, quelle in cui l'operatore privato richieda all'Ente previdenziale il rilascio del DURC. Quando, invece, è la stazione appaltante a richiedere la certificazione all'Ente previdenziale, ci si pone al di fuori dell'ambito applicativo della fattispecie ex art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013.

Sempre sotto il profilo sistematico, si afferma anche che "l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara" e cioè quello di parità di trattamento e di autoresponsabilità, nonché il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Risulta evidente, in effetti, che, consentire la partecipazione ad una gara ad operatori che non possiedono, in materia di contributi previdenziali, i requisiti necessari a prendere parte alla procedura comparativa, ma ne autodichiarano il possesso, comporta due conseguenze evidenti: da un lato, l'operatore potrebbe integrare un requisito indispensabile alla partecipazione solo dopo aver preso parte alla gara ed in seguito al suo esito favorevole, a differenza degli altri concorrenti; dall'altro lato, l'autodichiarazione resa in sede di presentazione dell'offerta sarebbe viziata da una intrinseca falsità, di per sé idonea a giustificare l'esclusione dalla procedura. Inoltre, consentire una regolarizzazione postuma dei requisiti di partecipazione alla gara urterebbe con la impossibilità, affermata anche dalla sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio 2014, di perdere i requisiti neanche temporaneamente nel corso della procedura.

Infine, da un punto di vista storico - normativo, questa Adunanza Plenaria ha richiamato il D.M. 24 ottobre 2007, il cui art. 7 comma 3 prevedeva un procedimento strutturalmente simile a quello previsto dall'art. 31 comma 8: "nell'interpretazione di questa norma non si è mai dubitato che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovasse applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche effettuate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alle gare d'appalto".

Alla luce delle precedenti considerazioni, il secondo quesito sottoposto dalla Sezione rimettente deve essere risolto, in conformità al principio di diritto espresso nelle sentenze di questa Adunanza Plenaria nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016, nel senso di ritenere l'ambito di applicazione dell'art. 31 D.L. n. 69 del 2013 limitato ai rapporti fra Ente previdenziale ed operatore privato richiedente il rilascio del DURC. Di conseguenza, va escluso che detta disposizione abbia determinato una implicita modifica all'art. 38 D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'applicazione dei suesposti principi alla fattispecie oggetto del presente contenzioso determina: - che si debba respingere il primo motivo dell'appello principale con il quale era stato riproposta, in sede di impugnazione, l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo in relazione all'accertamento sulla regolarità del DURC, già disattesa dal giudice di prime cure;

- che si debba, invece, accogliere il secondo motivo dell'appello principale, con il quale la S.S.S.C.C.S.Onlus sostiene l'erroneità della sentenza del Tar Veneto per aver ritenuto illegittima l'esclusione comminata ai danni dell'appellata, argomentando tale illegittimità, sull'asserita mancata applicazione dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013.

Il motivo è fondato e va accolto.

A causa dell'impossibilità di applicare il preavviso di DURC negativo al caso concreto, il Collegio ritiene, in definitiva, legittimo l'operato dell'Amministrazione la quale ha validamente escluso dalla procedura la società appellata, in conseguenza delle irregolarità riscontrate all'esito del controllo in merito alla regolarità contributiva.

La fondatezza del secondo motivo dell'appello principale, relativo alla impossibilità di applicazione dell'art. 31 comma 8 D.L. n. 69 del 2013 nei rapporti fra stazione appaltante e ente preposto al rilascio del DURC, consente di ritenere assorbita l'ulteriore censura, sollevata dalla società appellante, relativa alla errata applicazione dell'art. 122 c.p.a..

L'accoglimento dell'appello principale determina, altresì, l'assorbimento dell'appello incidentale proposto dalla Provincia di Verona.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'accoglimento del secondo motivo dell'appello principale comporta che, in riforma della sentenza di primo grado, vada respinto il ricorso introduttivo del giudizio.

La novità e la complessità delle questioni affrontate, nonché i contrasti giurisprudenziali esistenti sulle vicende affrontate, nonché il parziale accoglimento, consentono al Collegio di disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv. 2007, p. 928

(2) Idem, 2011, p. 244

Contratti della P.A. - In genere - Appalti pubblici - Gara - Documento unico di regolarità contributiva (DURC) - Natura giuridica.

Contratti della P.A. - In genere - Appalti pubblici - Gara - DURC - Preavviso di DURC negativo - Funzione.

Contratti della P.A. - In genere - Appalti pubblici - Gara - DURC - Partecipazione - Posizione previdenziale - Regolarizzazione postuma - Inammissibilità.

Consiglio di Stato - 28.12.2016 n. 5501 - Pres. Poli - Est. Taormina - S.I. S.r.l. +7 (Avv. Ricciardi) - S.C. S.p.a. (Avv. Clarizia) - S.P. S.p.a. (Avv.ti Mannocchi, Mirabile) - INPS (Avv.ti Sgroi, D'Aloisio, Maritato, De Rose, Matano, Sciplino).

Nelle gare pubbliche il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso; esso viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante.

L'Istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello

legislativo dall'art. 31 comma 8, D.L. n. 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31 comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

FATTO - 1. Con la sentenza oggetto del presente giudizio - TAR per il Lazio - sede di Roma - Sezione III, n. 4085 del 12 marzo 2015, è stato respinto il ricorso proposto dalla società I. volto ad ottenere:

a) l'annullamento del provvedimento n. 1796 del 23 gennaio 2015 di esclusione dalla gara a procedura aperta per la stipula di un accordo quadro suddiviso in tre lotti con più operatori economici per l'affidamento dei servizi applicativi per le pubbliche amministrazioni - ID1432 -;

b) il risarcimento dei danni arrecati dalla esclusione.

2. La società odierna appellante - componente di un costituendo R.t.i di cui facevano parte tra le altre, le società P. S.p.a. ed E. S.p.a. - aveva prospettato plurime macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere avverso il provvedimento di esclusione, discendente dal riscontrato stato di irregolarità della medesima società I. S.r.l. e della società P. S.p.a. in relazione al requisito di cui all'art. 38 co. 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163/20016.

3. La società C. S.p.a. e la società contro interessata A.T.I.I.C. S.p.a., si erano costituite chiedendo la reiezione del ricorso in quanto infondato.

4. Il TAR ha partitamente esaminato le censure proposte dalla società odierna appellante e le ha respinte (concentrando il proprio esame su una soltanto delle società facenti parte del costituendo R.t.i "sospettate" di versare in una situazione di irregolarità e di avere reso una dichiarazione non veritiera, in quanto la eventuale riscontrata rispondenza al vero di tale condizione era comunque idonea e sufficiente a sorreggere la legittimità dell'atto impugnato), deducendo che:

a) il contestato provvedimento di esclusione era fondato sulla circostanza che la società I. S.r.l. alla data del 3 marzo 2014, non fosse in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ciò in quanto, alla data del 16 febbraio 2014, non aveva proceduto al pagamento dei contributi per i dipendenti maturati con riferimento al mese di gennaio 2014);

b) non erano emersi dubbi né sulla debenza (*an*) né sull'entità (*quantum*) del debito previdenziale al momento in cui era stata resa l'autodichiarazione di contenuto negativo;

c) il concetto di "definitività" nell'ambito delle gare pubbliche doveva coincidere con il momento della (scadenza del termine di) presentazione dell'offerta;

d) non era contestato il contenuto del debito contributivo specifico ed autoliquidato né che, alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta (3 marzo 2014), l'istanza di rateizzazione della ricorrente fosse stata proposta all'INPS né che essa tantomeno fosse stata accolta (l'istanza di rateizzazione, era stata accolta dall'Istituto previdenziale in data 12 settembre

2014);

e) non era condivisibile la tesi incentrata sull'obbligo dell'Istituto previdenziale di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7 comma 3 D.M. 24 ottobre 2007;

f) la disciplina di cui all'art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. n. 163 del 2006 era applicabile anche alle ipotesi dell'accordo quadro in quanto così prevedeva l'art. 59, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163 del 2006;

g) l'obbligo di incamerare la cauzione provvisoria, discendeva direttamente dall'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 (secondo cui la cauzione copre "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario" ovvero qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile) e valeva non solo per il caso del rifiuto di stipulare o per il difetto di requisiti speciali ma anche per l'assenza di quelli generali.

5. La società originaria ricorrente rimasta soccombente ha impugnato la suindicata decisione, che ha criticato sotto numerosi angoli prospettici, chiedendone la riforma e riproponendo integralmente le censure disattese in primo grado anche sotto il profilo della eventuale incompatibilità comunitaria delle disposizioni nazionali che prevedevano l'esclusione della ditta non in regola con il pagamento dei contributi previdenziali deducendo in particolare che:

a) con ordinanza n. 1236/2015 del 11 marzo 2015 questa Sezione aveva sollevato questione di legittimità comunitaria delle disposizioni rilevanti nella odierna causa;

b) non sussisteva alcuna situazione di irregolarità contributiva della società I. S.r.l. alla data del 3 marzo 2014 in quanto mancava un "definitivo accertamento": la sentenza impugnata aveva tenuto in non cale quanto disposto dall'art. 31 comma 8 del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 9 agosto 2013, n. 98 e quanto in passato già previsto dagli artt. 5 e 7 del D.M. lavoro e previdenza sociale 24 ottobre 2007;

c) a monte, la dichiarazione da questa resa non era mendace, e quindi non avrebbe potuto determinare l'esclusione, in quanto non v'era stato alcun definito accertamento sulla situazione debitoria in cui essa versava (tale dichiarazione era stata resa sulla base di un DURC rilasciatole il 5 febbraio 2014, valido, efficace, e positivo);

d) il 12 settembre 2014 la predetta società I. S.r.l. aveva comunque regolarizzato la propria posizione in quanto in detta data l'INPS le aveva inviato il piano di ammortamento, che essa stava onorando: e l'INPS, interpellata dalla stazione appaltante, avrebbe dovuto assegnare alla società I. S.r.l. il termine di 15 giorni per regolarizzare la propria posizione;

e) la sentenza avrebbe dovuto dare rilievo alla nuova direttiva appalti n. 14/2014, già applicabile sebbene non fosse ancora scaduto il termine di recepimento all'epoca dei fatti;

f) in ogni caso, l'esclusione non avrebbe potuto essere disposta, in quanto trattavasi di un accordo quadro ricadente sotto l'usbergo dell'art. 59 del citato D.Lgs. n. 163 del 2006;

g) non sussistevano i presupposti per escutere la cauzione, e risultava violata la prescrizione dell'art. 75, del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto:

I) non si era al cospetto di alcuna dichiarazione mendace;

II) non si verteva nel campo dell'assenza di requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica ed organizzativa, ma di eventuale assenza di requisito soggettivo, e ciò non consentiva l'escussione della cauzione;

III) il R.t.i E. non poteva essere qualificato "affidatario";

IV) il bando non prevedeva tale facoltà;

h) in ogni caso la cauzione escussa era di importo sproporzionato, ed il Giudice avrebbe potuto e dovuto ricondurla ad equità;

i) ciò era tanto più vero in quanto il novellato art. 38 comma 2 *bis* del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 prevedeva che ogni violazione accertata comportasse la sanzione massima di Euro

50.000.

5.1. Nella seconda parte dell'appello ha riproposto i motivi del ricorso di primo grado concernenti la contestata irregolarità dell'altra società facente parte del costituendo R.t.i (società P. S.p.a.) rimasti assorbiti nella impugnata sentenza.

6. In data 25.3.2015 la società C. S.p.a. si è costituita depositando una articolata memoria e chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

7. In data 13.4.2015 l'Istituto INPS si è costituito depositando atto di stile e chiedendo di respingere l'appello.

8. In data 13.4.2015 la società P. S.p.a. si è costituita depositando atto di stile e chiedendo di respingere l'appello.

9. In data 15.4.2015 la società P. S.p.a. ha depositato una articolata memoria chiedendo l'accoglimento dell'appello.

10. In data 21.4.2015 società controinteressata A.T.I.I.C. S.p.a., si è costituita depositando una articolata memoria e chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

11. Alla camera di consiglio del 21.4.2015 fissata per la deliberazione della domanda di sospensione della provvisoria esecutività dell'impugnata sentenza la Sezione, con la ordinanza n. 1696/2015 ha accolto in parte il *petitum* cautelare, limitatamente all'incameramento delle cauzione sulla scorta della considerazione per cui «ritenuto, pur alla luce della sommaria deliberazione propria della fase cautelare, che le questioni meritino adeguato approfondimento nella sede di merito; che, nelle more, la misura cautelare più confacente ad un equo temperamento degli interessi è quella della sospensione dell'incameramento della cauzione, così come del resto richiesto, sia pur in via graduata, dallo stesso appellante» ed ha fissato per la discussione del merito la pubblica udienza del 27 ottobre 2015.

12. In data 9.10.2015 la società C. S.p.a. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

13. In data 10.10.2015 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

14. In data 12.10.2015 l'Istituto INPS ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

15. In data 16.10.2015 la società C. S.p.a. ha depositato una memoria di replica puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

16. In data 16.10.2015 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una memoria di replica puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

17. Alla pubblica udienza del 27.10.2015 fissata per la definizione della causa la Sezione ha emesso la ordinanza collegiale n. 4958/2015 mercè la quale ha sospeso il giudizio alla stregua delle considerazioni per cui «a) che con ordinanza 29/9/2015 n. 4540, questa Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la definizione di questione, concernente l'interpretazione dell'art. 38, comma 1, lett. i), del D.Lgs. 12/4/2006 n. 163, che costituisce punto centrale del presente giudizio (si veda in senso analogo anche Cons. Stato, Sez. V, ord. 21/10/2015 n. 4799); b) che, ai fini del decidere, il Collegio reputa necessario attendere la pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla menzionata questione; c) che, in attesa della detta pronuncia, il presente giudizio va sospeso».

18. In data 28.11.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato il provvedimento con il quale l'A.n.a.c. aveva archiviato la segnalazione nei confronti della detta società per difetto dell'elemento psicologico della falsa dichiarazione.

19. In data 2.12.2016 la società C. S.p.a. ha depositato una ulteriore memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese.

20. In data 3.12.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una ulteriore

memoria puntualizzando le proprie difese.

21. In data 9.12.2016 la società odierna appellante I. S.r.l. ha depositato una memoria di replica puntualizzando le proprie difese.

22. In data 9.12.2016 la società C. S.p.a. ha depositato una memoria di replica puntualizzando le proprie difese.

23. Alla odierna pubblica udienza del 20 dicembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO - 1. L'appello va in parte respinto in quanto infondato, e nella restante parte deve essere dichiarato improcedibile; la sentenza merita pertanto integrale conferma nei sensi di cui alla motivazione che segue.

1.1. Premesso che il Collegio non aderisce alla richiesta di rinvio avanzata dalla società odierna appellante in seno alla memoria depositata il 3 dicembre 2016 - in quanto la odierna causa è indipendente dalle altre pendenti indicate nell'istanza medesima - seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), in ordine logico è prioritario anzitutto rilevare che con la recente sentenza (pronunciata nella causa C 199/2015) del 10 novembre 2016, la Corte Europea di Giustizia ha affermato che è compatibile con la disciplina comunitaria (art. 45 della direttiva 2004/18/CE) la norma che esclude dalla gara (ma anche dalla successiva aggiudicazione) l'impresa che risulta in possesso del DURC regolare al momento dell'aggiudicazione ma non al momento della presentazione dell'offerta.

1.2. La richiamata sentenza è stata resa proprio pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale di cui alla ordinanza n. 1236/2015 di questa Quarta Sezione del Consiglio di Stato sul cui contenuto la società odierna appellante ha a lungo insistito nell'atto di appello, e da ciò consegue che:

a) risultano infondati i dubbi di compatibilità comunitaria delle disposizioni applicate nell'odierno giudizio;

b) non sussiste alcuna ulteriore ragione di dubbio comunitario quanto alle medesime disposizioni dovendosi incidentalmente evidenziare che la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva (nonché delle relative nozioni di "gravità" e "definitivo accertamento"); infatti, già nella sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile L. Lavori Pubblici, la Corte di giustizia, occupandosi anche della presunta incompatibilità tra la causa di esclusione prevista l'art. 38, comma 1, lettera i) e l'art. 45, paragrafo 2, della direttiva n. 18/2014, aveva stabilito (si vedano i paragrafi 32 e seguenti della motivazione da intendersi integralmente richiamati), che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute; in epoca ancor più risalente, la medesima Corte (sentenza 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04), aveva avuto modo di precisare che "la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara".

2. Venendo alle censure di merito, si osserva che le recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato del 25 maggio 2016, n. 10, e nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 hanno definitivamente chiarito la esattezza della tesi (comunque maggioritaria in giurisprudenza, tra le tante si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 2219) secondo la quale:

a) il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ha natura di dichiarazione di scienza e si colloca fra gli atti di certificazione o di attestazione facenti prova fino a querela di falso; esso viene in rilievo non in via principale, ma in qualità di presupposto di legittimità di un provvedimento amministrativo adottato dalla stazione appaltante;

b) anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del D.Lgs. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, D.Lgs. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

2.1. Nella incontestata sussistenza di una condizione debitoria, quindi, la esclusione si appalesava nel caso di specie quale atto dovuto, per le ragioni esaustivamente chiarite nella decisione suindicata, che deve intendersi integralmente richiamata e trascritta nel presente elaborato.

2.2. Le medesime sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato prima richiamate (si vedano in particolare i considerando 27 e 28 della decisione n. 5 del 29 febbraio 2016) hanno poi esaustivamente chiarito che "l'irregolarità contributiva sussistente al momento della domanda non solo non può essere sanata da una regolarizzazione postuma, ma non può nemmeno essere giustificata dal fatto che l'impresa sia in possesso di un precedente DURC (ottenuto in seguito ad istanza all'Ente previdenziale) che attesti (con riferimento ad una data precedente rispetto a quella di presentazione della domanda) la sussistenza della regolarità contributiva.

Non giova in senso contrario invocare il termine trimestrale di validità del DURC precedentemente rilasciato, atteso che l'art. 7, comma 2, del D.M. 24 ottobre 2007 riferisce tale termine di validità al solo settore degli appalti privati, ai fini dei quanto previsto a carico del committente o del responsabile dei lavori dall'art. 3, comma 8, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 496 (che prevede fra l'altro la sospensione del titolo abilitativo edilizio nel caso in cui non venga trasmesso all'Amministrazione concedente un DURC in corso di validità dell'impresa esecutrice dei lavori).

Il termine di validità del DURC non può, quindi, essere strumentalmente utilizzato per legittimare la partecipazione alla gara di imprese che al momento della presentazione della domanda non siano comunque più in regola con gli obblighi contributivi.

Né può invocarsi la lesione dell'affidamento riposto sulle risultanze del precedente DURC, atteso che, come si è precedentemente rilevato, in base al già richiamato principio di autoreponsabilità (in forza del quale ciascuno risponde degli errori commessi) non si può pretendere di superare l'inadempimento storicamente verificatosi in nome dell'apparenza ingenerata dal precedente rilascio di un documento unico di regolarità contributiva che va a "fotografare" una situazione di regolarità non più attuale al momento della partecipazione alla gara.

2.3. Tali perentorie indicazioni, pienamente condivise dal Collegio, consentono di affermare la infondatezza di tutte le doglianze tese a postulare:

a) la insussistenza di alcuna “dichiarazione mendace”;
 b) la necessità di una valutazione discrezionale della Stazione appaltante che tenesse conto della concreta situazione di fatto;

3. Tali considerazioni, riverberano poi i loro effetti anche sui motivi di appello più specificamente attingenti l’incameramento della cauzione provvisoria in quanto:

a) la dichiarazione resa dalla società facente parte del costituendo R.t.i I. S.r.l. era, per quanto prima chiarito, mendace;

b) in ogni caso, la medesima decisione dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 5 del 29 febbraio 2016 ha del pari chiarito che è corretta la tesi secondo cui l’escussione della cauzione provvisoria ai sensi dell’art. 48 del decreto legislativo n. 163 del 2006 rappresenta una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo, che costituisce l’automatica conseguenza della violazione di doveri o regole contrattuali espressamente accertate. Essa, quindi, sarebbe applicabile a prescindere dalla scusabilità dell’errore, sicché il detto incameramento della cauzione provvisoria previsto dall’art. 48 del Codice dei contratti pubblici, costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti. Tale misura, quindi, risulta insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all’esclusione (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, n. 2916 del 2015 nonché Corte Cost., ord. n. 211 del 13 luglio 2011); e peraltro è stato ivi rammentato che in passato l’Adunanza Plenaria (nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8) aveva riconosciuto che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria può trovare fondamento anche nell’art. 75, comma 6, del Codice di contratti pubblici, che riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario, intendendosi per “fatto dell’affidatario” qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, tra cui anche, come nel caso di specie, il difetto di un requisito d’ordine generale; secondo tali arresti, infine, trattandosi di norma imperativa essa etero integra il bando di gara.

3.1. Nessuna delle considerazioni contenute nell’appello è in grado di scalfire tale approdo, dal quale il Collegio non intende discostarsi, ed in particolare si evidenzia che:

a) si è già chiarito che la richiesta di eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea appare inaccoglibile, sia perché le considerazioni contenute nelle decisioni dell’Adunanza Plenaria cui si è fatto riferimento sono idonee ad inferirne la infondatezza e sia perché - come già condivisibilmente colto dal TAR al momento dell’adozione degli atti impugnati (e della sentenza di primo grado) non era ancora scaduto il termine di recepimento della Direttiva UE n. 24/2014/UE ed, in particolare, dell’art. 57 tanto che non poteva affermarsi che la stessa fosse divenuta *self-executing*;

b) la tesi secondo la quale la disposizione di cui all’art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 non potesse applicarsi alla fattispecie per cui è causa, trattandosi di un accordo-quadro è (come già condivisibilmente colto dal TAR) del tutto priva di fondamento, sol che si consideri che l’art. 59, comma 2, del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede che “Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all’aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell’accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti”;

c) le sopravvenute disposizioni di cui all’art. art. 38 comma 2 *bis* del citato D.Lgs. n. 163 del 2006 non concernono l’escussione della cauzione, e comunque sarebbero inapplicabili *ratione temporis* alla fattispecie (il bando venne pubblicato il 18 dicembre 2013, e l’art. 39 comma 3 del

decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 stabiliva che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”), per cui, non solo per come si è già chiarito non ricorreva alcun potere discrezionale della stazione appaltante, ma neppure è condivisibile il richiamo ad una supposta sproporzione dell’importo della cauzione escussa;

d) è evidente infine che nessuna influenza può annettersi sui fatti di causa al provvedimento versato in atti dalla società odierna appellante con il quale l’A.n.a.c. ha archiviato la segnalazione nei confronti della detta società, in quanto l’archiviazione ha avuto luogo per difetto dell’elemento psicologico della falsa dichiarazione, ma ciò non incide sulla oggettiva sussistenza del vizio contenuto espulsivo nella domanda presentata dalla parte odierna appellante medesima.

4. L’appello va conclusivamente respinto (anche quanto alla richiesta di risarcimento dei danni ed alla doglianza in punto di escussione della cauzione) e la sentenza di primo grado deve essere integralmente confermata, mentre sono all’evidenza improcedibili le ulteriori censure concernenti la posizione dell’altra società facente parte del costituendo R.t.i (società P. S.p.a.) ripropositive dei motivi del ricorso di primo grado concernenti la specifica posizione di detta società rimasti assorbiti nella impugnata sentenza (anche ove gli stessi fossero riconosciuti fondati, infatti, ugualmente la esclusione dell’appellante dovrebbe essere riconosciuta come doverosa legittima).

4.1. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

4.2. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5. Le spese del presente grado di giudizio vanno all’evidenza compensate tra tutte le parti, in considerazione della circostanza che le questioni di diritto prospettate hanno visto confrontarsi difformi orientamenti giurisprudenziali, soltanto di recente ricomposti mercé le decisioni dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato menzionate nella presente motivazione.

(Omissis)

CORTE DEI CONTI

Pensioni - Blocco della perequazione automatica - Abrogazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità - Ricostituzione pensione e rimborso degli arretrati - Limite al diritto alla rivalutazione introdotto dal Governo - Questioni di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza.

Corte dei Conti - Sez. Giurisdiz. per la Puglia - 14.06.2016 n. 206 - Dr. Dabbabbo - S.C. (Avv. Parabita) - INPS (Avv. Mattia).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, del D.L. n. 65/2015, che, nel limitare il diritto alla rivalutazione della pensione - a seguito dell'intervento in materia ad opera della Corte Costituzionale con la sentenza n. 70/2015 - prevede un meccanismo di rivalutazione progressivamente proporzionato all'entità delle pensioni in godimento, con il blocco totale solo per quelle di importo superiore a sei volte il minimo INPS, e calibrato secondo criteri di progressività, evitando, così, di disporre quegli automatismi valevoli indistintamente per tutti i pensionati, indipendentemente dall'entità del trattamento pensionistico.

FATTO - Con ricorso notificato il 16.12.2015, depositato presso la Segreteria di questa Sezione giurisdizionale in data 14.1.2016, il sig. S.C., premettendo di essere titolare di trattamento pensionistico n. 18021195, categoria ZZ a carico dell'INPS di importo superiore, nel 2012, ad Euro € 1.405,05 lordi (e nei 2013 ad € 1.443.00), e quindi di aver subito il blocco della perequazione automatica in virtù del D.L. 06 dicembre 2011 n. 201, convertito nella legge 22 dicembre 2011 n. 214, art. 24, comma 25; che in data 13.10.2015 aveva inviato a mezzo posta elettronica certificata una istanza all'INPS chiedendo la ricostituzione della pensione e il rimborso degli arretrati della perequazione a seguito di intervenuta abrogazione del citato art. 24, comma 25, del D.L. del 06/12/2011 n. 201 ad opera della sentenza n. 70 del 30.04.2015 (1) della Corte Costituzionale pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 06.05.2015 n. 18; che in data 20.10.2015 perveniva la comunicazione INPS n. 1600.20/10/2015.201360 con la quale l'Ente rigettava la suindicata istanza sulla base della disciplina introdotta dal Governo che, con il Decreto Legge n. 65 del 2015 (convertito poi in Legge 109/2015), aveva limitato il diritto alla rivalutazione delle pensioni; ha dedotto che l'intervento del Governo è lesivo del diritto alla rivalutazione spettante ai pensionati rispetto a quanto previsto dalla normativa vigente per effetto della pronuncia della Corte Costituzionale in quanto la rivalutazione spettante ai trattamenti pensionistici secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della Legge 23 Dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta nella misura del 90% mentre secondo la normativa introdotta dal D.L. 65 del 2015 le riduzioni previste per l'indicizzazione per il biennio 2012-2013 fanno sì che l'adeguamento sia irrisorio e fortemente penalizzato rispetto a quanto sarebbe spettato ai pensionati con una piena indicizzazione per il biennio 2012-2013 e una piena applicazione

degli effetti che questi avrebbero avuto sul 2014 e sul 2015.

Ha dedotto, inoltre, che tra la somma erogata dall'INPS ex D.L. 65/2015 per il rimborso degli arretrati una tantum nel mese di Agosto 2015, pari ad €. 2.519,00 e il rimborso realmente dovuto residua la somma di € 1.841,17 non versata in suo favore e che la nuova legge non ristabilisce il diritto alla rivalutazione delle pensioni e restituisce solo in minima parte le somme dovute a milioni di pensionati rappresentando ciò una gravissima ingiustizia che ha di fatto privato milioni di pensionati di risorse legittime che potevano utilmente sostenere la ripresa dei consumi e aiutare i primi segnali di ripresa dell'economia ed ha concluso chiedendo di:

a) riconoscere la ricostituzione della pensione e la corresponsione degli arretrati maturati, dell'importo complessivo maturato fino all'effettivo soddisfo pari ad € 1.841,17, o della somma ritenuta di giustizia, oltre interessi e rivalutazione monetaria ed ogni altro adempimento necessario spettante, in forza della normativa risultante dalla sentenza n. 70/2015 (1) della Corte Costituzionale, nonché di provvedere per il futuro a corrispondere la rivalutazione automatica del trattamento pensionistico in godimento;

b) per l'effetto condannare l'INPS al pagamento della suddetta somma in favore della ricorrente con vittoria di spese, diritti ed onorari di causa.

L'INPS, costituito in giudizio con memoria depositata in data 16.5.2016, nel rilevare che il D.L. n. 65/2015, contestato dal ricorrente si fonda sull'esigenza di dare attuazione ai principi enunciati nella sentenza n. 70/2015 (1) della Corte Costituzionale nel dovuto rispetto, però, del principio dell'equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica assicurando la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale, come indicato nello stesso art. 1 del decreto legge, dopo aver riportato il contenuto delle modifiche apportate da tale norma alle disposizioni di cui all'art. 24, comma 25, del D.L. del 06/12/2011 n. 201, ha svolto controdeduzioni riguardante un decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto da altro ricorrente in altra sede e deducendo pure la mancanza di prova del preteso credito pensionistico, l'Istituto di previdenza ha concluso per il rigetto del ricorso.

Con memoria integrativa depositata in data 6.5.2016 il difensore del ricorrente ha evidenziato che il TAR del Lazio con ordinanza n. 12427/2015 aveva ritenuto necessario acquisire dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dal Ministero del Lavoro una compiuta relazione dalla quale risultino le esigenze finanziarie indicate nelle premesse del D.L. n. 65/2015, ha dedotto che tale provvedimento legislativo risultava aver largamente disapplicato la sentenza della Corte Costituzionale n. 70/2015 (1) per non aver riportato le percentuali di rivalutazione delle pensioni a quelle in vigore prima della legge contestata, ha riportato le censure mosse con l'ordinanza n. 37/14/C della Corte dei Conti dell'Emilia Romagna all'art. 24, comma 25, del D.L. n. 201/2011 nella formulazione originaria, sostenendo che le stesse censure debbono ritenersi valide anche con riferimento all'attuale formulazione di tali disposizioni come sostituite dall'art. 1 del D.L. n. 65/2015 ed ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 17 maggio 2016, l'avv. Valentina Parabita per il ricorrente e l'avv. Marcella Mattia per l'INPS si sono riportati agli atti scritti confermando le conclusioni ivi rassegnate.

Il giudizio, all'esito della discussione, è stato definito come da dispositivo, letto nella stessa udienza, di seguito trascritto. Ai sensi dell'art. 429 c.p.c., è stato fissato il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza.

DIRITTO - Il ricorso in esame ha ad oggetto la domanda del sig. S.C. diretta ad ottenere la ricostituzione della pensione ed il rimborso degli arretrati della perequazione automatica per effetto dell'abrogazione dell'art. 24, comma 25, del D.L. n. 201/2011.

Prima della pronuncia n. 70/2015 della Corte Costituzionale la predetta norma disponeva che “In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall’articolo 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento. Per le pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS e inferiore a tale limite incrementato della quota di rivalutazione automatica spettante ai sensi del presente comma, l’aumento di rivalutazione è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite maggiorato”.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 70 del 2015 (1) ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della suddetta disposizione nella parte in cui disponeva che la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall’art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento.

Dopo la predetta pronuncia della Corte Costituzionale l’art. 1 del D.L. n. 65/2001 ha previsto che all’articolo 24 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) il comma 25 è sostituito dal seguente:

“25. La rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall’articolo 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, relativa agli anni 2012 e 2013, è riconosciuta:

a) nella misura del 100 per cento per i trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS. Per le pensioni di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS e inferiore a tale limite incrementato della quota di rivalutazione automatica spettante sulla base di quanto previsto dalla presente lettera, l’aumento di rivalutazione è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite maggiorato;

b) nella misura del 40 per cento per i trattamenti pensionistici complessivamente superiori a tre volte il trattamento minimo INPS e pari o inferiori a quattro volte il trattamento minimo INPS con riferimento all’importo complessivo dei trattamenti medesimi. Per le pensioni di importo superiore a quattro volte il predetto trattamento minimo e inferiore a tale limite incrementato della quota di rivalutazione automatica spettante sulla base di quanto previsto dalla presente lettera, l’aumento di rivalutazione è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite maggiorato;

c) nella misura del 20 per cento per i trattamenti pensionistici complessivamente superiori a quattro volte il trattamento minimo INPS e pari o inferiori a cinque volte il trattamento minimo INPS con riferimento all’importo complessivo dei trattamenti medesimi. Per le pensioni di importo superiore a cinque volte il predetto trattamento minimo e inferiore a tale limite incrementato della quota di rivalutazione automatica spettante sulla base di quanto previsto dalla presente lettera, l’aumento di rivalutazione è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite maggiorato;

d) nella misura del 10 per cento per i trattamenti pensionistici complessivamente superiori a cinque volte il trattamento minimo INPS e pari o inferiori a sei volte il trattamento minimo INPS con riferimento all’importo complessivo dei trattamenti medesimi. Per le pensioni di importo superiore a sei volte il predetto trattamento minimo e inferiore a tale limite incrementato della quota di rivalutazione automatica spettante sulla base di quanto previsto dalla presente lettera, l’aumento di rivalutazione è comunque attribuito fino a concorrenza del predetto limite maggiorato;

e) non è riconosciuta per i trattamenti pensionistici complessivamente superiori a sei volte il trattamento minimo INPS con riferimento all'importo complessivo dei trattamenti medesimi.”.

Il ricorrente dopo aver subito il blocco della rivalutazione automatica della pensione in base all'originaria formulazione dell'art. 24, comma 25 del D.L. n. 201/2011, si duole della parziale rivalutazione della pensione ottenuta in applicazione del modificato art. 24, comma 25, del D.L. 201/2011 ad opera dell'art. 1 del D.L. 65/2015 ritenendo che anche tale ultima disposizione non sia immune dalle censure di incostituzionalità già affermate dalla Corte Costituzionale con riguardo alla originaria norma.

Le suddette censure di incostituzionalità appaiono però manifestamente infondate.

Innanzitutto rileva la sostanziale differente disciplina della materia disposta dall'art. 24, comma 25, del D.L. n. 201/2011 (censurata con la sentenza del Giudice delle leggi n. 70/2015) - che disponeva il blocco del meccanismo di rivalutazione automatica per tutti i trattamenti pensionistici di importo superiore a tre volte il minimo INPS - rispetto a quella introdotta con il surriportato art. 1 del D.L. n. 65/2015, che prevede invece un meccanismo di rivalutazione progressivamente proporzionato all'entità delle pensioni in godimento, con il blocco totale solo per quelle di importo superiore a sei volte il minimo INPS, e calibrato secondo criteri di progressività, evitando così di disporre quegli automatismi valevoli indistintamente per tutti i pensionati, indipendentemente dall'entità del trattamento pensionistico, che era stato censurato dalla pronuncia della Consulta n. 70/2015.

In sostanza, la nuova normativa appare conforme ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale, in quanto basata su “un *discrimen* tra fasce di reddito” - la cui assenza nell'art. 24 c. 25 del D.L. n. 201/2011, aveva indotto, tra gli altri motivi, la Corte costituzionale a dichiararne l'incostituzionalità - ed ispirata a criteri di progressività, parametrati sui valori costituzionali della “proporzionalità” (art. 36 comma 1 della Cost.), e della “adeguatezza” (art. 38 comma 2 della Cost.) dei trattamenti di quiescenza.

Va poi rilevato che il legislatore, con l'emanazione dell'art. 1 del D.L. n. 65/2015, oltre alla richiamata modulazione della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici per fasce di importo, ha altresì corrisposto all'ulteriore profilo, censurato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 70/2015 (1), relativo alla mancata illustrazione in dettaglio della prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, come può anche rilevarsi dalla prima parte del richiamato articolo.

Va evidenziato al riguardo che il Governo, in conseguenza dei rilevanti effetti finanziari derivanti dall'applicazione della sentenza costituzionale n. 70/2015 (1), ha quantificato nella relazione tecnica al decreto legge gli effetti della decisione (conseguenti al recupero integrale della deindicizzazione relativa al biennio 2012-2013), al netto degli effetti fiscali, in 17,6 miliardi per il 2015 e 4,4 miliardi nel 2016; alla luce di una stima dell'indebitamento netto tendenziale che sarebbe peggiorata dal 2,5 al 3,6 % del PIL, il Governo è dunque intervenuto con il decreto legge n. 65/2015, che riduce gli oneri sul 2015 dal 17,6 a 2,2 miliardi (sul punto vedasi anche: Ufficio Parlamentare di Bilancio, Focus tematico n. 4 del 16.6.2015, secondo cui la restituzione disposta dal decreto-legge, pur prevedendo una restituzione assai parziale della mancata indicizzazione pari a meno del 12% del totale, attribuisce oltre due terzi del recupero ai pensionati della classe con importo compreso tra tre e quattro volte il minimo INPS, così concentrando le limitate risorse nei confronti delle classi di pensionati con trattamenti più bassi).

Va altresì tenuto conto, da un verso, che in base alle regole europee, gli effetti finanziari collegati alla sentenza della Corte costituzionale vanno imputati all'esercizio in cui è stata adottata la pronuncia, e da altro verso che, dall'1.1.2014, è entrata in vigore la legge costituzionale n. 1/2012 che ha riaffermato e rafforzato il necessario rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e

di sostenibilità del debito pubblico.

La disciplina introdotta dall'art. 1 del D.L. n. 65/2015, limitando l'entità della spesa da destinare alla rivalutazione dei trattamenti pensionistici, e concentrando le scarse risorse disponibili sui trattamenti pensionistici più bassi, secondo criteri di progressività e proporzionalità del sacrificio imposto, ha pertanto tenuto conto anche della necessità di non intaccare equilibri finanziari faticosamente raggiunti, che sarebbero stati inevitabilmente compromessi in assenza di interventi correttivi del meccanismo di adeguamento altrimenti applicabile, stante l'estrema difficoltà di reperire in un brevissimo arco temporale, le risorse necessarie per far fronte all'integrale adeguamento dei trattamenti stessi.

Va anche brevemente ricordato che, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, spetta al legislatore, sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali, dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona (*ex plurimis*: sentenze n. 30 del 2004 (2) e n. 316 del 2010).

Sulla base di quanto innanzi esposto, si ritiene che la norma all'esame, sia espressione della discrezionalità del legislatore, che ha operato un ragionevole bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, contemperando il diritto costituzionalmente garantito ai pensionati ad un trattamento di quiescenza retto da criteri di "proporzionalità" (art. 36 comma 1 della Cost.), e di "adeguatezza" (art. 38 comma 2 della Cost.), con i principi costituzionali di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito pubblico, di cui al novellato art. 81 della Costituzione.

Per le considerazioni innanzi esposte, la questione di costituzionalità prospettata dalla parte ricorrente va ritenuta manifestamente infondata (in senso conforme cfr. Corte dei conti, Sez. Lazio n. 491/2015 e n. 503/2015, Sez. Lombardia n. 19/2016, Sez. Liguria n. 15/2016 e n. 23/2016) e conseguentemente il ricorso va respinto.

Stante l'assoluta novità della questione affrontata sussistono i presupposti per la compensazione delle spese di lite tra le parti.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv. 2015, p. 45

(2) Idem, 2004, p. 404

**OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA**

Prestazioni - Rinvio pregiudiziale - Libera circolazione delle persone - Cittadinanza dell'Unione - Parità di trattamento - Direttiva 2004/38/CE - Articolo 24, paragrafo 2 - Prestazioni di assistenza sociale - Regolamento (CE) n. 883/2004 - Articoli 4 e 70 - Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo - Esclusione dei cittadini di uno Stato membro durante i primi tre mesi di soggiorno nello Stato membro ospitante.

Sentenza della Corte (Prima Sezione), 25 febbraio 2016 , Pres. A. Tizzano, vicepresidente della Corte, facente funzione di presidente della Prima Sezione, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger (Relatore) e S. Rodin, giudici, Avv. gen. M. Wathelet, nella causa C-299/14, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Tribunale per il contenzioso in materia sociale del Land Renania settentrionale-Vestfalia, Germania), con decisione del 22 maggio 2014, pervenuta in cancelleria il 17 giugno 2014, nel procedimento V. A. J. K. R. contro J. G.-N., J. P.C., J. P. G., J. L. P. C.

(Omissis)

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 18 TFUE e 45, paragrafo 2, TFUE, degli articoli 4 e 70 del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (GU L. 166, pag. 1 e rettifica in GU 2004, L. 200, pag. 1), come modificato dal regolamento (UE) n. 1244/2010 della Commissione, del 9 dicembre 2010 (GU L. 338, pag. 35; in prosieguo: il «regolamento n. 883/2004»), nonché dell'articolo 24 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU L. 158, pag. 77, nonché rettifiche in GU 2004, L. 229, pag. 35, e GU 2005, L. 197, pag. 34).
- 2 Tale domanda è stata presentata nel contesto di una controversia tra il Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen (centro per l'impiego del distretto di Recklinghausen; in prosieguo: il «centro per l'impiego»), da una parte, e il sig. P. C. e la sig.ra G.-N. nonché loro figlia, J.P.G., e il figlio del sig. P.C, J.L.P.C. (in prosieguo, congiuntamente,

la «famiglia P.-Ga.») in ordine al rifiuto, da parte del centro suddetto, di concedere prestazioni dell'assicurazione di base («Grundsicherung») prevista dalla normativa tedesca.

Contesto normativo

Diritto internazionale

- 3 L'articolo 1 della convenzione europea di assistenza sociale e medica, firmata a Parigi l'11 dicembre 1953 dai membri del Consiglio d'Europa e in vigore dal 1956 in Germania (in prosieguo: la «convenzione di assistenza»), enuncia un principio di non discriminazione nei termini seguenti:
- «Ciascuna delle Parti Contraenti si impegna a far beneficiare i cittadini delle altre Parti Contraenti in regolare soggiorno in qualsiasi parte del suo territorio al quale si applica la presente convenzione e che sono privi di risorse sufficienti, al pari dei propri cittadini e alle medesime condizioni, dell'assistenza sociale e medica (...) prevista dalla legislazione in vigore nella parte del territorio considerato».
- 4 Ai sensi dell'articolo 16, punto b), della convenzione di assistenza, «ogni Parte Contraente comunica al Segretario Generale del Consiglio d'Europa qualsiasi nuova legge o regolamento non ancora inclusi nell'allegato I. In tale sede, la Parte Contraente può formulare riserve in merito all'applicazione della sua nuova legislazione o normativa ai cittadini delle altre Parti Contraenti». La riserva presentata dal governo tedesco, il 19 dicembre 2011, ai sensi di tale disposizione è così formulata:
- «Il Governo della Repubblica federale di Germania non s'impegna a far sì che i cittadini delle altre Parti contraenti beneficino, al pari dei propri cittadini e alle stesse condizioni, delle prestazioni previste nel libro II del codice tedesco della previdenza sociale - Tutela sociale di base per le persone in cerca di occupazione [(Sozialgesetzbuch Zweites Buch - Grundsicherung für Arbeitsuchende)], nella versione vigente al momento della domanda [(in prosieguo: il "libro II del codice della previdenza sociale")]]».
- 5 Conformemente all'articolo 16, punto c), della convenzione di assistenza, tale riserva è stata notificata alle altre parti di tale convenzione.

Diritto dell'Unione

Regolamento n. 883/2004

- 6 L'articolo 4 del regolamento n. 883/2004, rubricato «Parità di trattamento», così dispone:
- «Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, le persone alle quali si applica il presente regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato».
- 7 L'articolo 70 di tale regolamento, rubricato «Disposizione generale», contenuto nel titolo III, capitolo 9, relativo alle «[p]restazioni speciali in denaro di carattere non contributivo», così prevede:
- «1. Il presente articolo si applica alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo previste dalla legislazione la quale, a causa del suo ambito di applicazione *ratione personae*, dei suoi obiettivi e/o delle condizioni di ammissibilità, ha caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, quanto di quella relativa all'assistenza sociale.
2. Ai fini del presente capitolo, le "prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo" sono quelle:
- a) intese a fornire:

- i) copertura in via complementare, suppletiva o accessoria dei rischi corrispondenti ai settori di sicurezza sociale di cui all'articolo 3, paragrafo 1, e a garantire, alle persone interessate, un reddito minimo di sussistenza in relazione al contesto economico e sociale dello Stato membro interessato;
- oppure
- ii) unicamente la protezione specifica dei portatori di handicap, strettamente collegate al contesto sociale del predetto soggetto nello Stato membro interessato;
- e
- b) relativamente alle quali il finanziamento deriva esclusivamente dalla tassazione obbligatoria intesa a coprire la spesa pubblica generale e le condizioni per la concessione e per il calcolo della prestazione, non dipendono da alcun contributo da parte del beneficiario. Tuttavia, le prestazioni concesse ad integrazione della prestazione contributiva non sono da considerare prestazioni contributive per questo solo motivo;
- e
- c) sono elencate nell'allegato X.
3. L'articolo 7 e gli altri capitoli del presente titolo non si applicano alle prestazioni di cui al paragrafo 2 del presente articolo.
4. Le prestazioni di cui al paragrafo 2 sono erogate esclusivamente nello Stato membro in cui gli interessati risiedono e ai sensi della sua legislazione. Tali prestazioni sono erogate dall'istituzione del luogo di residenza e sono a suo carico».
- 8 L'allegato X del regolamento n. 883/2004, rubricato «Prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo», prevede, riguardo alla Repubblica federale di Germania, le seguenti prestazioni:
- «(...)
- b) prestazioni assicurative di base per persone in cerca di lavoro, destinate a garantire il loro sostentamento, a meno che, in riferimento a tali prestazioni, non siano soddisfatte le condizioni di ammissibilità ad un supplemento temporaneo susseguente alla ricezione delle prestazioni di disoccupazione (articolo 24, paragrafo 1, del libro II del codice sociale)».

Direttiva 2004/38

- 9 Ai sensi dei considerando 10, 16 e 21 della direttiva 2004/38:
- «(10) Occorre tuttavia evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo iniziale di soggiorno. (...)
- (...)
- (16) I beneficiari del diritto di soggiorno non dovrebbero essere allontanati finché non diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante. Pertanto una misura di allontanamento non dovrebbe essere la conseguenza automatica del ricorso al sistema di assistenza sociale. Lo Stato membro ospitante dovrebbe esaminare se si tratta di difficoltà temporanee e tener conto della durata del soggiorno, della situazione personale e dell'ammontare dell'aiuto concesso prima di considerare il beneficiario un onere eccessivo per il proprio sistema di assistenza sociale e procedere all'allontanamento. In nessun caso una misura di allontanamento dovrebbe essere presa nei confronti di lavoratori subordinati, lavoratori autonomi o

richiedenti lavoro, quali definiti dalla Corte di giustizia, eccetto che per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.

(...)

(21) Dovrebbe spettare tuttavia allo Stato membro ospitante decidere se intende concedere a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale status o loro familiari prestazioni di assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o per un periodo più lungo in caso di richiedenti lavoro, o sussidi per il mantenimento agli studi, inclusa la formazione professionale, prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente».

10 L'articolo 6 di detta direttiva, rubricato «Diritto di soggiorno sino a tre mesi», così recita:

1. I cittadini dell'Unione hanno il diritto di soggiornare nel territorio di un altro Stato membro per un periodo non superiore a tre mesi senza alcuna condizione o formalità, salvo il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità.
2. Le disposizioni del paragrafo 1 si applicano anche ai familiari in possesso di un passaporto in corso di validità non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che accompagnino o raggiungano il cittadino dell'Unione».

11 L'articolo 7, paragrafo 1, di detta direttiva, rubricato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», così recita:

«Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

- a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
- b) di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; (...)

(...))».

12 Ai sensi dell'articolo 14 della stessa direttiva, rubricato «Mantenimento del diritto di soggiorno»:

«1. I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui all'articolo 6 finché non diventano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

2. I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui agli articoli 7, 12 e 13 finché soddisfano le condizioni fissate negli stessi.

In casi specifici, qualora vi sia un dubbio ragionevole che il cittadino dell'Unione o i suoi familiari non soddisfano le condizioni stabilite negli articoli 7, 12 e 13, gli Stati membri possono effettuare una verifica in tal senso. Tale verifica non è effettuata sistematicamente.

3. Il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento.

4. In deroga ai paragrafi 1 e 2 e senza pregiudizio delle disposizioni del capitolo VI, un provvedimento di allontanamento non può essere adottato nei confronti di cittadini dell'Unione o dei loro familiari qualora:

- a) i cittadini dell'Unione siano lavoratori subordinati o autonomi; oppure
- b) i cittadini dell'Unione siano entrati nel territorio dello Stato membro ospitante per cercare un posto di lavoro. In tal caso i cittadini dell'Unione e i membri della loro famiglia non possono essere allontanati fino a quando i cittadini dell'Unione possono dimostrare di essere alla ricerca di un posto di lavoro e di avere buone possibilità di trovarlo».

13 L'articolo 24 della direttiva 2004/38, rubricato «Parità di trattamento», prevede quanto segue:

«1. Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.

2. In deroga al paragrafo 1, lo Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), né è tenuto a concedere prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanenti aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, consistenti in borse di studio o prestiti per studenti, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale status o loro familiari».

Diritto tedesco

Codice della previdenza sociale

14 L'articolo 19 *bis*, paragrafo 1, contenuto nel libro I del codice della previdenza sociale (Sozialgesetzbuch Erstes Buch), prevede nei termini seguenti i due principali tipi di prestazioni assicurative di base di cui possono godere i richiedenti lavoro:

«Possono essere richieste a titolo di diritto all'assicurazione di base per i richiedenti lavoro:

1. prestazioni intese all'inserimento nel mercato del lavoro,
2. prestazioni volte a garantire la sussistenza».

15 L'articolo 1 del libro II del codice della previdenza sociale, rubricato «Funzione e obiettivo dell'assicurazione di base per i richiedenti lavoro», ai suoi paragrafi 1 e 3 così dispone:

«(1) L'assicurazione di base per i richiedenti lavoro mira a consentire ai suoi beneficiari di condurre una vita conforme alla dignità umana.

(...)

(3) L'assicurazione di base per i richiedenti lavoro comprende prestazioni

1. intese a porre fine o a ridurre lo stato d'indigenza, in particolare tramite l'inserimento nel mercato del lavoro, e
2. volte a garantire la sussistenza».

16 L'articolo 7 del libro II del codice della previdenza sociale, rubricato «Beneficiari», al suo paragrafo 1 così recita:

«Le prestazioni ai sensi del presente libro sono destinate alle persone che:

1. abbiano raggiunto l'età di 15 anni e non abbiano ancora raggiunto il limite di età di cui all'articolo 7 *bis*,
2. sono idonee a lavorare,
3. sono indigenti e
4. dimorino abitualmente nella Repubblica federale di Germania (beneficiari abili al lavoro).

Sono esclusi:

1. le straniere e gli stranieri che non sono lavoratori subordinati o autonomi nella Repubblica federale di Germania e che non godono del diritto alla libera circolazione in forza dell'articolo 2, paragrafo 3, della legge sulla libera circolazione dei cittadini

dell'Unione [(Freizügigkeitsgesetz/EU; in prosiegua: la "legge sulla libera circolazione")], e i loro familiari, durante i primi tre mesi del loro soggiorno,

2. le straniere e gli stranieri il cui diritto di soggiorno sia giustificato unicamente dalla ricerca di un lavoro e i loro familiari,

(...)

La seconda frase, punto 1, non si applica alle straniere e agli stranieri che soggiornano nella Repubblica federale di Germania conformemente a un titolo di soggiorno rilasciato a norma del capitolo 2, sezione 5, della legge sul diritto di soggiorno [(Aufenthaltgesetz)]. Le disposizioni in materia di diritto di soggiorno restano invariate».

- 17 Risulta dai paragrafi 2 e 3 di detto articolo 7 che minori inabili al lavoro, che vivono con beneficiari abili al lavoro e costituiscono in tal modo con questi ultimi una «comunità di necessità», godono del diritto derivato alle prestazioni previste dal libro II del codice della previdenza sociale.
- 18 L'articolo 8, paragrafo 1, del libro II del codice della previdenza sociale, rubricato «Abilità al lavoro», è così formulato:
«È abile al lavoro chiunque non sia incapace in un futuro prevedibile, in ragione di una malattia o di un handicap, di esercitare un'attività lavorativa per almeno tre ore al giorno nelle condizioni abituali del mercato del lavoro».
- 19 L'articolo 9, paragrafo 1, del codice della previdenza sociale così dispone:
«È indigente chiunque non possa garantire la propria sussistenza, o non possa garantirla in maniera sufficiente, sulla base del reddito o del patrimonio da prendere in considerazione, e non riceva l'assistenza necessaria da parte di altre persone, in particolare da parte dei suoi familiari o di altri organismi previdenziali».
- 20 L'articolo 20 del libro II del codice della previdenza sociale contiene disposizioni complementari sui bisogni di sussistenza di base. L'articolo 21 del libro II del codice della previdenza sociale contiene disposizioni sui bisogni supplementari e l'articolo 22 di detto codice riguarda i bisogni relativi all'alloggio e al riscaldamento. Infine, gli articoli da 28 a 30 del libro II sono dedicati alle prestazioni di formazione e di partecipazione.
- 21 L'articolo 1 del libro XII del codice della previdenza sociale, relativo all'aiuto sociale, è così redatto:
«L'obiettivo dell'aiuto sociale è di consentire ai beneficiari di condurre un'esistenza conforme alla dignità umana. (...)».
- 22 L'articolo 21 del libro XII del codice della previdenza sociale prevede quanto segue:
«Non vengono erogate prestazioni di sussistenza alle persone a cui sono destinate le prestazioni in forza del libro II del codice della previdenza sociale nella misura in cui esse sono abili al lavoro oppure in ragione del loro legame familiare (...)».
- Legge sulla libera circolazione
- 23 L'ambito di applicazione della legge sulla libera circolazione, nella sua versione applicabile ai fatti di causa, è precisato al suo articolo 1:
«La presente legge regola l'ingresso e il soggiorno dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea (cittadini dell'Unione) e dei loro familiari».
- 24 L'articolo 2 di detta legge dispone quanto segue con riferimento al diritto di ingresso e di soggiorno:
«(1) I cittadini dell'Unione che beneficiano della libera circolazione nonché i loro familiari hanno il diritto di entrare e di soggiornare nel territorio federale conformemente alle disposizioni della presente legge.
(2) Fruiscono della libera circolazione in forza del diritto dell'Unione:

1. i cittadini dell'Unione che desiderano soggiornare in qualità di lavoratori, per cercare un impiego o per seguire una formazione professionale;
- (...)
5. i cittadini dell'Unione non occupati, al ricorrere dei presupposti di cui all'articolo 4;
6. i familiari, in conformità dei presupposti di cui agli articoli 3 e 4;
- (...)
- (3) Per i lavoratori dipendenti o autonomi il diritto previsto dal paragrafo 1 resta impregiudicato:
 1. per una temporanea inabilità al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio;
 2. per la disoccupazione involontaria confermata dal centro per l'impiego competente o per la cessazione di un'attività autonoma a seguito di circostanze indipendenti dalla volontà del lavoratore, dopo più di un anno di attività;
 3. per la formazione professionale ove sussista un collegamento tra la formazione e la precedente attività professionale; il collegamento non è richiesto se il cittadino dell'Unione ha perso involontariamente il suo impiego.

Il diritto sancito dal paragrafo 1 è mantenuto per un periodo di sei mesi in caso di disoccupazione involontaria confermata dal centro per l'impiego competente dopo un periodo di impiego inferiore a un anno.

(...)».

- 25 L'articolo 3 della legge sulla libera circolazione, relativo ai familiari, così dispone:
- «(1) I familiari dei cittadini dell'Unione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, punti da 1 a 5, godono del diritto ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, quando accompagnano detto cittadino dell'Unione o si ricongiungono allo stesso. Per i familiari dei cittadini dell'Unione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, punto 5, tale principio si applica conformemente ai requisiti di cui all'articolo 4.
- (2) Sono familiari:
1. Il coniuge e i discendenti delle persone di cui all'articolo 2, paragrafo 2, punti da 1 a 5 e 7, o dei loro coniugi, che non abbiano ancora raggiunto il ventunesimo anno di età;
 2. gli ascendenti o i discendenti delle persone di cui all'articolo 2, paragrafo 2, punti da 1 a 5 e 7, o dei loro coniugi, alla sussistenza dei quali provvedono tali persone o i loro coniugi.

(...)».

- 26 L'articolo 5 della legge sulla libera circolazione, rubricato «Carte di soggiorno e attestazione relativa al diritto di soggiorno permanente», prevede quanto segue:
- «(1) Ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari che possiedono la cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea e che sono autorizzati a circolare liberamente nel suo territorio è immediatamente rilasciata d'ufficio un'attestazione del loro diritto di soggiorno.
- (...)
- (3) L'ufficio per gli stranieri competente può richiedere che i requisiti del diritto previsti dall'articolo 2, paragrafo 1, siano dimostrati in modo credibile entro i tre mesi successivi all'ingresso nel territorio federale. Le indicazioni e le prove necessarie ai fini della giustificazione possono essere ricevute, all'atto della registrazione amministrativa, dall'autorità competente per la registrazione, che trasmette le indicazioni e le prove all'ufficio per gli stranieri competente (...)
- (...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 27 I membri della famiglia P.-G. sono tutti cittadini spagnoli. La sig.ra G.-N. e il sig. P. C. vivevano da vari anni in coppia in Spagna e costituivano un'unità economica, senza essere sposati e senza aver contratto un'unione registrata, insieme a J.P.G., la figlia, e al figlio ancora minore del sig. P.C., J.L.P.C..
- 28 Nel mese di aprile del 2012, la sig.ra G.-N. faceva ingresso in Germania con sua figlia J. e, il 1° giugno 2012, dichiarava di essere in cerca di occupazione. A decorrere dal 12 giugno 2012, cominciava a svolgere l'attività di aiuto cuoca, per la quale era iscritta a titolo obbligatorio, a far data dal 1° luglio 2012, alla previdenza sociale tedesca e percepiva una retribuzione mensile netta di EURO 600.
- 29 Il 23 giugno 2012, il sig. P. C. e suo figlio raggiungevano la sig.ra G.-N. e J.. Fino al 1° novembre 2012 la famiglia P.-G. abitava presso la madre della sig.ra G.-N. e traeva i propri mezzi di sussistenza dal reddito della sig.ra G.-N.. Inoltre, dal mese di luglio del 2012 il sig. P.C. e la sig.ra G.-N. hanno percepito assegni familiari per i loro figli J. e J.L., che frequentano la scuola dal 22 agosto 2012.
- 30 Il 30 luglio 2012, la famiglia P.-G. presentava una domanda di prestazioni di sussistenza ai sensi del libro II del codice della previdenza sociale presso il centro per l'impiego (in prosieguo: le «prestazioni in parola»). Quest'ultimo rifiutava tuttavia di concedere tali prestazioni nella parte in cui esse riguardano il sig. P.C. e suo figlio per i mesi di agosto e settembre del 2012, ove le medesime prestazioni erano state invece concesse a far data dal mese di ottobre 2012.
- 31 La decisione di diniego della concessione del centro per l'impiego si basava sull'articolo 7, paragrafo 1, seconda frase, punto 1, del libro II del codice della previdenza sociale, atteso che, al momento della domanda, il sig. P.C. e suo figlio soggiornavano in Germania da meno di tre mesi e il sig. P.C., peraltro, non era un lavoratore subordinato o autonomo. Secondo il centro per l'impiego, l'esclusione del beneficio di dette prestazioni valeva anche per il figlio del sig. P.C.. A seguito della riserva formulata il 19 dicembre 2011 dal governo tedesco quanto alla convenzione di assistenza, infatti, quest'ultima non poteva più far sorgere diritti.
- 32 Il ricorso proposto dalla famiglia P.-G. avverso tale decisione del centro per l'impiego veniva accolto dal Sozialgericht Gelsenkirchen (tribunale per il contenzioso in materia sociale di Gelsenkirchen), il quale respingeva i motivi di esclusione di cui all'articolo 7, paragrafo 1, seconda frase, punto 1, del libro II del codice della previdenza sociale per ragioni connesse al sistema della normativa nazionale. Il centro per l'impiego impugnava tale decisione dinanzi al giudice del rinvio, il Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (tribunale per il contenzioso in materia sociale del Land Renania settentrionale-Vestfalia).
- 33 Il giudice del rinvio esprime dubbi riguardo alla compatibilità con il diritto dell'Unione della completa esclusione dal beneficio delle prestazioni in parola nelle ipotesi previste dall'articolo 7, paragrafo 1, seconda frase, punto 1, del libro II del codice della previdenza sociale.
- 34 In tale contesto, il Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (tribunale per il contenzioso in materia sociale del Land Renania settentrionale-Vestfalia) decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 valga - con l'eccezione della non esportabilità delle prestazioni di cui all'articolo 70, paragrafo 4, di detto regolamento - anche per le prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo ai sensi dell'articolo 70, paragrafi 1 e 2, del regolamento medesimo.

- 2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se - ed eventualmente in che misura - sia possibile prevedere restrizioni al principio della parità di trattamento di cui all'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 mediante disposizioni delle legislazioni nazionali di attuazione dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in base alle quali l'accesso alle prestazioni in parola non è garantito senza eccezioni per i primi tre mesi di soggiorno, quando i cittadini dell'Unione non svolgono nella Repubblica federale di Germania un'attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo né godono del diritto alla libera circolazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, della legge sulla libera circolazione.
- 3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se altri principi inerenti alla parità di trattamento sanciti dal diritto primario, in particolare dall'articolo 45, paragrafo 2, TFUE in combinato disposto con l'articolo 18 TFUE, ostino a una disposizione di diritto nazionale che nega senza eccezioni a cittadini dell'Unione, per i primi tre mesi di soggiorno, una prestazione sociale finalizzata a garantire la sussistenza e, nel contempo, ad agevolare l'accesso al mercato del lavoro, quando nella Repubblica federale di Germania tali cittadini dell'Unione non sono lavoratori subordinati o autonomi né possono avvalersi del diritto alla libera circolazione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, della legge sulla libera circolazione, ma possono dimostrare un legame reale con lo Stato ospitante e, in particolare, con il mercato del lavoro di tale Stato».
- 35 Con decisione del 19 marzo 2015, il giudice del rinvio ha tuttavia dichiarato che non occorre rispondere alla prima questione poiché una questione di analogo contenuto era stata sollevata nell'ambito della causa che ha dato luogo alla sentenza Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358) e la Corte vi aveva risposto in senso affermativo dichiarando che «il regolamento n. 883/2004 dev'essere interpretato nel senso che le «prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo» ai sensi degli articoli 3, paragrafo 3, e 70 di detto regolamento ricadono nella sfera di applicazione dell'articolo 4 del regolamento stesso».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla seconda questione

- 36 Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 24 della direttiva 2004/38 e l'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 vadano interpretati nel senso che ostano a una normativa di uno Stato membro che esclude dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo» ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, e che sono parimenti costitutive di una «prestazione d'assistenza sociale», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, i cittadini di altri Stati membri che si trovano in una situazione come quella prevista dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva medesima.
- 37 In limine, occorre ricordare che, nella sentenza Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, punti da 44 a 46), la Corte ha già avuto occasione di affermare che prestazioni come quelle in parola non possono essere qualificate quali prestazioni di natura finanziaria destinate a facilitare l'accesso all'impiego nel mercato del lavoro di uno Stato membro, ma devono essere considerate alla stregua di «prestazioni d'assistenza sociale» ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38.
- 38 Per quanto riguarda l'accesso a prestazioni di tal sorta, un cittadino dell'Unione può richiedere la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato membro ospitante in forza dell'articolo 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38 solo se il suo soggiorno sul territorio

- dello Stato membro ospitante rispetta i requisiti di cui alla direttiva 2004/38 (sentenze Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 69, e Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punto 49).
- 39 Riconoscere, infatti, che persone che non beneficiano di un diritto di soggiorno in forza della direttiva 2004/38 possano rivendicare il diritto a prestazioni sociali alle stesse condizioni applicabili ai cittadini nazionali si porrebbe in contrasto con un obiettivo di tale direttiva, enunciato al suo considerando 10, che è quello di evitare che i cittadini di altri Stati membri dell'Unione diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante (sentenze Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 74, e Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punto 50).
- 40 Conseguentemente, al fine di determinare se prestazioni di assistenza sociale, quali le prestazioni oggetto di causa, possano essere negate sulla base della deroga dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, occorre verificare previamente l'applicabilità del principio di parità di trattamento richiamato all'articolo 24, paragrafo 1, di detta direttiva e, pertanto, la legittimità del soggiorno nel territorio dello Stato membro ospitante del cittadino dell'Unione interessato (sentenza Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punto 51).
- 41 Occorre rilevare, al riguardo, che, come risulta dal fascicolo sottoposto alla Corte, il sig. P.C. può fondare un diritto di soggiorno sull'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2004/38.
- 42 Tale disposizione, infatti, prevede che i cittadini dell'Unione hanno il diritto di soggiornare sul territorio di un altro Stato membro per un periodo fino a tre mesi, senza condizioni o formalità oltre al requisito del possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità, e l'articolo 14, paragrafo 1, di detta direttiva conserva tale diritto finché il cittadino dell'Unione e i suoi familiari non divengano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante (sentenze Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punto 39, e Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 70).
- 43 Così stando le cose, occorre tuttavia rilevare che, in tal caso, lo Stato membro ospitante può avvalersi della deroga di cui all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 per negare a tale cittadino la concessione della prestazione d'assistenza sociale richiesta (sentenza Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 70).
- 44 Infatti, emerge espressamente dal tenore letterale di tale disposizione che lo Stato membro ospitante può negare a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi o che mantengano tale status la concessione di qualsivoglia prestazione d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno.
- 45 Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 70 delle conclusioni, detta disposizione è conforme all'obiettivo di preservare l'equilibrio finanziario del sistema di previdenza sociale degli Stati membri, perseguito dalla direttiva 2004/38, come risulta, segnatamente, dal suo considerando 10. Atteso che gli Stati membri non possono esigere che i cittadini dell'Unione possiedano mezzi di sussistenza sufficienti e un'assicurazione malattia personale per un soggiorno della durata massima di tre mesi sui loro rispettivi territori, è legittimo non imporre a detti Stati membri la presa in carico di tali cittadini durante detto periodo.
- 46 In tale contesto, occorre parimenti precisare che, sebbene la direttiva 2004/38 richieda che lo Stato membro ospitante prenda in conto la situazione individuale della persona interessata al momento dell'adozione di una misura di allontanamento o prima di stabilire che tale persona costituisce un onere eccessivo per il sistema nazionale di assistenza sociale nell'ambito del suo soggiorno (sentenza Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punti 64, 69 e 78), tuttavia tale esame individuale non è necessario in una fattispecie quale quella di cui al procedimento principale.

- 47 Nella sentenza Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, punto 60), infatti, la Corte ha già avuto modo di statuire che la direttiva 2004/38, istituendo un sistema graduale di mantenimento dello status di lavoratore, che mira a tutelare il diritto di soggiorno e l'accesso alle prestazioni sociali, prende essa stessa in considerazione diversi fattori che caratterizzano la situazione individuale di ogni richiedente una prestazione sociale e, in particolare, la durata dell'esercizio di un'attività economica.
- 48 Pertanto, se un siffatto esame non è necessario nel caso di un cittadino alla ricerca di un impiego che non abbia più lo status di lavoratore, lo stesso vale, a fortiori, anche per quanto riguarda le persone che si trovano in una situazione come quella del sig. P.C. nel procedimento principale.
- 49 Infatti, consentendo agli interessati di conoscere senza ambiguità i loro diritti e doveri, l'eccezione prevista dall'articolo 7, paragrafo 1, seconda frase, punto 1, del libro II del codice della previdenza sociale, in combinato disposto con l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, secondo la quale la Repubblica federale di Germania non è tenuta a concedere il diritto all'assistenza sociale nel corso dei primi tre mesi di soggiorno di un cittadino dell'Unione sul suo territorio, è idonea a garantire un livello elevato di certezza del diritto e di trasparenza nell'ambito della concessione di prestazioni di assistenza sociale dell'assicurazione di base, restando al contempo conforme al principio di proporzionalità (v., per analogia, sentenza Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punto 61).
- 50 Inoltre, per quanto riguarda l'esame individuale inteso alla valutazione globale dell'onere che la concessione di una prestazione configurerebbe in concreto per l'insieme del sistema nazionale di assistenza sociale di cui al procedimento principale, occorre rilevare che l'assistenza accordata a un solo richiedente difficilmente può essere qualificata come «onere eccessivo» per uno Stato membro, ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, ove tale onere potrebbe essere gravoso per lo Stato membro interessato non dopo che quest'ultimo abbia ricevuto una domanda individuale, ma necessariamente a fronte della somma di tutte le domande individuali che gli vengano sottoposte (v. sentenza Alimanovic, C-67/14, EU:C:2015:597, punto 62).
- 51 In tale contesto, l'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, ove essa esclude dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo» ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, i cittadini di altri Stati membri che si trovano in una situazione come quella prevista dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva medesima.
- 52 La medesima conclusione s'impone quanto all'interpretazione dell'articolo 4 del regolamento n. 883/2004. Infatti, le prestazioni in parola, che costituiscono «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo» ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, di detto regolamento sono concesse, ai sensi del paragrafo 4 di questo stesso articolo, esclusivamente nello Stato membro di residenza dell'interessato e conformemente alla normativa dello stesso. Ne consegue che nulla osta a che tali prestazioni siano negate a cittadini di altri Stati membri che non abbiano lo status di lavoratore subordinato o autonomo o a persone che mantengano tale status durante i primi tre mesi del loro soggiorno nello Stato ospitante (v., in tal senso, sentenze Brey, C-140/12, EU:C:2013:965, punto 44, e Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 83).
- 53 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda questione affermando che l'articolo 24 della direttiva 2004/38 e l'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro che esclude dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro a carattere non contribu-

tivo» ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, che sono parimenti costitutive di una «prestazione d'assistenza sociale», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, i cittadini di altri Stati membri che si trovano in una situazione come quella prevista dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva medesima.

Sulla terza questione

- 54 Dato che la terza questione è stata posta nell'ipotesi in cui fosse stata data una risposta negativa alla prima e che la Corte ha apportato una risposta positiva a una questione di contenuto analogo sollevata nelle cause sfociate nelle sentenze Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358) e Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597), non occorre rispondere alla terza questione pregiudiziale.

Sulle spese

- 55 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa 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 (Prima Sezione) dichiara:

L'articolo 24 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, e l'articolo 4 del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, come modificato dal regolamento (UE) n. 1244/2010 della Commissione, del 9 dicembre 2010, vanno interpretati nel senso che non ostano a una normativa di uno Stato membro che esclude dal beneficio di talune «prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo», ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, che sono parimenti costitutive di una «prestazione d'assistenza sociale», ai sensi dell'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, i cittadini di altri Stati membri che si trovano in una situazione come quella prevista dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva medesima.

(Omissis)

Prestazioni - Inadempimento di uno Stato - Coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale - Regolamento (CE) n. 883/2004 - Articolo 4 - Parità di trattamento in materia di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale - Diritto di soggiorno - Direttiva 2004/38/CE - Normativa nazionale che nega la concessione di taluni assegni familiari o del credito d'imposta per figlio a carico ai cittadini degli altri Stati membri che non dispongono di un diritto di soggiorno legale.

Sentenza della Corte (Prima Sezione), 14 giugno 2016, Pres. A. Tizzano, vicepresidente della Corte, facente funzione di presidente della Prima Sezione, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger (Relatore) e S. Rodin, giudici, Avv. gen. P. Cruz Villalón, nella causa C-308/14, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'articolo 258 TFUE, proposto il 27 giugno 2014, proposto dalla Commissione europea, rappresentata da D. Martin e M. Wilderspin, in qualità di agenti, contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, rappresentato da M. Holt e J. Beeko, in qualità di agenti, assistiti da J. Coppel, QC.

(Omissis)

Sentenza

- 1 Con il suo ricorso la Commissione europea chiede alla Corte di accertare che, imponendo a coloro che presentano domanda di assegni familiari o di credito d'imposta per figlio a carico di disporre del diritto di soggiorno nel Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, tale Stato membro è venuto meno agli obblighi incombentigli in forza dell'articolo 4 del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale (GU 2004, L 166, pag. 1, e rettifica GU 2004, L 200, pag. 1).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Regolamento n. 883/2004

- 2 L'articolo 1, lettere j) e z), del regolamento n. 883/2004 contiene le seguenti definizioni:
«Ai fini del presente regolamento si intende per:
(...)
j) “residenza”, il luogo in cui una persona risiede abitualmente;
(...)
z) “prestazione familiare”, 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».
- 3 L'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), di tale regolamento così prevede:
«Il presente regolamento si applica a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale riguardanti:
(...)
j) le prestazioni familiari».

- 4 L'articolo 4 del richiamato regolamento, rubricato «Parità di trattamento», così dispone:
«Salvo quanto diversamente previsto dal presente regolamento, le persone alle quali si applica il presente regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato».
- 5 Ai sensi dell'articolo 11, paragrafi 1 e 3, del medesimo regolamento:
«1. 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 presente titolo.
(...)
3. Fatti salvi gli articoli da 12 a 16:
(...)
e) qualsiasi altra persona che non rientri nelle categorie di cui alle lettere da a) a d) è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza, fatte salve le altre disposizioni del presente regolamento che le garantiscono l'erogazione di prestazioni in virtù della legislazione di uno o più altri Stati membri».
- 6 L'articolo 67 del regolamento n. 883/2004 così dispone:
«Una persona ha diritto alle prestazioni familiari ai sensi della legislazione dello Stato membro competente, anche per i familiari che risiedono in un altro Stato membro, come se questi ultimi risiedessero nel primo Stato membro. (...)».

Regolamento (CE) n. 987/2009

- 7 Il 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 2009, L 284, pag. 1), all'articolo 11, rubricato «Elementi per la determinazione della residenza», così prevede:
«1. In caso di divergenza di punti di vista tra le istituzioni di due o più Stati membri circa la determinazione della residenza di una persona cui si applica il regolamento di base, tali istituzioni stabiliscono di comune accordo quale sia il centro degli interessi della persona in causa, in base ad una valutazione globale di tutte le informazioni relative a fatti pertinenti, fra cui se del caso:
a) durata e continuità della presenza nel territorio degli Stati membri in questione;
b) la situazione dell'interessato tra cui:
i. la natura e le caratteristiche specifiche di qualsiasi attività esercitata, in particolare il luogo in cui l'attività è esercitata abitualmente, la stabilità dell'attività e la durata di qualsiasi contratto di lavoro;
ii. situazione familiare e legami familiari;
iii. esercizio di attività non retribuita;
iv. per gli studenti, fonte del loro reddito;
v. alloggio, in particolare quanto permanente;
vi. Stato membro nel quale si considera che la persona abbia il domicilio fiscale.
2. Quando la valutazione dei diversi criteri basati sui pertinenti fatti di cui al paragrafo 1 non permette alle istituzioni di accordarsi, 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».

Direttiva 2004/38/CE

- 8 La direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, re-

lativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77), all'articolo 7, intitolato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», dispone quanto segue:

«1. Ciascun cittadino dell'Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

- a. di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
- b. di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; o
- c. - di essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale;
- di disporre di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all'autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; o
- d. di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell'Unione rispondente alle condizioni di cui alle lettere a), b) o c).

(...)

3. Ai sensi del paragrafo 1, lettera a), il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualità di lavoratore subordinato o autonomo nei seguenti casi:

- a) l'interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio;
- b) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro;
- c) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro. In tal caso, l'interessato conserva la qualità di lavoratore subordinato per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi;
- d) l'interessato segue un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l'attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito.

(...))».

9 In forza dell'articolo 14, paragrafi da 1 a 3, di tale direttiva:

«1. I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui

all'articolo 6 finché non diventano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

2. I cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui agli articoli 7, 12 e 13 finché soddisfano le condizioni fissate negli stessi.

In casi specifici, qualora vi sia un dubbio ragionevole che il cittadino dell'Unione o i suoi familiari non soddisfano le condizioni stabilite negli articoli 7, 12 e 13, gli Stati membri possono effettuare una verifica in tal senso. Tale verifica non è effettuata sistematicamente.

3. Il ricorso da parte di un cittadino dell'Unione o dei suoi familiari al sistema di assistenza sociale non dà luogo automaticamente ad un provvedimento di allontanamento».

10 Secondo l'articolo 15, paragrafo 1, della richiamata direttiva:

«Le procedure previste agli articoli 30 e 31 si applicano, *mutatis mutandis*, a tutti i provvedimenti che limitano la libera circolazione dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari per motivi non attinenti all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica».

11 L'articolo 24 della medesima direttiva, intitolato «Parità di trattamento», così dispone:

«1. Fatte salve le disposizioni specifiche espressamente previste dal trattato e dal diritto derivato, ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro ospitante gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato nel campo di applicazione del trattato. Il beneficio di tale diritto si estende ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro che siano titolari del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente.

2. In deroga al paragrafo 1, lo Stato membro ospitante non è tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno o, se del caso, durante il periodo più lungo previsto all'articolo 14, paragrafo 4, lettera b), né è tenuto a concedere prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanenti aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, consistenti in borse di studio o prestiti per studenti, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale status o loro familiari».

Diritto del Regno Unito

Normativa relativa agli assegni familiari

12 L'articolo 141 del Social Security Contributions and Benefits Act 1992 (legge del 1992 relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale; in prosieguo: la «legge del 1992»), così prevede:

«Chiunque abbia a suo carico uno o più figli o giovani aventi uno status assimilabile, nella settimana considerata ha diritto, conformemente alle disposizioni di questa parte della presente legge, a un assegno (...) corrispondente a detta settimana per il figlio o i figli a suo carico o i giovani aventi uno status assimilabile».

13 Gli assegni di cui all'articolo 141 della legge del 1992 (in prosieguo: gli «assegni familiari») sono una prestazione destinata, in particolare, a coprire parte delle spese sostenute da una persona che ha uno o più figli a carico. Essi possono essere versati per ciascun figlio, ma l'importo versato per il primo figlio è superiore a quello versato per gli altri. Tali assegni costituiscono una prestazione universale non contributiva i cui costi sono finanziati in maniera generale tramite le imposte. I richiedenti gli assegni familiari che dispongono di redditi più elevati sono tuttavia soggetti a un prelievo fiscale mediante il quale devono restituire un importo equivalente, al massimo, alla prestazione percepita.

- 14 L'articolo 146 della legge del 1992 così dispone:
- «1) La prestazione settimanale di assegni familiari sarà versata per un figlio o un giovane avente uno status assimilabile soltanto se questi si trova in Gran Bretagna nella settimana considerata.
 - 2) Nessuno può avere diritto a una prestazione settimanale di assegni familiari se non si trova in Gran Bretagna nella settimana considerata.
 - 3) È possibile stabilire circostanze nelle quali una persona debba essere trattata, ai fini dei punti 1) o 2), come se si trovasse o come se non si trovasse in Gran Bretagna».
- 15 La regola n. 23 del Child Benefit (General) Regulations 2006 (SI 2006/223) [regolamento (generale) del 2006 in materia di assegni familiari] così prevede:
- «1) Si deve considerare che una persona non si trova in Gran Bretagna ai fini dell'articolo 146, paragrafo 2, della [legge del 1992] se questa non risiede abitualmente nel Regno Unito.
 - 2) Il paragrafo 1 non si applica a un funzionario della Corona distaccato all'estero o al suo coniuge.
 - 3) Una persona che si trova in Gran Bretagna perché allontanata o espulsa dal territorio di un paese diverso dalla Gran Bretagna o perché soggetta a un'interdizione legale di permanenza nel territorio di detto paese, dev'essere considerata normalmente residente nel Regno Unito.
 - 4) Si deve considerare che una persona non si trova in Gran Bretagna ai fini dell'articolo 146, paragrafo 2, della legge del 1992 se essa chiede di beneficiare di assegni familiari a decorrere dal 1° maggio 2004 e non ha il diritto di soggiornare nel Regno Unito».
- 16 Esistono disposizione equivalenti per le domande di assegni familiari presentate in Irlanda del Nord. Si tratta, da un lato, dell'articolo 142 del Social Security Contributions and Benefits (Northern Ireland) Act 1992 [legge (Irlanda del Nord) del 1992 relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale], disposizione che impone al richiedente di trovarsi «in Irlanda del Nord» durante la settimana considerata, e, dall'altro, della regola n. 27 del regolamento (generale) del 2006 in materia di assegni familiari, che definisce condizioni analoghe a quelle previste dalla regola n. 23 di tale regolamento per quanto concerne le domande presentate in Gran Bretagna.

Normativa relativa al credito d'imposta

- 17 Il Tax Credits Act 2002 (legge del 2002 relativa al credito d'imposta) prevede un regime di credito d'imposta per figlio a carico. Secondo le precisazioni fornite dal Regno Unito nel suo controricorso, tale regime è stato introdotto al fine di raggruppare l'aiuto alle famiglie nel regime fiscale e sociale, comprese diverse forme già esistenti di aiuti a favore dei figli minori subordinate a condizioni di reddito, all'interno di un'unica prestazione sociale. L'obiettivo perseguito con l'introduzione di tale legge sarebbe quello della lotta alla povertà infantile. Il credito d'imposta per figli a carico è versato alla persona o alle persone responsabili di uno o più figli (articolo 8 della legge del 2002 sul credito d'imposta). Il suo importo dipende dal reddito delle persone interessate, e l'entità delle prestazioni varia a seconda del numero di figli che compongono la famiglia e quando i redditi di quest'ultima oltrepassano una determinata soglia. Tale regime di credito d'imposta ha sostituito una serie di prestazioni giustificate dalla presenza di figli a carico, che venivano versate ai beneficiari di prestazioni la cui concessione e il cui importo dipendevano dal reddito dei richiedenti. Il credito d'imposta per figlio a carico è una prestazione il cui costo è finanziato in maniera generale tramite le imposte.

- 18 L'articolo 3 della legge del 2002 sul credito d'imposta, intitolato «Domande», così prevede:
«(...)
- 3) Una domanda di credito d'imposta può essere presentata:
- a) congiuntamente dai membri di una coppia che abbiano entrambi almeno 16 anni di età e che si trovino nel Regno Unito, o
 - b) da una persona che abbia almeno 16 anni di età e che si trovi nel Regno Unito, ma che non disponga del diritto di presentare una domanda ai sensi della lettera a) (congiuntamente con un'altra persona).
- (...)
- 7) È possibile stabilire circostanze nelle quali una persona deve essere trattata, ai fini della presente parte, come se si trovasse o come se non si trovasse nel Regno Unito».
- 19 La regola 3 del Tax Credits (Residence) Regulations 2003 (SI 2003/654) [regolamento del 2003 relativo ai crediti d'imposta (residenza)] così dispone:
- «1) Si deve considerare che una persona non si trova nel Regno Unito ai fini della parte 1 della legge del 2002 relativa al credito d'imposta se questa non risiede normalmente nel Regno Unito.
- (...)
- 4) Ai fini del credito d'imposta per persone in attività, una persona dev'essere considerata come abitualmente residente nel Regno Unito se vi esercita i suoi diritti in quanto lavoratore conformemente al regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, [del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU 1968, L. 257, pag. 2)], come modificato dalla [direttiva 2004/38] o al regolamento (CEE) n. 251/70 della Commissione, [del 29 giugno 1970, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego (GU 1970, L. 142, pag. 24)] o se questa ha diritto di soggiornare nel Regno Unito conformemente alla [direttiva 2004/38].
- 5) Si deve ritenere che una persona non si trova nel Regno Unito ai fini della parte 1 della legge del 2002 relativa al credito d'imposta:
- a) se essa presenta una domanda di credito d'imposta per figlio a carico (...) a decorrere dal 1° maggio 2004; e
 - b) se non ha diritto di soggiornare nel Regno Unito».
- Immigration Act 1971
- 20 Ai sensi dell'articolo 2 dell'Immigration Act 1971 (legge del 1971 sull'immigrazione): «Dichiarazione del diritto di residenza nel Regno Unito
- 1) In forza della presente legge una persona ha diritto di risiedere nel Regno Unito:
- a) se è un cittadino britannico; o
 - c) se è un cittadino del Commonwealth che
 - i) immediatamente prima dell'entrata in vigore del British Nationality Act 1981 [(legge del 1981 relativa alla cittadinanza britannica)], era un cittadino del Commonwealth avente il diritto di risiedere nel Regno Unito in forza dell'articolo 2, paragrafo 1, lettera d), o dell'articolo 2, paragrafo 2, della presente legge nella versione all'epoca in vigore; e
 - ii) nel frattempo non ha cessato di essere un cittadino del Commonwealth.
- (...))».

Procedimento precontenzioso

- 21 Dopo avere ricevuto numerose denunce di cittadini di altri Stati membri residenti nel Regno Unito, secondo i quali le autorità britanniche competenti avevano negato loro determinate prestazioni sociali in ragione del fatto che essi non disponevano di un diritto di soggiorno in tale Stato membro, la Commissione ha inviato a quest'ultimo, nel 2008, una richiesta di chiarimenti.
- 22 Con due lettere del 1° ottobre 2008 e del 20 gennaio 2009 il Regno Unito ha confermato che, ai sensi della normativa nazionale, mentre il diritto di soggiorno nel Regno Unito è riconosciuto a tutti i cittadini di tale Stato membro, in alcune circostanze si ritiene che i cittadini di altri Stati membri non godano di tale diritto. Secondo il Regno Unito questa restrizione si fonda sulla nozione di «diritto di soggiorno» ai sensi della direttiva 2004/38 e sulle limitazioni a tale diritto da essa previste, in particolare per quanto concerne il requisito secondo il quale una persona economicamente inattiva deve disporre di risorse economiche sufficienti per non diventare un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.
- 23 Il 4 giugno 2010 la Commissione ha inviato al Regno Unito una lettera di diffida riguardante le disposizioni della sua normativa ai sensi delle quali, per poter beneficiare di determinate prestazioni, i richiedenti devono disporre, a titolo di condizione preliminare per essere considerati abitualmente residenti nel Regno Unito, del diritto di soggiornarvi (in prosieguo: il «criterio del diritto di soggiorno»).
- 24 Con lettera del 30 luglio 2010 il Regno Unito ha risposto alla lettera di diffida affermando che il suo sistema nazionale non era discriminatorio e che il criterio del diritto di soggiorno si giustificava in quanto misura proporzionata diretta a garantire che le prestazioni fossero erogate a persone sufficientemente integrate nel Regno Unito.
- 25 Il 29 settembre 2011 la Commissione ha emesso un parere motivato, al quale il Regno Unito ha risposto con lettera del 29 novembre 2011.
- 26 Non essendo soddisfatta da tale risposta, la Commissione ha proposto il presente ricorso.

Sul ricorso*Sulla portata del ricorso*

- 27 Alla luce della sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565), la Commissione ha deciso di limitare il suo ricorso agli assegni familiari e al credito d'imposta per figlio a carico (in prosieguo: le «prestazioni sociali di cui trattasi»), escludendo le «prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo» che erano state anch'esse oggetto del parere motivato e che, conformemente a tale sentenza della Corte, possono essere qualificate come «assistenza sociale» ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38.

*Nel merito**Argomenti delle parti*

- 28 La censura principale sollevata dalla Commissione nei confronti del Regno Unito consiste nel fatto che, imponendo al richiedente le prestazioni sociali di cui trattasi di soddisfare il criterio del diritto di soggiorno per essere trattato come un residente abituale in tale Stato membro, il Regno Unito ha aggiunto una condizione che non figura nel regolamento n. 883/2004. Tale condizione priverebbe le persone che non la soddisfano della copertura prevista dalla normativa in materia di sicurezza sociale in uno degli Stati membri, copertura che detto regolamento sarebbe volto a garantire.

- 29 Secondo la Commissione, in forza dell'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004, una persona economicamente inattiva è in linea di principio soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza. A tale proposito l'articolo 1, lettera j), di tale regolamento definisce la «residenza», ai fini del predetto regolamento, come il luogo in cui una persona risiede abitualmente; la nozione di «residenza abituale» ha un significato autonomo nel diritto dell'Unione.
- 30 Per la Commissione, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte, in particolare al punto 29 della sentenza del 25 febbraio 1999, Swaddling (C-90/97, EU:C:1999:96), tale nozione designa il luogo in cui si trova il centro principale degli interessi della persona interessata. Al fine di determinare tale centro di interessi, occorrerebbe prendere in considerazione, in particolare, la situazione familiare del lavoratore, i motivi che l'hanno indotto a trasferirsi, la durata e la continuità della residenza, il fatto di disporre eventualmente di un posto di lavoro stabile e l'intenzione di lavorare quale si può desumere da tutte le circostanze utili.
- 31 Più specificamente, tale luogo dovrebbe essere determinato in funzione delle circostanze di fatto e della situazione delle persone interessate, indipendentemente dal loro status giuridico nello Stato membro ospitante e dal fatto che esse godano o meno del diritto di soggiorno nel suo territorio sulla base, ad esempio, della direttiva 2004/38. Di conseguenza, il regolamento n. 883/2004 conferirebbe un significato specifico alla nozione di «residenza», che sarebbe indipendente dal senso ad essa attribuito in altri atti di diritto dell'Unione o nel diritto nazionale e che non è subordinato a eventuali presupposti legali.
- 32 La finalità dell'articolo 11 del regolamento n. 883/2004 non sarebbe l'armonizzazione del diritto sostanziale degli Stati membri, ma piuttosto la creazione di un sistema di norme di conflitto avente l'effetto di sottrarre al legislatore nazionale il potere di determinare la portata e le condizioni di applicazione della propria normativa nazionale in materia. L'obiettivo perseguito da tale sistema sarebbe quindi, da un lato, garantire che un solo regime di sicurezza sociale sia applicabile e, dall'altro, impedire che le persone contemplate dal regolamento n. 883/2004 siano private di protezione in materia di sicurezza sociale per via della mancanza di una normativa che sarebbe loro applicabile.
- 33 In subordine, la Commissione sostiene che il Regno Unito, subordinando il diritto di ricevere determinate prestazioni di sicurezza sociale a una condizione che i suoi cittadini soddisfano automaticamente, come il criterio del diritto di soggiorno, ha creato una situazione di discriminazione diretta nei confronti dei cittadini di altri Stati membri e ha quindi violato l'articolo 4 del regolamento n. 883/2004.
- 34 Secondo la Commissione, il Regno Unito ha cambiato la propria posizione nel corso del procedimento precontenzioso, sostenendo in un primo tempo che il criterio del diritto di soggiorno era solo uno degli elementi da verificare per stabilire se una persona avesse la propria residenza abituale in tale Stato membro e, in un secondo tempo, che si trattava di una condizione distinta dalla residenza abituale, discriminatoria ma giustificata.
- 35 A tale proposito la Commissione, fondandosi sulle conclusioni dell'avvocato generale presentate nella causa che ha dato origine alla sentenza del 13 aprile 2010, Bressol e a. (C-73/08, EU:C:2010:181), ritiene che il criterio del diritto di soggiorno costituisca una discriminazione diretta fondata sulla cittadinanza, dato che si tratta di una condizione che si applica unicamente agli stranieri, poiché i cittadini britannici che risiedono nel Regno Unito la soddisfano automaticamente.
- 36 Peraltro, quand'anche si dovesse ammettere che il criterio del diritto di soggiorno costituisca una discriminazione soltanto indiretta, come afferma il Regno Unito, quest'ultimo

non ha esposto, secondo la Commissione, nessun argomento che consenta di ritenere che la disparità di trattamento in questione sia adeguata e proporzionata rispetto allo scopo perseguito dalla normativa nazionale di cui trattasi, che è quello di garantire che esista un reale collegamento tra la persona che richiede la prestazione e lo Stato membro ospitante.

- 37 D'altro canto, la Commissione contesta l'argomento esposto dal Regno Unito secondo il quale le persone economicamente inattive non dovrebbero diventare un onere a carico del sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante, salvo che tali persone presentino un grado di collegamento sufficiente con tale Stato. La Commissione ammette che uno Stato membro ospitante voglia assicurarsi che esista un collegamento tra la persona che chiede la prestazione e tale Stato, ma osserva che, nel caso delle prestazioni di sicurezza sociale, è lo stesso legislatore dell'Unione ad avere istituito, mediante il regolamento n. 883/2004, gli strumenti di verifica dell'esistenza di tale collegamento - ossia, nella fattispecie, attraverso il criterio della residenza abituale -, senza che gli Stati membri possano modificare le disposizioni di detto regolamento o aggiungervi requisiti supplementari.
- 38 Nel controtorco il Regno Unito contesta la censura principale sollevata dalla Commissione richiamando in particolare la sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565, punto 44), in cui la Corte, dopo avere respinto argomenti identici a quelli prospettati dalla Commissione nel caso di specie, ha dichiarato che «nulla, in linea di principio, osta a che la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia subordinata al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro ospitante».
- 39 Il Regno Unito precisa che la Corte ha altresì statuito che l'obiettivo dell'articolo 70, paragrafo 4, del regolamento n. 883/2004 - il quale prevede, al pari del suo articolo 11, una «norma di conflitto» diretta a evitare l'applicazione simultanea di diverse legislazioni nazionali a una stessa situazione e a impedire che le persone rientranti nell'ambito di applicazione del predetto regolamento restino senza tutela in materia di sicurezza sociale per mancanza di una normativa loro applicabile -, non è stabilire le condizioni sostanziali per l'esistenza del diritto alle prestazioni sociali di cui trattasi, ossia prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, con la conseguenza che spetta in linea di principio alla legislazione di ciascuno Stato membro determinare tali condizioni. Secondo il Regno Unito, lo stesso ragionamento si applica alla norma di conflitto di cui all'articolo 11 del regolamento n. 883/2004, che svolge la medesima funzione dell'articolo 70, paragrafo 4, di detto regolamento, il quale riguarda specificamente le prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, al fine di determinare la normativa applicabile al richiedente.
- 40 Per quanto riguarda la censura dedotta in subordine dalla Commissione, vertente sull'esistenza di una discriminazione diretta e riportata al punto 33 della presente sentenza, il Regno Unito afferma che essa non è contenuta nel parere motivato inviatogli dalla Commissione durante il procedimento precontenzioso e compare per la prima volta nell'atto di ricorso, ragion per cui dovrebbe essere dichiarata irricevibile dalla Corte.
- 41 Inoltre, tale Stato membro sostiene che la Corte ha già dichiarato a più riprese che si può legittimamente esigere da cittadini dell'Unione europea economicamente inattivi che essi forniscano la prova di disporre di un diritto di soggiorno per poter fruire di prestazioni di sicurezza sociale e che il legislatore dell'Unione, nella direttiva 2004/38, autorizza espressamente gli Stati membri ospitanti a subordinare il loro intervento a siffatta condizione, affinché detti cittadini non divengano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale di tali Stati. Il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 4 del regolamento n. 883/2004 dovrebbe essere letto alla luce di tale principio.

- 42 Da ultimo, il Regno Unito rileva che la verifica del criterio del diritto di soggiorno è solo una delle tre condizioni cumulative che il richiedente deve soddisfare per poter dimostrare che egli «si trova» nel Regno Unito, ai sensi della normativa nazionale. Le altre due condizioni, vale a dire la presenza nel territorio e la residenza abituale, potrebbero essere soddisfatte o meno indipendentemente dalla cittadinanza del richiedente, cosicché un cittadino britannico non soddisferebbe automaticamente la condizione di «trovarsi» nel Regno Unito, la quale dà diritto alle prestazioni sociali di cui trattasi.
- 43 Certamente, il Regno Unito ammette che tali condizioni sono soddisfatte più agevolmente dai propri cittadini che non da quelli di altri Stati membri e che si tratta di una misura indirettamente discriminatoria. Tuttavia, fondandosi sulle considerazioni della Corte contenute nel punto 44 della sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565) riguardanti un contesto simile, tale Stato membro ritiene che la misura sia oggettivamente giustificata dalla necessità di proteggere le finanze pubbliche, dato che le prestazioni sociali di cui trattasi non sono finanziate dai contributi dei beneficiari, ma tramite le imposte. Peraltro, nulla indica che tale misura sia sproporzionata rispetto allo scopo perseguito, nei termini esposti ai punti da 71 a 78 di tale sentenza della Corte.
- 44 Nella replica la Commissione sostiene, relativamente alla censura principale, che la sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565) riguardava soltanto l'applicazione della direttiva 2004/38 alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, le quali presentano nel contempo caratteristiche sia di sicurezza sociale sia di assistenza sociale, mentre la presente causa verte su due prestazioni familiari ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004, vale a dire vere e proprie prestazioni di sicurezza sociale, alle quali la direttiva 2004/38 non è applicabile. A tale proposito la Commissione segnala l'esistenza di un problema al punto 44 di tale sentenza, concernente una divergenza di traduzione tra le versioni in lingua inglese e tedesca, dato che la prima utilizza i termini «*social security benefits*» (letteralmente, «prestazioni di sicurezza sociale»), mentre nella seconda, che è la versione facente fede, viene impiegata la nozione più ampia di «*Sozialleistungen*» («prestazioni sociali»).
- 45 Inoltre, la Commissione sostiene che la normativa del Regno Unito, anziché promuovere la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che è l'obiettivo sotteso alla legislazione dell'Unione in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, la disincentiva, introducendo un ostacolo a detta libertà sotto forma di discriminazione in base alla cittadinanza. Ciò comporterebbe la conseguenza che una persona potrebbe non avere diritto alle prestazioni sociali di cui trattasi né nello Stato di origine, in cui non ha più la sua residenza abituale, né nello Stato ospitante, se non dispone del diritto di soggiorno in quest'ultimo.
- 46 Infine, per quanto concerne la censura dedotta in subordine, la Commissione contesta l'interpretazione data dal Regno Unito alla norma di conflitto prevista dall'articolo 11 del regolamento n. 883/2004, in quanto dalla sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565) risulterebbe che il principio in forza del quale gli Stati membri possono legittimamente imporre restrizioni al fine di evitare che un cittadino dell'Unione che essi ospitano non divenga un onere eccessivo per il loro sistema di assistenza sociale è limitato all'assistenza sociale e non si estende alle prestazioni di sicurezza sociale.
- 47 Inoltre, per quanto concerne un'eventuale giustificazione della condizione connessa al criterio del diritto di soggiorno, la Commissione sostiene che il Regno Unito non produce nessun elemento relativo alla proporzionalità della stessa alla luce dell'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale. Il test del «diritto di residenza», ossia la verifica del criterio del diritto di soggiorno, sarebbe un meccanismo automatico che impedirebbe sistematicamente

- e inevitabilmente ai richiedenti che non soddisfano tale criterio di percepire prestazioni, indipendentemente dalla loro situazione personale e dall'entità delle imposte pagate e dei contributi di sicurezza sociale versati nel Regno Unito. Tale meccanismo non consentirebbe pertanto la valutazione individuale complessa che la Corte pone a carico degli Stati membri ospitanti ai sensi della sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565).
- 48 Nella controreplica, il Regno Unito insiste sul fatto che il suo diritto nazionale è applicabile in virtù della norma di conflitto prevista dal regolamento n. 883/2004 e che una persona la cui residenza abituale si trovi nel suo territorio può, ciononostante, non avere diritto alle prestazioni sociali di cui trattasi.
- 49 Per quanto attiene a una divergenza tra le versioni linguistiche della sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565), il Regno Unito osserva che l'espressione «*social benefits*» è più ampia di «*social security benefits*» e che, sebbene in tale sentenza la Corte abbia utilizzato la prima espressione anziché la seconda nelle versioni tedesca e francese, tale circostanza estende l'ambito di applicazione del principio enunciato al punto 44 di detta sentenza, che ricomprende anche le prestazioni di sicurezza sociale. Secondo tale Stato membro, dalla citata sentenza non emerge in nessun caso che le considerazioni esposte dalla Corte si limiterebbero esclusivamente alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, il che è stato peraltro confermato dalla sentenza dell'11 novembre 2014, Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358).
- 50 Inoltre, secondo il Regno Unito, è difficile ipotizzare che gli Stati membri non siano tenuti a erogare prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, che garantiscono un reddito minimo di sussistenza, ai cittadini dell'Unione privi del diritto di soggiorno, ma abbiano invece l'obbligo di fornire loro prestazioni quali le prestazioni sociali di cui trattasi, che vanno al di là della garanzia di un reddito minimo di sussistenza, dato che queste ultime prestazioni, essendo finanziate tramite le imposte, possono parimenti rappresentare un onere eccessivo per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, ai sensi della sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565).
- 51 Il Regno Unito aggiunge che le prestazioni sociali di cui trattasi presentano in ogni caso caratteristiche proprie dell'assistenza sociale, sebbene non si tratti di una condizione richiesta affinché il principio stabilito nella sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565), che riguarda le «prestazioni sociali» in generale, sia applicabile anche alle prestazioni sociali di cui trattasi. Secondo tale Stato membro, la Corte ha confermato, nella sentenza dell'11 novembre 2014, Dano (C-333/13, EU:C:2014:2358), che solo i cittadini dell'Unione economicamente inattivi il cui soggiorno soddisfi i requisiti dell'articolo 7, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2004/38 possono invocare il diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali nell'accesso alle prestazioni sociali.
- 52 Infine, tale Stato membro afferma che la Commissione, sostenendo per la prima volta nella replica che il criterio del diritto di soggiorno è un «meccanismo automatico» che non consente una valutazione delle circostanze del caso concreto, come richiesto dalla Corte nella sentenza del 19 settembre 2013, Brey (C-140/12, EU:C:2013:565), solleva una nuova censura che, a tale titolo, conformemente all'articolo 127 del regolamento di procedura della Corte, dev'essere dichiarata irricevibile.
- 53 In proposito il Regno Unito sostiene altresì che l'elaborazione del funzionamento del criterio del diritto di soggiorno come presentata dalla Commissione in tale nuova censura è errata. In pratica, il servizio amministrativo che gestisce le prestazioni sociali di cui trattasi prenderebbe in considerazione, tra altri dati, le informazioni fornite dal Department for Work and Pensions (dipartimento del lavoro e delle pensioni) per stabilire se una persona

abbia fatto ricorso all'assistenza sociale. Tali informazioni consentirebbero a detto servizio di stabilire se il richiedente disponga di un diritto di soggiorno nel Regno Unito e, pertanto, se possa beneficiare delle prestazioni sociali di cui trattasi. Qualora non sia possibile stabilire se il richiedente disponga o meno del diritto di soggiorno, si procede a una valutazione individuale della sua situazione personale, anche per quanto riguarda i contributi sociali da esso versati nonché il fatto che egli sia attivamente alla ricerca di un lavoro e abbia reali possibilità di essere assunto.

Giudizio della Corte

- Sulla qualificazione delle prestazioni sociali di cui trattasi
- 54 Al fine di esaminare la fondatezza del presente ricorso per inadempimento occorre stabilire, in via preliminare, se le prestazioni sociali di cui trattasi debbano essere qualificate come «prestazioni di assistenza sociale» o come «prestazioni di sicurezza sociale».
- 55 A tale proposito occorre ricordare che tale ricorso per inadempimento riguarda gli assegni familiari (*child benefit*) e il credito d'imposta per figlio a carico (*child tax credit*), ossia due prestazioni in denaro che hanno l'obiettivo di contribuire a compensare i carichi familiari e che non sono finanziate dai contributi dei beneficiari, ma dalla contribuzione fiscale obbligatoria.
- 56 Nessuna di queste prestazioni è stata inserita dal Regno Unito nell'allegato X del regolamento n. 883/2004 ed è pacifico tra le parti che non si tratta di prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo ai sensi dell'articolo 70 di detto regolamento.
- 57 Per quanto riguarda gli assegni familiari, dall'articolo 141 della legge del 1992 emerge che chiunque abbia a carico almeno un figlio ha diritto ad assegni settimanali per ciascun figlio, conformemente alle disposizioni di tale legge.
- 58 È pacifico che gli assegni familiari costituiscono una prestazione sociale destinata in particolare a coprire in parte le spese che deve sopportare una persona avente uno o più figli a carico. In linea di principio si tratta di una prestazione universale concessa a chiunque ne faccia richiesta. Tuttavia, i richiedenti che dispongono di redditi elevati devono restituire, nel momento in cui assolvono i loro obblighi fiscali, una somma di importo equivalente, al massimo, alla prestazione percepita.
- 59 Per quanto riguarda il credito d'imposta per figlio a carico, è altresì pacifico che si tratta di una prestazione in denaro versata a chiunque abbia uno o più figli a carico, il cui importo varia a seconda dei redditi familiari, del numero di figli a carico nonché di altri fattori relativi alla situazione individuale della famiglia interessata. Nonostante la sua denominazione, il credito d'imposta per figlio a carico corrisponde a una somma che l'amministrazione competente versa periodicamente ai beneficiari e che sembra essere associata alla loro qualità di contribuenti. Tale prestazione ha sostituito una serie di prestazioni complementari corrisposte ai richiedenti di vari contributi di sussistenza che erano collegati al reddito e percepiti per i figli a carico, e il cui obiettivo complessivo era quello di lottare contro la povertà infantile.
- 60 Secondo la giurisprudenza della Corte, prestazioni attribuite automaticamente alle famiglie che rispondono a determinati criteri obiettivi, riguardanti in particolare le loro dimensioni, il loro reddito e le loro risorse di capitale, prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali, e destinate a compensare gli oneri familiari, devono essere considerate prestazioni di sicurezza sociale (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punto 22, e del 10 ottobre 1996, Hoefer e Zachow, C-245/94 e C-312/94, EU:C:1996:379, punto 27).

- 61 L'applicazione dei criteri indicati al punto precedente della presente sentenza alle prestazioni sociali di cui trattasi implica che queste ultime debbano essere qualificate come prestazioni di sicurezza sociale, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera j), del regolamento n. 883/2004, letto in combinato disposto con l'articolo 1, lettera z), del medesimo regolamento.
- Sulla censura principale
- 62 Con la censura principale dedotta a sostegno del presente ricorso la Commissione addebita al Regno Unito di subordinare la concessione delle prestazioni sociali di cui trattasi alla condizione che il richiedente risponda, oltre che al criterio collegato al fatto che egli «risieda abitualmente» nel territorio dello Stato membro ospitante, previsto dall'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004, in combinato disposto con l'articolo 1, lettera j), di tale medesimo regolamento, al criterio del diritto di soggiorno. L'esame di quest'ultimo criterio crea quindi, secondo la Commissione, una condizione aggiuntiva che non è prevista.
- 63 A tale proposito occorre rilevare che l'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004, sul quale la Commissione si fonda, enuncia una «norma di conflitto» diretta a determinare la normativa nazionale applicabile alla percezione delle prestazioni di sicurezza sociale elencate all'articolo 3, paragrafo 1, di tale regolamento, tra le quali figurano le prestazioni familiari, alle quali possono avere diritto persone diverse da quelle contemplate dalle lettere da a) a d) dell'articolo 11, paragrafo 3, di detto regolamento, ossia, in particolare, le persone economicamente inattive.
- 64 L'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004 persegue non soltanto lo scopo di evitare l'applicazione simultanea di diverse normative nazionali a una determinata situazione e le complicazioni che possono derivarne, ma anche di impedire che le persone che ricadono nell'ambito di applicazione di tale regolamento restino senza tutela in materia di sicurezza sociale per mancanza di una normativa che sia loro applicabile (v., in particolare, sentenza del 19 settembre 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 40 e giurisprudenza citata).
- 65 Per contro, detta disposizione in quanto tale non ha lo scopo di stabilire le condizioni sostanziali per l'esistenza del diritto alle prestazioni di sicurezza sociale. Spetta in linea di principio alla normativa di ciascuno Stato membro determinare tali condizioni (v., in tal senso, sentenze del 19 settembre 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 41 e giurisprudenza citata, e dell'11 novembre 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 89).
- 66 Non è quindi possibile dedurre dall'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004, letto in combinato disposto con l'articolo 1, lettera j), del medesimo regolamento, che il diritto dell'Unione osti a una disposizione nazionale che subordina il diritto a prestazioni sociali, come le prestazioni sociali di cui trattasi, al fatto, per il richiedente, di disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro interessato.
- 67 Infatti, il regolamento n. 883/2004 non organizza un regime comune di sicurezza sociale, ma lascia sussistere regimi nazionali distinti, e ha come unico obiettivo quello di assicurare un coordinamento tra questi ultimi al fine di garantire l'esercizio effettivo della libera circolazione delle persone. Esso lascia sussistere pertanto regimi distinti che danno luogo a crediti distinti nei confronti di enti distinti, rispetto ai quali il destinatario della prestazione è direttamente titolare di diritti a norma o del solo diritto nazionale, oppure del diritto nazionale integrato, se del caso, dal diritto dell'Unione (sentenza del 19 settembre 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 43).
- 68 Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che nulla, in linea di principio, osta a

che la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia subordinata al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro ospitante (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 19 settembre 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 44, e dell'11 novembre 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 83).

- 69 La norma di conflitto prevista all'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004 non è pertanto snaturata, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, dal criterio del diritto di soggiorno, poiché quest'ultimo costituisce parte integrante delle condizioni per la concessione delle prestazioni sociali di cui trattasi.
- 70 Stanti tali premesse, occorre rilevare che l'argomento avanzato dalla Commissione, secondo il quale una persona che non soddisfa le condizioni richieste per poter beneficiare delle prestazioni sociali di cui trattasi si trova in una situazione nella quale né il diritto del Regno Unito, né nessun altro diritto le sarebbe applicabile, non può prosperare.
- 71 Infatti tale situazione non è diversa da quella in cui si trova un richiedente che non soddisfi una delle condizioni necessarie per poter beneficiare di una prestazione familiare per una qualsiasi altra ragione e che, per questo, non avrebbe effettivamente diritto a tale prestazione in nessuno Stato membro. Orbene, tale circostanza non sarebbe dovuta al fatto che nessun diritto gli sarebbe applicabile, ma al fatto che tale richiedente non soddisferebbe le condizioni sostanziali previste dallo Stato membro la cui legislazione gli è applicabile in forza delle norme di conflitto.
- 72 A tale proposito è altresì necessario ricordare che il Regno Unito, sin dalla sua risposta al parere motivato, ha ripetutamente contestato il fatto di avere inteso subordinare la verifica del carattere abituale della residenza del richiedente nel suo territorio alla condizione, segnatamente, che egli disponga di un diritto di soggiorno regolare. Infatti, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 54 delle sue conclusioni, da nessun elemento del fascicolo presentato alla Corte emerge che il Regno Unito avrebbe inteso collegare il criterio del diritto di soggiorno al controllo della residenza abituale, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004. Come sostenuto da tale Stato membro in udienza, la legalità del soggiorno del richiedente nel suo territorio costituisce una condizione sostanziale che le persone economicamente inattive devono soddisfare per poter beneficiare delle prestazioni sociali di cui trattasi.
- 73 Alla luce delle considerazioni che precedono, non avendo la Commissione dimostrato che il criterio del diritto di soggiorno introdotto dalla normativa del Regno Unito pregiudica, in quanto tale, la disposizione di cui all'articolo 11, paragrafo 3, lettera e), del regolamento n. 883/2004, letto in combinato disposto con l'articolo 1, lettera j), di tale medesimo regolamento, occorre respingere la censura sollevata da tale istituzione in via principale.
- Sulla censura sollevata in subordine
- 74 In subordine, nel caso in cui si debba dichiarare che la verifica del criterio del diritto di soggiorno non è, in quanto tale, insita in quella della residenza abituale del richiedente le prestazioni sociali di cui trattasi e che il controllo di tale primo criterio è effettuato autonomamente, la Commissione sostiene che l'introduzione del criterio del diritto di soggiorno nella normativa nazionale comporta inevitabilmente una discriminazione diretta, o per lo meno indiretta, vietata dall'articolo 4 del regolamento n. 883/2004.
- 75 Si deve rammentare in proposito, come indicato al punto 68 della presente sentenza, che in linea di principio nulla osta a che la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia subordinata alla condizione sostanziale che questi ultimi

- soddisfino i requisiti necessari per disporre di un diritto di soggiorno legale nello Stato membro ospitante.
- 76 Resta tuttavia il fatto che uno Stato membro ospitante che, ai fini della concessione di prestazioni sociali, come le prestazioni sociali di cui trattasi, richiede la regolarità del soggiorno di un cittadino di un altro Stato membro nel suo territorio commette una discriminazione indiretta.
- 77 Infatti, da una giurisprudenza costante della Corte emerge che una disposizione di diritto nazionale dev'essere giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad incidere più sui cittadini di altri Stati membri che su quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi (v., in tal senso, sentenza del 13 aprile 2010, Bressol e a., C-73/08, EU:C:2010:181, punto 41).
- 78 Nell'ambito del presente ricorso, la normativa nazionale impone ai richiedenti le prestazioni di cui trattasi di disporre di un diritto di soggiorno nel Regno Unito. Pertanto, tale normativa crea una disparità di trattamento tra i cittadini britannici e i cittadini degli altri Stati membri, dato che una siffatta condizione di residenza è più facilmente soddisfatta dai cittadini nazionali, i quali risiedono abitualmente per lo più nel Regno Unito, che dai cittadini di altri Stati membri, i quali risiedono per contro, in linea generale, in uno Stato membro diverso dal Regno Unito (v., per analogia, sentenza del 13 aprile 2010, Bressol e a., C-73/08, EU:C:2010:181, punto 45).
- 79 Per essere giustificata, tale discriminazione indiretta dev'essere idonea a garantire il conseguimento di un obiettivo legittimo e non andare al di là di quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo medesimo (v., in tal senso, sentenza del 20 giugno 2013, Giersch e a., C-20/12, EU:C:2013:411, punto 46).
- 80 A tale proposito si deve constatare che dalla giurisprudenza della Corte risulta che la necessità di proteggere le finanze dello Stato membro ospitante giustifica in linea di principio la possibilità di controllare la regolarità del soggiorno al momento della concessione di una prestazione sociale in particolare alle persone provenienti da altri Stati membri ed economicamente inattive, poiché tale controllo può avere conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere accordato da tale Stato (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 44; del 15 marzo 2005, Bidar, C-209/03, EU:C:2005:169, punto 56; del 19 settembre 2013, Brey, C-140/12, EU:C:2013:565, punto 61, e dell'11 novembre 2014, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, punto 63).
- 81 Per quanto riguarda la proporzionalità del criterio del diritto di soggiorno si deve constatare che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 92 delle sue conclusioni, la verifica da parte delle autorità nazionali, nell'ambito della concessione delle prestazioni sociali in questione, del fatto che il richiedente non si trovi irregolarmente nel territorio deve essere considerata una fattispecie di controllo della regolarità del soggiorno dei cittadini dell'Unione, conformemente all'articolo 14, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/38, e deve di conseguenza soddisfare i requisiti di quest'ultima.
- 82 A tale proposito è necessario ricordare che, in forza dell'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, i cittadini dell'Unione e i loro familiari beneficiano del diritto di soggiorno di cui agli articoli 7, 12 e 13 di tale direttiva finché soddisfano le condizioni fissate negli stessi. In casi specifici, qualora vi sia un dubbio ragionevole che il cittadino dell'Unione o i suoi familiari non soddisfano le condizioni stabilite nei predetti articoli, gli Stati membri possono effettuare una verifica in tal senso. Orbene, l'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva 2004/38 prevede che tale verifica non sia sistematica.

- 83 Dalle osservazioni formulate dal Regno Unito nell'udienza dinanzi alla Corte risulta che, per ciascuna delle prestazioni sociali di cui trattasi, il richiedente deve indicare, nel modulo di domanda, una serie di dati grazie ai quali emerge l'esistenza o meno di un diritto di soggiorno nel Regno Unito; tali dati vengono poi verificati dalle autorità competenti per la concessione della prestazione di cui trattasi. Soltanto in casi particolari è imposto ai richiedenti di fornire la prova di essere effettivamente titolari di un diritto di soggiorno regolare nel territorio del Regno Unito, come da essi dichiarato nel modulo di domanda.
- 84 Dalle informazioni di cui dispone la Corte risulta quindi che, contrariamente a quanto sostiene la Commissione, il controllo del rispetto delle condizioni fissate dalla direttiva 2004/38 per l'esistenza del diritto di soggiorno non è effettuato sistematicamente e non è di conseguenza contrario alle disposizioni dell'articolo 14, paragrafo 2, della richiamata direttiva. Soltanto in caso di dubbio le autorità britanniche procedono alle verifiche necessarie per stabilire se il richiedente soddisfi o meno le condizioni previste dalla direttiva 2004/38, in particolare quelle di cui all'articolo 7, e, pertanto, se egli disponga di un diritto di soggiorno regolare nel territorio di tale Stato membro, ai sensi della richiamata direttiva.
- 85 In tale contesto la Commissione, alla quale incombe l'onere di dimostrare l'esistenza dell'inadempimento dedotto e di fornire alla Corte le prove necessarie affinché quest'ultima verifichi l'esistenza di tale inadempimento (v., in particolare, sentenza del 23 dicembre 2015, Commissione/Grecia, C-180/14, EU:C:2015:840, punto 60 e giurisprudenza citata), non ha fornito elementi che dimostrino che tale controllo non risponde alle condizioni di proporzionalità, che non è idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo di protezione delle finanze pubbliche e che va al di là di quanto necessario per conseguire tale obiettivo.
- 86 Dalle considerazioni che precedono risulta che il fatto che la normativa nazionale di cui trattasi nell'ambito del presente ricorso preveda che, ai fini della concessione delle prestazioni sociali di cui trattasi, le autorità competenti del Regno Unito richiedano la regolarità del soggiorno nel loro territorio dei cittadini di altri Stati membri che presentano domanda per ottenere tali prestazioni non costituisce una discriminazione vietata ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 883/2004.
- 87 Di conseguenza, il ricorso dev'essere integralmente respinto.

Sulle spese

- 88 Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. La Commissione, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese, conformemente alla domanda del Regno Unito.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) La Commissione europea è condannata alle spese.

(Omissis)
