

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: VITTORIO CRECCO

Direttore Responsabile: ANNALISA GUIDOTTI

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

In questo numero:

- **Corte Cass., Sez. Lavoro, 13 agosto 2007, sentenza n. 17670 899**
Transazione - Richiesta di versamento dei contributi con riferimento a somme ulteriori - Sussistenza dell'obbligo contributivo
- **Corte Cass., Sez. Lavoro, 26 ottobre 2007, sentenza n. 22627 933**
Assicurazione obbligatoria TBC - Dipendenti comunali - Esclusione - Pagamento all'INPS - Irrilevanza
- **Corte Cass., Sez. Lavoro, 18 settembre 2007, sentenza n. 19338 938**
Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Divieto rioccupazione nei 24 mesi successivi alla corresponsione
- **Corte Cass., Sez. Lavoro, 24 agosto 2007, sentenza n. 18401 942**
Decorrenza pensioni di anzianità in base alla regola delle "finestre" - Momento del perfezionamento del diritto a pensione coincidente con la "finestra" - Sussistenza

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
MARIO POTI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

LUCIA COLANTONIO
FLAVIA GIANNETTI
VALERIA MASUTTI
RICCARDO MEZZETTI
ANTONIO PAGLIONE

Redazione, Amministrazione e Segreteria

Via della Frezza, 17 - 00186 ROMA
Tel. 065905-6337-6453-6441
Fax 065905-6315
E-mail: Informazione.Previdenziale@inps.it



4

OTTOBRE-NOVEMBRE-DICEMBRE 2007

GRAFICA PONTINA - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: giugno 2008

SOMMARIO N. 4/2007

INDICI		pag.	V
DOTTRINA			
BELFIORE A.:	«Onere della prova e responsabilità contrattuale»	»	831
PAGANO S.:	«I danni da mobbing»	»	843
CIMMINO A.:	«La decisione della Commissione delle Comunità europee n. 2000/128/CE: contratto di formazione e lavoro e ripetizione degli aiuti di Stato illegittimi»		860
NOTE A SENTENZA			
LAGANÀ A.:	«L'incollocamento al lavoro nell'invalidità civile: profili sostanziali e processuali»	»	890
TERSIGNI S.:	«Trattamento previdenziale di somme erogate al lavoratore a titolo di transazione»	»	902
DELL'OGGIO L.:	«Osservazioni sulla (presunta) nullità insanabile del ricorso introduttivo delle controversie individuali di lavoro»	»	911
GABRIELE A.:	«Trasferimento gratuito di contribuzione presso l'INPDAl e applicazione del c.d. tetto pensionabile»	»	917
GIURISPRUDENZA			
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili		»	928
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	933
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	960
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	997
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI		»	1029
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	1037
SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE		»	1067

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

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

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

INDICE DELLE SENTENZE N. 4/2007

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Unite Civili)	25818/07 (Ord.)	11.12.2007	928
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	23148/07	14.03/07.11.2007	887
	22627/07	26.10.2007	933
	20891/07	05.10.2007	934
	19338/07	18.09.2007	938
	18041/07	24.08.2007	942
	17670/07	13.08.2007	899
	17071/07	03.08.2007	946
	16959/07	01.08.2007	949
	16349/07	24.07.2007	952
	15372/07	10.07.2007	955
	14996/07	03.07.2007	957
	2223/07	01.02.2007	917
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Ancona	301/07	29.06/22.08.2007	960
Ancona	260/07	08/25.06.2007	964
Ancona	181/07	04/15.05.2007	968
Ancona	122/07	23.02/15.05.2007	975
Brescia	332/07	05/16.07.2007	980
Milano	829/07	12.07/11.09.2007	986
Milano	754/07	05.06/01.08.2007	989
Milano	713/07	05.06/24.07.2007	991
Roma	4770/06	05.06/05.09.2006	993
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Ancona	967/07	24.10.2007	997
Genova (Ordinanza)		10.08.2007	1003
Genova	290/07	13.02/10.04.2007	1005
Monza	421/07	12/18.07.2007	1007
Palermo	4973/06	24.11.06/06.02.07	906
Roma	19537/06	19.10/10.11.2006	1010
Savona	220/07	21/23.06.2007	1012
Savona	73/07	09.02/18.04.2007	1015
Vercelli (Ordinanza)		09.07.2007	1018
Viterbo	652/07	06.08.2007	1019
Viterbo	248/07	27.03/08.10.2007	1024

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
T.A.R.			
Lazio	5374/07	06.06.2007	1029
Lombardia	1165/07	08/09.11.2007	1033
Marche	440/07	07/30.03.2007	1034

INDICE ANALITICO N. 4/2007**CONTRIBUTI**

- Aziende municipalizzate - Opzione del personale per il mantenimento dell'iscrizione INPDAP ai fini pensionistici - Riduzione aliquote contribuzione per prestazioni temporanee *ex art. 3 comma 23 ss L.335/1995* - Inapplicabilità. (pag. 980)
- Cartella di pagamento e ruolo - Genericità ed indeterminatezza - Eccezione - Termine breve *ex artt. 617 e 618 bis c.p.c.* (pag. 968)
- Cooperativa - Oneri contributivi per i soci - Opzione per il regime convenzionale - Periodi di assenza, interruzione o sospensione della prestazione lavorativa - Irrilevanza. (pag. 1015)
- Diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali e agli sgravi previsti per zone montane e svantaggiate - Cumulo dei due benefici - Insussistenza. (pag. 1024)
- Indennità di trasferta - Rimborso "a piè di lista" - Distinzione - Criteri. (pag. 975)
- Iscrizione a ruolo - Decadenza *ex art. 25 del d.lgs. n. 46/1999* - Ricorso amministrativo - Mancanza di un provvedimento recettivo esplicito - Irrilevanza. (pag. 964)
- Omesso versamento - Pregressa domanda di iscrizione alla gestione commercianti - Sopraggiunto difetto delle relative condizioni - Onere della prova a carico dell'opponente nel giudizio di opposizione a cartella di pagamento - Socio accomandatario - Presunzione di esercizio di funzioni gestorie - Obbligo di versare la contribuzione alla gestione commercianti - Sussistenza. (pag. 991)
- Prescrizione - Costituzione in mora - Diffida INPS - Contenuto serializzato - Efficacia interruttiva - Fattispecie. (pag. 968)
- Retribuzione imponible - Licenziamento illegittimo - Decisione di reintegra - Transazione - Permanenza obbligo contributivo. (pag. 993)
- Retribuzione virtuale - Individuazione della contrattazione collettiva - Criteri. (pag. 1010)
- Sgravi - Agevolazioni contributive a favore delle imprese che assumono personale in mobilità - Condizioni - Affitto di beni aziendali dell'impresa che dispone la mobilità - Spettanza dei benefici - Esclusione. (pag. 946)
- Sgravi - Art. 6, commi nono e decimo, del d.l. n. 338 del 1989 (convertito in legge n. 389 del 1989) - Collegamento diretto tra lavoratori cui si riferisce l'inadempimento e sanzioni - Fondamento. (pag. 934)
- Transazione - Richiesta di versamento dei contributi con riferimento a somme ulteriori - Sussistenza dell'obbligo contributivo. (pag. 899)

- Trattamento economico di malattia - Erogazione da parte del datore di lavoro - Obbligo contributivo - Derogabilità - Esclusione. (pag. 997)
- Utilizzo soci di cooperativa in mansioni inerenti il ciclo produttivo - Prove documentali - Difetto di prova dell'impiego di mezzi organizzati dalla cooperativa - Interposizione illecita di manodopera - Sussistenza. (pag. 986)

CONTROVERSIE CIVILI

- Pensione a carico del Fondo Volo - Capitalizzazione quota di pensione - Prestazione da erogare in misura unitaria - Domanda giudiziale - Proposizione oltre i termini di definizione del procedimento amministrativo - Decadenza dall'intera domanda - Sussistenza. (pag. 1019)

DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE DEGLI ENTI PREVIDENZIALI

- Risposta a sondaggio sulla propensione all'acquisto - Espressione della volontà di acquisto del conduttore - Esclusione. (pag. 1029)

GIURISDIZIONE

- Controversie relative a procedure di affidamento di appalto di servizio di trasporti da parte di soggetti tenuti al rispetto delle norme sull'evidenza pubblica - Gara - Sindacato del g. a. sulla certificazione Inps attestante la regolarità contributiva dell'impresa ammessa a partecipare alla gara - Censura in sede di ricorso in cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione - Esclusione - Fondamento. (pag. 928)

IMPIEGO PUBBLICO

- Dipendente INPS - Funzione di segretario di commissione - Posizione indennizzabile - Riconoscimento - Requisiti. (pag. 960)
- Ex dipendente Cassa mutua - Trattamento *ex art. 15, comma 1, L. n. 88/1989* - "Clausola oro" - Inapplicabilità. (pag. 1034)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Collaborazioni coordinate e continuative - Clausola di tacito rinnovo - Divieto sopravvenuto di stipula di contratti di collaborazione atipici - Irrilevanza della clausola - Collaborazioni non riconducibili all'istituto del lavoro a progetto - Presunzione *iuris et de iure* di subordinazione. (pag. 1007)

PENSIONI

- Assegno mensile di assistenza - Requisito dell'incollocamento al lavoro - Decorrenza della prestazione - Soggetto portatore di condizioni fisiche ostative al collocamento - Domanda di iscrizione - Sussistenza dell'onere. (pag. 887)

- Assicurazione facoltativa - Rendita vitalizia costituita a seguito di versamento volontario di una somma "*una tantum*" - Adeguamento della prestazione per rivalutazione dei contributi - Esclusione - Fondamento. (pag. 949)
- Domande di riliquidazioni autoferrotranvieri in caso di pensionamento anticipato *ex art.4 DL 501/1995* - Decadenza - Estinzione del diritto ai ratei antecedenti il triennio dalla domanda giudiziale. (pag. 989)
- Misura - Valutazione gratuita presso l'INPDAI dei periodi di pregressa contribuzione al Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dall'Enel e dalle aziende elettriche private - Limite massimo - Commisurazione - Alla pensione massima erogabile dall'INPDAI al momento della maturazione del diritto. (pag. 917)
- Pensione di anzianità - Decorrenza della pensione di anzianità in base alla regola delle "finestre" - Momento di perfezionamento del diritto a pensione - Coincidenza con la maturazione della "finestra" - Sussistenza. (pag. 942)
- Pensione di inabilità e indennità di accompagnamento - Prestazioni indebitamente percepite - Recupero dell'INPS - Compensazione impropria - Ammissibilità. (pag. 952)
- Pensione di reversibilità - Ultradiciottenni inabili - Requisito della prevalenza del contributo economico continuativo del genitore al relativo mantenimento - Criteri quantitativi certi - Necessità - Titolarità di un reddito non superiore a quello richiesto dalla legge per il diritto alla pensione di invalido civile totale - Fondamento - Conformità ai valori costituzionali - Sussistenza - Fattispecie. (pag. 957)
- Vecchiaia - Benefici relativi allo svolgimento di attività usuranti - Sommozzatore - Infondatezza. (pag. 1012)

PRESTAZIONI

- Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Pagamento in via anticipata e in unica soluzione *ex art. 7, comma 5, legge n. 223 del 1991* - Divieto di rioccuparsi alle dipendenze di altro datore di lavoro nel termine di 24 mesi successivi alla corresponsione - Decorrenza. (pag. 938)
- Assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi - Art. 38 r.d.l. n. 1827 del 1935 - Dipendenti comunali - Esclusione - Pagamento contributi cosiddetti minori all'Inps - Irrilevanza - Fondamento. (pag. 933)

PROCESSO CIVILE

- Domanda di trasferimento *ex art. 2932 c.c.* - Provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* - Sospensione della procedura di vendita degli immobili Inps - Insussistenza del requisito del "*periculum in mora*". (pag. 1003)
- Prova - Verbale redatto da pubblico ufficiale - Valore - Fede privilegiata - Limiti - Fattispecie. (pag. 955)

- Rito del lavoro - Opposizione alla iscrizione a ruolo dei crediti contributivi - Contestazione parziale - Ordinanza *ex art.* 423 c.p.c. per il pagamento delle somme non contestate - Ammissibilità. (pag. 1018)
- Rito del lavoro - Opposizione alla iscrizione a ruolo dei crediti contributivi *ex art.* 24 d.lgs. n. 46/1999 - Termine di quaranta giorni - Perentorietà. (pag. 1005)
- Rito del lavoro - Ricorso introduttivo - Nullità - Applicazione art. 164, comma 5, c.p.c. - Esclusione. (pag. 906)

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- Diritto d'accesso - Verbali ispettivi - Dichiarazioni dei lavoratori - Limiti. (pag. 1033)

ANGELO BELFIORE

Professore Ordinario di Diritto Civile - Università di Catania

ONERE DELLA PROVA E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE*

Sommario: 1. - Il quadro normativo di riferimento: le disposizioni dell'art. 2697 c.c. - 2. - La questione specifica.

1. — Il quadro normativo di riferimento: le disposizioni dell'art. 2697 c. c.

È convinzione comune che il problema della ripartizione dell'onere della prova (e, quindi, della distribuzione del rischio della mancata prova) debba esser risolto a partire dalle disposizioni dell'art. 2697 c.c., in forza delle quali l'attore è tenuto a provare "i fatti che... costituiscono il fondamento" della pretesa azionata (fatti costitutivi), mentre spetta al convenuto provarne i fatti impeditivi (cioè i fatti dai quali risulti "l'inefficacia" dei fatti invocati dall'attore) o, se del caso, i fatti modificativi o estintivi (1).

L'opinione comune può essere tenuta ferma, ma va anche considerato che l'art. 2697 né sta a indicare - ed è ovvio - i fatti che, in concreto, sono a fondamento delle varie pretese azionabili (a tal fine, l'interprete dovrà fare capo alle norme del diritto sostanziale, cui spetta il compito di precisare e organizzare le condizioni di nascita dei vari diritti), né ha cura di esplicitare - ed è questo il profilo cruciale - il criterio di costruzione delle due diverse figure dei fatti costitutivi e dei fatti impeditivi, ossia il criterio mediante il quale stabilire la precisa natura (costitutiva o impeditiva) dei vari elementi di una fattispecie produttiva di effetti giuridici. Al riguardo, l'interprete può allora muovere da due prospettive diverse.

In primo luogo, si può ritenere che il criterio, mediante il quale discriminare fatti costitutivi e fatti impeditivi, risieda *nella stessa disposizione* che dà fondamento al

* Appunti dalle *Lezioni di Diritto civile. Anno acc. 2006-2007.*

(1) *Bibliografia essenziale*: G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942 (ristampa, 1966); R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399 ss.; ID., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 1 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974; ID., voce *Prova (teoria generale e dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 625 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, *Libro sesto. Della tutela dei diritti. Art. 2697-2698*, Bologna-Roma, 1987; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, p. 67 ss.; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano, 1999, p. 253 ss.; L. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., 2006, p. 442 ss.

diritto azionato e, più precisamente, nella struttura della fattispecie per come costruita dal legislatore. Adottata questa prospettiva, si darà credito alla *formulazione* degli enunciati del diritto sostanziale (2) e si dirà, quindi, che hanno natura costitutiva i fatti introdotti con le congiunzioni “se”, “quando”, “qualora” e così via (v., ad es., l’art. 1425 c.c.) (3), mentre si attribuirà natura impeditiva ai fatti introdotti con le espressioni “salvo che”, “a meno che”, “se... no” e così via (v., ad es., l’art. 286 c.c.) (4).

Si può, all’opposto, pensare che, ai fini del profilo specifico del carico probatorio, la formulazione della disposizione, che descrive e organizza la fattispecie dedotta in giudizio, non sia di per sé decisiva e che, addirittura, essa possa anche risultare irrilevante e sia perciò, a volte, da accantonare (5). Adottata questa prospettiva, si dirà che il criterio in forza del quale discriminare fatti costitutivi e fatti impeditivi è rinvenibile non solo all’interno, ma anche all’*esterno* della disposizione che descrive e organizza la fattispecie dedotta in giudizio, vale a dire in altra disposizione che, *specificamente incentrata sull’onere della prova*, verrà estesa analogicamente (*analogia legis*) oppure in criteri generali costruiti dall’interprete mediante la considerazione sistematica di disposizioni specifiche (*analogia iuris*).

Interrogiamoci, allora, sulla reale, precisa portata delle due diverse prospettive appena indicate e, al contempo, chiediamoci quali ragioni possano indurre a optare per l’una o per l’altra (6).

Il dato da cui partire è sicuro e non si presta ad equivoci: le logiche, in funzione delle quali il legislatore può razionalmente costruire le discipline del diritto sostanziale, *non coincidono* con le logiche che rendono razionali le discipline dell’onere della

(2) Secondo un risalente filone della dottrina tedesca in tema di onere della prova, la natura (costitutiva o impeditiva) dei vari elementi della fattispecie normativa *può trarsi soltanto dalla formulazione della norma*; questo orientamento, respinto adesso dal Grunsky (*L’onere della prova nel diritto tedesco*, in AA. VV., *Le prove nel diritto civile, amministrativo e tributario*, Torino, 1986, p. 9 ss.), è stato fondamentalmente ripreso in Italia da E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, cit., p. 258 ss.

(3) Dalla formula dell’art. 1425 (“Il contratto è annullabile *se una delle parti era legalmente incapace*”) chiaramente risulta che l’incapacità è un elemento costitutivo dell’azione di annullamento e va perciò provata dall’attore.

(4) Dall’enunciato dell’art. 282 chiaramente risulta che l’inciso finale (“*se il genitore non ha...*”) certamente racchiude un elemento (non già costitutivo, bensì) impeditivo della domanda di legittimazione da parte dell’ascendente; una ricca esemplificazione in G. VERDE, *Prova*, cit., p. 632 ss.

(5) Il criterio, che fa leva sul modo in cui la norma è formulata, non è invocabile - ed è ovvio - quando manchi una precisa disposizione da applicare e la controversia integri (già dal punto di vista del diritto sostanziale) una vera e propria lacuna da colmare mediante il ricorso all’analogia iuris; ma, e ritorneremo sul punto, non è questa (non è soltanto questa) l’ipotesi che sta a fondamento della prospettiva considerata nel testo.

(6) Non mi è compiutamente chiaro se una prospettiva realmente diversa dalle due considerate nel testo si ritrovi in L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, pp. 203-205 e/o in L. LOMBADO, *La prova giudiziale*, cit., p. 299 ss. (è verosimile che il tipo di operazione, che il Lombardo descrive in *op. cit.*, p. 301, in null’altro realmente consista che in una interpretazione *restrittiva* di un testo di legge, con correlativa emersione di una lacuna che l’interprete curerà di colmare ex art. 12, comma 2, disp. prel.; e, allora, v. *infra*, nota 12) e/o in B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, I, pp. 3 ss., 163 ss. (un accenno sommario e una valutazione critica in A. VALLEBONA, *L’onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pp. 8, nota 15, e 50-1, testo e nota 122)

prova, sicché un legislatore, il quale determini e organizzi i vari elementi della fattispecie soltanto in funzione delle logiche proprie del diritto sostanziale, finirà con il costruire e formulare enunciati normativi che, valorizzati in sede di applicazione dell'art. 2697, condurranno a ripartizioni dell'onere della prova la cui razionalità non è garantita e sarà, perciò, casuale (7).

Orbene, tutto ciò non è stato ignorato dal legislatore del '42, che, al fine di coordinare le logiche del diritto sostanziale con le logiche proprie del diritto processuale, si è avvalso di due diverse tecniche:

a) *la tecnica della presunzione legale relativa* (presunzione *ius tantum* o presunzione impropria), in forza della quale un elemento costitutivo della fattispecie (un fatto necessario per la produzione di un certo effetto giuridico) è dato come esistente, pur in assenza di una prova in tal senso: così, per esempio, ex art. 1161 c.c. può invocare l'usucapione abbreviata di un bene mobile soltanto il possessore di buona fede; tuttavia, in forza dell'art. 1147, comma 3, c.c. non è necessario che il possessore dia prova della sua buona fede, poiché essa si presume;

b) *la tecnica della riduzione (o scissione) della fattispecie costitutiva*, vale a dire la tecnica della configurazione in negativo - e, quindi, come elemento impeditivo - di un fatto qualificabile come costitutivo secondo le logiche del diritto sostanziale: così, per esempio, secondo le logiche del diritto sostanziale, l'imputabilità dell'inadempimento al debitore è indubbiamente elemento costitutivo della responsabilità contrattuale; ma il creditore "ha scarsa possibilità di accertare le vicende che hanno condotto all'inadempimento, poiché queste si sono verificate nella sfera di attività e di organizzazione del creditore" (8), sicché, *in forza delle logiche proprie del diritto probatorio* (in questo caso, l'esigenza di effettività del diritto sostanziale), l'imputabilità cambia *ai fini probatori* natura e, assunto il volto della non imputabilità, si tramuta da elemento costitutivo (la cui prova sarebbe a carico del creditore) in elemento impeditivo della responsabilità (e la prova sarà, allora, a carico del debitore: e v. l'inciso finale dell'art. 1218 c.c.) (9).

(7) Diritto sostanziale e diritto probatorio risolvono ordini di problemi diversi, sicché dovrebbe essere ovvia la tendenziale autonomia delle rispettive logiche. Questa autonomia apparirà, comunque, evidente non appena si consideri che, ai fini di un soddisfacente regime del carico probatorio, è necessario, in primo luogo, garantire, contemperandole, due contrapposte esigenze, vale a dire, da un lato, l'esigenza che sia disincentivata la proposizione di domande infondate, con conseguente imposizione all'attore di un carico probatorio ricomprensivo *tutti* gli elementi della fattispecie generatrice del diritto azionato, e, dall'altro, l'esigenza che sia garantita l'effettività del diritto sostanziale e che, perciò, il regime della prova non addossi all'attore carichi che rendano di fatto non giustiziabile la pretesa che il diritto sostanziale ha sancito.

(8) P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, 2007, p. 303.

(9) La distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi è, quindi, *una distinzione artificiale*, ossia una distinzione che è funzione specifica del processo e che, perciò, non traduce esigenze proprie del diritto sostanziale.

È forse il caso di ricordare che la distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi è stata (anche) oggetto di indagini costruttive raffinate (si pensi, in particolare, al Grasso e al Verde), ma esangui; per contro, la distinzione tra fatti impeditivi e fatti costitutivi presunti, fundamentalmente negata dal Sacco (*opp. cit.*) e, per un certo tempo, dal Cordero (*Il giudizio di onore*, Milano, 1959), è stata a volte caricata di una valenza normativa che non le compete (per un cenno, v., più avanti, nota 10).

Raccogliendo le fila del discorso svolto, si può adesso formulare la seguente alternativa:

I) Se si suppone l'esistenza di un legislatore, che organizzi la fattispecie prestando *costantemente* attenzione ai profili probatori e riuscendo, altresì, ad essere immune da sviste e da imprecisioni (assenza di discrasie tra progetto pensato e progetto comunicato), sarà allora appropriato organizzare il regime probatorio coniugando i criteri dell'art. 2697 con la *formulazione letterale* degli enunciati del diritto sostanziale.

II) Se invece si reputa inverosimile l'ipotesi appena formulata e se quindi si accantona l'ipotesi di un legislatore costantemente e sapientemente attento ai profili probatori, si accoppierà all'interpretazione letterale l'indagine sull'intenzione del legislatore e, in considerazione degli esiti irrazionali cui altrimenti si perverrebbe, si concluderà che non poche disposizioni del diritto sostanziale non offrono indicazioni univoche o, tout court, non hanno nulla da dire in ordine all'applicazione dell'art. 2697, sicché si darà ingresso all'interpretazione sistematica o, a seconda dei casi, all'analogia *legis* (estensione analogica di una disposizione che preveda una presunzione legale o che tramuti un fatto costitutivo in fatto impeditivo) e all'analogia *iuris* (applicazione di criteri generali costruiti dall'interprete mediante la considerazione sistematica di disposizioni specifiche) (10).

Alla prospettiva sub I è intrinseco il rischio che il giudice pervenga a regole probatorie irrazionali (e v. *infra*, § 2) oppure a regole razionali incongruamente argomentate (11).

Alla prospettiva sub II è correlato il rischio che il giudice, accantonata la formulazione dei testi di legge, finisca con il penalizzare (col sacrificare ingiustificatamente) l'esigenza di certezza del diritto e, soprattutto, con il dare ingresso a giudizi di valore normativamente infondati. E, infatti, se è sicuro che il legislatore a volte organizza la fattispecie con esclusivo riferimento alle logiche del diritto sostanziale, trascurando così il profilo della ripartizione degli oneri probatori, non altrettanto sicuri sono i giudizi mediante i quali si accerta in concreto l'esistenza della lacuna: di qui il rischio

(10) Negano una capacità espansiva alle norme che sanciscono presunzioni legali relative G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 149, ove specificamente si esclude il ricorso all'analogia in base al rilievo che le presunzioni in questione "sono frutto di disposizioni fondate su particolari ragioni" (il che può valere ad escluderne l'estensione analogica in punto di fatto, ma giammai in via di principio); S. PATTI, *Prove*, cit., p. 111 (con posizione analoga a quella del Verde); L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, p. 361, ove si chiama esplicitamente in gioco - ma di passata - l'art. 14 disp. prel. e si mette di fatto all'opera una concezione delle norme eccezionali che è infondata per due diverse ragioni, rispettivamente indicate in A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, § 6, in corso di pubblicazione in *Studium iuris*, 2008 e in P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 12.

Va sottolineato che il Verde, sterilizzate le norme che danno ingresso alle presunzioni legali relative, esplicitamente ammette il ricorso all'analogia in relazione alle norme che disciplinano i fatti impeditivi: *Prova*, cit., pp. 630 (l'irrelevanza sistematica delle presunzioni legali è qui un evidente sottoprodotto della disputa - e v. *supra*, nota 9 - in ordine alla fondatezza e all'importanza della distinzione tra fatti costitutivi presunti e fatti impeditivi) e 636-7.

(11) Ad es., in giurisprudenza si fa, talora, ricorso alla tecnica delle presunzioni semplici, *pur in assenza dei requisiti richiesti dall'art. 2729*, per la ragione che così il giudice agevolmente perviene a quel risultato che la formulazione del testo di legge preclude e che, invece, si potrebbe attingere facendo capo ai principi; per una esemplificazione, v. *infra* nota 12 e, per certi aspetti, nota 33.

che, attraverso la tecnica della ‘scoperta’ (dell’invenzione) di una lacuna, l’interprete riscriva arbitrariamente il diritto dato (12).

Circa i princìpi, cui fare capo ai fini dell’interpretazione sistematica e dell’analogia, va in primo luogo considerato il canone tradizionale secondo il quale, *a parità di condizioni*, l’onere di provare i fatti, che le logiche del diritto sostanziale pongono a fondamento della pretesa azionata, va addossato a colui che muove le acque (c.d. *principio di inerzia*, in ragione del quale ciò che dev’esser provato non è l’esistente, ma ciò che giustifica il mutamento dell’esistente) (13); tale canone va, poi, coniugato con il *criterio della migliore attitudine alla prova*, ossia con il *criterio di vicinanza*, in forza del quale l’onere probatorio va ripartito tenendo conto del fatto che ciascuno è in grado di meglio dare la prova delle circostanze attinenti alla sua sfera di attività e di organizzazione: a fondamento del principio di inerzia sta l’esigenza che sia disincentivata la proposizione di domande infondate, con correlativa riduzione dei costi (individuali e collettivi) connessi a un uso improprio degli apparati giudiziari, mentre a fondamento del “criterio di vicinanza” sta la diversa esigenza che sia garantita l’effettività del diritto sostanziale (14).

Ai due fondamentali canoni, che si sono appena indicati, ulteriori criteri si potranno accoppiare in forza di appropriate indagini sistematiche (15). Così, ad es., da

(12) All’enucleazione di una lacuna si può pervenire: *a*) mostrando che, nell’organizzare la fattispecie di una disposizione, il legislatore ha trascurato il profilo probatorio (e si pensi, ad es., all’art. 1453, comma 1, c.c.); *b*) interpretando *restrittivamente* un enunciato che il legislatore ha costruito anche in funzione della ripartizione dell’onere della prova: è sicuro, ad es., che, nel costruire la fattispecie dell’art. 2043 c.c., il legislatore ha inteso addossare al danneggiato - e, direi, razionalmente - l’onere di provare la colpa del convenuto (e v., tra l’altro, Rel. al re, n. 794), ma è altresì verosimile che non sia stata considerata l’ipotesi in cui il danneggiato da un prodotto difettoso agisca in giudizio contro il produttore, come stanno a suggerire sia la storia della norma e del problema sia la constatazione che, combinando il testo dell’art. 2043 con il disposto dell’art. 2697, si finirebbe con il tramutare l’onere probatorio a carico dell’attore in una vera e propria *probatio diabolica* (ove si escluda l’ingresso di un criterio di responsabilità oggettiva, verrà, perciò, enucleata una lacuna mediante una interpretazione restrittiva dell’art. 2043, ossia mediante una interpretazione che neghi a tale norma - ed in linea con l’art. 2600, comma 3, c.c. - il compito di regolare il carico probatorio in relazione all’intero campo di applicazione della regola di diritto sostanziale; ovviamente, chi preferisca la tecnica della c.d. “presunzione giurisprudenziale” dirà che, provato il difetto di fabbricazione della cosa, è per ciò stesso provato in via presuntiva la colpa del produttore: così, già Cass., 25 maggio 1964, n. 1274, in *Foro it.*, 1965, c. 2098).

(13) L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., p. 257.

(14) La rilevanza costituzionale dell’esigenza di effettività del diritto sostanziale (art. 24 Cost.) è opportunamente segnalata in L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, cit., pp. 286-7, 291-2 ed è messa all’opera in Corte cost., 21 aprile 2000, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 197 ss.; circa i limiti che il legislatore incontra nel distribuire il carico probatorio v., altresì, Corte cost., 1 luglio 2002, *ivi*, I, p. 892 ss. (qui entra in gioco “il generale canone di ragionevolezza garantito dall’art. 3 della Costituzione”).

(15) In un qualche modo segnala e giustifica il *deficit* collettivo di conoscenza circa le logiche del diritto dato G. VERDE, *Prova*, cit, p. 637, nota 317, al quale peraltro si deve un importante contributo generale (*L’onere della prova nel processo civile*, cit.; con riferimento poi a settori delimitati, non si può non ricordare la raffinata ricerca di R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, cit.; chi scrive non è, invece, riuscito ad apprezzare, per esempio, il tentativo di P. CENDON-P. ZIVIZ, *L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 757 ss.).

taluni indici normativi - e, in particolare, si ponga a confronto l'art. 1189 (16) con l'art. 1264, comma 2 (17) - si potrebbe ricavare il criterio per cui un fatto da qualificare costitutivo secondo le logiche del diritto sostanziale muterà natura, trasformandosi in fatto impeditivo, ogni qual volta ciò sia necessario per addossare il rischio della prova incerta (di una prova, grosso modo, parimenti incerta) a colui che avrebbe potuto agevolmente prevenire il conflitto (è, per l'appunto, ciò che accade al cessionario del credito, che si sia sottratto all'onere di notificare o fare accettare la cessione). Va, invece, escluso - e si tratta di opinione comune - che, *in via generale*, si possa dare ingresso al risalente brocardo per cui "*negativa non sunt probanda*": è vero che la prova di un fatto negativo si configura, *se il fatto è indeterminato e generico*, come una sorta di *probatio diabolica*, praticamente impossibile a darsi; ma è anche vero che i fatti negativi, *se determinati in modo specifico e circoscritto*, possono essere provati direttamente o *a contrario* (cioè, dando prova dei fatti positivi contrari: si pensi alla tecnica probatoria dell'*alibi*) (18).

2. — La questione specifica (19)

Secondo la logica del diritto sostanziale, la fattispecie della responsabilità contrattuale, racchiusa nell'art. 1218 c.c., si compone dei seguenti elementi: 1) l'esistenza di un'obbligazione; 2) l'inadempimento di tale obbligazione; 3) l'eseguibilità della prestazione che non è stata adempiuta oppure l'impossibilità dell'adempimento per una causa imputabile al debitore; 4) la presenza di un danno in capo al creditore, che sia causalmente riconducibile all'inadempimento.

Orbene, l'inciso finale dell'art. 1218 c.c. chiaramente esonera il creditore dal provare il requisito di cui al punto 3, sicché sorge il quesito se il silenzio della norma circa gli altri profili sia voluto e si configuri, perciò, come una tecnica di disciplina (e l'one-

(16) Qui la buona fede è elemento costitutivo della liberazione del debitore.

(17) Qui la buona fede non è elemento costitutivo della liberazione del debitore.

(18) Ad es., a Caio, residente in Siracusa, risulterà *tipicamente* impossibile riuscire a provare di non essersi in vita sua mai recato a Catania; ma lo stesso Caio potrà ben provare che alle ore 10 del 20 settembre del 2007 non si trovava nell'abitazione di Mevia, sita in Catania, invocando a tal fine la testimonianza della stessa Mevia (prova diretta del fatto negativo) o provando che nel momento in questione si trovava, ad es., recluso a Palermo nel carcere dell'Ucciardone (tecnica probatoria dell'*alibi*).

Circa la prova dei fatti negativi v., ampiamente, S. PATTI, *Prove*, cit., p. 52 ss.; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, Milano, 1992, p. 115 ss.

(19) *Bibliografia essenziale*: oltre agli aa. (in partic., Micheli, Patti, Sacco e Verde) già citati nella nota 1, v., tra i tanti, M. DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione e onere probatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 567 ss.; V. MARICONDA, *Le Sezioni Unite chiudono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1569 ss.; G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss.; G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, in partic. pp. 146-160; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER e continuato da F.D. BUSNELLI, p. 427 ss.; per ulteriori indicazioni v. *infra*, note 22, 29 e 34.

re probatorio graverà, allora, sul creditore) o se, invece, sia da trattare come una vera e propria lacuna del diritto scritto (e, allora, ci si dovrà mettere alla ricerca della norma o del principio da applicare ex art. 12, comma 2, disp. prel.). Nel primo senso milita l'*argumentum a contrario* (20), rafforzato dalla constatazione per cui, anche nella disposizione dell'art. 1453, comma 1, l'inadempimento dell'obbligazione, *stando al tenore letterale dell'enunciato*, si presenta indubbiamente come elemento costitutivo della domanda sia per l'adempimento che per la risoluzione e il risarcimento del danno; ma in senso opposto si può rilevare: a) che l'argomento *a contrario*, in quanto argomento imperniato sul tenore letterale dell'enunciato di legge (v. *supra*, nota 20), non vale a chiudere il procedimento ermeneutico (art. 12, comma 1, disp. prel.), tanto più se conduce, come vedremo tra poco, ad una regola irrazionale; b) che, nel formulare il testo dell'art. 1453, comma 1, il legislatore non ha, di certo, considerato il problema della ripartizione degli oneri probatori (21).

Le superiori considerazioni suggeriscono di vedere nel silenzio dell'art. 1218 una vera e propria lacuna di disciplina e nell'art. 1453, comma 1, una disposizione che può essere tranquillamente messa di canto. Adottata questa prospettiva, si provvederà a ricostruire analiticamente la dialettica degli interessi in gioco per poi passare a definire un articolato sistema di regole imperniato sia sul "principio di inerzia" (*onus probandi incumbit ei qui dicit*) che sul criterio della migliore attitudine alla prova, ossia sul "criterio di vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla" (22).

Riassuntivamente può dirsi: a) il creditore sarà tenuto a provare l'esistenza sia dell'obbligazione (23) che del danno del quale chiede il risarcimento; b) per quanto attiene al profilo dell'inadempimento, va recisamente escluso che costituisca un tema fisso di prova (ossia un fatto unitario da governare sulla base di un'unica, precisa regola) e si dovrà, quindi, effettuare una duplice disaggregazione: in primo luogo, si distin-

(20) "Si argomenta *a contrario* ogniqualvolta si adduce che "*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*", ovvero: il legislatore ha detto esattamente ciò che intendeva dire; e, quanto a ciò che non ha detto, evidentemente non intendeva dirlo: se avesse voluto dirlo, l'avrebbe detto" (R. GUASTANI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 1993, p. 362).

(21) Cfr. G. VERDE, *Prova*, cit., p. 642. E' qui il caso di ricordare che sotto il codice civile del 1865, in ragione della specifica disposizione dell'art. 1312 ("Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla, e chi pretende esserne liberato deve dal suo canto provare il pagamento"), era pacifico che il creditore, che agiva in giudizio per l'adempimento, non fosse tenuto a provare l'inadempimento del debitore, mentre era controverso se tale onere gravasse, invece, sull'attore in risoluzione. Orbene, non è verosimile che i redattori degli artt. 1218 e 1453 c.c. abbiano voluto aggravare la posizione del creditore, elevando l'inadempimento a fatto costitutivo (anche) della domanda di adempimento; è, invece, plausibile che essi abbiano ignorato sia la nuova disposizione dell'art. 2697 (ancora assente nel progetto ministeriale del '40) che la mancata riproduzione dell'art. 1312 c.c. abr. e che, proprio per questo, anche in relazione alla domanda di condanna del debitore all'adempimento, non si siano curati di escludere l'inadempimento dal novero degli elementi costitutivi.

(22) La proposizione trascritta nel testo è tratta da Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, ove si riprende l'insegnamento di Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533; le due sentenze rispettivamente si leggono in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 786 ss., con nota di commento di E. PALMERINI, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 349 ss., con nota di commento di B. MEOLI.

(23) E dovrà a tal fine provare il titolo che costituisce la fonte (negoziale o legale) del diritto vantato.

guerà l'ipotesi di mancanza (totale o parziale) dell'adempimento dall'ipotesi di adempimento qualitativamente inesatto (ad es., consegna di cosa affetta da vizi oppure esecuzione negligente di una prestazione professionale); ciascuna di queste due figure sarà poi ulteriormente disaggregata.

In dettaglio. Nell'ipotesi di mancanza (totale o parziale) dell'adempimento il creditore potrà, in linea di massima, limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore, poiché altrimenti sarebbe esposto al rischio di una *probatio diabolica* e, quindi, al rischio di non poter fare valere in giudizio i diritti spettatigli (rischio di ineffettività del diritto sostanziale). A tal fine, non si tratta di dare ingresso al brocardo "*negativa non sunt probanda*", poiché, come si è già avuto modo di rilevare, anche i fatti negativi, se determinati in modo specifico e circoscritto, possono essere provati direttamente o *a contrario*; si tratta invece di dire che la mancanza dell'adempimento è, tipicamente, un fatto generico e indeterminato, ossia un fatto negativo rispetto al quale sia la prova diretta che la prova *a contrario* si configurano tipicamente come tecniche probatorie impraticabili: "Il creditore che deduce di non essere stato pagato avrà serie difficoltà ad individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare tale fatto negativo; al contrario, la prova dell'adempimento, ove sia avvenuto, sarà agevole per il debitore, che di regola sarà in possesso di una quietanza o di altro documento relativo al mezzo di pagamento utilizzato" (Cass., sez. un., 2001/13533, cit.) (24).

A una conclusione diversa - e, quindi, alla qualificazione dell'inadempimento come fatto costitutivo della responsabilità - si dovrà, però, pervenire allorché il creditore imputi al debitore una situazione di mora *ex persona* (25), come anche nel caso in cui l'obbligazione, che si asserisce inadempita, sia una obbligazione negativa (cioè, di non fare) (26).

Con riferimento all'ipotesi di mora *ex persona* va rilevato che, in tal caso, al creditore sarà sufficiente provare di avere richiesto per iscritto il pagamento (art. 1219, c.1) e di essersi infruttuosamente recato nel giorno indicato presso il domicilio del debitore; pertanto, egli incontrerà, grosso modo, difficoltà dello stesso tipo (o, addirittura, difficoltà minori) di quelle che incontrerebbe il debitore che fosse chiamato a provare l'assenza di mora (cioè, la mancata presentazione del creditore nel giorno fissato o, addirittura, la mancanza della previa intimazione fatta per iscritto), sicché risulta appropriato dare ingresso al principio di inerzia.

Per quanto attiene poi alla figura delle obbligazioni negative, si può partire dalla considerazione che "la violazione di una obbligazione di non fare costituisce ... inadempimento che integra un fatto positivo e non già un fatto negativo come avviene invece per le obbligazioni di fare o di dare" (Cass., sez. un., 2001/13533, cit.) e si può

(24) Fino al 2001 era maggioritario in giurisprudenza l'orientamento, respinto dalla migliore dottrina, che organizzava diversamente il regime probatorio a seconda che il creditore agisse per l'adempimento (in tal caso era sufficiente allegare l'inadempimento del debitore) o, invece, per la risoluzione e/o il risarcimento del danno (qui era necessario provare l'inadempimento del debitore). Con Cass., sez. un. 2001/13533, citata nel testo, la giurisprudenza ha invertito la rotta ed ha generalmente aderito alla tesi per cui - almeno, in via di principio - il creditore può limitarsi ad allegare l'inadempimento sia che agisca per l'adempimento sia che chieda la risoluzione e/o il risarcimento del danno.

(25) L'ipotesi, ignorata in Cass. sez. un. 2001/13533, cit., è per lo più trascurata anche dalla dottrina.

(26) In tal senso la dottrina consolidata e, di recente, Cass. sez. un. 2001/13533, cit.

poi proseguire dicendo che il criterio di vicinanza della prova gioca adesso *tipicamente* a scapito del creditore, che potrà provare l'inadempimento del debitore ben più agevolmente di quanto il debitore possa provare di aver rispettato il vincolo assunto (e si pensi, per esempio, ad un obbligo di non concorrenza, la cui violazione può, per l'appunto, esser provata dal creditore ben più agevolmente di quanto il debitore possa provarne il costante rispetto).

Mettiamo adesso da parte l'ipotesi di mancanza (totale o parziale) dell'adempimento per rivolgere l'attenzione alla figura dell'*adempimento qualitativamente inesatto*.

Sino alla fine del secolo scorso, sia in dottrina che in giurisprudenza era consolidato l'orientamento secondo il quale il creditore, che agisca in giudizio per la risoluzione del contratto e/o il risarcimento del danno, sarebbe in ogni caso tenuto non soltanto ad allegare, ma anche a provare l'inesattezza dell'adempimento, orientamento che è stato poi ribaltato da Cass., sez. un., 2001/13533, secondo la quale "l'inesattezza" (dell'adempimento) va sottoposta allo stesso regime della "mancanza (di adempimento)" e *sarebbe perciò sufficiente che essa sia allegata dal creditore*. La verità è, però, che vanno respinti sia il vecchio che il nuovo orientamento, poiché - e lo si è di già anticipato - anche l'inesattezza dell'adempimento non costituisce un tema fisso di prova. A tal fine può essere utile - ma soltanto a fini di analisi - considerare distintamente le due diverse figure dell'obbligazione di mezzi e dell'obbligazione di risultato (27).

Supponiamo allora che, conclusa ed eseguita una compravendita di cosa generica, il compratore decida di agire in giudizio *ex artt. 1490-1495 c. c.* (inesatto adempimento di un'obbligazione di risultato); orbene, ritenere fondata la domanda del compratore sulla base della sola *allegazione* che la cosa consegnata dal venditore era affetta da un vizio significherebbe addossare al venditore un *duplice rischio*, ossia: a) il rischio che non si riesca a provare se il bene fosse o no difettoso (ad es., lo scoppio di una bombola di gas, acquistata il mese prima, può dipendere da un difetto di fabbricazione, ma anche da una condotta colposa dell'acquirente o di un terzo, che hanno esposto incautamente la bombola a fonti di calore); b) il rischio che non si riesca a provare se l'accertato difetto del bene (ad es., l'incrinatura del vaso di cristallo acquistato il mese prima) sia un difetto *originario* (e, quindi, *un vizio della cosa*) o *sopravvenuto* (l'incrinatura del vaso può anche dipendere non da un difetto di fabbricazione, ma da una successiva condotta incauta dell'acquirente).

Orbene, in relazione al rischio *sub a*, è indiscutibile che ragioni sia di giustizia sostanziale che di coerenza normativa impongano di ritenere insufficiente la mera allegazione del vizio da parte del compratore, sul quale dovrà quindi gravare il rischio in questione (28). Circa il rischio *sub b*, va rilevato che l'art. 132, comma 3, d. lg.

(27) In Cass., sez. un., 2001/13533, cit., la sottoposizione dell' "inesattezza" allo stesso regime della "mancanza (di adempimento)" (e, quindi, la sufficienza della mera allegazione da parte del creditore) viene giustificata osservando: a) che "l'eccesso di distinzioni è fonte di difficoltà per gli operatori pratici del diritto, le cui esigenze di certezza meritano di essere tenute nella dovuta considerazione"; b) che "non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto)" e pretendere invece che il creditore sia tenuto a provare "l'inesattezza", che costituisce una "più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto".

(28) In altri termini, la lettera della legge, il principio di inerzia e il criterio di vicinanza esigono - e mi sembra ovvio - che il compratore sia tenuto a provare l'esistenza del difetto allegato.

2005/206 (cod. consumo) privilegia la posizione dell'acquirente, che sia un *consumatore*, e appesantisce la posizione del venditore, che sia un *venditore professionale*, ma limitatamente ai *beni mobili* e soltanto per *i primi sei mesi* del periodo (ventisei mesi) di garanzia (29), sicché, decorso tale lasso di tempo, il compratore sarà tenuto a provare non solo l'esistenza del difetto denunziato, ma anche che tale difetto esisteva già al tempo della consegna del bene (30). Ne segue che anche le nuove discipline del consumo stanno a confermare la tesi tradizionale secondo la quale l'acquirente, che agisca in giudizio *ex artt.* 1490 c.c., è tenuto - almeno, in via di principio - a provare l'esistenza del vizio allegato (31).

Mettiamo adesso da parte la figura dell'obbligazione di risultato per rilevare che, se l'obbligazione negligenzemente eseguita è un'obbligazione di mezzi, può anche esser sufficiente che il creditore *si limiti ad allegare* l'inesattezza della prestazione eseguita dal debitore, poiché può ben accadere "che la prova sia vicina [non già al creditore, ma] a chi ha eseguito la prestazione, tanto più se la negligenza consiste nella inosservanza delle regole tecniche dell'attività" (Cass. 2004/10297, cit.).

Così, ad es., in tema di responsabilità del banchiere va tenuto per fermo che "Il titolare di conto corrente bancario, che agisce in responsabilità contro la banca che ha pagato assegno falsificato nella firma di traenza, *non deve fornire prova della dedotta negligenza della banca nel pagamento, spettando alla banca dimostrare* - con la produzione dei titoli pagati e del modello depositato di firma del cliente, e con qualsiasi altro mezzo idoneo a provare la non riconoscibilità della falsificazione - *di avere in concreto adottato la diligenza del buon banchiere*" (32). Analogamente, in relazione alla responsabilità professionale del medico va condivisa la tesi per cui, *anche in caso di prestazione di difficile esecuzione*, "il paziente può limitarsi a provare l'aggrava-

(29) Art. 132, comma 3, cod. consumo: "Salvo prova contraria, si presume che i difetti di conformità che si manifestano entro sei mesi dalla consegna del bene esistessero già a tale data..."; su questa norma v., tra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, p. 242 ss.; A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, p. 119 s.; V. MARICONDA, "Conformità al contratto" dei beni di consumo e onere della prova, in *Corriere giur.*, 2002, in partic. p. 1105 s.; P. AGOSTINELLI, in L. GAROFALO-V. MANNINO-E. MOSCATI-P.M. VECCHI, *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, p. 578 ss.; E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Comm. cod. civ.*, SCIALOJA-BRANCA a cura di F. GALGANO, *Libro Quarto - Delle obbligazioni. Art. 1519 bis-1519 nonies*, Bologna-Roma, 2005, p. 157 ss.; F. BOCCHINI, in *La vendita dei beni di consumo, Commentario* a cura di C.M. BIANCA, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 517 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*, V ed., Torino, 2006, p. 357 s.; M. COGNOLATO, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. VETTORI, Padova, 2007, p. 985 ss.

(30) In dottrina, non si è ancora riusciti a chiarire quale sia la razionalità di una norma (l'art. 132 cod. cons.) in forza della quale il carico probatorio del compratore è destinato a variare in ragione del momento in cui il vizio è scoperto.

(31) D'altro canto, non si conoscono buone ragioni perché il compratore debba essere in via generale sottratto al principio di inerzia e, quindi, all'onere di dover provare il vizio per cui reclama tutela; si impegna in indicazioni precise circa la razionalità della tesi qui preferita R. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, cit., p. 728.

(32) Cass., 29 giugno 1981, n. 4209, in *Foro it.*, 1982, I, c. 472 ss. e, in partic., c. 477.

mento della patologia o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico del sanitario la prova che la prestazione è stata eseguita con diligenza (Cass. 2004/10297, cit.)" (33), anche se poi non va accolta la conclusione per cui il medico dovrebbe altresì provare "che gli esiti peggiorativi sono stati determinati da un evento imprevedibile" (così, invece, Cass. 2004/10297, cit.) (34).

In fine va rimarcato che la tesi, secondo la quale in forza del criterio di vicinanza il debitore può esser tenuto a provare di avere eseguito la prestazione con diligenza, trova un significativo riscontro sia nell'art. 178 cod. ass. (d. lgs. 2005/209) che nell'art. 23, comma 6, T.U.F. (d. lgs. 1998/58), a tenore del quale "Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente... spetta ai soggetti abilitati [alla prestazione di servizi di investimento finanziario] l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta", di modo che il cliente (creditore insoddisfatto) sarà tenuto ad *allegare*, ma *non a provare*, che il debitore ha eseguito con negligenza la prestazione dovuta (*adempimento qualitativamente inesatto* dell'obbligazione di mezzi gravante sull'operatore finanziario). Di segno opposto è il regime probatorio organizzato nell'art. 5, L. 1966/604 ("Norme sui licenziamenti individuali"), a tenore del quale "L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro". È di tutta evidenza che, in forza di questa disposizione, il datore di lavoro (creditore) sarà tenuto non soltanto ad *allegare*, ma altresì a provare il

(33) In precedenza, la Corte di cass., operata la distinzione tra interventi di *routine* (ossia di facile esecuzione) e interventi di difficile esecuzione, apprestava adeguata tutela al paziente soltanto in relazione alle prestazioni del primo tipo, facendo a tal fine ricorso al brocardo "re ipsa loquitur" ossia a una (fittizia) presunzione semplice a favore del paziente: "Quando l'intervento, da cui è derivato il danno, non è di difficile esecuzione, la dimostrazione da parte del paziente dell'aggravamento della sua situazione è idonea a fondare una presunzione semplice in ordine alla inadeguata o negligente prestazione del medico, spettando a quest'ultimo provare che la prestazione è stata eseguita in maniera diligente e che l'esito peggiorativo è stato l'esito di un evento imprevedibile".

Il vecchio orientamento si ritrova adesso ripreso in Cass. 13-1-2005, n. 583, secondo la quale, quando l'intervento non è di facile esecuzione, "incombe al paziente danneggiato provare [la negligenza del medico, ossia] quali siano state le modalità di esecuzione [della prestazione] ritenute inidonee"; ma a questa sentenza non va dato alcun credito, ed anche per la ragione che in essa palesemente si ignora sia la sentenza menzionata nel testo che la decisione di Cass., sez. un., 2001/13533, cit.

(34) Ai fini del giudizio di responsabilità, la diligenza opera su due diversi piani: 1) definisce (contribuisce a definire) la fattispecie dell'adempimento; 2) organizza la nozione di imputabilità dell'inadempimento, ossia rileva ai fini della valutazione dell'addebitabilità della causa dell'accertato inadempimento. Pertanto, in relazione al criterio della diligenza, il medico può sottrarsi all'azione di responsabilità attraverso due vie diverse: può contestare l'imputabilità della causa che ha determinato l'inadempimento (ad es., il chirurgo prova che ha eseguito male l'operazione, poiché colpito da un infarto imprevedibile), ma, ancor prima, può contestare l'esistenza stessa dell'inadempimento. In quest'ultimo caso sarà sufficiente che egli provi di avere eseguito la prestazione con la diligenza dovuta, sicché sarà incongruo un eventuale richiamo all'inciso finale dell'art. 1218 (ove, stando a un insegnamento largamente diffuso, effettivamente si addossa al debitore il rischio che rimanga ignota la causa che ha determinato l'impossibilità di un'esatta esecuzione della prestazione).

Per una valutazione critica dell'orientamento giurisprudenziale menzionato nel testo v., specialmente, G. D'AMICO, *op. loc. cit.*; con specifico riferimento alla più recente giurisprudenza, R. PUCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica (considerazioni in merito a Cass., nn. 8826/2007 e 14759/2007)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 445 ss.

grave inadempimento del debitore (obbligazione di mezzi) in caso sia di mancanza che di inesattezza dell'adempimento; orbene, qual è la logica di questo peculiare regime della prova? Si può forse dire che il rischio di ineffettività del diritto sostanziale viene qui addossato al creditore in forza del criterio della "tasca profonda", ossia per la sola ragione che, nel conflitto con il lavoratore subordinato, l'imprenditore è la parte che tipicamente è in grado di meglio assorbire il costo di una ingiusta soccombenza in giudizio? (35)

(35) A fondamento della disposizione considerata nel testo stanno, a ben vedere, sia il principio di inerzia che il criterio di vicinanza; comunque sia, dal confronto fra tale disposizione e la disposizione di segno opposto sancita nell'art. 23, comma 6, T.U.F (o nell'art. 178 cod. ass.) ricevono precisa conferma sia la tesi specifica, secondo la quale l'inesattezza qualitativa dell'adempimento non costituisce un tema fisso di prova, sia l'idea di fondo per cui la distinzione tra fatti impeditivi e fatti costitutivi va considerata una distinzione artificiale (*supra*, nota 9).

SALVATORE PAGANO

Presidente Sezione Lavoro Corte Appello Catania

I DANNI DA MOBBING*

Sommario: 1. - *Considerazioni introduttive.* 2. - *Il problema definitorio.* 3. - *Rilevanza sociale del fenomeno.* 4. - *L'attenzione del legislatore.* 5. - *Elementi costitutivi.* 6. - *Gli effetti.* 7. - *La responsabilità.* 8. - *Il danno.* 8.1. - *Il danno biologico.* 8.2. - *Il danno morale.* 8.3. - *Il danno esistenziale.* 9. - *Casistica.* 10. - *I rimedi contro il mobbing.* 11. - *Considerazioni conclusive.*

1. — Considerazioni introduttive

Il tema, decisamente complesso, dei danni da *mobbing* non può prescindere dall'esigenza di una, sia pur breve e succinta, premessa sulla portata del termine *mobbing* (e del relativo fenomeno), sia nel significato semantico originario che in quello giuridico.

Il fenomeno del *mobbing* è venuto prepotentemente alla ribalta in tempi relativamente recenti, anche se non può certo definirsi nuovo, essendo presente da tempo nella realtà lavorativa privata e pubblica.

In particolare, l'elaborazione giurisprudenziale risale alla fine degli anni novanta (1) e bisogna aspettare il 2000 per avere la prima pronuncia sull'argomento della Corte di Cassazione (2).

La complessità del fenomeno e l'ampia risonanza avuta sui *mass media* (3) - che del termine *mobbing* hanno fatto un vocabolo ormai di uso comune, utilizzato per indicare eventi diversi, collegati comunque al disagio ed all'emarginazione del singolo all'interno essenzialmente dell'ambiente di lavoro (4) - hanno fatto sì che sul *mobbing*

* Relazione al Convegno di studi organizzato a Catania il 23-24 novembre 2007 dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano - Sezione di Catania, in collaborazione con la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania e con il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Catania.

(1) Trib. Milano 9 maggio 1998; Trib. Torino, 16 novembre 1999; Trib. Forlì, 15 maggio 2001; Trib. Pisa, 25 luglio 2001; Trib. Pisa, 3 ottobre 2001.

(2) Cass. 8 gennaio 2000, n. 143.

(3) Molteplici sono i servizi giornalistici che hanno analizzato il fenomeno nella sua rilevanza sociale. Per alcuni riferimenti v. P.G. MONATERI, M. BONA, U. OLIVA, *Mobbing. Vessazioni sul lavoro*, Milano 2000, p. 5, in nota, e M. MEUCCI, *Violenza da Mobbing sul posto di lavoro*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2000, 275.

(4) Così R. SANLORENZO, *Il mobbing e il diritto del lavoratore alla prestazione lavorativa*, in www.diritto-lavoro.it.

convergesse studi sempre più approfonditi a livello psicologico, sociologico e, soprattutto, giuridico.

I primi studi si devono alla psicologia. È stato infatti lo psicologo tedesco Hans Leymann, vissuto a lungo in Svezia, ad effettuare negli anni ottanta le prime ricerche e le prime teorizzazioni, pubblicando nel 1986 un libro (più esattamente si trattava di un numero della rivista *European Journal of Work and Organizational Psychology*) nel quale illustrò le conseguenze, soprattutto nell'ambito della sfera neuro-psichica, su chi è esposto ad un comportamento ostile protratto nel tempo da parte di superiori o dei colleghi di lavoro.

Per questa sua primogenitura giustamente il Leymann è considerato il “padre del mobbing”.

In Italia il primo libro dedicato espressamente all'argomento esce nel 1996 ad opera di uno psicologo del lavoro, Harald Ege (5), un ricercatore tedesco residente in Italia da molto tempo, che negli anni seguenti si è affermato come uno dei più accreditati e conosciuti specialisti nella materia.

Il termine *mobbing* deriva, come ormai è risaputo, dal verbo inglese “*to mob*”, che significa “assalire, aggredire, accerchiare qualcuno”, e viene mutuato dall'Etologia, dove venne introdotto da Konrad Lorenz per indicare il comportamento aggressivo di alcune specie di uccelli nei confronti dei loro contendenti che tentano di assalire il nido.

2. — Il problema definitorio

In campo giuridico il richiamo a tale terminologia nasce dall'esigenza di costruzione di una fattispecie autonoma, quella appunto del *mobbing*, cui ricondurre il comportamento consistente in una serie reiterata di condotte vessatorie a finalità persecutorie.

Tuttavia l'individuazione dell'esatto dato definitorio ha dato luogo, in dottrina ed in giurisprudenza, a disparità di opinioni. Non è dato rinvenire, quindi, una definizione univoca di *mobbing* dal momento che, trattandosi di un fenomeno dalle molteplici sfaccettature, le definizioni in uso risentono dei particolari punti di vista di chi le esprime.

Senza avere la pretesa di riportare le varie definizioni proposte (6), nel comune intento, peraltro, di individuare una categoria unitaria cui agganciare le varie tipologie di danno non patrimoniale, pare opportuno richiamare al riguardo delle supreme magistrature.

La Corte Costituzionale ha definito il *mobbing* come un “*fenomeno complesso consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in*

(5) H. EGE, *Mobbing. Che cos'è il terrore psicologico sul posto di lavoro*, Pitagora Editrice, Bologna.

(6) Si veda al riguardo A. LIBERATI, *Rapporto di lavoro e danno patrimoniale*, Giuffrè Editore, Milano 2005, p. 231 - 232; R. SANLORENZO, cit., nota 5.

cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo" (7).

Non dissimile è la definizione fornita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui costituisce *mobbing* "ogni ipotesi di pratiche vessatorie poste in essere da uno o più soggetti diversi per danneggiare in modo sistematico un lavoratore nel suo ambiente di lavoro" (8).

In particolare, si precisa in altra sentenza, "il *mobbing* consiste in una condotta sistematica protratta nel tempo, con caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specialmente da una connotazione emulativa e pretestuosa, che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione dell'integrità fisica e della personalità morale del prestatore di lavoro, garantite dall'art. 2087 del c.c.; tale illecito, che costituisce una violazione dell'obbligo di sicurezza posto da questa norma generale a carico del datore di lavoro, si può realizzare con comportamenti materiali o con provvedimenti del datore, indipendentemente dall'inadempimento di specifici obblighi contrattuali previsti dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato" (9).

Anche la Corte dei Conti, occupandosi del fenomeno, ha tentato un approccio definitorio. Secondo i giudici contabili "si verifica una situazione di *mobbing* quando un dipendente è oggetto ripetuto di sorpresi da parte dei superiori e, in particolare, quando vengono poste in essere pratiche dirette a isolarlo dall'ambiente o a espellerlo, con la conseguenza di intaccare gravemente l'equilibrio psichico dello stesso, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso e provocandone catastrofe emotiva, depressione, talora persino il suicidio" (10).

Alla stregua dell'interessante dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema e, più specificamente, delle indicazioni fornite dalle pronunce sopra richiamate si può concludere sul punto affermando che il ***mobbing* consiste in una sequenza sistematica e prolungata di atti ostili e persecutori posti in essere nei confronti di un lavoratore da datori di lavoro, da capi intermedi o da colleghi di pari grado che, per varie ragioni mirano, in maniera palesemente premeditata, ad escludere la vittima dal gruppo o dal contesto lavorativo, arrecandole danni psico-fisici, morali ed economici.**

Come è noto, il *mobbing* si distingue in verticale, orizzontale ed ascendente. Il *mobbing verticale* è quello posto in essere dal datore di lavoro o, comunque, da supe-

(7) Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in Foro It. 2004, I, 1692 e 2004, I, 2320, con nota di R. COSIO, "Il *mobbing*": alcune riflessioni sul disegno di legge n. 5122; Riv. Giur. Lav. Prev. Soc., 2004, II, 19, con nota di V. ANGIOLINI "Ordinamento civile e competenza regionale"; Il Lavoro nella Giurispr., 2004, 353, con nota di R. MUNIN, "La Consulta boccia la legge anti-*mobbing* della Regione Lazio".

(8) Cass. S.U. 4 maggio 2004, n. 8438, in Mass. Giur. Lav. 2004, 554, con nota di G. MANNACIO, *Mobbing e giurisdizione*; Foro It., 2004, I, 2320, con nota di R. COSIO cit.

(9) Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, in Foro It. 2006, I, 1344, con nota di A.M. PERRINO; Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, 562, con nota di M. PARPAGLIONI, *Mobbing: definizione, tipologie di danno, onere di allegazione e di prova del danno esistenziale*.

(10) Corte dei conti, Sez. III centrale d'appello, 25 ottobre 2005, n. 623, in Resp. Civ. e Prev., 2006, Sez. II, 923, con nota di M. POTO, *La rivalsa della pubblica amministrazione per danni da mobbing*.

riori; *orizzontale* quello messo in atto dai colleghi di pari grado e *ascendente* (11) quello compiuto dagli inferiori gerarchici ai danni del loro superiore. Si parla, poi, di *bossing* (12) per definire il comportamento che induce il dipendente a dimettersi e di *straining* (13) nell'ipotesi di demansionamento del dipendente protrattosi per un lungo periodo di tempo, senza essere accompagnato da altri comportamenti ostili.

È utile rilevare che nel caso di attività mobbizzanti esercitate dai colleghi di lavoro è necessario distinguerle dalla competizione e/o dal carrierismo. Competizione e carrierismo rispondono a comportamenti diversi, sempre più o meno eticamente corretti, in funzione della personalità, dell'educazione e di tante altre variabili, ma comunque diversi. Perché queste azioni divengano atti di *mobbing* è indispensabile che si inseriscano in un disegno persecutorio, che transita attraverso delle modalità definite.

Il *mobbing*, infatti, si verifica quando qualcuno decide che qualcun altro deve essere escluso dal contesto lavorativo e tale risultato deve essere raggiunto in modo non dichiarato, ma come espressione della distruzione psicofisica dell'altro. Il *mobbing* si configura quando l'attività è sottile, fatta nell'oscurità, quando la violenza morale è posta in atto in modo subdolo.

3. — Rilevanza sociale del fenomeno

I fatti di *mobbing* sul luogo di lavoro possono essere i più disparati: aggressioni, discussioni, liti, insubordinazioni, dequalificazioni, inattività forzate, molestie sessuali, comportamenti omissivi ed elusioni di doveri, uso strumentale ed estorsivo del potere disciplinare, trasferimenti pretestuosi, boicottaggi, atteggiamenti beffardi dei superiori e dei colleghi, umiliazioni ingiustificate nelle progressioni in carriera, osservazioni e provocazioni quotidiane, atti e comportamenti di ingiuria e diffamazione ecc.

A livello statistico il fenomeno denota uno scenario preoccupante.

Nel nostro Paese i dati, secondo un monitoraggio effettuato - peraltro qualche anno fa (14) - dall'ISPESL (Istituto per la prevenzione e la sicurezza del lavoro), organo tecnico del Servizio Sanitario Nazionale, segnalano che il *mobbing* coinvolge più di un milione e mezzo di lavoratori, pari a circa il 6% della popolazione attiva, mentre 5 milioni sono le persone coinvolte nel fenomeno, come spettatori o amici e familiari delle vittime.

Sempre secondo l'ISPESL, oltre il 70% dei mobbizzati lavora nella pubblica amministrazione e quindi effettua un lavoro impiegatizio. E questo dato quantitativo è senza dubbio curioso. Che il *mobbing* abbia fatto la sua comparsa anche nel pubblico impiego si può spiegare con l'innesto massiccio di logiche privatistiche nell'organizzazione e nell'operato dell'amministrazione a seguito del D. Lgs. n. 29/1993 e successive

(11) V. Trib. Pinerolo 6 febbraio 2003 e 3 marzo 2004, ove vengono ricostruite in modo esemplificativo ed esaustivo le varie ipotesi astrattamente riconducibili alla categoria in esame.

(12) V. App. Torino 21 aprile 2004; Trib. Lecce 31 agosto 2001.

(13) V. Trib. Bergamo 20 giugno 2005, Panizzoli c. Società Advancing Trade.

(14) La ricerca è stata effettuata nel periodo 2001/2002 all'ENEL per conto della Faei - CISL su un campione di 2800 unità.

modifiche (oggi D. Lgs. 30/3/2001, n. 165). Di più difficile spiegazione mi sembra, invece, la dimensione del fenomeno rispetto al lavoro privato.

In ambito europeo sembra, invece, che il primato spetti al Regno Unito, che con il 16,3% ha la percentuale più elevata di lavoratori sottoposti a pratiche di *mobbing*. Seguono la Svezia con il 10,2%, la Francia con 9,9% e via via gli altri paesi.

4. — L'attenzione del legislatore

A fronte di tale rilevanza sociale che il fenomeno ha assunto negli ultimi anni, non esiste ancora una disciplina della fattispecie a livello di normazione primaria, nemmeno di rango comunitario. Allo stato l'interesse del legislatore è rimasto circoscritto al livello di proposte e disegni di legge, che non sono stati certamente deficitari per numero, specialmente nella XIV e nella XV legislatura (15).

Accanto alle numerose proposte di legge rimaste inattuato, ed in assenza quindi di una specifica disciplina legale del fenomeno a livello nazionale, si sono registrate sul tema anche varie iniziative ad opera delle Regioni. Tra queste particolare rilevanza riveste quella assunta dalla Regione Lazio con la legge 11 luglio 2002, n. 16 (16), che ha rappresentato il primo tentativo di fornire una precisa normativa *ad hoc*. La legge, tuttavia, come è noto, non è riuscita a superare il vaglio di costituzionalità, essendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 359/2003 (17).

Altra iniziativa degna di segnalazione in materia di *mobbing* è quella costituita dalla circolare I.N.A.I.L. del 17 dicembre 2003, n. 71, intitolata "Disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro", che sanciva l'inclusione delle patologie derivanti da comportamenti "mobizzanti" tra le malattie professionali indennizzabili dall'ente, stabilendo le modalità e le condizioni a cui è subordinato il riconoscimento del diritto alla prestazione previdenziale. Tale circolare, però, è stata ben presto annullata dal TAR Lazio (18) su ricorso della Confindustria.

Unico atto dell'ordinamento interno in cui si fa riferimento al *mobbing* rimane, allo stato, il D.P.R. 22 maggio 2003 (punto 4.9), con il quale è stato approvato il piano sanitario nazionale 2003/2005.

(15) Nell'attuale Legislatura i disegni di legge presentati sono, allo stato, n. 14.

(16) La legge reca il titolo "Direttive per prevenire e contrastare il mobbing nei luoghi di lavoro" e il relativo testo si può leggere in Lav. Giur., 2002, 1115.

(17) V. nota 7.

(18) TAR Lazio 4 luglio 2005, n. 5454. Il Tribunale amministrativo ha annullato la circolare in esame in quanto la stessa, individuando un complesso di determinati e specifici fattori di nocività già di per sé soli atti ad indurre malattie psichiche o psicosomatiche ed un elenco di queste ultime che ritiene che possano derivare da tali fattori, senza nulla dire sul nesso di causalità, il cui onere probatorio incombe sempre sul lavoratore allorchè si tratti di malattie non tabellate, finirebbe con l'integrare surrettiziamente il complesso delle malattie cd. tabellate, in violazione dell'art. 10, comma 1, del D.Lgs. n. 38/2000, spettando tale compito alla Commissione scientifica per l'elaborazione e la revisione periodica delle tabelle, ai sensi degli artt. 3 e 11 del D.P.R. n. 1124/1965.

Sul punto v. più in dettaglio E. BARRACO, *Mobbing: i nuovi principi giurisprudenziali della fattispecie*, in Guida Lav. 2007, n. 40, 17.

Quanto agli atti comunitari, del problema si è occupata la risoluzione del Parlamento europeo n. AS-0283 del 21 settembre 2001, intitolata “Mobbing sul posto di lavoro”. Con essa si esorta la Commissione ad esaminare la possibilità di chiarificare o estendere il campo di applicazione della direttiva quadro per la salute e la sicurezza sul lavoro, oppure elaborarne una nuova, come strumento giuridico per combattere il fenomeno delle molestie (19).

5. — Elementi costitutivi

Nell’attesa di una normativa *ad hoc* la tutela contro il *mobbing* è affidata alla giurisprudenza, che nella elaborazione della relativa nozione è pervenuta agli esiti definitivi sopra riassunti, facendo propria sostanzialmente la definizione sociologica di *mobbing*; il che assume particolare importanza ai fini dell’identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie.

Questi sono dati essenzialmente **dalla ripetitività e frequenza** delle azioni mobbizzanti, dal loro **protrarsi per un apprezzabile periodo di tempo** - generalmente individuato in almeno sei mesi (20) - e dal loro **collegamento da un intento persecutorio** da parte dell’autore (21).

Per quanto riguarda l’elemento psicologico, pertanto, secondo l’opinione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza non è sufficiente il compimento di un singolo atto lesivo, né rileva la sola oggettività della condotta, “*cioè il risultato in concreto indotto dall’azione prevaricatrice, con indifferenza di ogni indagine sull’intento o sull’atteggiamento psicologico dell’autore*” (22), essendo invece elemento qualificante una sorta di dolo programmato (23), l’esistenza di una precisa strategia persecutoria.

A tal riguardo va rimarcato che il *mobbing* può concretarsi non solo in atti e comportamenti di per sé illegittimi e, in quanto tali, vietati dall’ordinamento (quali demansionamento o dequalificazione, svuotamento di mansioni, ripetuti trasferimenti ingiustificati, molestie, ingiurie ecc.), ma anche in atti che, singolarmente valutati, sono leciti (come prolungata attribuzione di compiti esorbitanti, esercizio esasperato di forme di controllo, assegnazione ad una postazione di lavoro particolarmente pesante), mentre assumono profili di illegittimità ove si inquadrino in quella cornice di atteggiamenti vessatori tipici della fattispecie, necessari - come si è detto - per la configurabilità di un disegno persecutorio, realizzato appunto attraverso i vari comportamenti denunciati.

(19) Cfr. M. TATARELLI, *La fragilità emotiva della vittima è irrilevante ai fini della colpa*, in Guida Dir. 2007, n. 38, 34

(20) V. Trib. Treviso 4 luglio 2002; Trib. Milano 31 agosto 2005. n. 3348; id. 26 aprile 2004; id. 31 luglio 2003; id. 11 febbraio 2002.

(21) Cass. 6 marzo 2006, n. 4774, cit.

(22) M. TATARELLI, *La fragilità emotiva della vittima è irrilevante ai fini della colpa*, cit.

(23) Si v. L. RENDA, *La tutela contro il mobbing*, in “*Molestie e discriminazioni: tutela civile e sanzioni penali*” - Atti del convegno organizzato a Roma il 14 novembre 2005 dal Consiglio Superiore della Magistratura in collaborazione con l’Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, DEMETRA - atti e interventi, 99.

6. — Gli effetti

Le conseguenze che l'attuazione di una pratica di mobbing può causare a carico del soggetto passivo sono di triplice ordine: a) insorgenza di una infermità psichica o psicosomatica, con conseguente configurabilità di danno biologico; b) compimento, da parte della vittima o nei suoi confronti, di atti che conducono alla risoluzione del rapporto di lavoro, quali le dimissioni o il licenziamento; c) adozione da parte del lavoratore di altre condotte giuridicamente rilevanti ed eventualmente illecite, come reazione alla persecuzione ed emarginazione (24).

7. — La responsabilità

La responsabilità per il danno da *mobbing*, cioè per le ripercussioni negative che l'attività mobbizzante ha avuto sulla salute fisica e psichica del lavoratore, grava in ogni caso (esclusa l'ipotesi del c.d. *mobbing* ascendente) sul datore di lavoro.

Quanto alla natura della responsabilità, dopo qualche iniziale incertezza in dottrina ed in giurisprudenza, può ormai ritenersi di sicuro approdo l'opinione che essa vada inquadrata nella categoria della responsabilità contrattuale, rinvenendosene il fondamento nella violazione degli obblighi discendenti dall'ampia previsione dell'art. 2087 c.c., che, imponendo al datore di lavoro l'obbligo di adottare le misure che “*secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro*”, viene comunemente ritenuto vera e propria “norma di chiusura” e chiave di volta dell'intero sistema di tutela e sicurezza del lavoro (25).

Trattasi, dunque, di responsabilità che tra origine, ai sensi dell'art. 2118 c.c., dall'inadempimento dell'obbligo di sicurezza previsto dalla citata norma codicistica a carico del datore di lavoro.

Pertanto, “*qualora il lavoratore, agendo per il risarcimento del danno da mobbing, denunci la violazione di specifici obblighi contrattuali derivanti dal rapporto di lavoro e delle corrispondenti norme di tutela, per esempio in materia di mutamento, riduzione e sottrazione di mansioni, di trasferimento, di sanzioni disciplinari, di divieto di discriminazione ecc., deve ritenersi proposta, come accade allorché sia dedotta, più genericamente, la violazione della norma generale dell'art. 2087 del c.c., un'azione di responsabilità contrattuale, in quanto la tutela invocata attiene a diritti soggettivi derivanti direttamente dal rapporto, indipendentemente dalla natura dei danni subiti*” (26).

La giurisprudenza, peraltro, ammette che al regime di tutela fondato sulla responsabilità contrattuale possa affiancarsi quello generale della responsabilità extracontrat-

(24) M. TATARELLI, *La fragilità...* cit.

(25) In tal senso E. BARRACO, *Mobbing:...* cit.

(26) Così M. TATARELLI, *La fragilità...* cit. Al riguardo cfr. Cass. S.U. 4 maggio 2004, n. 8438, cit., e nota di M. TATARELLI, “*Riconosciuta la natura contrattuale dell'azione per violazione degli obblighi legati all'impiego*”, in Guida Dir. 2004, n. 21, 76.

tuale o aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c. (27) o, secondo talune pronunce, ai sensi dell'art. 2049 c.c., qualora venga dedotta la responsabilità del datore di lavoro per fatto dei dipendenti (28).

Più in dettaglio, qualora le condotte mobbizzanti siano imputabili allo stesso datore di lavoro (o perché trattasi di imprenditore persona fisica o perché, in caso di persona giuridica, rivesta la qualità di legale rappresentante della società), viene ad essere integrata contemporaneamente la violazione sia di diritti scaturenti dal rapporto obbligatorio intercorrente tra le parti, sia di diritti soggettivi primari, la cui spettanza prescinde dalla presistenza di un rapporto giuridico.

Ne consegue che a carico del soggetto obbligato viene a configurarsi nello stesso tempo la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale; con l'ulteriore corollario che il lavoratore può avvalersi dell'uno o dell'altro tipo di azione o cumulativamente di entrambi.

Da quanto sopra deriva, come evidenziato dai più recenti insegnamenti della giurisprudenza di legittimità, che deve ritenersi proposta l'azione extracontrattuale *“tutte le volte che non emerga una precisa scelta del danneggiato in favore dell'azione contrattuale, e quindi allorché, per esempio, il danneggiato invochi la responsabilità aquiliana ovvero chieda genericamente il risarcimento del danno senza dedurre una specifica obbligazione contrattuale”* (29).

All'ambito applicativo dell'art. 2087 c.c., secondo recente giurisprudenza che appare più condivisibile, deve ricondurre anche l'obbligo del datore di lavoro di prevenire le condotte mobbizzanti dei propri dipendenti.

Lo strumento che consente di ricondurre nell'alveo della responsabilità datoriale per inadempimento dell'obbligazione scaturente dall'art. 2087 c.c. le pratiche mobbizzanti compiute dai dipendenti è l'art. 1228 c.c., dettato in tema di responsabilità per fatto degli ausiliari (30).

Il concorso dei due tipi di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, consente al lavoratore di poter beneficiare di una tutela più efficace, intanto perché così potrà essere coperto ogni interstizio di danno, ma soprattutto perché può godere del più favorevole regime probatorio dell'elemento soggettivo connesso alla responsabilità

(27) Cass. 25 settembre 2002, n. 13942, in Giust. Civ. 2003, I, 1034; Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, in Rep. Giust. Civ. 2000, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1121.

(28) Il cumulo di responsabilità in generale viene ammesso *“sul presupposto implicito che soltanto tale duplice considerazione possa coprire ogni interstizio di tutela”*: V. AMATO, CASCIANO, LAZZERONI, LOFFREDO, *Il mobbing, aspetti lavoristica, responsabilità, tutele*, 2002 Milano, p. 104.

(29) Cfr. Cass. S.U. 4 maggio 2004, n. 8438, cit. e ivi richiami di giurisprudenza.

(30) V. Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, in Foro It. 2006, I, 2738, non nota red. di A.M. PERRINO.

Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza non è unanime, ritenendo altre pronunce, specialmente dei giudici di merito, che il datore di lavoro risponda delle condotte illecite dei propri dipendenti (in genere delle molestie sessuali) per il tramite dell'art. 2049 c.c.: Trib. Venezia 15 gennaio 2002, in Foro It., Rep. 2003, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1168; Pret. Modena 29 luglio 1998, in Foro It., Rep. 1999, voce cit., n. 1739. Per la giurisprudenza di legittimità v. di recente Cass. 4 giugno 2007, n. 12939, inedita per quanto consta.

Per l'affermazione della responsabilità concorrente ex art. 2087 e 2049 c.c. v. Tar Lazio, sez. III, 25 giugno 2004, n. 6254, in Foro It., Rep. 2004, voce cit.; Pret. Milano 31 gennaio 1997, in Foro it., Rep. 1998, voce *responsabilità civile*, n. 2008.

contrattuale e di un termine di prescrizione più ampio (decennale, anziché quinquennale, come previsto per l'azione aquiliana) (31).

In particolare, per quanto concerne la ripartizione degli oneri probatori, mentre, come è noto, nella responsabilità contrattuale il creditore deve provare soltanto l'inadempimento del debitore, il pregiudizio subito ed il nesso di causalità tra inadempimento e pregiudizio, incombendo al debitore inadempiente l'onere di provare l'assenza di colpa ex art. 2118, cioè la non imputabilità dell'inadempimento, nella responsabilità aquiliana il danneggiato deve provare il dolo o la colpa del danneggiante ex artt. 2043 e 2697 c.c..

Ne consegue che ove il lavoratore si avvalga dell'azione di risarcimento del danno fondata sulla responsabilità contrattuale avrà solo l'onere di provare gli elementi costitutivi del *mobbing*, il danno in concreto subito ed il nesso di causalità tra la condotta mobbizzante ed il danno stesso, rimanendo esonerato dalla prova della sussistenza della colpa o del dolo del datore di lavoro. Spetterà, di contro, a quest'ultimo dimostrare di aver ottemperato all'obbligo di sicurezza posto a suo carico dall'art. 2087 c.c. e che l'inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile. In particolare il datore di lavoro ha l'onere di fornire la prova di aver adottato tutte le misure idonee, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, a tutelare la personalità morale del prestatore di lavoro.

8. — Il danno

Dal *mobbing* possono derivare diverse forme di danno. Non si può, infatti, parlare genericamente di danno da *mobbing*, dovendosi, invece, ricondurre le conseguenze dannose del fenomeno vessatorio così denominato nell'ambito delle tradizionali categorie di danno.

Non è possibile in questa sede fare un excursus sull'evoluzione del pensiero giuridico moderno sviluppatosi sul danno alla persona (32). È sufficiente qui ricordare come a seguito delle più recenti decisioni della Suprema Corte di Cassazione si è venuto a delineare un nuovo sistema di responsabilità civile che con tutta probabilità è destinato a segnare un punto di non ritorno e che è teso ad assicurare il principio costituzionale di integralità del risarcimento del danno alla persona. Tale sistema può ritenersi imperniato sui seguenti punti fermi:

(31) Sul concorso delle due forme di responsabilità v. Cass. 17 luglio 1995, n. 77, 68, in *Giur. It.* 1996, I, 1110, con nota di LUCA IAFISCO, *Un'importante pronuncia della Suprema Corte in tema di responsabilità del datore di lavoro colpevole di molestie sessuali*, e in *Resp. Civ. e Prev.* 1996, 329, con nota di LUIGI ANGIELLO, *Molestie sessuali e rapporto di lavoro: responsabilità contrattuale e extra contrattuale*; Cass. 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Not. Giur. Lav.* 1999, 187; Cass. 20 gennaio 2000, n. 602, cit.. Sulla ripartizione degli oneri probatori v. Cass. 25 maggio 2006, n. 12445, cit., e sull'applicazione del più favorevole regime probatorio connesso alla responsabilità contrattuale v. *Trib. Forlì*, 15 marzo 2001, in *Dir. Lav.* 2001, 477 ss.

(32) Si v. per un ampio ed articolato excursus F. LAPERTOSA, *La liquidazione del danno alla persona*, relazione all'incontro di studio sul tema "Riconversione civile" tenutosi a Roma dal 29 al 31 ottobre 2007 a cura del Consiglio Superiore della Magistratura.

1) il danno alla persona è patrimoniale o non patrimoniale, sicchè il sistema del risarcimento ha natura bipolare;

2) nell'ambito del danno patrimoniale rientrano:

- il danno morale soggettivo, che ha carattere transeunte e consiste nel patema d'animo subito in conseguenza di un fatto illecito costituente reato ai sensi degli art. 2059 c.c. e 185 c.p. Esso, a seguito della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059, è risarcibile anche quando la colpa del danneggiante, integrante l'elemento soggettivo del reato, risulti da una presunzione di legge;

- il danno biologico, che consiste nella menomazione dell'integrità psicofisica in sé e per sé considerata in quanto incidente sul valore uomo, medicalmente accertabile. Esso trova fondamento nell'art. 32 della Costituzione e non soffre le limitazioni dell'art. 2059 c.c.;

- il danno esistenziale, che consiste nella modificazione peggiorativa dell'insieme delle attività realizzatrici della persona, nell'alterazione di tutte quelle azioni, consuetudini, affezioni, attraverso cui l'individuo costruisce la propria identità, la propria esistenza. Tale danno, il cui fondamento normativo è per lo più ravvisato negli art. 2 e 3 della Costituzione, si sottrae anch'esso alle limitazioni dell'art. 2050 c. c.

3) non esiste la categoria del danno-evento, teorizzata dalle decisioni più risalenti, ma ogni tipo di danno, in conformità alla previsione dell'art. 2043 c.c. (ma anche dell'art. 1218 c.c), consiste nella conseguenza negativa, economicamente valutabile, della lesione di un interesse giuridicamente protetto e come tale va allegato e provato, non potendo l'onere probatorio esaurirsi nell'accertamento di una situazione giuridica soggettiva.

I danni da *mobbing* sono essenzialmente di natura non patrimoniale e sono configurabili in tutte e tre le tipologie: il danno biologico, il danno morale ed il danno esistenziale.

8.1 — Il danno biologico

Il danno biologico si concreta ove si siano verificati effetti pregiudizievoli sulla salute della vittima di carattere psicologico, psichico e psicosomatico, sfocianti spesso in vere e proprie patologie depressive.

La rilevanza giuridica della componente psichica dell'integrità personale è già riscontrabile nella definizione di danno biologico data dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n. 184/1986, laddove si parla di "menomazione dell'integrità psicofisica dell'offeso": espressione che denota come i giudici delle leggi abbiano inteso ricomprendere nel danno biologico il riconoscimento di entrambe le componenti del bene salute, quella fisica e quella psichica.

La lesione psichica ha, dunque, una sua autonoma rilevanza, rappresentando una delle forme in cui può manifestarsi il danno biologico (33). Né il danno psichico in tal caso è inquadrabile immediatamente come una delle classiche malattie mentali, trattan-

(33) Cfr. D. GAROFALO, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in www.diritto-lavoro.it, 58.

dosi “di tutto quel complesso di turbe di carattere nevrotico, di menomazioni a carattere più squisitamente psicologico, che vanno al di là del disagio o del disturbo esistenziale, per sconfinare in vere e proprie forme patologiche, ancorché non di tipo tradizionale” (34).

Le conseguenze sul bene “salute” potrebbero essere talvolta anche di carattere fisico, “qualora, ad esempio, in ragione della patologia depressiva insorta, il lavoratore depresso ponga in essere atti autolesivi finalizzati al suicidio ma non andati a buon fine” (35).

Naturalmente, così come avviene per la lesione di carattere fisico, anche ai fini del riconoscimento del danno biologico di natura psichica occorre soddisfare gli oneri di allegazione e prova della effettiva menomazione della salute, cioè del “concreto peggioramento del modo di essere della persona a causa di un disturbo psichico, determinato da una lesione psichica, cioè da un’ingiusta turbativa del suo equilibrio psichico” (36). Fermo restando che tale tipo di danno non può prescindere da un accertamento medico-legale che evidenzi l’effettiva lesione dell’integrità psico-fisica ed il nesso causale con le condotte vessatorie (37).

8.2. — Il danno morale

È sicuramente configurabile il danno morale da *mobbing*. Esso si sostanzia nei turbamenti dello stato d’animo, nelle sofferenze spirituali e in tutti quegli squilibri e riduzioni delle capacità intellettive della vittima indotte dalle azioni prevaricatrici del *mobber*.

Come già rilevato, tale tipo di danno, a seguito della lettura cosituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c. fornita dalla Corte Costituzionale ed avallata dalla giurisprudenza, non sottostà al limite derivante dalla riserva di legge correlata all’art. 185 del c.p..

La suprema Corte ha più volte affermato, ribadendolo con la recente sentenza 29 agosto 2007, n. 33624, che, in assenza di una tipizzazione normativa della fattispecie, il *mobbing* non costituisce reato.

La figura più prossima ai connotati che caratterizzano tale fenomeno (nella sottospecie, maggiormente ricorrente, del *mobbing* c.d. verticale) è quella contemplata dall’art. 572 del c.p. (reato di maltrattamenti), commesso da persona dotata di autorità per l’esercizio di una professione, nel cui ambito la lesione personale grave, riconducibile agli atti illeciti, costituisce una circostanza aggravante (38).

Più in generale nell’ambito del fenomeno in questione non è difficile individuare

(34) C. SMURAGLIA, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (Situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, in Riv. Giur. Lav. e Prev. Soc. 2000, I, 447, 464.

(35) A. LIBERATI, *Rapporto di lavoro...* cit., 247.

(36) Ancora D. GAROFALO, *Mobbing e tutela...* cit. 58.

(37) Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit. in Giust. Civ. 2007, I, 679, non nota di F. CORDOPATRI, *Appunti in tema di allegazione, di prova e di presunzione*.

(38) Così Cass. V Sez. Pen. 29 agosto 2007, n. 33624, in *Il Lavoro nella Giur.* 2007, 991, con nota di A. MURATORIO, *Il mobbing nella giurisprudenza penale ed una fattispecie specifica di reato*.

altre fattispecie di reato cui sono ricollegabili conseguenze risarcitorie sotto il profilo di danno morale. Infatti, secondo le sue concrete modalità esplicative, esso può integrare, tenuto conto delle conseguenze dannose per l'integrità psico-fisica e della peculiarità delle condotte che lo concretano, adeguatamente contestate, le ipotesi di reato di lesioni personali volontarie o colpose, di ingiuria, di diffamazione di violenza privata.

8.3. — Il danno esistenziale

La tipologia di danno più rilevante e sicuramente destinata ad avere maggiore applicazione nell'ambito del danno non patrimoniale da *mobbing* è sicuramente quella del danno esistenziale; categoria di recente sofferta elaborazione da parte della dottrina più avveduta, che la giurisprudenza sembra avere ormai avere definitivamente, e direi irreversibilmente, consacrato (39), siccome idonea a coprire quel vuoto di tutela, quella sorta di "zona d'ombra" lasciati dalle altre due tipologie del danno biologico e del danno morale.

Non c'è dubbio, infatti, che ogni fenomeno di *mobbing* è foriero di una compromissione della qualità della vita della vittima delle condotte vessatorie, in quanto idoneo ad alterare le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto, sconvolgendo la sua quotidianità ed inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che avrebbe compiuto ove non si fosse verificato il fatto dannoso (40).

A tal riguardo va rilevato come non sempre la lesione arrivi alla compromissione del diritto alla salute, ma non per questo si può certo sostenere che il lavoratore non abbia subito alcuna conseguenza nociva sul piano esistenziale. Sicchè non può non apparire apprezzabile il tentativo di ricostruzione - pure oggetto di critiche - di una sorta di autonoma categoria di danno da *mobbing* (41); tentativo scaturito non solo, come è stato evidenziato dalla più attenta dottrina, dall'esigenza di superare le limitazioni al risarcimento del danno non patrimoniale ravvisate in precedenza nell'art. 2059 c.c., ed ora superate, come già rilevato, dalla lettura costituzionalmente orientata della predetta disposizione, ma anche dall'avvertita esigenza di evitare la moltiplicazione e la sovrapposizione delle diverse tipologie di danno, "*con pericolose potenziali duplicazioni di risarcimento nell'ambito della medesima fattispecie, proprio nel tentativo di rifondere ogni aspetto della sofferenza subita*" (42).

Sotto tale profilo al quesito che molti in dottrina si sono posti circa l'effettiva utilità dell'elaborazione della categoria del *mobbing* può probabilmente darsi risposta

(39) V. Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit.; Cass. 15 settembre 2006, in *Danno e Resp.* 2007, 671, con nota di F. MALZANI, *Danno da demansionamento: il "punto" di alcune recenti pronunce della Cassazione*. Contra: Cass. 15 luglio 2005, n. 16022, in *Foro It.* 2006, I, 1344, con nota di A.M. PERRINO.

(40) Così Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit..

(41) Sui dubbi e sulle perplessità esistenti in dottrina ed in giurisprudenza in ordine alla configurazione del danno esistenziale come autonoma categoria di danno risarcibile v. A.M. PERRINO, *Danno da mobbing: perplessità sulla categoria*, in *Foro It.* 2005, I, 3358, nota a Cass. 23 marzo 2005, n. 6323; Trib. Bergamo 20 giugno 2005; Trib. Marsala 5 novembre 2004; Trib. Napoli 10 febbraio, in *Arch. Circolaz.*, 2004, 525.

(42) V. Trib. Agrigento 1 febbraio 2005.

affermativa, tornando essa se non altro utile proprio “*nelle ipotesi in cui, esclusa la risarcibilità del danno patrimoniale, in quanto mancante o non provato, o del danno biologico, inteso come compromissione di natura areddituale dell’integrità psicofisica della persona, che si concretizzi in una perdita o riduzione di funzioni vitali - non necessariamente rinvenibile quale conseguenza del mobbing - residui comunque il c.d. danno esistenziale*” (43).

Può anzi concludersi che il danno esistenziale costituisca il danno tipico da *mobbing*, in quanto prescinde da concrete lesioni al bene salute e al patrimonio e si configura ogni qualvolta il lavoratore venga ad essere aggredito nella sfera della dignità ed integrità personale.

Quanto alla sua liquidazione, essa va effettuata secondo le tecniche di allegazione e di prova indicate dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 6572/2006 e con il criterio equitativo. Pertanto il lavoratore non può limitarsi a richiedere genericamente il risarcimento del danno, ma deve anzitutto allegare l’esistenza di un danno esistenziale, secondo la nozione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza e nella consistenza nonché con le caratteristiche in concreto assunte, “*non potendo il giudice prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato e valendo il principio generale per cui il giudice - se può sopperire alla carenza di prova attraverso il ricorso alle presunzioni ed anche all’esplicazione dei poteri istruttori ufficiosi previsti dall’art. 421 c.p.c - non può invece mai sopperire all’onere di allegazione che concerne sia l’oggetto della domanda, sia le circostanze in fatto su cui questa trova fondamento*” (44). Soddisfatto l’onere di specifica allegazione, deve, infatti, fornire la prova dell’alterazione, per effetto della condotta mobbizzante, delle sue abitudini di vita e degli assetti relazionali, con necessità scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l’evento dannoso; prova che può essere data con ogni mezzo e nell’ambito della quale un ruolo primario assumono, stante la natura del danno esistenziale, le presunzioni mediante il ricorso a concatenazione di fatti noti.

9. — Casistica

Il campionario degli atti commissivi ed omissivi che possono essere posti in essere dal *mobber* è vasto. L’I.N.A.I. nella nota circolare n. 71/2003, poi annullata dal TAR Lazio, aveva elaborato un elenco di quelle che venivano definite situazioni di “costrittività organizzativa” più ricorrenti.

(43) L. RENDA, *La tutela...* cit., 105 - 106, ove si afferma che si tratta “di una categoria per così dire residuale e atipica, cui far ricorso proprio laddove l’ordinamento positivo non offra adeguati riferimenti normativi volti a tutelare la vittima della condotta illecita; riferimenti sicuramente rinvenibili nei generali principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., di responsabilità per fatto illecito degli ausiliari (artt. 1228 e 1229 c.c., cui simmetricamente corrisponde la previsione di cui all’art. 2049 c.c.), di tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, del diritto al lavoro e delle condizioni che rendono effettivo tale diritto (artt. 2, 4 e 35 della Costituzione) ed ancora in norme specificamente dirette a tutelare il lavoratore in quanto persona, per la concreta attuazione dei principi di parità di trattamento (art. 9 e 15 l. n. 300/70; l. n. 933/77; l. n. 125/91 sì come modificata da d.lgs 145/2005)”.

(44) Cfr. Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, cit. ed ivi richiami di giurisprudenza.

In tale elenco erano inserite le seguenti situazioni:

- Marginalizzazione dalla attività lavorativa;
- Svuotamento delle mansioni;
- Mancata assegnazione dei compiti lavorativi, con inattività forzata;
- Mancata assegnazione degli strumenti di lavoro;
- Ripetuti trasferimenti ingiustificati;
- Prolungata attribuzione di compiti dequalificanti rispetto al profilo professionale posseduto;
- Prolungata attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi anche in relazione a eventuali condizioni di handicap psico-fisici;
- Impedimento sistematico e strutturale all'accesso a notizie;
- Inadeguatezza strutturale e sistematica delle informazioni inerenti l'ordinaria attività di lavoro;
- Esclusione reiterata del lavoratore rispetto ad iniziative formative, di riqualificazione e aggiornamento professionale;
- Esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo.

L'elenco, per quanto ampio, aveva un imprescindibile valore orientativo per eventuali situazioni assimilabili. Ed opportunamente, peraltro, perché la fantasia va spesso oltre ogni ragionevole previsione. Il che costituisce una ragione per sconsigliare il legislatore, in un eventuale futura regolamentazione della materia, di procedere ad una elencazione tassativa delle condotte mobbizzanti.

Dando uno sguardo, in concreto, ai diversi casi di *mobbing*, i comportamenti che più frequentemente hanno interessato la giurisprudenza, come si è visto, sono:

- trasferimenti ingiustificati del dipendente,
- emarginazione o isolamento del lavoratore;
- dequalificazione, demansionamento e svuotamento delle mansioni;
- sottrazione di compiti e responsabilità caratteristiche delle mansioni con eventuale assegnazione ad altri dipendenti;
- continuo sovraccarico di lavoro;
- richiami continui e ingiustificati;
- molestie sessuali.

Il trasferimento del dipendente presso una sede secondaria, il più delle volte isolata sì da impedirne i contatti con i colleghi di lavoro, costituisce un caso tipico di *mobbing*, realizzandosi, con l'allontanamento del lavoratore dalla sede presso cui presta normalmente la propria attività lavorativa, quella estromissione dello stesso dal contesto lavorativo che è il fine della condotta mobbizzante.

Perché sia integrata la fattispecie del *mobbing* è necessario, tuttavia, che sia fornita la prova dell'inserimento dell'atto (che di per sé potrebbe essere legittimo) in un più ampio contesto vessatorio con l'intento di emarginare il lavoratore. In questo caso il trasferimento non può che essere riconosciuto illegittimo, siccome privo dei presupposti oggettivi richiesti dall'art. 2103 c.c. (comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive), non essendo invocabile il principio della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore (45); con la conseguenza che il datore di lavoro è tenuto a reintegra-

(45) Trib. Forlì 15 marzo 2001, cit.

re il prestatore di lavoro nella originaria sede di lavoro con le stesse mansioni precedentemente svolte o altre equivalenti.

Altro caso tipico di *mobbing* è configurabile nella **dequalificazione**, nel **demanionamento** e nello **svuotamento delle mansioni**, ove tali comportamenti, di per sé autonomamente sanzionabili, ex art. 2103 c.c., con la reintegrazione del lavoratore nelle mansioni precedentemente svolte e con il risarcimento del danno, si inquadrino, specie se accompagnati - come non di rado avviene - dall'assegnazione delle mansioni ad altri colleghi di lavoro, in un più ampio progetto vessatorio al fine di indurre il lavoratore alle dimissioni, "*stante il loro forte potenziale di umiliazione, discredito ed emarginazione*" (46).

Per quanto riguarda il continuo sovraccarico di lavoro assegnato al lavoratore - riguardo al quale la giurisprudenza ha avuto modo più volte di occuparsi pronunciandosi nel senso della risarcibilità del c.d. danno da stress, allorché detto stress cagioni un pregiudizio al lavoratore, come nel caso di infarto o incidente automobilistico ricollegabili allo stato di eccessiva pressione psicologica (47) - l'integrazione del fenomeno *mobbing* è subordinata alla dimostrazione dell'intento del datore di lavoro di sfibrare, far crollare il lavoratore, inducendolo a presentare le dimissioni.

Anche i richiami continui e ingiustificati, pur se non seguiti da irrogazione di sanzioni disciplinari, come la comminazione reiterata, immotivata e quindi illegittima di dette sanzioni, concretandosi in un **esercizio illegittimo e persecutorio del potere gerarchico e disciplinare**, possono configurare una ipotesi di *mobbing* e legittimare la proposizione dell'azione di risarcimento danno a tale titolo, ove venga fornita la prova che i provvedimenti si inquadrino nell'ambito di un più ampio disegno vessatorio (48).

Quanto, infine, alle **molestie sessuali**, di cui pure si è occupata ripetutamente la giurisprudenza, già prima dell'individuazione, sul piano della rilevanza giuridica, del fenomeno *mobbing*, è ovvio che esse sono illegittime anche in sé e per sé considerate e come tali suscettibili di legittimare sia le dimissioni per giusta causa del lavoratore molestato (49), sia la richiesta di risarcimento del danno esistenziale, oltre a quello biologico e morale (50). Esse integrano la fattispecie più ampia e complessa del *mobbing* solo qualora siano determinate non tanto dalle ragioni tipiche di tali atti, quanto piuttosto dalla volontà di instaurare nell'ambiente di lavoro un clima intimidatorio, ostile o umiliante e di discredito per il soggetto vittima delle molestie.

A tal riguardo va ricordato come la giurisprudenza ritenga che il datore di lavoro che sia a conoscenza di molestie poste in essere dai suoi dipendenti abbia l'obbligo di intervenire, ai sensi dell'art. 2087 c.c., con l'adozione di tutte le misure necessarie, anche di carattere disciplinare e organizzativo (51), compreso il licenziamento del

(46) Così E. BARRACO, *Mobbing:...* cit., 22.

(47) Ancora E. BARRACO, *Mobbing:...* cit., ed ivi richiami di giurisprudenza in note 18 e 19, cui *adde* Cass. 5 febbraio 2000, n. 1307, in Foro It. 2000, I 1554, con nota di L. DE ANGELIS, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*.

(48) V. Cass. 2 maggio 2000, n. 5, in Lav. Giur. 2000, 800; Trib. Milano 28 febbraio 2003, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2003, 655.

(49) Pret. Modena 29 luglio 1998, Lav. Giur. 1999, 559

(50) Trib. Pisa 3 ottobre 2001, in Lav. Giur. 2002, 456 e Dir. Prat. Lav. ORO, 2002, n. 3, 177.

(51) V. Trib. Milano 28 dicembre 2001, in D&L 2002, 371.

dipendente autore delle molestie - che in tal caso risulta giustificato (52) -, essendo tenuto in difetto al risarcimento del danno in solido con lo stesso (53).

Al di là di tali atti tipici individuati dalla giurisprudenza, i comportamenti mobbizzanti possono essere i più disparati e spesso sono sottili, impalpabili, inidonei in sé e per sé considerati a fondare un'azione di risarcimento del danno. Solo ove vengano valutati unitariamente nella loro sequenza, concatenazione e finalizzazione si coglie la loro potenzialità integrativa della fattispecie del *mobbing*.

10. — I rimedi contro il *mobbing*

L'azione risarcitoria di cui siamo occupati, peraltro per definizione non soddisfattiva, in quanto presuppone l'avvenuta lesione del bene, che così viene ad essere riparata per equivalente, non è l'unico rimedio contro il *mobbing*, essendo esperibili tutti gli altri rimedi utilizzabili contro gli altri illeciti contrattuali del datore di lavoro lesivi della persona del lavoratore (quali demansionamento, trasferimento illegittimo, controlli vietati, ecc.).

Allo stato attuale i possibili rimedi alternativi all'azione risarcitoria sono: a) l'azione di adempimento; b) l'autotutela conservativa del rapporto di lavoro, c) l'autotutela estintiva (54).

L'azione di adempimento è l'unica in astratto idonea a garantire una tutela satisfattiva. Tale tipo di azione, suscettibile eventualmente di esercizio anticipato in via cautelare ove ricorra il presupposto del *periculum in mora*, incontra tuttavia un doppio limite: uno di fatto nei rapporti non dotati di resistenza, stante il timore del lavoratore di subire un licenziamento ritorsivo, la cui rimozione richiede la non facile prova, appunto, del motivo illecito di ritorsione; l'altro di diritto e di carattere generale, consistente nell'incoercibilità degli obblighi di fare o di non fare infungibili.

L'autotutela conservativa del rapporto di lavoro, attuabile mediante rifiuto della prestazione (non dovuta perché da rendere in un ambiente ostile e mortificante), è, a sua volta, rischiosa in quanto, ove non ne siano accertati i presupposti, il lavoratore risulta inadempiente, con tutte le conseguenze di ordine risarcitorio e disciplinare, fino al licenziamento. Essa, pertanto, non è considerata doverosa, neppure nei rapporti soggetti al regime di stabilità reale.

L'autotutela estintiva, attuabile mediante dimissioni - che in tal caso devono ritenersi assistite da giusta causa, salvo ovviamente l'onere di dimostrare in giudizio il comportamento mobbizzato - non può certo ritenersi appagante. Essa, infatti, risulta concretamente utile solo allorchè sia facile per il lavoratore reperire un'altra occupa-

(52) Cass. 18 aprile 2000, n. 5049, in *Orient. Giur. lav.* 2000, 505, e *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, 511, con nota di M.R. GRAZIANO, *Sul licenziamento del lavoratore responsabile di molestie sessuali*.

(53) Cfr. Trib. Milano 21 aprile 1998, in *D&L*, 1998, 957, secondo cui l'autore delle molestie risponde a titolo di responsabilità extracontrattuale, mentre la responsabilità solidale del datore di lavoro, discendendo dall'art. 2087 c.c., ha natura contrattuale ed è limitata al risarcimento del danno biologico subito dalla vittima.

(54) Sul punto v. E. BARRACO, *Mobbing:...* cit., 26.

zione, diversamente il giuoco non vale la candela: per evitare il danno il lavoratore mobbizzato se ne procurerebbe un altro consistente nella perdita del posto di lavoro, atteso che le dimissioni per giusta causa gli danno diritto, ex art. 2119 c.c., soltanto all'indennità sostitutiva del preavviso.

Peraltro, l'annullamento delle dimissioni postula la ricorrenza di un vizio della volontà o di una situazione di incapacità naturale, ai sensi dell'art. 428 c.c., la cui prova è tutt'altro che agevole, anche se la giurisprudenza al riguardo ha mostrato grande sensibilità ammettendo che la stessa possa essere data anche per presunzioni (55).

11. — Considerazioni conclusive

L'esplosione del fenomeno del *mobbing* e la sua prepotente irruzione nell'ambito del diritto, ed in special modo del diritto del lavoro, ha di pari passo dato luogo ad una proliferazione di ricorsi giudiziari, con pretese risarcitorie variamente qualificate e quantificate.

In una tale situazione il rischio è quello di una dilatazione incontrollata della fattispecie, rischio che occorre scongiurare, perpetuandosi altrimenti gli spunti ironici sul fenomeno in questione, definito come "*fattispecie in cerca d'autore*" (56) o "*fantasma che si aggira per le aule giudiziarie*" (57).

La giurisprudenza, specie negli ultimissimi anni, intervenendo sempre più frequentemente sul fenomeno (58), ha svolto un'opera meritoria di sistemazione della materia, resa non agevole, nell'assenza di una disciplina legislativa specifica, dalla complessità della stessa e dalla peculiarità dei casi sottoposti alla sua attenzione.

Ma proprio per tale complessità e per scongiurare rischi di tal genere si rende quanto mai opportuno un intervento in materia del legislatore, non tanto in senso definitorio, non ravvisandosene, come si è visto, la necessità, quanto piuttosto in senso strumentale, "*nel senso di munire gli operatori di adeguati mezzi, sia processuali che sostanziali, volti ad assicurare l'effettività della tutela e la garanzia di protezione di beni a rilevanza costituzionale*" (59).

(55) V. Cass. 15 gennaio 2004, n. 515, in Riv. Crit. Dir. Lav., con nota di M. PAULLI, *Presupposti, prova e conseguenze dell'annullamento delle dimissioni per incapacità naturale*.

(56) P. TOSI, *Il mobbing, una fattispecie in cerca d'Autore*, in Arg. Dir. lav., 2003, 651.

(57) F. CARINCI, *Il mobbing: un fantasma si aggira per le aule giudiziarie*, in Lav. Giur., 2003, 1097.

(58) Tra le decisioni più recenti dei giudici di legittimità sul tema si v. Cass., Sez. Lav., 4 settembre 2007, n. 18580; Cass., Sez. Lav., 28 agosto 2007, n. 18262; Cass., Sez. Lav., 20 luglio 2007, n. 16148; Cass., Sez. Lav., 8 giugno 2007, n. 13400; Cass., V Sez. Pen., 29 agosto 2007, n. 33624, cit.

(59) Così L. RENDA, *La tutela...* cit. 110.

ANTONIO CIMMINO

Avvocato INPS

**LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE
N. 2000/128/CE: CONTRATTO DI FORMAZIONE E LAVORO E
RIPETIZIONE DEGLI AIUTI DI STATO ILLEGITTIMI**

Sommario: 1. - Premessa: l'impegno Deggendorf. 2. - La nozione di aiuti concessi dagli Stati ex art. 87 CE. 3. - La decisione della Commissione delle Comunità europee 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE. 4. - Il vaglio del giudice comunitario: le sentenze della Corte di Giustizia 7 marzo 2002 e 1 aprile 2004. 5. - Questioni interpretative e profili di diritto comunitario: a) la retroattività della decisione n. 2000/128/CE; b) la retroattività dei pronunciamenti del giudice comunitario. 6. - La ripetizione delle agevolazioni contributive in conformità alle procedure di diritto interno: a) il legittimo affidamento; b) la prescrizione, la decadenza ed il giudicato; c) l'onere probatorio. 7. - Gli aiuti di importo minore: regola de minimis e questioni applicative.

1. — Premessa: l'impegno Deggendorf

Giunge ad un punto cruciale la vicenda relativa alla ripetizione dell'agevolazione contributiva connessa, nel periodo 1 novembre 1995 - 31 maggio 2001, alla stipulazione dei contratti di formazione e lavoro (in prosieguo, CFL).

In merito al riconoscimento di detto beneficio, è intervenuta la Commissione delle Comunità europee attraverso la decisione 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE (1), che ne ha dichiarato l'illegittimità ad eccezione delle ipotesi in essa indicate *singulatim*.

Si è, quindi, aperta una *querelle* tra la stessa Commissione e lo Stato italiano il quale, sulle prime, non ha ottemperato all'obbligo statuito in sede comunitaria: il contrasto, trasposto in sede giudiziaria europea, ha visto la Repubblica italiana soccombere per ben due volte (2).

Solo successivamente è stata intrapresa la procedura interna di recupero, pur se con qualche ulteriore esitazione (3): il momento attuale vede le singole pretese restitu-

(1) Decisione della Commissione delle Comunità europee 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE (G.U.C.E. 15 febbraio 2000, serie L 042, 1-18).

(2) CGCE 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, Raccolta della giurisprudenza (in prosieguo, Racc.) 2002, I-02289; CGCE 1 aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione/Italia*, Racc. 2004, I- 03353.

(3) Il *Sole 24 ore*, 31 marzo 2006, 25: *Sconti Inps, cartelle in attesa*.

torie azionate dall'I.N.P.S. (4) attraverso cartelle di pagamento che vengono sistematicamente avversate davanti al giudice nazionale (5).

Prima di approfondire l'esame degli *steps* sommariamente riepilogati, occorre anteporre il chiarimento rispetto a due interrogativi che potrebbero sorgere spontanei: innanzitutto, comprendere perché il tema in esame sia ricaduto nel raggio di attenzione della Commissione delle Comunità europee e, soprattutto, perché ciò sia avvenuto con tale devastante ritardo (ove si pensi, soprattutto, al fatto che la legge istitutiva del CFL risale al 1984).

Orbene, per ciò che riguarda il primo aspetto, la tematica degli sgravi contributivi ex CFL è divenuta oggetto d'esame da parte della Commissione poiché la relativa disciplina, *ratione materiae*, attinge alla più vasta tematica degli *aiuti concessi dagli Stati membri*, regolata a norma degli articoli 87/89 CE (nella versione consolidata: in precedenza, gli articoli in questione erano rubricati dal numero 92 al 94).

Si noti ancora come il campo di applicazione nazionale dei provvedimenti di sgravio contributivo *tout court*, pur essendo stato progressivamente esteso a svariati settori produttivi, ponga comunque stringenti limiti di compatibilità con la normativa dell'Unione europea: nello specifico, l'adozione di misure atte a favorire l'occupazione delle categorie svantaggiate nel mercato del lavoro ha sempre rappresentato uno dei settori di particolare attenzione, anche in ambito comunitario (6), ma è altrettanto rile-

(4) Art. 4, comma 1, lettera a) del d.P.C.M. 23 maggio 2007, n. 26966 (G.U.R.I. 12 luglio 2007, n. 160): il recupero disposto dalla Commissione è effettuato secondo le procedure previste dalla disciplina generale della riscossione dei crediti vantati dall'I.N.P.S. di cui al d.P.R. 9 settembre 1973, n. 602 (e successive modificazioni). La quantificazione degli importi è stata effettuata dall'I.N.P.S. sulla base delle dichiarazioni dei beneficiari, certificate ai sensi dell'art. 47 del T.U. d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, e di quanto denunciato dagli stessi attraverso le dichiarazioni contributive mensili (modello DM), fatta salva la riduzione del 25% che, in quanto misura di carattere generale, non configura un aiuto di Stato. Sugli importi così determinati sono stati applicati gli interessi calcolati in base ai tassi elaborati dalla Banca centrale europea.

(5) Il *Sole 24 ore*, 17 ottobre 2007, 29: *Il giudice ferma l'eurodiktat: lo sgravio non va restituito*. Nonostante l'enfasi dell'ingannevole titolo, lanciato in prima pagina, l'A. precisa nello svolgimento che, allo stato, alcuni giudici del lavoro hanno solo provveduto alla sospensione della provvisoria esecutività del ruolo, cosa che appare del tutto in linea con quello che accade normalmente nei giudizi di opposizione a cartella di pagamento nei quali, nella stragrande maggioranza dei casi, detta sospensione viene provvisoriamente concessa *inaudita et altera parte* e, comunque, con efficacia limitata sino all'udienza fissata per la prima comparizione delle parti.

(6) Il legislatore comunitario continua a mostrare una particolare attenzione alle implicazioni che possono scaturire dal contatto tra la materia degli *aiuti concessi dagli Stati* e la tematica della creazione di posti di lavoro: il regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione, in data 12 dicembre 2002 (G.U.C.E. 13 dicembre 2002, serie L 337, 3-14), ha infatti introdotto l'esonero, entro determinati massimali, dall'obbligo di notificazione ex art. 87 CE per quegli aiuti che abbiano ad oggetto, e per effetto, la promozione dell'occupazione e l'assunzione di lavoratori svantaggiati e disabili (per le residue tipologie permane l'obbligo della preventiva notifica alla Commissione), nella misura in cui non incidano sugli scambi tra Stati membri. Il regolamento n. 2204/2002 CE, che ha trovato applicazione in tutti i settori eccetto che per l'industria carbonifera, della costruzione navale e dei trasporti, ed ha avuto vigenza dal 2 gennaio 2003 al 30 giugno 2006, è stato successivamente modificato dai regolamenti nn. 1040/2006 CE (G.U.C.E. 8 luglio 2006, serie L 187, 8-9) e 1976/2006 CE (G.U.C.E. 23 dicembre 2006, serie L 368, 85-86). Per le residue tipologie di aiuti di Stato all'occupazione permane l'obbligo di preventiva notifica.

vante il fatto che dette iniziative non determinino effetti indesiderati, primo tra i quali l'alterazione degli scambi in misura contraria all'interesse comunitario.

La mitigazione degli oneri contributivi laddove possa prefigurare un aiuto di Stato deve, quindi, contemperarsi con l'ordinamento della Comunità ed, in particolare, col divieto, rivolto a tutti i Paesi membri, di introdurre (o mantenere) misure che possano alterare le regole della libera concorrenza mediante la concessione di regimi di aiuti che, favorendo taluni attraverso condizioni *selettive*, falsino o minaccino di falsare la competizione tra soggetti economici.

Atteso il rilievo sovranazionale delle previsioni in materia, alla stregua di criteri oggettivi e predeterminati che non lasciano spazio a scelte discrezionali o a processi di autodeterminazione normativa (né, tanto meno, giudiziale (7)), ognuno vede come, in via di principio, debba procedersi all'applicazione della legislazione comunitaria senza remora alcuna.

L'originaria, e spontanea, cessione di porzioni della sovranità statale, avvenuta con l'adesione della Repubblica italiana al Trattato di Roma, implica la necessità di un rigore interpretativo *multilevel* che neghi l'indebita estensione di incentivazioni pubbliche alle imprese, in danno della trasparenza del sistema-Paese, atteso oltretutto il *principio di leale cooperazione* codificato dall'art. 10 CE.

Nella vicenda in esame, e qui si giunge al secondo aspetto che si intende evidenziare, l'*iter* previsto dall'art. 88, n. 3, CE è stato seguito solo in occasione dell'adozione della legge 24 giugno 1997, n. 196: ciò sta a significare, a proposito degli antecedenti normativi (le leggi nn. 863/1984, 407/1990, 169/1991, e 451/1994 attraverso le quali è stato progressivamente modellato l'istituto del CFL (8)), che la Commissione europea non è stata messa nelle condizioni di formulare le proprie *osservazioni*.

In altri termini, lo Stato italiano *medio tempore* (cioè, tra il 1984 ed il 1999), ha concesso i benefici ex CFL nonostante il divieto contenuto nell'art. 88, n. 3, CE (uno Stato membro non può dare esecuzione a misure di aiuto progettate prima che intervenga la dichiarazione di compatibilità con il mercato comune (9)): la prima occasione utile in cui la Commissione ha avuto modo di estrinsecare le proprie prerogative (10), valutando il

(7) CIMMINO A., *La fiscalizzazione degli oneri sociali nei territori "minori": il giudice tributario disapplica il diritto comunitario*, Inf. Prev., 2005, 606-616.

(8) Decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, recante misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali; legge 29 dicembre 1990, n. 407, recante disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991-1993; decreto-legge 29 marzo 1991, n. 108, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 giugno 1991, n. 169, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno dell'occupazione; decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, recante disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali; art. 15 della legge 24 giugno 1997, n. 196, recante norme in materia di promozione dell'occupazione.

(9) CGCE 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium/Ville de Seraing* (C-393/04) e *Province de Liège* (C-41/05), Racc. 2006, I-05293.

(10) La Commissione è responsabile per l'esecuzione e lo sviluppo della politica concorrenziale nell'interesse generale della Comunità ed ha competenza esclusiva nell'esaminare la compatibilità del progettato aiuto con il mercato comune (CGCE 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Federation Nationale du Commerce exterieur des produits alimentaires FNCE/Francia*, Racc. 1991, I-05505, pt. 14).

rispetto delle norme del Trattato da parte del Paese membro (11), ha svolto una approfondita disamina *ex tunc* il cui esito è rappresentato proprio dalla decisione n. 2000/128/CE.

Non si comprende appieno se il Legislatore nazionale abbia malinteso la nozione di *aiuti concessi dagli Stati*, implicitamente ritenendo che quelli ex CFL non vi rientrassero, oppure se l'istituto del CFL, rispetto all'architettura primigenia, abbia lentamente (e subdolamente) modificato la propria connotazione in una sorta di mutazione genetica: in entrambi i casi, le imprese nazionali sarebbero (come in effetti, sono) chiamate a subire le conseguenze di una *distrazione* istituzionale.

Ma non è tutto poiché, a prescindere dalle considerazioni sin qui sviluppate nonché dall'esito del contenzioso in corso, alcuni effetti della situazione appena descritta sono già pesantemente operanti: il riferimento è a quella normativa (12) ai sensi della quale i destinatari di aiuti statali possono avvalersi di tali misure agevolative solo se dichiarano (13), ai sensi dell'art. 47 del Testo Unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e secondo le modalità stabilite con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (14), di non rientrare fra coloro che hanno ricevuto e, successivamente non rimborsato, o depositato in un conto bloccato, gli aiuti che sono stati individuati come illegali o incompatibili dalla Commissione, la cui identificazione è contenuta nello stesso decreto presidenziale, che all'art. 4 contempla i benefici contributivi ex CFL (rispetto ai quali la Commissione medesima ha, appunto, disposto il recupero attraverso la decisione n. 2000/128/CE).

Il contesto qui descritto richiama l'impegno *Deggendorf* (15), cui si fa cenno nel

(11) La Commissione è il solo organismo competente nel decidere se sia opportuno, o meno, attivare la procedura che ha come atto conclusivo il ricorso per inadempimento promosso nei confronti dello Stato membro che ha posto in essere la violazione così come nell'individuare quali comportamenti (azioni od omissioni) che debbano ritenersi imputabili allo Stato membro e, di conseguenza, nel chiedere alla Corte di Giustizia la declaratoria dell'inadempimento. In ciò deve riconoscersi alla Commissione un interesse ad agire a carattere generale poiché questa ha il compito di vigilare *ex officio*, nell'interesse della Comunità, sull'applicazione dei Trattati e delle norme derivate adottate dalle Istituzioni e, quindi, di far dichiarare la sussistenza di eventuali inadempimenti degli obblighi allo scopo di farli cessare (CGCE 4 aprile 1974, causa 167/73, *Commissione/Francia*, Racc. 1974, 00359, pt. 15; CGCE 11 agosto 1995, causa C-431/92, *Commissione/Germania*, Racc. 1995, I-02189, pt. 21; CGCE 5 novembre 2002, causa C-476/98, *Commissione/Germania*, Racc. 2002, I-09855, pt. 38). L'inadempimento di uno Stato membro può essere dichiarato ex art. 226 CE indipendentemente dall'organo del Paese membro la cui azione (od omissione) ha dato luogo alla trasgressione, quindi anche se si tratta di un'istituzione costituzionalmente indipendente (CGCE 5 maggio 1970, causa 77/69, *Commissione/Belgio*, Racc. 1970, 00237, pt. 15).

(12) Art. 1, comma 1223, legge 27 dicembre 2006, n. 296 (G.U.R.I. 23 novembre 2007, n. 273). Si vedano inoltre i provvedimenti del direttore dell'Agenzia delle Entrate 6 agosto 2007 (G.U.R.I. 22 agosto 2007, n. 194) e 20 dicembre 2007, n. 29129.

(13) La dichiarazione deve essere resa anche nell'ipotesi in cui il beneficiario abbia fruito di aiuti di Stato secondo la regola *de minimis*, di cui si dirà avanti.

(14) D.P.C.M. n. 26966/2007, che reca la disciplina delle modalità con cui è effettuata la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, concernente determinati aiuti di Stato, dichiarati incompatibili dalla Commissione delle comunità europee. Si veda inoltre la circolare I.N.P.S. 13 novembre 2007, n. 124 (*Condizioni e modalità di accesso ai benefici qualificabili come aiuti di Stato, ai sensi dell'articolo 87 del Trattato istitutivo della Comunità europea*).

(15) Tribunale di primo grado 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Commissione*, Racc. 1995, II-02265; CGCE 15 maggio 1997, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Commissione e Germania*, causa C-355/95 P, Racc. 1997, I-02549.

preambolo d.P.C.M. n. 26966/2007: si tratta di una sorta di vincolo *a cascata* nell'ambito del quale lo Stato italiano è chiamato a subordinare la concessione degli aiuti alla preventiva verifica che i potenziali beneficiari non rientrino fra coloro che hanno ricevuto, e successivamente non restituito o depositato in un conto bloccato, determinate misure agevolative dichiarate dalla Commissione medesima incompatibili, e delle quali è stato conseguentemente ordinato il recupero.

A sua volta, come visto in precedenza, la Repubblica italiana ha imposto l'onere a carico dei soggetti, che aspirino alla fruizione di aiuti di Stato, consistente in una dichiarazione di compatibilità da rilasciarsi secondo le modalità previste dall'art. 1, comma 1223, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (16).

Attraverso l'istituzionalizzazione dell'impegno *Deggendorf*, lo Stato italiano ha riconosciuto l'ampia discrezionalità (17) (il cui esercizio implica complesse valutazioni di ordine economico e sociale, da effettuarsi esclusivamente in ambito comunitario (18)) di cui gode la Commissione nell'adottare una decisione ex art. 88, n. 2, CE, ed ha altresì accreditato una lettura della norma in forza della quale detta discrezionalità può estendersi sino all'adozione di decisioni contenenti *condizioni* in merito alla fruizione di aiuti statali, nonostante ciò non sia espressamente previsto dalle fonti comunitarie (19).

(16) Occorre notare come, nel preambolo d.P.C.M. n. 26966/2007, l'impegno *Deggendorf* sia stato generalizzato oltre i casi espressamente previsti nella normativa nazionale di recepimento (quarto *consideranda*: "*Considerato che la Commissione potrà in futuro chiedere agli Stati membri di assumere l'impegno "Deggendorf" su altri casi di aiuti dichiarati incompatibili*"): la giurisprudenza *Deggendorf* è stata, quindi, integralmente recepita e l'assunzione generalizzata del relativo impegno, da parte dello Stato italiano, rappresenta una lodevole misura di *self restrain* che si caratterizza nell'ottica di prevenzione del possibile contrasto con le Istituzioni europee.

(17) Attraverso il vaglio giurisdizionale di un atto impugnabile adottato da un'Istituzione europea, il giudice comunitario non può sostituire la propria valutazione a quella dell'autorità competente, ma deve limitarsi al riscontro: a) del rispetto delle regole procedurali; b) della sufficienza della motivazione; c) dell'esatto riscontro dei presupposti fattuali; c) dell'assenza sia di un errore manifesto di valutazione sia di uno sviamento di potere. In particolare, quanto al rapporto tra motivazione e dispositivo, quest'ultimo va interpretato tenendo conto della motivazione che ha indotto la sua adozione. Si vedano: Tribunale di primo grado 10 marzo 1992, cause riunite T-68/89, T-77/89, T-78/89, *Società Italiana Vetro s.p.a. e altri/Commissione*, Racc. 1992, II-01403, pt. 320; Tribunale di primo grado 14 febbraio 2006, cause riunite T-376/05 e T-383/05, *TEA-CEGOS, SA, Services techniques globaux (STG) SA (T-376/05) e GHK Consulting Ltd (T-383/05)/Commissione*, Racc. 2006, II-00205, pt. 50; CGCE Grande Sezione 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo/Commissione*, Racc. 2006, I-07115, pt. 99.

(18) CGCE 21 marzo 1991, causa C-303/88, *Italia/Commissione*, Racc. 1991, I-01433, pt. 34; CGCE 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania/Commissione*, Racc. 2000, I-06857, pt. 67.

(19) Nel caso *Deggendorf* il giudice comunitario di prima istanza ha affrontato un argomento di non poco conto (il rispetto delle regole procedurali) incentrato sulla presunta incompetenza della Commissione europea ad avvalersi di procedure *innominate* volte al recupero di aiuti di Stato, laddove per *innominati* debbano intendersi quegli strumenti non espressamente previsti dal Trattato, quindi tutti quelli che non coincidano col ricorso per inadempimento ex art. 88, n. 2, comma 2, CE (che, a differenza dell'omologo rimedio ex art. 226 CE, non prevede una fase precontenziosa e quindi legittima la Commissione ad adire *direttamente* la Corte di Giustizia). In buona sostanza, il Tribunale di primo grado ha giudicato come inemendabile la *decisione* della Commissione nella quale veniva subordinata la fruizione di determinati regimi di aiuto al rispetto di particolari *condizioni* statuite dalla Commissione medesima.

2. — La nozione di aiuti concessi dagli Stati ex art. 87 CE

Seguono alcuni brevi cenni strettamente funzionali alla trattazione del tema in esame.

Un aiuto di Stato consiste nell'*intervento di un'autorità pubblica (a livello nazionale, regionale ovvero locale), effettuato tramite risorse pubbliche, per sostenere alcune imprese o attività produttive.*

Le Istituzioni comunitarie (Commissione e Corte di Giustizia) hanno progressivamente elaborato un'ampia accezione della nozione di *aiuti concessi dagli Stati*, sia per ciò che riguarda la provenienza della misura di sostegno (Stato, ente territoriale, organismo nel quale lo Stato esercita direttamente o indirettamente un'influenza preponderante, impresa privata o pubblica con statuto privato), che per quel che attiene alla forma degli aiuti (diretti o indiretti) ed alla loro finalità.

Gli aiuti di Stato possono tuttavia essere autorizzati allorquando siano giustificati da obiettivi d'interesse generale: lo sviluppo delle regioni più svantaggiate, i servizi d'interesse economico generale, la promozione delle attività delle piccole e medie imprese, la ricerca e lo sviluppo, la protezione dell'ambiente, la formazione, l'occupazione e la cultura.

La nozione di aiuto ha, comunque, natura oggettiva: la Commissione è deputata a controllare i provvedimenti riguardanti gli aiuti di Stato al fine di determinarne la ricaduta nell'ambito applicativo ex art. 87 CE o meno, e ciò indipendentemente dal fatto che tali iniziative siano in fase di progetto o già operative, al fine di garantire che detti provvedimenti non ostacolino la libera concorrenza. In tale veste, dispone di un'ampia facoltà di sindacato soprattutto ove l'esame delle condizioni, richieste da detta norma, implichi valutazioni economiche articolate e complesse.

La *ratio* dell'art. 87, n. 1, CE è quella di evitare che, sugli scambi fra Stati membri, incidano eventuali vantaggi concessi dalle pubbliche autorità che, sotto varie forme, alterino o rischino di alterare la concorrenza, favorendo talune imprese o talune produzioni.

Le condizioni alle quali l'art. 87, n. 1, CE subordina la qualificazione di un regime nazionale come aiuto di Stato sono: il finanziamento di tale misura tramite *trasferimento di risorse statali*, l'esistenza di un *vantaggio economico* per un'impresa, la *selettività* di detta misura, l'incidenza di quest'ultima sugli *scambi* tra Stati membri e la distorsione della *concorrenza* che ne deriva.

Per quanto riguarda la prima e la seconda condizione, il concetto di aiuto è più ampio di quello di sovvenzione, dato che esso vale a designare non soltanto prestazioni positive (come le sovvenzioni stesse), ma anche interventi di Stato i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza configurare una sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti. Ad esempio, un provvedimento mediante il quale la pubblica autorità accordi a determinate imprese un'esenzione fiscale che, pur non implicando un trasferimento di risorse da parte dello Stato, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri contribuenti, costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n.

1, CE (20).

L'art. 87, n. 1, CE vieta gli aiuti che favoriscono *talune imprese o talune produzioni*, vale a dire gli aiuti *selettivi*: la terza condizione è, quindi, relativa alla *selettività* delle misure in questione (21). Ad esempio, i vantaggi fiscali che non si applicano a tutti gli operatori economici, ma che sono concessi solo alle imprese che svolgono determinati tipi di attività, non possono essere considerati misure generali di politica fiscale o economica, e quindi rientrano nell'accezione di aiuto.

Infine, relativamente alla quarta condizione, la quale richiede che il regime in esame incida sugli scambi tra Stati membri e falsi, o minacci di falsare, la concorrenza, non è necessario dimostrare un'incidenza *effettiva* dell'aiuto concesso sui traffici e un'*effettiva* distorsione della concorrenza, ma basta appurare se tale aiuto sia potenzialmente idoneo a determinare l'effetto distorsivo di cui sopra. Ad esempio, quando l'aiuto concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altre concorrenti nell'ambito degli scambi intracomunitari, questi ultimi devono ritenersi influenzati da tale aiuto: infatti, sotto questo aspetto, non è necessario che l'impresa beneficiaria dell'aiuto partecipi direttamente (22) agli scambi intracomunitari, né tantomeno hanno aprioristico rilievo esimente l'esiguità dell'aiuto o le dimensioni relativamente modeste del beneficiario (23).

Gli Stati membri hanno, quindi, il dovere di notificare alla Commissione i regimi di aiuto che intendono adottare (*obbligo di previa notifica*) e non possono procedere

(20) CGCE 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de Espana/Ayuntamiento de Valencia*, Racc. 1994, I-00877, pt. 13-14; CGCE 19 maggio 1999, causa C-6/97, *Italia/Commissione*, Racc. 1999, I-02981; CGCE 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Francia/Commissione*, detta "*Stardust*", Racc. 2002, I-04397, pt. 23; CGCE 14 aprile 2005, cause riunite C-128/03 e C-129/03, *AEM s.p.a. e AEM Torino s.p.a./Autorità per l'energia elettrica e per il gas*, Racc. 2005, I-02861, pt. 38.

(21) Da una giurisprudenza costante in ordine alla valutazione del requisito della selettività, risulta che l'art. 87, n. 1, CE richiede di stabilire se, nell'ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da favorire *talune imprese o talune produzioni* rispetto ad altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal detto regime (CGCE 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Racc. 2001, I-08365, pt. 41; CGCE 29 aprile 2004, causa C-308/01, *GIL Insurance Ltd e altri/Commissioners of Customs & Excise*, Racc. 2004, I-04777, pt. 68; CGCE 3 marzo 2005, causa C-172/03, *Heiser/Finanzamt Innsbruck*, Racc. 2005, I-01627, pt. 40; CGCE Grande Sezione 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo/Commissione*, cit., pt. 54). È, tuttavia, giurisprudenza costante che la nozione di aiuto di Stato non riguardi i provvedimenti statali che stabiliscono una differenziazione tra imprese e, pertanto, *selettivi a priori*, qualora tale differenziazione risulti dalla natura o dalla struttura del sistema fiscale in cui tali provvedimenti operano (CGCE 2 luglio 1974, causa 173/73, *Italia/Commissione*, Racc. 1974, 00709., pt. 33; CGCE 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano s.p.a./Agenzia delle Entrate Genova*, Racc. 2005, I-11137, pt. 51; CGCE Grande Sezione 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo/Commissione*, cit., pt. 52).

(22) Sulla nozione di *diretta partecipazione*: CGCE 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, cit., pt. 84-86.

(23) CGCE 1 dicembre 1998; causa C-200/97, *Ecotrade s.r.l./Altiforni e Ferriere di Servola s.p.a.(AFS)*, Racc. 1998, I-07907; CGCE 19 maggio 1999, causa C-6/97, *Italia/Commissione*, cit.; CGCE 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle BV e altri/Hoofdbedrijfschap Ambachten*, Racc. 2004, I-07139; CGCE 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium/Ville de Seraing (C-393/04) e Province de Liège (C-41/05)*, cit..

all'erogazione di detti vantaggi sino alla pronuncia del giudizio di compatibilità col mercato comune, da parte della Commissione (*obbligo di standstill*) (24).

L'*obbligo di previa notifica* statuito dall'art. 88, n. 3, CE ha la *ratio* precipua di rimuovere gli eventuali dubbi dello Stato membro, che intende mettere in atto una misura economica agevolativa, relativamente alla natura, o meno, di aiuto di Stato della stessa: è infatti pacifico che l'obbligo di notifica, contenuto in tale norma, ha come obiettivo la certezza del diritto (25).

È alla luce di tale obiettivo che è stato ritenuto che lo Stato membro debba essere informato rapidamente circa la compatibilità di un aiuto, e che il termine di due mesi concesso alla Commissione per esprimere il proprio parere, ripreso all'art. 4, n. 5, del regolamento n. 659/1999 (26), abbia carattere perentorio.

È alla luce del medesimo principio che è stato affermato che, una volta che un regime generale di aiuti è stato approvato dalla Commissione, i sussidi individuali con-

(24) CGCE 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia/Commissione*, detta "*Boussac*", Racc. 1990, I-00307, pt.16-17; CGCE 28 gennaio 2003, causa C-334/99, *Germania/Commissione*, Racc. 2003, I-01139, pt. 49; CGCE 15 luglio 2004, causa C-501/00, *Spagna/Commissione*, Racc. 2004, I-06717, pt. 67-69. Il giudice nazionale può essere chiamato ad accertare la violazione dell'*obbligo di standstill* (ma non potrà mai pronunciarsi sulla compatibilità, col mercato comune, di un regime di aiuti statali: CGCE Grande Sezione 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria/Lucchini s.p.a.*, non ancora inserita in Racc., pt. 51-52 e 62). Egli, nel fare ciò, interpreta ed applica la nozione di aiuto ex art. 87, n. 1, CE al fine di valutare se un provvedimento statale, adottato in carenza dell'*iter* ex art. 88, n. 3, CE, debba esservi soggetto o meno. La Corte di Giustizia ha altresì precisato che l'intervento del giudice nazionale, nel sistema dei controlli sopra descritto, può aver luogo in forza dell'efficacia diretta riconosciuta al divieto di dare esecuzione all'aiuto in conformità alla terza frase dell'art. 88, n. 3, CE. In detto contesto, la funzione che il giudice nazionale è chiamato a svolgere si estrinseca sia in chiave *preventiva* che *successiva*: infatti, poiché non può essere concesso un aiuto senza la previa approvazione esplicita della Commissione, il giudice nazionale deve salvaguardare i diritti dei *singoli terzi* (in caso di eventuale inosservanza, da parte dello Stato membro, del divieto di dare esecuzione all'aiuto in conformità alla terza frase dell'art. 88, n. 3, CE), ma anche ripristinare il diritto comunitario violato (per via della concessione di aiuti incompatibili che i *singoli beneficiari* sono chiamati restituire) attraverso un'interpretazione esecutiva conforme che si concretizza anche nella disapplicazione *ex officio* di qualsiasi contrastante disposizione della legislazione nazionale (CGCE 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Belgische Staat/Van Calster, Cleeren* (C-261/01) e *Openbaar Slachthuis NV* (C-262/01), Racc. 2003, I-12249, pt. 53; CGCE 15 luglio 2004, causa C-345/02, *Pearle BV e altri/Hoofdbedrijfschap Ambachten*, cit., pt. 31; CGCE 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium/Ville de Seraing* (C-393/04) e *Province de Liège* (C-41/05), cit., pt. 40-46; CGCE Grande Sezione 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria/Lucchini s.p.a.*, cit., pt. 61).

(25) CGCE sentenza 15 febbraio 2001, causa C-99/98, *Austria/Commissione*, Racc. 2001, I-01101, pt. 73 e 85. Oltre la certezza del diritto, deve comunque osservarsi come il rispetto della normativa in tema di aiuti rappresenti uno dei pilastri dell'ordinamento comunitario, tanto è vero che a dette disposizioni deve riconoscersi la natura di *ordine pubblico*, in quanto regolatrici della disciplina sulla concorrenza (CGCE 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, Racc. 1999, I-03055, pt. 36 e 39).

(26) Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, 22 marzo 1999 recante modalità di applicazione dell'art. 88 CE (G.U.C.E. 27 marzo 1999, serie L 83, 1-9). Sulla successione, in epoca risalente, della disciplina comunitaria *in subiecta materia* si veda SGROI A., *Benefici contributivi, verifica di compatibilità con il diritto comunitario e recupero degli aiuti*, RDSS, 2004, 299-329.

cessi sulla base di tale regime, che sono semplici provvedimenti di esecuzione dello stesso, non devono essere notificati (27).

Ne consegue che, quando una misura nazionale è stata notificata alla Commissione, ai sensi dell'art. 88, n. 3, CE, e quest'ultima ha emesso una decisione affermando che tale misura non costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, tanto lo Stato che ha istituito tale misura quanto i beneficiari della stessa possono avere la certezza, allo scadere del termine per impugnare tale decisione, che il regime non contrasta con le norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. In simili casi, gli interessati hanno dunque ragione di ritenere che una tale decisione possa essere rimessa in discussione, in linea di principio, solo in caso di evoluzione del mercato comune.

L'art. 87, n. 2 e 3, CE, specifica le ipotesi in cui gli aiuti di Stato possono essere considerati compatibili. Le tre principali tipologie di deroghe al principio di incompatibilità ex art. art. 88, n. 1, CE, sono rappresentati dagli: a) aiuti regionali (art. 88, n. 3, lett. a) e c), CE); b) aiuti ai settori *sensibili* (industria carboniera e siderurgica, fibre sintetiche, industria automobilistica, cantieristica navale); c) aiuti istituiti da norme *orizzontali* o *intersettoriali*. Nell'ambito di queste ultime, rispetto alle quali la Commissione è solita esprimere i propri intendimenti attraverso *orientamenti* (28), rientrano gli aiuti all'occupazione.

3. — La decisione della Commissione delle Comunità europee 11 maggio 1999, n. 2000/128/CE

Si giunge quindi al tema in esame.

L'art. 249 CE statuisce che, per l'assolvimento dei loro compiti, le Istituzioni comunitarie prendono decisioni obbligatorie in tutti i loro elementi per i destinatari da esse designati: è appena il caso di precisare che la decisione (atto tipico di diritto derivato) è inserita nella gerarchia delle fonti del diritto comunitario ed, al pari del regolamento, è integralmente obbligatoria. Essendo prevalentemente indirizzata agli Stati membri (eccezion fatta per quelle previste dal Trattato EURATOM), rispetto al regolamento, è solo formulata in modo meno particolareggiato al fine di poter lasciare agli Stessi un margine discrezionale nella fase dell'adattamento del diritto nazionale.

(27) CGCE 5 ottobre 1994, causa C 47/91, *Italia/Commissione*, Racc. 1994, I-04635, pt. 21 e 24; CGCE 10 maggio 2005, causa C-400/99, *Italia/Commissione*, Racc. 2005, I-03657, pt. 57. Secondo la Corte, se non procedesse in tal modo, la Commissione potrebbe, in occasione dell'esame di ciascun aiuto individuale, modificare la sua decisione di approvazione del regime di aiuti, la quale presuppone un esame alla luce dell'art. 87 CE. I principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto in tal caso sarebbero posti a repentaglio tanto per gli Stati membri quanto per gli operatori economici, poiché aiuti individuali rigorosamente conformi alla decisione di approvazione in qualsiasi momento potrebbero essere rimessi in discussione dalla Commissione. Si veda, inoltre, CGCE 14 ottobre 1999, causa C 104/97 P, *Atlanta/Comunità europea*, Racc. 1999, I_06983, pt. 52. In detto contesto si incardina la distinzione, contenuta adesso nell'art 2 del d.P.C.M. n. 26966/2007, tra aiuti di Stato *automatici* e *non automatici*.

(28) Si veda la nota 29.

La decisione può imporre al Paese membro l'onere di adottare provvedimenti normativi e, *in subiecta materia*, rappresenta l'atto elettivo attraverso il quale la Commissione si esprime laddove sia chiamata a pronunciarsi in tema di aiuti (in fase di progetto o già operativi) ex art. 87 CE.

La decisione n. 2000/128/CE afferisce ad un caso di aiuti di Stato illegittimamente concessi per violazione dell'*obbligo di previa notifica* che, a sua volta, ha determinato l'erogazione di una misura non autorizzata: il contesto normativo nazionale nell'ambito del quale essa è maturata è il seguente.

Il decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito con modificazioni dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863 (recante misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali) ha introdotto, all'art. 3, il CFL come contratto di lavoro a tempo determinato di durata non superiore ai ventiquattro mesi con finalità formative e riservato ai lavoratori disoccupati di età non superiore ai ventinove anni, con fissazione della quota contributiva a carico del datore di lavoro nella misura ridotta di cui alla legge 19 gennaio 1955, n. 2.

La successiva legge 29 dicembre 1990, n. 407 (recante disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991-1993), ha previsto una modulazione per aree geografiche del beneficio contributivo (riduzione delle aliquote correnti per le imprese non operanti nelle aree del mezzogiorno: 25%; per le imprese tra quelle predette appartenenti al settore turismo e commercio con meno di quindici dipendenti: 40%; per le imprese artigiane e quelle operanti in aree con alto tasso di disoccupazione: contribuzione stabilita dalla legge n. 25 del 1955).

Il successivo decreto-legge 29 marzo 1991, n. 108, convertito con modificazioni dalla legge 1 giugno 1991, n. 169 (recante disposizioni urgenti in materia di sostegno dell'occupazione), ha elevato a trentadue anni l'età massima dei lavoratori da assumere nelle aree del Mezzogiorno, nonché in quelle svantaggiate del Centro-nord (come definite dalla predetta legge n. 407 del 1990: "*circoscrizioni che presentano un rapporto tra iscritti alla prima classe delle liste di collocamento e popolazione residente in età da lavoro superiore alla media nazionale*").

Il successivo decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni dalla legge 19 luglio 1994, n. 451 (recante disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali): ha stabilito i limiti minimi della formazione; ha elevato l'età di accesso a trentadue anni per tutto il territorio nazionale; ha introdotto un contratto di formazione e lavoro limitato ad un anno (c.d. "*contratto di formazione e lavoro d'inserimento*"), per il quale le agevolazioni contributive previste erano condizionate alla conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Infine l'art. 15 della legge 24 giugno 1997, n. 196 (recante norme in materia di promozione dell'occupazione, cd. "Pacchetto Treu"), ha istituito una ulteriore agevolazione contributiva, nel caso di conversione a tempo indeterminato del CFL ("*Nelle aree di cui all'obiettivo n. 1 del regolamento (CEE) n. 2081/93 del Consiglio del 20 luglio 1993 e successive modificazioni, in caso di trasformazione, allo scadere del ventiquattresimo mese, dei contratti di formazione e lavoro... in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, continuano a trovare applicazione, per i successivi dodici mesi, le disposizioni*" relative all'abbattimento degli oneri sociali).

Attraverso la decisione n. 2000/128/CE la Commissione si è pronunciata, per la prima volta ed onnicomprensivamente, sulla normativa nazionale in tema di CFL ritenendo compatibile, in quanto regime generale, la riduzione indifferenziata per tutto il territorio nazionale (pari al venticinque per cento degli sgravi contributivi) che risponde all'originaria ispirazione della legge n. 863/1984 e sanzionando, viceversa, le successive differenziazioni su basi territoriale e settoriale. Le assunzioni di lavoratori mediante CFL previste dalle leggi nn. 863/84, 407/90, 169/91, 451/94 e 196/97 sono pertanto compatibili con il mercato comune, e con l'accordo SEE, a condizione che riguardino:

- la creazione di nuovi posti di lavoro nell'impresa beneficiaria a favore di lavoratori che non hanno ancora trovato un impiego o che hanno perso l'impiego precedente, nel senso definito dagli *orientamenti* in materia di aiuti all'occupazione (29);

- l'assunzione di lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro. Ai fini della decisione, per lavoratori che incontrano difficoltà specifiche ad inserirsi o a reinserirsi nel mercato del lavoro s'intendono i giovani con meno di venticinque anni, i laureati fino a ventinove anni compresi i disoccupati di lunga durata, vale a dire le persone che hanno perso il lavoro da almeno un anno;

- la trasformazione dei CFL in contratti a tempo indeterminato in virtù dell'articolo 15 della legge n. 196/97, purché rispettino la condizione della creazione *netta* di posti di lavoro come definita dagli *orientamenti* comunitari in materia di aiuti all'occupazione. Il numero dei dipendenti delle imprese è calcolato al netto dei posti che beneficino della trasformazione e dei posti creati per mezzo di contratti a tempo determinato o che non garantiscono una certa stabilità dell'impiego.

Gli aiuti concessi, per mezzo di CFL o per la trasformazione del CFL in contratti a tempo indeterminato, che non soddisfino la condizione suddette, sono incompatibili con il mercato comune e la Repubblica italiana è chiamata a prendere tutti i relativi provvedimenti volti al recupero nei confronti dei beneficiari: detto recupero deve avvenire *conformemente alle procedure di diritto interno*.

4. — Il vaglio del giudice comunitario: le sentenze della Corte di Giustizia 7 marzo 2002 e 1 aprile 2004

Lo Stato italiano si è opposto all'*eurodiktat* (30).

Ciò è avvenuto in separati giudizi: dapprima, in quello susseguente al ricorso per annullamento presentato dalla Repubblica italiana avverso la decisione n. 2000/128/CE

(29) G.U.C.E. 12 dicembre 1995, serie C 334, 4. In ossequio al principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento, la pubblicazione di detti *orientamenti* appare decisiva, nell'ottica della Commissione, al fine di determinare il *dies a quo* pretendere la ripetizione degli indebiti aiuti di Stato in materia di occupazione: la data di pubblicazione segna, infatti, il momento in cui l'Istituzione europea ha reso edotti gli Stati membri sulle proprie linee guida in materia.

(30) CGCE 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, cit.; CGCE 1 aprile 2004, causa C-99/02, *Commissione/Italia*, cit..

e, successivamente, nella controversia promossa dalla Commissione contro lo Stato italiano, volta a sanzionare l'inadempimento del Paese membro rispetto a quanto statuito nella decisione medesima.

Nella prima, in ordine cronologico, controversia si è provato ad invalidare la decisione n. 2000/128/CE ex art. 230 CE, adducendo una serie di argomentazioni, alcune a carattere formale e ad altre di natura prettamente sostanziale: appartengono alla prima categoria tutte le eccezioni formulate dallo Stato italiano in ordine alle presunte irregolarità che avrebbero afflitto l'atto comunitario in sé poiché inficiato da vizi di legittimità (di cui alla teoria generale, *rectius* patologia, dell'atto amministrativo) (31).

Per quanto attiene invece alla seconda tipologia di argomentazioni, quelle di maggiore pertinenza rispetto alla presente trattazione, preme evidenziare come il Governo italiano abbia sostanzialmente dedotto il fatto che la Commissione non avrebbe dovuto limitarsi a valutare la misura controversa da un punto di vista strettamente economico bensì considerarla nel più vasto contesto della politica dell'occupazione nazionale, quale strumento volto ad agire, con efficacia simultanea, nei settori della formazione e dell'incentivazione dell'occupazione a vantaggio della categoria dei giovani (32).

Ha ribadito tuttavia la Corte europea che, nella specie, il *carattere sociale* degli interventi statali non è sufficiente per sottrarli *ipso facto* al novero degli *aiuti concessi dagli Stati* ex art. 87 CE, attesa oltretutto l'ampia accezione della relativa nozione che è venuta enucleandosi ad opera delle Istituzioni europee: del resto, le valutazioni della Commissione sono state elaborate nel quadro degli *orientamenti* che la stessa Commissione si è data nell'individuare quegli strumenti che, ad avviso della Commissione medesima, hanno particolare efficacia nel promuovere l'occupazione.

Orbene, ha soggiunto il Giudice di Lussemburgo, nulla sta a indicare che dette valutazioni siano affette da errore manifesto, o da sviamento di potere, né tantomeno lo Stato italiano ha contestato la compatibilità degli *orientamenti*, relativi agli aiuti all'occupazione, con l'art. 87 CE.

A margine, e per meglio comprendere l'*iter* argomentativo del giudice comunitario, occorre riferire il consolidato indirizzo giurisprudenziale, in fattispecie analoghe ed a fronte delle contestazioni degli Stati membri che adducono le argomentazioni più disparate (33) al fine di revocare in dubbio la legittimità sostanziale degli atti (in particolare, decisioni) comunitari, in forza del quale si è inteso rimarcare la sussistenza di

(31) CGCE 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, cit., pt. 70, 74, 80, 91 e 96.

(32) CGCE 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia/Commissione*, cit., pt. 49.

(33) A mero titolo esemplificativo, si va dalle *condizioni del mercato interno e/o internazionale* (in Tribunale di primo grado del 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait Petroleum (Nederland) BV/Commissione*, Racc. 2006, II-01475), alla *natura ed alla struttura del sistema fiscale* (in CGCE Grande Sezione 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Portogallo/Commissione*, cit.). Quanto ai presupposti che soddisfano la condizione dell'*impossibilità assoluta* si vedano, inoltre: CGCE 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione/Italia*, Racc. 1998, I-00259, pt. 14; CGCE 1 giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione/Italia*, Racc. 2006, I-00070, pt. 48; CGCE 14 dicembre 2006, cause riunite da C-485/03 a C-490/03, *Commissione/Spagna*, Racc. 2006, I-11887, pt. 71-72 e 74; CGCE 20 settembre 2007, causa C-117/06, *Commissione/Spagna*, non ancora inserito in Racc., pt. 46; CGCE 6

un ampio margine di autonomia (che, comunque, non deve mai trasmodare in arbitrarietà (34)) di cui gode la Commissione nel compiere le proprie valutazioni in ordine alla legittimità e compatibilità di un aiuto di Stato.

Ed inoltre, anche il rilievo attribuito dallo Stato italiano all'argomento secondo cui il regime ex CFL ha introdotto e disciplinato un *meccanismo di diritto del lavoro* (35), che configurerebbe una *circostanza eccezionale* ostativa alla ripetizione, non ha avuto miglior sorte: la Corte ha infatti affermato che, al pari del *carattere sociale* degli interventi statali, detto *meccanismo* non configura una circostanza eccezionale tale da giustificare il mancato rimborso.

E non è valso l'ulteriore argomento difensivo secondo cui, ove vi si fosse provveduto, la ripetizione sarebbe stata complessa e difficilmente verificabile anche in ragione della vasta diffusione del regime degli aiuti nel tessuto produttivo nazionale: ciò perché, ha affermato la Corte, il *mero timore* di difficoltà interne, anche insormontabili, non può giustificare il fatto che uno Stato membro non osservi gli obblighi incombenenti ai sensi del diritto comunitario.

Oltretutto, nel caso di specie, il Governo italiano non ha dato prova di avere intrapreso le procedure di recupero e, quindi, di avere sperimentato in concreto le suddette difficoltà, solo paventate in linea di pura teoria: in buona sostanza, si è stigmatizzata la condotta del Paese membro per non aver dimostrato l'impossibilità di esecuzione della decisione n. 2000/128/CE (36).

In ragione di tutto ciò, la pretesa demolitoria non ha trovato accoglimento.

Nonostante il chiaro ammonimento del supremo giudice comunitario, l'Italia non ha spontaneamente ottemperato inducendo così la Commissione a promuovere un ricorso per inadempimento ex art. 88, n. 2, CE.

Nel conseguente giudizio, lo Stato italiano si è mosso sulla falsariga della linea difensiva abbracciata nel caso C-310/99 tornando a far leva, per giustificare il mancato recupero *medio tempore* degli aiuti illegittimi, sulle presunte difficoltà incontrate nell'individuare i relativi beneficiari nonché nel determinare l'ammontare degli importi da recuperare (37), confermando tuttavia l'intenzione di adempiere ai suoi obblighi ed auspicando la definizione, attraverso l'intesa con le autorità comunitarie, di criteri atti ad evitare il rischio di un contenzioso (nazionale e comunitario) di proporzioni imprevedibili (38).

dicembre 2007, *Commissione/Italia*, causa C-280/05, non ancora inserito in Racc., pt. 25. Giova evidenziare, in particolare, come il fatto che le imprese beneficiarie siano *in difficoltà* o *in stato di fallimento* non incide sull'obbligo di recupero l'aiuto illegittimo, stante l'onere dello Stato membro, a seconda dei casi: a) di provocare la liquidazione della società (CGCE 15 gennaio 1986, causa 52/84, *Commissione/Belgio*, Racc. 1986, 00089, pt. 14; CGCE 8 maggio 2003, cause riunite C 328/99 e C 399/00, *Italia e SIM 2 Multimedia/Commissione*, Racc. 2003, I 4035, pt. 69); b) di far iscrivere il proprio credito nel passivo dell'impresa (CGCE 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*, detta "*Tubemeuse*", Racc. 1990, I-00959, pt. 61-64, e CGCE 8 maggio 2003, cause riunite C 328/99 e C 399/00, *Italia e SIM 2 Multimedia/Commissione*, cit., pt. 85); c) o di adottare qualsiasi altra misura che consenta la restituzione dell'aiuto.

(34) Si veda la nota 17.

(35) CGCE 7 marzo 2002, *Italia/Commissione*, cit., pt. 101.

(36) CGCE 7 marzo 2002, *Italia/Commissione*, cit., pt. 105.

(37) CGCE 1 aprile 2004, *Commissione/Italia*, cit., pt. 11-12.

(38) CGCE 1 aprile 2004, *Commissione/Italia*, cit., pt. 14.

La Corte ha però ribadito, innanzitutto, che la sola giustificazione adducibile dallo Stato membro (che, quindi, sia ostativa al recupero degli aiuti illegittimi) è comunque rappresentata dall'*impossibilità assoluta* di dare corretta esecuzione alla decisione della Commissione.

Ciò però non esclude, ha aggiunto il supremo giudice comunitario, che uno Stato membro possa sollevare *difficoltà impreviste e imprevedibili* incontrate in fase esecutiva e, quindi, non considerate dalla Commissione: alla risoluzione di dette *difficoltà*, ove effettivamente sussistenti, la Commissione e lo Stato membro hanno il dovere di collaborare in buona fede al fine di superarle nel pieno rispetto delle disposizioni del Trattato (art. 10 CE: *principio di leale cooperazione*) (39).

Tuttavia, poiché nel caso di specie lo Stato italiano si è limitato a manifestare alla Commissione il timore di difficoltà giuridiche, politiche o pratiche nell'esecuzione della decisione, senza intraprendere alcuna reale iniziativa presso i beneficiari, né tanto meno ha proposto alla Commissione modalità alternative di recupero, né alla data indicata dalla decisione (2 mesi dalla notifica), né al momento della presentazione del ricorso per inadempimento, né alla data dell'udienza di trattazione della controversia (18 settembre 2003), la Corte di Giustizia ha dichiarato l'inadempimento della Repubblica italiana rispetto ai doveri su di essa incombenti in forza degli artt. 3 e 4 della decisione n. 2000/128/CE.

5. — Questioni interpretative e profili di diritto comunitario: a) la retroattività della decisione n. 2000/128/CE; b) la retroattività dei pronunciamenti del giudice comunitario

a) La retroattività della decisione n. 2000/128/CE

In taluni giudizi si è dedotto in ordine ad una presunta irretroattività della decisione n. 2000/128/CE: l'argomento, così posto, è di scarso pregio poiché, come si è visto in precedenza, la Commissione è stata costretta ad esaminare a ritroso la normativa in tema di CFL e, se ciò si è verificato, deve imputarsi esclusivamente allo Stato membro che ha violato l'*obbligo di previa notifica*.

La disciplina retroattivamente introdotta conforma il diritto nazionale alle regole della libera concorrenza: quanto ai rapporti tra norme comunitarie ed interne, ed è appena il caso di rammentare come si sia progressivamente elaborato (40) il *principio di supremazia del diritto comunitario* sul diritto interno incompatibile accanto al *principio dell'effetto diretto* delle norme comunitarie, in forza del quale queste ultime sono immediatamente applicabili in ogni Stato membro (41).

(39) CGCE 1 aprile 2004, *Commissione/Italia*, cit., pt. 17. Ma anche, segnatamente, CGCE 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione/Italia*, Racc. 1995, I-00673, pt. 17; CGCE 1 giugno 2006, causa C-207/05, *Commissione/Italia*, cit., pt. 47; CGCE 6 dicembre 2007, *Commissione/Italia*, causa C-280/05, cit., pt. 20.

(40) CARTABIA M. - WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, 2000, 129.

(41) LA PERGOLA A., *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Rassegna parlamentare, 1998, 819.

Detto riconoscimento, oltretutto, è ora contenuto anche nella Costituzione italiana (art. 117).

In particolare, la Corte di Giustizia (attraverso le storiche sentenze *Costa/Enel*, *Simmenthal*, *F.lli Costanzo*, *Marleasing*, *Grimaldi*), ha scandito l'enucleazione dei suddetti principi alla luce di un'inequivocabile indirizzo che accredita la preminenza delle norme operanti nell'ambito dell'Unione rispetto a quelle interne di ciascuno Stato membro, una volta avvenuta la cessione di porzioni della sovranità nazionale a favore della Comunità, che implica una limitazione definitiva degli originari diritti sovrani di ciascun Paese membro a fronte della quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile con l'ordinamento comunitario, sarebbe del tutto privo di efficacia.

b) La retroattività dei pronunciamenti del giudice comunitario

In taluni giudizi, è stata altresì introdotta la questione dell'irretroattività delle sentenze della Corte di Giustizia 7 marzo 2002 e 1 aprile 2004, cui si è accennato in precedenza.

È appena il caso di precisare, anche in questo caso, come la funzione attribuita alle pronunce del giudice comunitario sia tale da imporsi per imperatività ed obbligatorietà: a dette sentenze deve essere infatti riconosciuta l'autorità di giudicato formale e sostanziale e, pertanto, esse costituiscono un precedente vincolante per il giudice nazionale (*stare decisis*). A riprova, si pensi al divieto di sollevare questioni pregiudiziali ex art. 234 CE sulle quali il Giudice di Lussemburgo si sia già pronunciato.

Non v'è ragione giuridica per cui il caso di specie debba sottrarsi alla regola generale.

Quanto all'efficacia nel tempo, è lo stesso supremo giudice europeo ad avere precisato che le proprie sentenze retroagiscono anche nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale (*interpretativo e di validità* (42)).

Eadem ratio si riscontra anche nei due giudizi in esame dei quali, uno di stampo prettamente demolitorio dell'atto comunitario e, l'altro, sanzionatorio: è pur vero che la Corte di Giustizia, in ossequio al principio di certezza del diritto, si è riservata la prerogativa di attribuire alle proprie decisioni, in via interpretativa e del tutto eccezionale, efficacia *ex nunc* (ad esempio, limitando nel tempo la portata e gli effetti della declaratoria d'invalidità di un regolamento comunitario (43)).

Tuttavia, nessuna indicazione in tal senso è contenuta nelle sentenze di cui si tratta: quindi l'invocata irretroattività non ha fondamento.

(42) CGCE 10 luglio 1980, causa 811/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Ariete s.p.a.*, Racc. 1980, 02545, pt. 6-7; CGCE 10 luglio 1980, causa 826/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Mediterranea importazione, rappresentanze, esportazione, commercio s.a.s.(MIRECO)*, Racc. 1980, 02559, pt. 7-8. La CGCE è l'interprete supremo ed esclusivo delle norme comunitarie di diritto primario e derivato (il Tribunale di primo grado non ha competenza in materia). Il rinvio pregiudiziale di interpretazione è il rimedio assicurato dall'ordinamento al fine di garantire l'uniformità esegetica. Il vaglio pregiudiziale si estende anche alla validità degli atti delle Istituzioni (rinvio pregiudiziale di validità). Quindi, la duplice tipologia del rinvio ex art. 234 CE consente: a) di salvaguardare l'uniforme interpretazione del diritto comunitario; b) di accertare la sussistenza di eventuali vizi dell'atto comunitario (che sarà conseguentemente disapplicato dal giudice nazionale).

(43) CGCE 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne/Sabena*, Racc. 1976, 00455, pt. 69-75.

6. — La ripetizione delle agevolazioni contributive in conformità alle procedure di diritto interno: a) il legittimo affidamento; b) la prescrizione, la decadenza ed il giudicato; c) l'onere della prova

La ripetizione delle somme versate sotto forma di aiuti indebiti avviene, di norma, ad opera delle autorità nazionali e secondo le procedure (criteri e modalità) degli stessi Paesi membri, fatti salvi i limiti posti dall'ordinamento europeo all'applicazione del diritto statale (44): detta regola non trova eccezione nel caso in esame (45).

Il richiamo alle *procedure di diritto interno* potrebbe ingenerare un fraintendimento soprattutto per ciò che attiene alla corretta applicazione del *principio di ripartizione delle competenze* tra Comunità europea e Paesi membri: si è infatti argomentato, proprio in forza del rinvio al diritto interno, la carenza di potere della Commissione, nel determinare l'obbligo restitutorio, qualora difetti una pronuncia del giudice nazionale (46), pena il potenziale prefigurarsi di un'usurpazione di competenze a danno dello Stato membro o, ancor peggio, di uno sviamento di potere (47).

Orbene, detta ripartizione di competenze implica che ogni atto incompatibile, proveniente da autorità statuali (potere legislativo, esecutivo o giudiziario), debba inevitabilmente soccombere al cospetto del diritto comunitario in quelle materie oggetto della cessione di porzioni della sovranità nazionale avvenuta attraverso la spontanea adesione dello Stato membro al Trattato di Roma.

Ben si comprende, quindi, come questa semplice regola prevenga il sorgere di qualsivoglia incertezza: ad essa soggiacciono anche gli organi giurisdizionali nazionali i quali, in tema di aiuti di Stato, sono chiamati a svolgere un ruolo che deve estrinsecarsi nell'ambito di una cornice ben delineata e, comunque, nel contesto di un'assoluta impossibilità di pronunciamento in ordine alla legittimità e compatibilità di un regime di aiuti (48).

Le controversie relative alla restituzione degli importi concessi indebitamente in forza del diritto comunitario, ove questo non abbia disposto in materia, vanno pertanto risolte dai giudici nazionali a norma del loro diritto interno, fatti salvi i limiti posti dall'ordinamento dell'Unione nel senso che le formalità stabilite dalla legislazione nazionale non devono portare ad una impossibilità pratica nell'attuazione della normativa comunitaria, e che l'applicazione delle norme del Paese membro deve avvenire in modo tale da non ingenerare discriminazioni rispetto ai procedimenti volti alla defini-

(44) CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, Racc. 1983, 02633.

(45) Art. 3 della decisione n. 2000/128/CE.

(46) Tribunale di primo grado 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Commissione*, cit., pt. 66.

(47) Quanto alla nozione di *sviamento di potere*: CGCE 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito/Consiglio*, Racc. 1996, I-05755, pt. 69; CGCE 14 maggio 1998, causa C-48/96 P, *Windpark Groothusen/Commissione*, Racc. 1998, I-02873, pt. 52.

(48) CGCE 21 novembre 1991, causa C-354/90, *Federation Nationale du Commerce extérieur des produits alimentaires FNCE/Francia*, cit., pt. 12; CGCE 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international SFEI e altri/La Poste e altri*, Racc. 1996, I-03547, pt. 42. Si veda inoltre la nota 24.

zione di liti dello stesso tipo, ma a rilievo esclusivamente nazionale (49): detto in altri termini, l'applicazione del diritto nazionale deve avvenire in modo tale da evitare disparità di trattamento e, in ogni caso, da non intaccare la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

Delineato il contesto di riferimento, grazie allo spunto offerto dalle apparenti antinomie insite nella nozione di *procedura di diritto interno*, conformemente ad alcuni principi (*dell'effetto diretto, dell'effetto utile e di leale cooperazione*) sui quali si basa il sistema istituzionale dell'Unione e che disciplinano l'interazione tra i sistemi giuridici della Comunità e dei Paesi membri, appare adesso ovvio che spetti a questi ultimi l'attuazione della normativa comunitaria *in subiecta materia*: le autorità nazionali agiscono applicando i criteri di forma e sostanza del diritto interno, anche se tale *modus procedendi* va temperato con l'esigenza di armonizzare l'applicazione del diritto comunitario (50).

In definitiva, il riferimento alle *procedure di diritto interno* altro non sta a significare se non che la Commissione, quando ordina il recupero di aiuti incompatibili, non esegue ovviamente in prima persona ma viceversa delega detta funzione alle regole, alle Istituzioni ed agli organi dello Stato membro i quali, nell'esercizio di detto precipuo compito, agiscono *come se* fossero essi stessi organi della Commissione (art. 10 CE).

Si comprende bene come non possa esservi sovrapposizione, e men che meno contrasto applicativo, poiché gli organi dello Stato membro (51) sono essi stessi chia-

(49) CGCE 5 marzo 1980, causa 265/78, *Ferwerda BV/Produktschap voor Vee en Vlees*, Racc. 1980, 00617; CGCE 12 giugno 1980, cause riunite 119 e 126/79, *Lippische Hauptgenossenschaft eG e Westfälische Central-Genossenschaft eG/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Racc. 1980, 01863; CGCE 6 maggio 1982, causa 54/81, *Fromme/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Racc. 1982, 01149. Si veda inoltre la nota 55.

(50) CGCE 6 giugno 1972, causa 9/71, *Schlüter & Maack/Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Racc. 1972, 00307.

(51) Per ciò riguarda il rispetto degli obblighi comunitari, lo Stato membro è visto come un'entità inscindibile al proprio interno: detto principio si rinviene nella consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale non è consentito ad un Paese membro di eccepire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico tali da giustificare l'inosservanza degli obblighi imposti dalla legislazione comunitaria (CGCE 18 marzo 1999, causa C-166/97, *Commissione/Francia*, Racc. 1999, I-01749, pt. 13; CGCE 13 aprile 2000, causa C-274/98, *Commissione/Spagna*, Racc. 2000, I-02823, pt. 19; CGCE 26 giugno 2001, causa C-212/99, *Commissione/Italia*, Racc. 2001, I-04923, pt. 34; CGCE 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer/Commissioners of Customs & Excise*, Racc. 2002, I-06325, pt. 24). Lo Stato membro resta il solo ed unico garante degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, primario e derivato ed, in quanto tale, è chiamato a rispondere per le trasgressioni "senza che rilevi la circostanza che la violazione [...] sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo" (CGCE 5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur-Factortame*, Racc. 1996, I-01029, pt. 34). In *Brasserie du Pêcheur-Factortame* si dibatte sulla questione se possa derivare, a cagione di una violazione del Trattato posta in essere dal legislatore nazionale, una responsabilità dello Stato membro per i danni così cagionati: l'espressa menzione del potere legislativo, da parte della Corte europea, deve qui ricollegarsi alla specificità del caso. Nondimeno, è pacifico che il principio in questione trovi identica applicazione per tutte quelle violazioni poste in essere anche nell'esercizio della funzione giurisdizionale: soggiunge, infatti, il Giudice di Lussemburgo che tale regola "ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione

mati a dare attuazione ad una normativa già posta in essere da un'Istituzione europea (nella specie, una decisione della Commissione) e, sotto questo aspetto, esiste perfetta identità tra le due entità, statale e comunitaria, poiché entrambe operano come un corpo unico e per il medesimo scopo.

Ciò premesso, si giunge quindi all'esame dei principali argomenti addotti nel dibattito al fine di inficiare la regolarità della procedura nazionale di recupero delle agevolazioni contributive ex CFL.

a) Il legittimo affidamento

Quanto al primo profilo, tralasciando i dubbi di sempre circa la sussistenza nel sistema giuridico italiano di una norma a carattere generale che tuteli l'affidamento (52), occorre chiedersi innanzitutto se i limiti posti dal diritto comunitario all'applicazione della legge nazionale ostino alla operatività dei *principi di legalità e certezza del diritto* nonché di *tutela dell'affidamento*, in caso di ripetizione di aiuti incompatibili.

In giurisprudenza si è osservato come detti principi, ed in particolare il legittimo affidamento (*legitimate and reasonable expectation, confiance légitime*), contribuiscano

od omissione ha dato origine alla trasgressione" (*Brasserie du Pêcheur-Factortame*, cit., pt. 31-32). Detti principi, che pur sono andati enucleandosi in contesti diversi, conducono alla medesima considerazione per cui lo Stato membro è responsabile dell'esecuzione degli impegni comunitari e di ogni ritardo ("azione od omissione"), a prescindere dall'organo interno che ha posto in essere l'inadempimento. Lo Stato membro, entità monolitica nella prospettiva comunitaria, cura la realizzazione del risultato perseguito dalle correlate norme europee, in ossequio al *principio di leale cooperazione* sancito dall'art. 10 CE (conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed 3 giugno 2003, causa C-129/00, *Commissione/Italia*, pt. 53). Prima conseguenza, in caso di violazione, è rappresentato dalla tutela sanzionatoria che implica l'attivazione, da parte della Commissione europea, della procedura che ha come atto conclusivo il ricorso per inadempimento promosso nei confronti dello Stato membro che ha posto in essere la violazione (art. 226 CE). Deve ancora rammentarsi come il *principio d'interpretazione conforme*, alla stregua del quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto comunitario, ha trovato conferma in riferimento alle decisioni-quadro previste dall'art. 34 UE (Conti R.- Foglia R., *Decisioni quadro e interpretazione conforme del diritto interno*, Corriere giuridico, 2005, 1149-1153), con l'unico limite rappresentato dal rispetto dei principi di certezza del diritto e di irretroattività delle leggi incriminatrici (CGCE 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, Racc. 2005, I-05285, pt. 33-34; CGCE 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e altri*, Racc. 2005, I-03565).

(52) Il diritto tedesco, ad esempio, contempla una norma a carattere generale come l'art. 48 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* (la legge federale sul procedimento amministrativo) il quale dispone: - che un atto amministrativo illegittimo che abbia concesso una prestazione pecuniaria non può essere revocato qualora il destinatario abbia fatto affidamento sull'efficacia dell'atto stesso (alinea 1); - che la revoca di un atto amministrativo illegittimo deve essere disposta entro un anno dal momento in cui l'amministrazione ha avuto notizia delle circostanze che giustificano un siffatto provvedimento (alinea 3); - che la ripetizione dell'indebito è esclusa qualora l'amministrazione sappia di concedere indebitamente la prestazione, o lo ignori per colpa grave (alinea 4). Quanto al panorama italiano, si veda inoltre Sacco R., *Affidamento*, Enc. dir., I, 661-668: non sorprenda la vetustà del richiamo poiché, a ben vedere, l'affidamento continua ad incarnare una categoria del diritto non scritto (una sorta di *jus naturale*) comunque priva di trasposizione positiva.

a dare forma all'ordinamento giuridico comunitario (53), in quanto patrimonio facente parte dell'acquis communautaire: sotto questo aspetto, aprioristicamente, non è affatto in contrasto con l'ordinamento medesimo una norma interna che tuteli il legittimo affidamento, e la certezza del diritto, in materia di ripetizione di aiuti illegittimi (54).

Tuttavia, le *procedure* previste dalla legislazione statale devono rispettare due condizioni ostative: essere identiche rispetto a quelle previste per il recupero delle prestazioni economiche analoghe, ma esclusivamente nazionali, e tenere in piena considerazione l'interesse della Comunità (55).

Detto ciò, quanto alla sindacabilità della ripetizione, occorre distinguere nettamente la posizione delle imprese beneficiarie da quella dello Stato membro che ha provveduto all'erogazione.

Quanto alle prime, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti di Stato di cui è onerata la Commissione ex art. 88, n. 1, CE, il fruitore di un aiuto può fare legittimo affidamento sulla relativa regolarità solo qualora l'agevolazione sia stata concessa nel rispetto della procedura prevista dal diritto comunitario (56).

Un operatore economico *diligente*, soggiunge la Corte di Giustizia, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata, anche quando la causa di illegittimità dell'aiuto sia imputabile allo Stato membro (57), poiché il recupero di un aiuto concesso in violazione dell'art. 88, n. 3, CE costituisce un rischio *prevedibile* per l'operatore che ne trae beneficio, e quest'ultimo non può quindi far valere la tutela del legittimo affidamento per sottrarsi (58).

Ancor più in generale, secondo la costante giurisprudenza della Corte europea, la possibilità di far valere il legittimo affidamento è prevista a vantaggio di ogni operatore economico nei confronti del quale un'Istituzione abbia fatto sorgere *fondate* aspettative.

(53) CGCE 3 maggio 1978, causa 112/77, *GmbH in Firma August Töpfer & Co/Commissione*, Racc. 1978, 01019, pt. 19; CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, cit., pt. 30.

(54) CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, cit., pt. 33; CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "*BUG-Alutechnik*", Racc. 1990, I-3437, pt. 13.

(55) CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, cit., pt. 31-32: Finché i criteri e le modalità applicate dalle autorità nazionali in materia di ripetizione di aiuti comunitari sono gli stessi applicati da dette autorità in casi analoghi relativi a prestazioni economiche prettamente nazionali, non si può in linea di principio supporre che tali criteri e modalità siano contrari agli obblighi imposti alle autorità nazionali dal diritto comunitario: ciò vale soprattutto per le cause di esclusione della ripetizione connesse al comportamento dell'amministrazione stessa e che questa avrebbe potuto evitare. Va tuttavia aggiunto che il principio secondo cui l'applicazione della normativa nazionale deve avvenire senza discriminazioni rispetto alle procedure prettamente nazionali dello stesso genere impone che l'interesse della Comunità sia preso pienamente in considerazione nell'applicazione di una disposizione nazionale che tutela l'affidamento del destinatario di un atto.

(56) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "*BUG-Alutechnik*", cit., pt. 14.

(57) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "*BUG-Alutechnik*", cit., pt. 14; CGCE 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, Racc. 1997, I-01591, pt. 25.

(58) CGCE 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano s.p.a./Agenzia delle Entrate Genova*, cit., pt. 109.

Tuttavia, l'imprenditore *prudente ed accorto*, qualora sia in grado di *prevedere* l'adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga poi effettivamente adottato. Inoltre, anche se quello relativo alla tutela del legittimo affidamento è uno dei cardini dell'ordinamento comunitario, gli operatori economici non possono avere *legitimate and reasonable expectation* sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle Istituzioni comunitarie, specialmente in un settore come quello delle organizzazioni comuni di mercato, il cui oggetto implica un costante adattamento ai mutamenti della situazione economica (59).

Da tutto ciò se ne ricava che detta condizione (il legittimo affidamento, appunto) non può comunque essere invocata dal percettore nelle ipotesi soggettivamente estreme e, cioè, quando il beneficiario conosca l'illegittimità dell'aiuto o quando avrebbe potuto conoscerla (ma, anche, semplicemente prevederla), e ciò non sia avvenuto per sua colpa grave (60).

(59) CGCE 15 luglio 2004, causa riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo s.r.l. (C-37/02) e Dilexport s.r.l. (C-38/02)/Ministero del Commercio con l'Estero*, Racc. 2004, I-06911, pt. 70; CGCE 7 settembre 2006, causa C-310/04, *Spagna/Consiglio dell'Unione europea*, Racc. 2006, I-07285, pt. 81.

(60) Si fa strada, nella giurisprudenza comunitaria, un indirizzo che tutela l'affidamento al verificarsi di tre elementi. In tale concezione trifasica, il primo è di tipo soggettivo e fa riferimento alla *diligentia quam suis* di chi la invoca (onde il riferimento alle nozioni di *diligenza, prudenza ed accortezza*, ma anche *prevedibilità del rischio* che richiamano quel minimum di coscienza indotta in ragione della funzione imprenditoriale svolta dal percettore, se ci si riferisce al caso degli aiuti di Stato). A questo indirizzo si riallaccia quel filone che nega tutela al destinatario di una misura di aiuto che si rivolge, in modo ridondante, al giudice nazionale ignorando gli strumenti di tutela che lo stesso diritto comunitario offre. Il riferimento è al ricorso per annullamento ex art. 230 CE o alla questione pregiudiziale *di validità* ex art. 234 CE (CGCE 22 ottobre 1987, cause 314/85, *Fotofrost/Hauptzollamt Lubeck-Ost*, Racc. 1987, 04199). In questo contesto normativo deve rammentarsi la coerente evoluzione giurisprudenziale europea: infatti, se nella causa *Universitaet Hamburg* (CGCE 27 settembre 1983, causa 216/82, *Universitaet Hamburg/Hauptzollamt Hamburg*, Racc. 1983, 02771) si lascia la possibilità, al privato, di invocare l'invalidità di un atto delle Istituzioni comunitarie, che lo riguarda personalmente e direttamente, attraverso la sollecitazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale *di validità* nonostante fossero scaduti i termini per la proposizione del ricorso in annullamento ex art. 230 CE, nella causa *TWD Textilwerke Deggendorf* (CGCE 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Germania*, Racc. 1994, I-00833; CGCE Grande Sezione 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria/Lucchini s.p.a.*, cit., pt. 55) si è viceversa corretto il tiro escludendo che il rinvio pregiudiziale *di validità* possa essere sollevato ogni qual volta l'interessato abbia fatto inutilmente decorrere i termini per la proposizione del ricorso in annullamento, avendo avuto tempestiva e piena conoscenza dell'atto tardivamente impugnato. *Dormientibus iura non succurrunt*.

Il secondo elemento concorrente richiama il profilo oggettivo e riguarda la sussistenza di un atto comunitario: dubbia è la rilevanza di tutte quelle manifestazioni di volontà informali, quali i fatti concludenti. In giurisprudenza si è recentemente affermato che il diritto di esigere la tutela dell'affidamento implica la compresenza di tre presupposti: in primo luogo, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili, che devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione comunitaria; in secondo luogo, tali assicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nella persona a cui si rivolgono; in terzo luogo, siffatte assicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili (Tribunale di primo grado 30 giugno 2005, causa T-347/03, *Branco/Commissione*, Racc. 2005, II-02555, pt. 102).

Per tornare allo specifico, la Commissione ha rilasciato un avviso (61) a carattere generale ammonendo (nel senso della potenziale ripetizione) tutti i beneficiari di aiuti statali della precarietà degli stessi qualora illegittimamente concessi: a ciò si aggiunga che la stessa Commissione ha pubblicato una ulteriore comunicazione (62) di avvio della procedura di soppressione (ex art. 88, n. 2, CE) degli aiuti ex CFL.

Sembra quindi potersi escludere, già in forza del principio della conoscenza legale, la sussistenza di un rilevante affidamento, tutelabile, in capo all'indebitto percettore che non versi in uno stato di buona fede circostanziata.

Residua, come *extrema ratio*, solo una possibilità del tutto marginale: cioè, che il beneficiario invochi *circostanze eccezionali*, sulle quali lo stesso abbia potuto fondare il proprio convincimento circa la regolarità dell'aiuto. In tal caso, se il fruitore ne ritiene la sussistenza, deve sottoporre la questione al giudice nazionale il quale, una volta adito, deciderà in merito dopo aver proposto alla Corte di Giustizia, se necessario, questioni pregiudiziali *di interpretazione* ex art. 234 CE (63).

Il terzo ed ultimo elemento, di ordine cronologico, è legato al decorso di un *termine ragionevole* (sovente in attività procedimentalizzate) tale per cui l'interesse di ordine pubblico cede di fronte al correlato interesse del destinatario dell'atto alla conservazione di una situazione che egli poteva ragionevolmente considerare connotata da definitività e stabilità (CGCE 12 luglio 1957, cause riunite 7/56, 3/57, 4/57, 5/57, 6/57 e 7/57, *Algera e altri/Assemblea comune C.E.C.A.*, Racc. 1957, 00081; CGCE 22 marzo 1961, cause riunite 42 e 49-59, *S.N.U.P.A.T./Alta Autorità C.E.C.A.*, Racc. 1961, 00099; pt. 6; CGCE 17 aprile 1997, causa C-90/95 P, *Henri de Compté/Parlamento europeo*, Racc. 1997, I-01999, pt. 39; Tribunale di primo grado 15 giugno 2005; causa T-171/02, *Regione autonoma della Sardegna/Commissione*, Racc. 2005, II-02123, pt. 53 e 59; Tribunale di primo grado 30 giugno 2005, causa T-347/03, *Branco/Commissione*, cit., pt. 114-120; Conclusioni dell'avvocato generale Léger 9 febbraio 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 ASBL/Commissione*, Racc. 2006, I-05479, pt. 397-411, e CGCE 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 ASBL/Commissione*, Racc. 2006, I-05479).

(61) G.U.C.E. 24 novembre 1983, serie C 318, 3.

(62) G.U.C.E. 10 dicembre 1998, serie C 384, 11-19.

(63) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, Racc., I-3437, pt. 16; CGCE 7 marzo 2002, *Italia/Commissione*, cit., pt. 103; Tribunale di primo grado 13 settembre 1995, cause riunite T-244/93 e T-486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Commissione*, cit.; Tribunale di primo grado 14 gennaio 2004, causa T-109/01, *Fleuren compost/Commissione*, Racc. 2004, II-00127, pt. 135. Quanto al rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE, il problema attiene alla facoltatività, o meno, del rimedio: il dubbio, circa l'esistenza di una sorta di automatismo del rinvio, potrebbe ingenerarsi dalla lettura dell'art. 234, comma 3. CE (che sembrerebbe porre l'obbligo, in capo al giudice nazionale di *ultima istanza*, di adire in via interpretativa-pregiudiziale la Corte di Giustizia). Tuttavia, nell'ambito di detta procedura di cooperazione, spetta al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia, valutare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale che la rilevanza delle questioni che si intendono sottoporre al giudice comunitario. Nei casi dubbi, la stessa Corte europea ha avuto modo di precisare che "i giudici nazionali, compresi quelli di cui all'art. 177 (ora 234, ndr.), 3 comma, conservano integralmente la propria libertà di valutare se adire la Corte qualora lo ritengano opportuno" (CGCE 6 ottobre 1982, *CILFIT e Lanificio di Gavardo/Ministero della Sanità*, causa 283/81, Racc. 1983, 03415). La valutazione circa l'opportunità del rinvio è quindi propria del giudice nazionale (tant'è vero che quest'ultimo può adire il Giudice di Lussemburgo anche d'ufficio: *CILFIT*), poiché la funzione del rinvio pregiudiziale interpretativo è essenzialmente quella di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri, sul presupposto che il rinvio stesso sia necessario ai fini della risoluzione della controversia pendente davanti al giudice nazionale. Spetta altresì

Viceversa, quanto alla condizione in cui versa il Paese membro che ha provveduto all'attribuzione del vantaggio economico, la prospettiva cambia radicalmente: infatti, una volta erogato un aiuto in violazione delle norme procedurali ex art. 88 CE, lo Stato membro non potrà mai invocare il legittimo affidamento dei beneficiari al fine di sottrarsi all'obbligo di intraprendere le procedure necessarie all'esecuzione di una decisione della Commissione attraverso la quale quest'ultima ne ha ordinato la ripetizione (64): se ciò fosse possibile, sarebbe infatti negata l'efficacia diretta delle decisioni ex artt. 87 e 88 CE.

Né è data al Paese membro, al fine di sottrarsi all'esecuzione degli obblighi su di esso incombenti in forza del diritto comunitario, la facoltà di eccepire la sussistenza di norme ostatiche del proprio ordinamento: il diritto nazionale va applicato in modo tale da non rendere praticamente impossibile la ripetizione e, comunque, da tener pienamente conto dell'interesse comunitario (65).

Quindi, le autorità nazionali non possono far valere il proprio illegittimo comportamento al fine di vanificare l'efficacia delle decisioni emanate dalla Commissione in virtù di dette disposizioni del Trattato e, sotto questo aspetto, l'inosservanza degli obblighi incombenti in forza del diritto comunitario non può essere giustificata dal timore di difficoltà interne, anche insormontabili (66), rilevando a tal fine soltanto l'assoluta impossibilità di eseguire correttamente la decisione della Commissione (67).

L'abrogazione di un aiuto di Stato, ed il recupero delle relative agevolazioni, sono la logica conseguenza dell'accertata illegittimità (68) e l'obbligo per il Paese

alla Corte di Giustizia prospettare al giudice *a quo* una soluzione che gli consenta di dirimere la controversia ad esso sottoposta, come rifiutare di pronunciarsi qualora: a) risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcun collegamento con la base fattuale o con il *petitum* della causa principale; b) il quesito sottoposto sia di natura meramente ipotetica; c) la Corte non disponga di elementi, in fatto e diritto, al fine di prospettare una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (CGCE 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade s.r.l./Aliforni e Ferriere di Servola s.p.a. (AFS)*, cit., pt. 25; CGCE 13 luglio 2000, causa C-36/99, *Ideal tourisme/Belgio*, Racc. I-06049, pt. 26-29; CGCE 25 ottobre 2005, causa C-350/03, *Sculte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Racc. 2005, I-09215, pt. 43; CGCE 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium/Ville de Seraing (C-393/04) e Province de Liège (C-41/05)*, cit., pt. 23-24; CGCE Grande Sezione 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria/Lucchini s.p.a.*, cit., pt. 44). A ciò si aggiunga che la corretta applicazione della norma comunitaria può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (in ragione della sussistenza di un costante orientamento della Corte comunitaria sullo specifico punto di diritto o per via dell'identità con altra questione già solleva con rinvio pregiudiziale). In questo caso, altre pronunce del Giudice di Lussemburgo contengono il riferimento al *principio processuale dell'atto chiaro* (al fine di evitare intenti dilatori, insiti nella richiesta di rinvio pregiudiziale, si è ribadito il brocardo *in claris non fit interpretatio*).

(64) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "*BUG-Alutechnik*", cit., pt. 17.

(65) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "*BUG-Alutechnik*", cit., pt. 18-19.

(66) CGCE 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Commissione/Portogallo*, Racc. 2000, I-04897, pt. 52.

(67) Sulla nozione di *impossibilità assoluta* di esecuzione di una decisione di recupero, si veda il paragrafo 4.

(68) CGCE 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio/Commissione*, detta "*Tubemeuse*", cit., pt. 66.

membro di sopprimerlo mira al ripristino della situazione antecedente (69): attraverso la ripetizione, non soltanto il beneficiario è privato del vantaggio di cui aveva indebitamente fruito rispetto ai suoi concorrenti, ma viene altresì ad essere ripristinato lo *status quo ante* di legalità e compatibilità con il mercato comune (70).

Vale la pena di spendere un ultimo breve cenno, sul versante nazionale, quanto al rapporto tra affidamento e specificità della disciplina contributiva e previdenziale (71).

Secondo l'esegesi del Giudice delle leggi, infatti, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica non impedisce al Legislatore (nazionale, in questo caso) di emanare norme modificatrici della disciplina dei rapporti di durata in senso sfavorevole per i beneficiari, quando tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irragionevole di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti (72).

Inoltre, nella disciplina nazionale dell'indebito oggettivo, l'affidamento del percettore di buona fede è, in qualche misura, un presupposto che non scrimina la natura indebita delle somme rimosse e rileva al solo fine dell'applicazione della favorevole disciplina in materia di accessori del credito principale: la tutela dell'affidamento, in casi simili, ha un rilievo estremamente circoscritto ed è stata affermata limitatamente al recupero di somme indebitamente percepite, ma verosimilmente già destinate ad esigenze alimentari (73).

Trasponendo i canoni interpretativi alla materia in esame, e pertanto comparando l'interesse dell'imprenditore al conseguimento di maggiori margini di utile (per via della contrazione dell'onere contributivo) con l'interesse pubblico (interno e comunitario) al rispetto delle regole del libero mercato, non può non ritenersi prevalente quest'ultimo.

b) La prescrizione, la decadenza ed il giudicato

Argomenti altrettanto pregnanti possono rilevarsi laddove si consideri il profilo che attiene alla prescrizione estintiva (è dubbio se, nella specie, coincidente col termine quinquennale *ex lege* n. 335/1995 o decennale *ex art.* 2033 c.c.) del credito fatto valere in rivalsa.

Si è già visto come, in via di principio, il diritto comunitario non osti a che una legislazione nazionale prenda in considerazione, al fine di escludere la ripetizione di aiuti indebitamente erogati, criteri quali la prescrizione estintiva o la decadenza (74).

(69) CGCE 4 aprile 1995, causa C-350/93, *Commissione/Italia*, cit., pt. 21; CGCE 17 giugno 1999, causa C-75/97, *Belgio/Commissione*, Racc. 1999, I-3671, pt. 64.

(70) CGCE 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH*, cit.. La salvaguardia della concorrenza e del libero mercato rappresenta uno dei valori-cardine intorno al quale si snoda l'intero ordinamento comunitario. Quando un regime di aiuti lede questo nucleo, revocando in dubbio l'essenza stessa della Comunità, la certezza del diritto si relativizza cedendo il passo al primato del diritto comunitario (ed ai suoi corollari costituiti dai principi di leale cooperazione, dell'effetto diretto e dell'effetto utile) che impongono la rimozione incondizionata della violazione e dei suoi effetti da parte dello Stato membro e, per esso, dei suoi organi.

(71) Cassazione civile, sez. lav., 24 novembre 2005, n. 24718, *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7-8.

(72) Corte cost. 28 luglio 2000, n. 393, pt. 6, *Inf. prev.*, 2000, 981.

(73) *Ex plurimis*, TAR Veneto 26 febbraio 2003, n. 1569, *Foro amm. TAR*, 2003, 477.

(74) CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, cit., pt. 33.

Tuttavia, poiché le autorità nazionali (potere legislativo, esecutivo e giudiziario), quanto ai regimi di aiuti dichiarati incompatibili, devono limitarsi all'esecuzione di una decisione della Commissione e non godono di alcuna discrezionalità, non v'è margine perché un Paese membro decida diversamente sulla base di una norma dell'ordinamento giuridico nazionale che, in ordine alla definitività di una condizione di vantaggio economico comunque maturata dal singolo imprenditore, dia rilievo al decorso del tempo quale fattore legittimante di quanto percepito.

In buona sostanza, al recupero di indebite agevolazioni non possono essere opposti termini di prescrizione, o decadenza, fissati a garanzia della certezza del diritto (75).

Siffatto orientamento è corroborato alla luce di quello, ancor più recente, attraverso il quale è stata ribadita l'irrelevanza dell'autorità di *res judicata* acquisita dalla sentenza del giudice nazionale, che sia intervenuta in materia di aiuti di Stato incompatibili a smentita delle fonti comunitarie (76).

Ciò discende da un indirizzo giurisprudenziale inequivocabile (77) che, a sua volta, fa leva sul *principio di ripartizione delle competenze*, affermando che gli organi giurisdizionali nazionali, che statuiscono su *contratti o comportamenti* sui quali la Commissione si sia già espressa attraverso una decisione, non hanno il potere di pronunciarsi in contrasto: per prima cosa, perché detto potere è detenuto in via esclusiva dalla Commissione (la quale opera sotto il controllo della giurisdizione comunitaria) ed, in secondo luogo, perché la decisione della Commissione è direttamente efficace nello Stato membro, di cui il giudice nazionale è comunque un organo che, come tale, è tenuto all'applicazione (78).

A ciò si aggiunga un ulteriore elemento determinante: l'ordinamento comunitario contempla rimedi giudiziali che possono essere azionati in *subiecta materia* dal singolo (imprenditore o terzo interessato) in forza dell'interpretazione estensiva, avallata dal giudice comunitario, della stessa nozione di *diritto interesse* necessario ai fini della proposizione del ricorso per annullamento ex art. 230 CE (79): ciò significa che il soggetto, che avrebbe potuto avvalersi legittimamente di detti rimedi ma vi ha rinunciato facendo decorrere il termine per l'impugnativa (80) oppure optando in modo strumentale per l'indebito ricorso agli organi della giurisdizione nazionale comunque incompetenti (81), non può rivendicare alcun interesse o *status* meritevole di tutela.

(75) CGCE 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione/Germania*, detta "BUG-Alutechnik", cit., pt. 18-19; CGCE 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH*, cit., pt. 34-37.

(76) CGCE Grande Sezione 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria/Lucchini s.p.a.*, cit., pt. 63.

(77) CGCE 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, cit.; CGCE 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd/HB Ice Cream Ltd*, Racc. 2000, I-11369.

(78) Si veda la nota 51.

(79) CGCE 19 maggio 1993, causa C-198/91, *Cook/Commissione*, Racc. 1993, I-02487; Tribunale di primo grado 22 ottobre 1996, causa T-266/94, *Skibvaertsforeningen e altri/Commissione*, detta "Navigazione danese", Racc. II-01399.

(80) CGCE 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH/Germania*, cit., pt. 17 e 20.

(81) Si veda la nota 60.

c) L'onere probatorio

Un ulteriore profilo notevole riguarda l'onere probatorio.

Nell'interpretazione del giudice europeo (82), spetta innanzitutto alle autorità nazionali valersi *d'ufficio* di tutte le possibilità di accertamento dei fatti dai quali dipende, nel caso concreto, l'applicazione delle norme comunitarie (fase *precontenziosa* (83)).

Solo qualora sia impossibile verificare tali fatti, può sorgere la questione su chi debba sopportare l'onere di tale impossibilità e se le autorità nazionali possano cionondimeno agire contro i beneficiari (fase *contenziosa*).

Per quanto riguarda la disciplina da applicare in corso di recupero, la Corte di Giustizia fa rinvio alle norme nazionali: se la fonte comunitaria non fa distinzione fra i presupposti sostanziali della ripetizione e le norme (procedurali e formali) da seguire, gli uni e le altre, ivi compreso l'*onere della prova*, sono pertanto regolati in base al diritto nazionale, fatti salvi i limiti sopra ricordati (84).

Proprio a tal proposito, e con riferimento agli aspetti appena evidenziati, poiché evidentemente connessi ai canoni esegetici enunciati *in subiecta materia* dalla Corte di Cassazione (*principio di allegazione e prova, principio di non contestazione*), si sottolinea il consolidato orientamento del giudice nazionale secondo il quale, in tema di accertamento del diritto ai benefici contributivi che sia legato alla verifica di determinati presupposti fattuali, deve essere il fruitore, nonché preteso legittimo beneficiario, a darne rigorosissima prova di sussistenza (85). Ciò anche nel caso in cui l'Istituzione si avvalga dello strumento dell'iscrizione a ruolo ai fini della ripetizione. Nessuna inversione dell'onere della prova, sul piano processuale, è ammissibile: dove un regime di aiuti sia stato dichiarato incompatibile, nella sua stessa fonte normativa, sarà ben problematico dedurne e provarne la legittima spettanza, salvo che si allegghi ed attesti la ricorrenza delle tassative condizioni fattuali di ammissibilità.

7. — Gli aiuti di importo minore: regola *de minimis* e questioni applicative

Se è vero che qualsiasi intervento finanziario di uno Stato membro, accordato ad un'impresa, può falsare la concorrenza, è altrettanto vero che non tutti gli aiuti hanno un impatto sensibile sugli scambi infracomunitari: la Commissione ha avuto modo di considerare, nell'esercizio del potere discrezionale di cui essa gode al fine di valutare i possibili effetti economici delle misure di aiuto, che, eccettuati determinati settori finanziari caratterizzati da particolari condizioni di concorrenza ivi comprese le esportazioni, le agevolazioni inferiori agli importi determinati dalla disciplina comunitaria non incidono sugli scambi e, pertanto, non rientrano nell'ambito di applicazione degli artt. 87 e 88 CE.

(82) CGCE 21 settembre 1983, cause riunite 205 215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH/Germania*, cit., pt. 35-36.

(83) Si veda la nota 4.

(84) Si veda la nota 55.

(85) Si veda, da ultimo, Cassazione civile, sez. lav., 29 marzo 2007, n. 7722, *Maf Roda Italia s.r.l./INPS*.

La regola *de minimis*, che statuisce una sorta di condono sostanziale per gli aiuti dal tenore particolarmente esiguo, risponde anche ad un'esigenza di buona amministrazione poiché consente agli organi deputati alla funzione di controllo (sia a livello comunitario che interno) di concentrare l'attenzione sui macrofenomeni economici.

La regola *de minimis* è stata originariamente concepita nell'ambito della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese (PMI) (86): detta disciplina è stata poi estesa all'intera materia delle misure di aiuto (87), trovando definitiva sistemazione in due successivi regolamenti (88).

Nella specie detti regolamenti (CE nn. 69/2001 e 1998/2006), attraverso i quali il Legislatore comunitario ha compiuto un'opera di razionalizzazione della materia, non sono applicabili *ratione temporis*: questo significa che occorre incentrare l'analisi sulle fonti vigenti nel periodo 1 novembre 1995 - 31 maggio 2001 e, quindi, essenzialmente sulla comunicazione della Commissione pubblicata in G.U.C.E. 6 marzo 1996. A tal proposito, occorre subito precisare come la Commissione stessa sia vincolata alle *discipline* ed alle *comunicazioni* da essa emanate in materia di controllo degli aiuti di Stato, nei limiti in cui queste ultime non derogano alle norme del Trattato (89).

La comunicazione in questione ha rielaborato la regola *de minimis* nei seguenti termini:

- è stato elevato (da 50.000 a 100.00 euro) l'importo massimo totale degli aiuti rientranti nell'esenzione. È stato altresì stabilito che detto importo deve essere ragguagliato al triennio decorrente dal momento di fruizione del primo aiuto *de minimis*;

- il tetto massimo di cui sopra è espresso in forma di *sovvenzione diretta in danaro*. Quando gli aiuti sono stati erogati in forma diversa, occorre che siano comunque convertiti in equivalente sovvenzione al valore nominale dell'aiuto, calcolato cioè al lordo delle imposte eventualmente applicabili. A parte la sovvenzione diretta in danaro, le forme più ricorrenti di aiuto di Stato sono rappresentate: dai prestiti agevolati, dalle garanzie sui prestiti e dagli sgravi fiscali. A proposito di questi ultimi, che rappresentano la categoria prossima rispetto agli sgravi contributivi ex CFL, la Commissione ha precisato che l'equivalente sovvenzione di uno sgravio fiscale è rappresentata dal risparmio in termini di imposta. Analogamente, se ne deduce che l'equivalente sovven-

(86) Comunicazioni della Commissione rispettivamente in, G.U.C.E. 19 agosto 1992, serie C 213, 2, e G.U.C.E. 23 luglio 1996, serie C 213, 4.

(87) Comunicazione della Commissione in G.U.C.E. 6 marzo 1996, serie C 68, 9.

(88) Regolamento (CE) n. 69/2001 della Commissione, 12 gennaio 2001, in G.U.C.E. 13 gennaio 2001, serie L 10, 30-32 (relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti d'importanza minore "*de minimis*"), non più in vigore dal 31 dicembre 2006, e Regolamento (CE) n. 1998/2006 della Commissione, 15 dicembre 2006, in G.U.C.E. 28 dicembre 2006, serie L 379, 5-10 (relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti d'importanza minore "*de minimis*") passando attraverso il Regolamento (CE) n. 2204/2002 della Commissione, 12 dicembre 2002, in G.U.C.E. 13 dicembre 2002, serie L 337, 3-14 (relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione).

(89) CGCE 24 febbraio 1987, causa 310/85, *Deufil/Commissione*, Racc. 1987, 00901, pt. 22; CGCE 24 marzo 1993, causa C-313/90, *CIRFS e altri/Commissione*, Racc. 1993, I-01125, pt. 36; CGCE 15 ottobre 1996, causa C-311/94, *IJssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken*, Racc. 1996, I-05023, pt. 43.

zione di uno sgravio contributivo è rappresentata dal *risparmio in termini di contribuzione*;

- *ratione materie*, nella categoria de minimis va compreso qualsiasi aiuto accordato a detto titolo, indipendentemente dalla forma, dall'obiettivo, dalla composizione (interamente statale o cofinanziato dalla Comunità) e dalla provenienza (autorità nazionali, regionali, locali). L'aver fruito della regola in esame non pregiudica la possibilità, per il beneficiario, di ottenere altri aiuti in base ai regimi autorizzati dalla Commissione.

Sin qui la disciplina, che in effetti appare alquanto essenziale: non a caso, innumerevoli questioni sono state sottoposte all'attenzione del giudice comunitario (90).

Un aspetto, che però non risulta essere stato affrontato in fase contenziosa, riguarda una modalità applicativa della regola *de minimis*: infatti, l'art. 2, n. 2, comma 2, del regolamento (CE) n. 1998/2006 ha statuito che, qualora l'importo complessivo dell'aiuto concesso superi il massimale, tale importo d'aiuto non può beneficiare dell'esenzione prevista *neppure per una parte che non superi* detto massimale. Ciò perché, è stato precisato nel preambolo del medesimo regolamento, le misure d'aiuto superiori alla soglia *de minimis* non dovrebbero poter essere suddivise in varie parti più piccole, allo scopo di farle rientrare nel campo d'applicazione del regolamento (CE) n. 1998/2006.

Una siffatta disposizione, tuttavia, non è rinvenibile nell'art. 2, n. 2, dell'antecedente regolamento (CE) n. 69/2001 ed, ovviamente, neanche nella comunicazione della Commissione pubblicata in G.U.C.E. 6 marzo 1996. Ciò crea una oggettiva difficoltà interpretativa soprattutto ove, come nel caso di specie, si è chiamati ad applicare, ora per allora, una normativa successivamente puntualizzata in senso sfavorevole per il fruitore degli aiuti, in un meccanismo diametralmente opposto al *favor debitoris*.

A ciò si aggiunga che, nella prassi antecedente all'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1998/2006, la regola *de minimis* è stata letta come una sorta di franchigia che determina(va) l'inapplicabilità degli artt. 87 e 88 CE *fino ad* una certa soglia, coincidente col massimale: ed il fatto che la Commissione abbia sentito la necessità di modificare la normativa in materia, introducendo la precisazione evidenziata, dimostra la rilevanza del problema.

Il richiamo al principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento sembrerebbe qui avere maggior fondamento (91): allo stato, però, ciò che appare verosimile è che il quadro delineato sarà oggetto di contrasto che, altrettanto verosimilmente, detto contrasto potrà essere risolto solo attraverso il meccanismo ex art. 234 CE.

(90) CGCE 13 giugno 2002, causa C-382/99, *Olanda/Commissione*, Racc. 2002, I-05163; CGCE 26 settembre 2002, causa C-351/98, *Spagna/Commissione*, Racc. 2002, I-08031; Tribunale di primo grado 31 maggio 2006, causa T-354/99, *Kuwait petroleum/Commissione*, Racc. 2006, II-01475.

(91) Si veda la nota 60.

NOTE A SENTENZA

Pensioni - Assegno mensile di assistenza - Requisito dell'incollocamento al lavoro - Decorrenza della prestazione - Soggetto portatore di condizioni fisiche ostative al collocamento - Domanda di iscrizione - Sussistenza dell'onere.

Corte di Cassazione - 14.03/07.11.2007 n. 23148 - Pres. Mattone - Rel. Monaci - P.M. Abbritti (Conf.) - B.N. (Avv. Novach) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi).

In tema di assegno mensile di invalidità civile, ai sensi dell'art. 13 della Legge n. 118 del 1971, la prestazione decorre dall'epoca in cui, unitamente al requisito sanitario e a quello reddituale, si realizza il requisito dell'incollocamento al lavoro.

Il soggetto per cui sia configurabile la sussistenza di condizioni fisiche ostative al collocamento, non può ritenersi esonerato dalla richiesta di iscrizione negli elenchi di cui alla L. 2 aprile 1968, n. 482, art. 19.

FATTO — La controversia ha per oggetto la domanda proposta dalla signora B.N., in contraddittorio con il Ministero del Tesoro e con l'Inps, di accertamento della propria condizione di invalida e di liquidazione dell'assegno di invalidità civile, con decorrenza dalla richiesta in sede amministrativa presentata il 19 agosto 1996.

Il giudice di primo grado accoglieva la domanda nei confronti dell'Inps con decorrenza dal primo marzo 1998, ritenendo che, anche se la consulenza tecnica medico legale aveva accertato che la ricorrente era invalida, nella misura dell'80%, sin dall'epoca della richiesta amministrativa, il requisito dell'incollocabilità si fosse realizzato solamente nel mese di febbraio 1998 a seguito dell'iscrizione nelle liste degli invalidi civili.

Con sentenza in data 8 luglio / 20 agosto 2003 la Corte d'Appello di Bari respingeva l'appello della B., e confermava, anche nella motivazione, la decisione di primo grado rilevando altresì che non risultava che l'invalida potesse riuscire di danno alla salute o all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti, e che perciò non era possibile un'assimilazione della sua condizione a quella degli invalidi ultracinquantacinquenni per i quali era previsto un regime probatorio diverso e più agevole.

Avverso la sentenza, che non risulta notificata, la signora B. ha proposto ricorso per Cassazione, notificato il 17 maggio 2004, in termine, con due motivi di impugnazione. Gli intimati Inps e Ministero dell'Economia e delle Finanze non hanno presentato difese in questa fase.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente denuncia

la violazione e falsa applicazione della L. n. 118 del 1971, art. 13 e della L. n. 482 del 1968, art. 1 e l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia.

Sostiene che la prova della sussistenza del requisito dell'incollocabilità poteva essere fornita, anche dagli invalidi infracinquantacinquenni, con gli ordinari mezzi di prova, comprese le presunzioni, nei casi in cui si trattava di soggetti esclusi dal collocamento obbligatorio. Non era necessaria, invece, la domanda di iscrizione nelle liste di collocamento obbligatorio degli invalidi civili.

2. — Con il secondo motivo la ricorrente denuncia invece la violazione dell'art. 91 c.p.c. e l'omessa motivazione. Lamenta che il primo giudice aveva disposto la compensazione parziale delle spese, e che quest'ultima fosse stata confermata dal giudice d'appello, e contesta che l'attribuzione del beneficio economico solamente da una data più ravvicinata potesse incidere negativamente sulla condanna alle spese processuali.

3. — Il primo motivo di impugnazione è infondato. Per un esatto inquadramento della problematica oggetto della causa si deve considerare che il diritto alla prestazione assistenziale richiesta discende non dalla semplice condizione di disoccupazione, ma dallo stato di incollocazione, derivato dalla mancata collocazione al lavoro nonostante l'iscrizione, o, quanto meno, la richiesta di iscrizione, nelle liste di collocamento obbligatorio. Come sottolineato, infatti, dalle Sezioni Unite di questa Corte "ai fini dei diritti all'assegno d'invalidità previsto dalla L. n. 118 del 1971, art. 13, l'invalido è da ritenersi "incollocato al lavoro" non per effetto del mero stato di disoccupazione o non occupazione nel quale versi, ma solo quando, essendo iscritto (o avendo presentato domanda d'iscrizione) nelle speciali liste degli aventi diritto al collocamento obbligatorio, non abbia conseguito un'occupazione in mansioni compatibili". (Cass. civ., S.U., 1992, n. 203; nello stesso senso, tra le più recenti, 28 agosto 2000, n. 11262; 22 ottobre 1998, n. 10513).

4. — La prova del requisito necessario del mancato collocamento al lavoro doveva essere fornita necessariamente tramite l'iscrizione nelle liste di collocamento obbligatorio, nè era possibile utilizzare altri mezzi di prova.

Secondo l'insegnamento consolidato di questa Corte, "in materia di diritto all'assegno mensile di invalidità, per gli invalidi infracinquantacinquenni, deve ritenersi incollocato al lavoro non già l'invalido che sia disoccupato o non occupato, bensì colui che, essendo iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio, non abbia trovato una occupazione compatibile con le sue condizioni psico-fisiche, a nulla rilevando il fatto che non abbia ancora ottenuto il riconoscimento della percentuale di riduzione della sua capacità di lavoro da parte delle competenti commissioni sanitarie, essendo necessaria, in questo caso, l'esistenza della domanda di iscrizione nelle predette liste, elemento al quale non si può supplire con la prova dello stato di disoccupazione, anche perchè è possibile inoltrare la domanda all'ufficio del lavoro senza che sia necessario il preventivo accertamento da parte delle competenti commissioni sanitarie". (Cass. civ., 24 gennaio 2003, n. 1096) Infatti, "ai fini dell'attribuzione dell'assegno mensile di invalidità, la "incollocazione al lavoro" - che è uno degli elementi costitutivi del diritto alla prestazione - assume due diversi significati rispettivamente per gli invalidi infracinquantacinquenni e per gli invalidi che abbiano, invece, superato i cinquantacinque anni di età (ma non ancora i sessantacinque, questo essendo il limite preclusivo per

poter beneficiare della prestazione in argomento). Con riguardo ai primi, infatti, per "incollocato al lavoro" deve intendersi colui che, essendo iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio, non abbia trovato una occupazione compatibile con le sue condizioni psicofisiche; con riferimento, invece, agli invalidi ultracinquantacinquenni (ma infrasessantacinquenni) - che non hanno diritto all'iscrizione nelle suddette liste - l'incollocazione al lavoro deve essere intesa come stato di effettiva disoccupazione o non occupazione ricollegato ad una riduzione di capacità di lavoro che di detto stato è causa e che non consente il reperimento di un'occupazione adatta alla ridotta capacità lavorativa dell'invalido (la cui prova può essere fornita in giudizio anche mediante presunzioni), senza che sia necessaria alcuna iscrizione o la domanda di iscrizione nelle liste del collocamento ordinario". (Cass. civ., 23 febbraio 2001, n. 2628; nello stesso senso, 18 ottobre 2003, n. 15637; 9 settembre 2003, n. 13201; 23 giugno 2000, n. 8573; 3 giugno 2000, n. 7432).

5. — Anche le condizioni di salute non potevano esimere l'invalido dall'iscrizione nelle liste di collocamento: come rilevato da questa Corte, "in materia di diritto all'assegno di invalidità civile, nella vigenza della L. n. 482 del 1968, il requisito dell'iscrizione nelle liste speciali del collocamento obbligatorio (o, quanto meno, la presentazione della relativa domanda) integrava, per qualsiasi categoria di invalidi infracinquantacinquenni, uno degli elementi costitutivi per conseguire l'assegno mensile di invalidità, mentre l'eventuale accertamento dello stato di pericolosità dell'invalido, riguardo alla salute o all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti, poteva essere compiuto, dopo la suddetta iscrizione, solamente dallo speciale collegio medico e con la procedura previsti dalla L. n. 482 del 1968, art. 20, restando escluso il ricorso agli ordinari mezzi di prova." (Cass. civ., 6 novembre 2002, n. 15590).

Come sottolineato, infine, da questa Corte, "non può ritenersi esonerato dalla richiesta di iscrizione negli elenchi di cui alla L. 2 aprile 1968, n. 482, art. 19, neanche il soggetto per cui sia configurabile la sussistenza di condizioni fisiche ostative al collocamento, ai sensi dello stesso art. 19, e il requisito dell'incollocamento si potrà ritenere perfezionato ai sensi di legge solo una volta che la domanda di iscrizione sia stata respinta o sia rimasta senza esito." (Cass. civ., 8 ottobre 1996, n. 8787).

6. — Il secondo motivo di impugnazione è inammissibile perchè la censura è tardiva.

La ricorrente non allega di avere impugnato in appello, in maniera specifica (distinta cioè dall'impugnazione nel merito), il punto della sentenza di primo grado relativo alla compensazione per metà delle spese di quella fase, nè, del resto, la sentenza d'appello fa riferimento alcuno ad una distinta impugnazione del capo della pronunzia di primo grado relativo appunto alla compensazione parziale delle spese.

7. — Il ricorso, pertanto, non è fondato e deve essere rigettato.

Dato che la causa ha carattere previdenziale, ed è stata iniziata prima della modificazione dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (adottata con il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, art. 42, comma 11, convertito con L. 24 novembre 2003, n. 326), la ricorrente non può essere assoggettata alle spese di giudizio.

(*Omissis*)

L'INCOLLOCAMENTO AL LAVORO NELL'INVALIDITÀ CIVILE: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

Sommario: 1.1 - Il requisito dell'incollocamento al lavoro come elemento costitutivo dell'assegno mensile di invalidità civile. 1.2 - L'incollocamento nella revoca per motivi sanitari dell'assegno mensile. L'indebito per mancanza del requisito dell'incollocamento. 2.1 - La prova dell'incollocamento a carico del richiedente la prestazione. 2.2 - La prova dell'incollocamento per l'invalido infracinquantacinquenne che non abbia ancora ottenuto il riconoscimento della percentuale di invalidità. 2.3 - Inidoneità della dichiarazione sostitutiva. 2.4 - La prova dell'incollocamento per gli invalidi ultracinquantenni. Insussistenza dell'onere di iscrizione nelle liste del collocamento ordinario. 2.5 - Le presunzioni nella prova dell'incollocamento. 2.6 - La prova dell'incollocamento per gli invalidi dannosi alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro e alla sicurezza degli impianti. 2.7 - La prova dell'incollocamento - fattispecie particolari: i lavoratori domestici e i maggiorenni frequentanti scuole. 3. - Deducibilità e rilevanza dell'incollocamento. 4. - La sopravvenienza del requisito dell'incollocamento.

1.1 — Il requisito dell'incollocamento al lavoro come elemento costitutivo dell'assegno mensile di invalidità civile

L'art. 13 Legge 30 marzo 1971, n. 118 e succ. modif. dispone che: "Ai mutilati ed invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo ed il sessantaquattresimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura superiore ai due terzi, incollocati al lavoro e per il tempo in cui tale condizione sussiste, è concesso ... un assegno mensile ...".

Il requisito dell'incollocazione e la revocabilità del beneficio (1), in ipotesi di mancato accesso, da parte degli invalidi, a posti di lavoro adatti alle loro condizioni fisiche, è espressamente previsto solo per l'assegno di invalidità e non è richiesto, invece, per la pensione di inabilità, in ragione della totale inabilità al lavoro che ne costituisce il presupposto (2).

Dalla stessa locuzione legislativa "incollocati al lavoro", si desume che lo stato d'incollocamento si riferisce ad una condizione diversa dallo stato di mera disoccupazione, la quale consiste nel fatto che l'interessato è colui che ha adempiuto l'onere di un comportamento teso al fine del "collocamento" e, ciò nonostante, sia rimasto inoccupato, non avendo trovato una occupazione compatibile con le proprie condizioni psico fisiche (3).

Questo comportamento - attese le specifiche provvidenze predisposte dal legislatore con la Legge 2 aprile 1968, n. 482 sul collocamento obbligatorio degli invalidi - si

(1) Cass. 20 agosto 2003 n. 12266 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 7-8; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10513 in *Giust. civ. Mass. 1998*, 2156; Cass. 11 agosto 1994 n. 7367 in *Giust. civ. Mass. 1994*, 1082 (s.m.).

(2) Cass. 6 settembre 2006 n. 19164 in *Giust. civ. Mass. 2006*, 9; Cass. 1 luglio 1999 n. 6744 in *Giust. civ. Mass. 1999*, 1532.

(3) Cass. 28 agosto 2000 n. 11262 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 1848.

sostanza nell'attivazione dei meccanismi previsti, e quindi nell'iscrizione (o nella domanda d'iscrizione) nelle liste speciali di collocamento degli invalidi.

Peraltro, atteso che, ai sensi della cit. L. n. 482/68, gli invalidi ultracinquantacinquenni (ma infraseessantacinquenni, essendo questo limite preclusivo per beneficiare della prestazione in argomento) - non hanno diritto all'iscrizione alle suddette liste - la "incollocazione al lavoro" in tale ipotesi, deve essere intesa come stato di effettiva disoccupazione o non occupazione, ricollegato ad una riduzione di capacità di lavoro che di detto stato è causa e che non consente il reperimento di una occupazione adatta alla ridotta capacità lavorativa dell'invalido, senza che sia necessaria alcuna iscrizione o la domanda di iscrizione nelle liste di collocamento ordinario (4).

Ne consegue che la nozione di "incollocazione al lavoro" assume due diversi significati, rispettivamente per gli invalidi infracinquantacinquenni e per gli invalidi che abbiano, invece, superato i cinquantacinque anni di età.

Con riguardo ai primi, infatti, per "incollocato al lavoro" deve intendersi colui che, essendo iscritto nelle liste di collocamento obbligatorio, non abbia trovato una occupazione compatibile con le sue condizioni psico-fisiche.

Con riferimento, invece, agli invalidi ultracinquantacinquenni (ma infraseessantacinquenni) - che non hanno diritto all'iscrizione alle suddette liste - la "incollocazione al lavoro" deve essere intesa come stato di effettiva disoccupazione o non occupazione, riconducibile ad una riduzione della capacità di lavoro.

Va inoltre tenuto presente che la Legge n. 127 del 15 maggio 1997 (che ha abolito il limite di età per la partecipazione ai concorsi indetti dalle pubbliche amministrazioni), ha innalzato il limite di età per l'iscrizione nelle liste di collocamento speciali dal 55° anno di età al 65° anno di età.

Gli invalidi al lavoro di età superiore ai 55 anni, a norma dell'art. 1 della cit. L. n. 482/68, non possono essere iscritti nelle speciali liste del collocamento obbligatorio previste dall'art. 19.

La giurisprudenza ha chiarito che tale divieto non può ritenersi venuto meno a seguito dell'entrata in vigore della cit. L. n. 127/97, atteso che la stessa non ha espressamente abrogato il limite di età per l'iscrizione al collocamento degli invalidi previsto dalla cit. L. n. 482/68, nè può ritenersi intervenuta un'abrogazione tacita di detta norma, in quanto le due leggi hanno campi di applicazione, realtà di riferimento e finalità non perfettamente coincidenti, onde non è dato cogliere tra le medesime quell'incompatibilità tra la norma successiva e la precedente idonea a configurare un'ipotesi di abrogazione tacita (5).

1.2 — L'incollocamento nella revoca per motivi sanitari dell'assegno mensile. L'indebito per mancanza del requisito dell'incollocamento

Nel giudizio che abbia ad oggetto la contestazione di un provvedimento di revoca

(4) Cass. 2 dicembre 2005 n. 26255 in *Orient. giur. lav.* 2005, 4 967; Cass. 18 ottobre 2003 n. 15637 in *Diritto & Giustizia* 2003.

(5) Cass. 16 settembre 2002 n. 13521 in *Giust. civ. Mass.* 2002, 1674.

del beneficio assistenziale, a causa della sopravvenuta insussistenza del requisito sanitario, si è posto il problema se debba essere verificata la permanenza di tutti i requisiti richiesti ex lege, o soltanto di quelli, la cui sopravvenuta insussistenza, sia posta a fondamento della revoca.

Recentemente la S.C. ha cassato la sentenza di merito, che aveva riconosciuto il diritto al ripristino del beneficio assistenziale reputando estraneo all'accertamento giudiziale il tema della sussistenza del requisito reddituale e dell' incollocamento al lavoro.

A sostegno della soluzione che consente, nel caso di richiesta di ripristino di una prestazione assistenziale, la rivalutazione degli elementi costitutivi di detta prestazione - estranei alla causale che ne hanno determinato la revoca - la Corte ha evidenziato come in tema di assegno mensile di invalidità civile, la revoca per il sopravvenuto venire meno di una delle condizioni di esistenza, comporti l'estinzione del diritto medesimo, sicchè le condizioni di esistenza del diritto vanno verificate con riguardo alla legislazione vigente al momento della nuova domanda, trattandosi di un riconoscimento di un nuovo diritto del tutto diverso (anche se di identico contenuto) da quello estinto per revoca (cfr. in tal senso Cass. n. 1755/2003) (6).

Secondo altro orientamento, l'accertamento di altri requisiti non è, invece, richiesto nel giudizio che abbia ad oggetto la contestazione di un provvedimento di revoca del beneficio che sia basato solamente sulla sopravvenuta insussistenza del requisito sanitario (cfr. al riguardo Cass. n. 9679/2003, secondo cui il requisito reddituale, non essendo compreso nella causale della revoca, rimane estraneo anche all'oggetto dello accertamento giudiziale; Cass. n. 890/1999).

Si evidenzia inoltre che, in tema di ripetibilità delle prestazioni assistenziali indebite per mancanza del requisito di incollocazione al lavoro, trovano applicazione, in difetto di una specifica disciplina, le norme sull'indebito assistenziale che fanno riferimento alla mancanza dei requisiti di legge in via generale, con esclusione delle disposizioni che regolano, espressamente, la mancanza del requisito sanitario o del requisito reddituale.

Conseguentemente, accertata la mancanza del requisito della incollocazione al lavoro, vanno restituiti i ratei indebitamente erogati a partire dalla data del provvedimento che accerta che la prestazione assistenziale non era dovuta (7).

2.1 — La prova dell'incollocazione a carico del richiedente la prestazione

Costituisce *jus receptum* che il requisito della incollocazione al lavoro rappresenta - al pari della ridotta capacità lavorativa e del requisito economico e reddituale di cui agli art. 12 e 13 della cit L. n. 118/71 - un elemento costitutivo del diritto alla prestazione, la cui prova è a carico del soggetto richiedente la prestazione, e non già una mera condizione di erogazione del beneficio che possa essere accertata in sede extragiudiziale (8) (cfr.

(6) Cass. 16 febbraio 2006 n. 3404 in *Giust. civ. Mass. 2006*, 2.

(7) Cass. 28 marzo 2006 n. 7048 in *Giust. civ. Mass. 2006*, 3.

(8) Cass. 10 settembre 2003 n. 13279 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 9.

tra le tante Cass.n. 14035/2002; Cass.n. 10765/2000; Cass.n. 3556/1999; Cass.n.7560/1998; Cass.n.8787/1996; Cass.n. 2159/1994; Cass. Sez. unite n. 203/1992; Cass.n. 2467/1988).

Ciò posto, era sorto contrasto nella giurisprudenza sul punto se la prova relativa allo stato di incollocazione debba necessariamente consistere nel certificato d'iscrizione (o nella domanda d'iscrizione) nelle speciali liste previste dall'art. 19 della cit. L. n. 482/68, oppure se la sussistenza del requisito della "non collocazione al lavoro" possa esser provata dall'invalido con qualsiasi mezzo.

La Corte di Cassazione, dirimendo a Sezioni Unite il contrasto (sent. n.203/1992 (9)), dopo avere operato un raccordo tra le cit. L. n. 482/68 e L. n. 118/71, ha in particolare ritenuto che:

a) incollocato - secondo la dizione dell'art. 13 della legge 118 - non è il "disoccupato" o "non occupato", bensì colui che, essendo stati attivati i meccanismi previsti dalla cit. L. n. 482/1968, non abbia rinvenuto un'occupazione compatibile con le sue condizioni psico-fisiche;

b) tale situazione integra uno dei requisiti previsti dalla disciplina del settore, donde la conseguenza che la mancata iscrizione non dà luogo ad una mancanza di prova, ma di un elemento costitutivo della fattispecie;

c) posto che l'iscrizione nelle liste speciali presuppone un accertamento della riduzione della capacità lavorativa da parte delle competenti commissioni e che, quindi, la tutela potrebbe venir meno per il periodo intercorrente dalla domanda di accertamento di quella situazione medico legale a quella della effettiva iscrizione nelle predette liste, è sufficiente che l'interessato presenti la domanda di iscrizione.

2.2 — La prova dell'incollocamento per l'invalido infracinquantacinquenne che non abbia ancora ottenuto il riconoscimento della percentuale di invalidità

Per gli invalidi infracinquantacinquenni, nell'ipotesi in cui non si sia ancora ottenuto il riconoscimento della percentuale di riduzione della capacità di lavoro da parte delle competenti commissioni sanitarie, risulta necessaria l'esistenza della domanda di iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio.

A tale elemento non si può supplire con la prova dello stato di disoccupazione, anche perchè è possibile presentare la domanda di iscrizione all'Ufficio di collocamento anche in difetto di preventivo accertamento del requisito sanitario da parte delle commissioni sanitarie, allegando documentazione apprestata dall'interessato, come è confermato dal tenore dell'art. 19 della cit. L. n. 482/68 e dal fatto che l'art. 11 della cit. L. n. 118/71, nel disciplinare la presentazione delle domande alle commissioni sanitarie, fa riferimento solo a quelle finalizzate al conseguimento delle provvidenze ex artt. 12, 13, 23 e 24 (vedi Cass.n. 7820/2000 in motivazione; Cass.n. 6414/2002; Cass.n. 2628/2001; Cass.n. 4257/2001) (10).

(9) Cass., sez.un. 10 gennaio 1992 n. 203 in *Giust. civ. Mass. 1992, fasc. 1; Orient. giur. lav. 1992, I,231; Foro it. 1992, I,49; Giust. civ. 1992, I,622.*

(10) Cass. 24 gennaio 2003 n. 1096 in *Giust. civ. Mass. 2003, 170.*

Pertanto, il mancato conseguimento del riconoscimento, da parte delle commissioni sanitarie di cui alla cit. L. n.118/71, di un grado di invalidità sufficiente ai fini del collocamento agevolato, non avrebbe valenza esonerativa dell'obbligo di domanda di iscrizione (Cass.n. 9170/2001; Cass.n. 11271/2000) (11).

Secondo un diverso orientamento, con riguardo agli invalidi nei cui confronti non sussista, nonostante la presentazione della domanda, un accertamento della invalidità e della misura di essa, il requisito dello stato di incollocazione al lavoro deve essere inteso come stato di disoccupazione o non occupazione che può essere provato con gli ordinari mezzi di prova (Cass.n. 12844 del 1999; Cass.n. 3556/1999; Cass.n. 12377/1998; Cass. n..10513/1998) (12).

2.3 — Inidoneità della dichiarazione sostitutiva

Va evidenziato che il requisito dell'incollocazione non può essere provato sulla base di una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ex art. 4 della Legge 4 gennaio 1968 n. 15 (13), atteso che in difetto di diversa specifica previsione di legge, nessun valore probatorio, neppure indiziario può essere attribuito, nel giudizio civile caratterizzato dal principio dell'onere della prova, alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà diretto ad accertare fatti, stati o qualità personali dedotti a sostegno della domanda o dell'eccezione (cfr. Cass., Sez. un., n. 10153/1998).

La piena equiparazione, a fini probatori, tra la dichiarazione resa dallo stesso soggetto interessato e le dichiarazioni asseverate da terzi, sancita dall'art. 4 della cit. L. n. 15/68 e ribadita dall'art. 30, comma 2, L. n. 241 del 7 agosto 1990 opera, per espressa previsione legislativa, nell'ambito di procedimenti amministrativi che si svolgono tra la pubblica amministrazione ed i privati, allo scopo di snellire e semplificare l'attività amministrativa nei confronti dei privati, i quali devono fornire la prova dei fatti, stati o qualità personali alla sussistenza dei quali è subordinata l'adozione di determinati provvedimenti a favore dell'interessato (cfr. ex plurimis: Cass. n. 703/ 2007; Cass.n. 18856/2004 e in motivazione: Cass., Sez. un., n. 10153/1998).

La suddetta equiparazione non è, invece, configurabile in sede processuale perché riconoscere efficacia alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (atto quest'ultimo assimilabile alle dichiarazioni scritte provenienti da terzi e, come tale, valutabile ai fini processuali) comporterebbe riconoscerle efficacia probatoria (anche soltanto a livello di indizio, con attribuzione, al giudice del potere discrezionale, non sindacabile in sede di legittimità, di avvalersene o meno) in contrasto con la regola generale in virtù della quale la parte non può derivare, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 c.c., elementi di prova a proprio favore da proprie dichiarazioni (cfr. in tal senso ancora Cass., Sez. un., n. 10153/1998 cit.) (14).

(11) Cass. 20 maggio 2002 n.7313 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 873.

(12) Cass. 10 settembre 2003 n. 13279 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 9.

(13) Cass. 11 luglio 2007 n. 15486 in *Giust. civ. Mass. 2007*, 7-8.

(14) Cass. 8 febbraio 2001 n. 1777 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 225.

2.4 — La prova dell'incollocamento per gli invalidi ultracinquantacinquenni. Insussistenza dell'onere di iscrizione nelle liste del collocamento ordinario.

Successivamente la Corte di Cassazione, rimanendo nella logica della decisione sopra riassunta, ha rilevato che il principio in essa enunciato non può trovare applicazione nei confronti degli invalidi ultracinquantacinquenni (ma infraseessantacinquenni) non aventi diritto, ai sensi dell'art. 1, 2 comma, della cit. L.n. 482/68, all'iscrizione nelle liste predette: (cfr.tra le varie conformi: Cass.n. 7820/2000; Cass. n. 7432/2000; Cass.n. 2310/1999; Cass.n. 10513/1998; Cass.n. 7552/1998; Cass.n. 4467/1998; Cass.n. 9604/1997), essendosi osservato che il principio affermato dalle Sezioni Unite, presupponendo la giuridica possibilità di iscrizione negli elenchi dell'art. 19 della cit. L. n. 482/68, non è utilizzabile con riguardo ai soggetti per i quali tale iscrizione è preclusa, ai sensi dell'art. 1, secondo comma, della stessa legge, per il superamento del cinquantacinquesimo anno di età.

In tale caso lo stato di incollocamento deve intendersi come stato di non occupazione e di mancata attività lavorativa e deve dall'invalido stesso, attore in giudizio, essere provato con gli ordinari mezzi di prova, comprese le presunzioni ex art. 2729 c.c. (cfr: Cass.n. 15637/2003; Cass. n. 13201/2003; Cass.n 13521/2002; Cass.n. 7315/2002; Cass.n. 2628/2001; Cass.n. 2564/2001; Cass.n. 4/2001; Cass.n.10765/2000; Cass.n. 8573/2000; Cass.n. 7423/2000; Cass.n. 473/1999; Cass.n. 11487/1999; Cass.n. 7552/1998; Cass.n. 9604/1997).

E su tale specifico tema la giurisprudenza si è assestata nei sensi sopra descritti (15).

Inoltre, nel caso di impossibilità di iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio non può pretendersi, come una specie di onere alternativo o sussidiario, l'iscrizione o la domanda d'iscrizione nelle liste di collocamento ordinario, in quanto l'obbligo di iscrizione nelle liste di collocamento di cui all'art. 19 legge citata trova fondamento nell'aspirazione del lavoratore invalido ad essere avviato al lavoro sulla base di un canale privilegiato, e ad essere destinato ad una attività lavorativa compatibile con le sue ridotte condizioni fisiche (16).

2.5 — Le presunzioni nella prova dell'incollocamento

Ribadito pertanto che per gli invalidi che abbiano superato i cinquantacinque anni non può essere richiesta l'iscrizione alle liste di collocamento, la non occupazione può essere provata anche per presunzioni, escluse, peraltro, quelle fondate su mere asserzioni collegate all'età, alle difficoltà occupazionali per gli invalidi e alla notoria difficoltà di trovare occupazione anche per soggetti giovani e validi (Cass. n. 10205/2000) (17).

Deve dunque escludersi che l'incollocabilità possa ritenersi in "*re ipsa*" per il

(15) Cass. 4 maggio 2002 n. 6414 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 758.

(16) Cass. 9 settembre 2003 n. 13201 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 9; Cass. 24 gennaio 2003, n. 1096 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 170.

(17) Cass. 2 gennaio 2001 n.4 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 24.

solo fatto della sussistenza del grado di invalidità idoneo al conseguimento del beneficio richiesto (v. Cass. n. 1948/2000; Cass. n. 10205/2000; Cass. n. 4/2001) (18).

Per quanto attiene al fatto notorio della penuria di posti di lavoro, va rilevata l'insufficienza ad integrare una presunzione, non escludendo esso la possibilità di reperimento di un lavoro, specie se modesto (19).

Per l'invalido ultracinquantacinquenne l'iscrizione nelle liste del collocamento in agricoltura, ossia per un settore specifico, non appare sufficiente ai fini della prova, perché lo stato di disoccupazione risulta accertato in relazione ad uno specifico settore produttivo (agricoltura) e non già riferito ad una più ampia e teorica possibilità di occupazione (20).

2.6 — La prova dell'incollocamento per gli invalidi dannosi alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro e alla sicurezza degli impianti

Successivamente è sorto il problema relativamente agli invalidi che, per la natura ed il grado della loro invalidità, possano riuscire di danno alla salute e alla incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti.

Si è infatti rilevato che l'art. 1, comma 2, della cit. L. n. 482/68 accomuna in unico divieto di applicazione delle disposizioni della stessa legge sia coloro che abbiano superato il 55° anno di età, sia la categoria di invalidi che, a causa della loro invalidità, possano "riuscire di danno alla salute e all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti".

Su tale questione è sorto contrasto, avendo ritenuto alcune pronunce che anche nelle ipotesi suddette in cui l'invalido non possa iscriversi alle liste di collocamento obbligatorio alla stregua dell'art. 19 della cit. L. n. 482/68, non gli si può, solo per tale ragione, disconoscere l'assegno mensile di invalidità.

In queste ipotesi all'espressione "incollocato al lavoro" di cui all'art. 13 della cit. L. n. 118/71 non potrebbe attribuirsi lo stesso significato ad essa assegnato dalla citata decisione delle Sezioni Unite con la sentenza n. 203 del 1992, ma un significato diverso, quale cioè stato di effettiva disoccupazione ricollegato ad una riduzione di capacità di lavoro che di detto stato è causa e che non consente il reperimento di una occupazione adatta alla ridotta capacità lavorativa dell'invalido (21).

Viceversa, secondo altre pronunce, il requisito dell'incollocazione al lavoro può essere fornito a prescindere dall'iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio solo nel caso di impossibilità di iscrizione dovuta al superamento del limite di età di cinquantacinque anni, e non nell'ipotesi degli invalidi pericolosi per sé e per gli altri e come tali non iscrivibili nelle liste speciali, ai sensi dell'art. 1 comma 2 della cit. L. n.

(18) Cass. 16 settembre 2002 n. 13521 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 1674.

(19) Cass. 19 febbraio 2000 n. 1948 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 421.

(20) Cass. 18 ottobre 2003 n. 15637 in *Diritto & Giustizia 2003*.

(21) Cass. 21 febbraio 2001 n. 2546 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 298; Cass. 12 agosto 2000 n. 10765 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 1787; Cass. 1 agosto 1998 n. 7552 in *Giust. civ. Mass. 1998*, 1632; Cass. 8 giugno 1998 n. 5626 in *Giust. civ. Mass. 1998*, 1242.

482/68; lo stato di incollocazione al lavoro presupporrebbe rigorosamente anche per questi ultimi che l'interessato si sia iscritto nelle liste speciali degli aventi diritto al collocamento obbligatorio o, quanto meno, abbia presentato la relativa domanda all'ufficio competente (22).

2.7 — La prova dell'incollocazione - fattispecie particolari: i lavoratori domestici e i maggiorenni frequentanti scuole

Per i soggetti con qualifica lavorativa di domestici o di addetti ai servizi familiari, la cit. L. n. 482/68 non consente l'iscrizione agli elenchi del collocamento obbligatorio.

Tali lavoratori (lavoratori domestici) possono dimostrare il loro stato di incollocazione al lavoro con gli ordinari mezzi di prova, comprese le presunzioni, dato che per detti lavoratori l'iscrizione al collocamento obbligatorio (o la relativa richiesta) sarebbe diretta al solo scopo - estraneo alla "ratio" della L. n. 482/68 - di preconstituire la prova formale del requisito della incollocabilità (Cass.n. 11487/1999).

Tale regime probatorio non si applica a chi svolga solo attività di casalinga, come tale non riconducibile tra i lavoratori subordinati addetti ai servizi familiari (23).

Alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata della nozione di incollocazione al lavoro, per i soggetti maggiorenni invalidi in frequenza scolastica, la giurisprudenza ha affermato l'equiparazione della regolare frequenza scolastica, secondo gli ordinamenti scolastici dello Stato, all'iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio dei disabili, in quanto entrambi i comportamenti dimostrano la volontà di inserirsi, convenientemente, nel mondo del lavoro (24).

3. — Deducibilità e rilevabilità dell'incollocazione

Nei giudizi diretti al riconoscimento dell'assegno di invalidità, il requisito reddituale e quello della cd. "incollocazione" al lavoro non costituiscono una condizione di erogabilità della prestazione richiesta, bensì, al pari del requisito sanitario, un elemento costitutivo della pretesa, la cui mancanza è pertanto deducibile o rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (25), anche in sede di legittimità (cfr. ex plurimis: Cass.n. 3628/1994; Cass.n. 7548/1990) (26), fatte salve le preclusioni determinatesi nel processo e, in particolare, quella derivante da giudicato interno (v. sul punto, tra numerose altre, Cass.n. 3881/2001; Cass.n. 7716/ 2001) (27).

Tale carenza infatti non è ulteriormente proponibile nel caso di formazione al

(22) Cass. 6 novembre 2002, n. 15590 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 1923; Cass. 20 maggio 2002 n. 7313 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 873; Cass. 8 ottobre 1996, n. 8787 in *Giust. civ. Mass. 1996*, 1386.

(23) Cass. 9 agosto 2003 n. 12036 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 7-8.

(24) Cass. 30 gennaio 2006 n.2034 in *Giust. civ. Mass. 2006*, 1.

(25) Cass. 21 marzo 2002 n. 4067 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 494.

(26) Cass. 3 aprile 2001 n. 4910 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 682.

(27) Cass. 16 settembre 2002 n. 13521 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 1674.

riguardo di giudicato interno implicito, a causa dell'accoglimento della domanda in primo grado e della formulazione di motivi di appello soltanto con riferimento al requisito sanitario.

La Cassazione ha precisato che detta deducibilità o rilevabilità sono da rapportare alle preclusioni determinatesi nel processo e, in particolare, a quella derivante dal giudicato interno formatosi - ove il giudice di primo grado abbia accolto la domanda all'esito della verifica del solo requisito sanitario - per effetto della mancata impugnazione della decisione implicita in ordine all'esistenza del requisito in questione (Cass.n. 14509/1999; Cass.n. 9245/1995; Cass.n. 4217/1995) (28).

4. — La sopravvenienza del requisito dell'incollocamento

Il requisito dell'incollocabilità al lavoro deve essere accertato con riferimento al momento della decisione giudiziale e non a quello della domanda amministrativa, in quanto, essendo connaturale al suddetto requisito una possibile alternanza di momenti di iscrizione e momenti di mancata iscrizione nelle liste speciali di collocamento, non avrebbe alcun rilievo effettuare il relativo accertamento con riguardo al momento della domanda amministrativa (Cass. n. 10263/2001) (29).

L' incollocazione al lavoro, quale elemento costitutivo dell'assegno d'invalidità civile, può utilmente sopravvenire nel corso del giudizio (30), ferma restando la regola secondo la quale il trattamento decorre dal primo giorno del mese successivo a quello in cui si sia perfezionata la fattispecie - senza che sia necessaria la presentazione di una nuova domanda amministrativa diretta alla verifica della sussistenza di detto requisito (cfr. in tal senso Cass.n. 8055/2000) (31).

Ed invero, l'art. 149 disp. att. c.p.c. concernente le controversie in materia di invalidità pensionabile, prevede espressamente che vengano prese in esame le infermità e gli aggravamenti intervenuti nel corso del procedimento amministrativo e giudiziario a fini di economicità, finì che sarebbero frustrati se non si consentisse anche la verifica, nel corso del procedimento giudiziale, degli ulteriori requisiti come l'incollocazione al lavoro, che possono ben sopraggiungere in conseguenza dell'aggravamento delle infermità preesistenti (32).

Angela Laganà
Avvocato Inps

(28) Cass. 1 marzo 2001 n. 2937 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 372; Cass. 1 marzo 2001 n. 2937 in *Giust. civ. Mass. 2001*, 368.

(29) Cass. 20 maggio 2002 n. 7315 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 873.

(30) Cass. 26 luglio 2000 n. 9812 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 1634.

(31) Cass. 2 dicembre 2003 n. 18403 in *Giust. civ. Mass. 2003*, 12; Cass. 28 marzo 2002 n. 4555 in *Giust. civ. Mass. 2002*, 544.

(32) Cass. 13 giugno 2000 n. 8055 in *Giust. civ. Mass. 2000*, 1289 *Arch. civ. 2000*, 1109.

Contributi - Transazione - Richiesta di versamento dei contributi con riferimento a somme ulteriori - Sussistenza dell'obbligo contributivo.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro - 13.08.2007, n. 17670 - Pres. Ianniruberto - Rel. Balletti -INPS (Avv.ti Cossu, Correrà, Coretti).

L'obbligazione contributiva è completamente insensibile agli effetti della transazione. La totale estraneità ed inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta.

Pertanto la sussistenza dei crediti di lavoro azionati dal dipendente deve essere accertata indipendentemente dall'accordo concluso tra le parti, al solo fine dell'assoggettamento dei relativi importi (in quanto compresi nella retribuzione dovuta) all'obbligo contributivo.

FATTO — M.G., premesso di aver lavorato alle dipendenze della S.p.a. S. - Spedizioni Autotrasporti e Depositi Associati - e di essere stato collocato in mobilità nel 1996, sottoscrivendo in occasione della cessazione del rapporto un verbale di conciliazione presso l'Ufficio Provinciale del Lavoro e della Massima Occupazione di Napoli, e ricevendo un importo aggiuntivo rispetto a quanto spettante a titolo di T.F.R., conveniva in giudizio la società datrice di lavoro chiedendo il pagamento di ulteriori somme dovute a vario titolo (ricalcolo del TFR con l'inclusione nella base di computo di retribuzioni erogate "fuori busta" e non conteggiate; indennità sostitutiva delle ferie non godute; differenze retributive spettanti per la "illegittima decurtazione della retribuzione").

Chiedeva altresì che alla società convenuta venisse ordinato di "provvedere al versamento degli oneri per le Assicurazioni sociali in favore dell'istante, sulle somme allo stesso spettanti".

Il giudice adito rigettava la domanda con decisione che la Corte di Appello di Napoli ha confermato con la sentenza oggi denunciata. Ad avviso del giudice dell'appello, l'accordo transattivo sottoscritto dal M. in data 9 dicembre 1996 precludeva l'esame delle domande retributive; non erano poi assoggettabili a contribuzione previdenziale le somme erogate a fronte delle rinunzie contenute in detto accordo, nell'ambito di una transazione novativa.

M.G. propone ricorso per Cassazione con tre motivi illustrati da memoria. La S.p.a. S. resiste con controricorso.

L'INPS si è costituito con il deposito di procura speciale.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo di ricorso, mediante la denuncia di violazione degli artt. 1418, 1965, 1966 c.c., e artt. 2113 cod. civ., art. 411 cod. proc. civ., il ricorrente censura la sentenza impugnata deducendo la indisponibilità dei diritti oggetto della transazione, con la prospettazione della distinzione tra negozi abdicativi su diritti che sono già entrati nel patrimonio del lavoratore e atti che impediscono l'acqui-

sizione del diritto, incidendo sul suo momento genetico, da ritenersi nulli per contrasto con norma inderogabile.

Sotto altro profilo, si deduce che nella fattispecie non può essere ravvisata una "vera e propria conciliazione" in assenza di una res litigiosa e di reciproche concessioni.

2. — Il secondo motivo, con la denuncia di violazione, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5 degli artt. 36 Cost., artt. 1966, 2099, 2103, 2109, 2113 e 2115 cod. civ., prospetta anzitutto la invalidità di una rinuncia o transazione che abbia per oggetto la "quota di retribuzione garantita dalla contrattazione collettiva secondo un principio di inderogabilità sancito dall'art. 36 Cost. e dall'art. 2103 cod. civ."

Un'ulteriore critica riguarda la statuizione di rigetto della pretesa relativa al pagamento della contribuzione previdenziale "sulle somme corrisposte mensilmente fuori busta, nonché su somme ancora spettantigli e non corrisposte quali, ad esempio, per illegittima decurtazione della retribuzione ed indennità sostitutiva di ferie";

la parte rileva, oltre all'indisponibilità del credito previdenziale l'assenza di motivazione sul punto, perchè la sentenza impugnata riferisce la statuizione di rigetto alla contribuzione previdenziale sull'importo percepito in base all'accordo, e non esamina le suddette altre richieste.

Si contesta, inoltre, la decisione relativa alla rinunciabilità del diritto alla indennità sostitutiva di ferie e del ricalcolo del T.F.R..

Si censura così la sentenza che ha ritenuto valida la conciliazione avente ad oggetto diritti indisponibili del lavoratore ovvero non ancora entrati nel suo patrimonio.

3. — Il terzo motivo, con la denuncia, ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3 e 5, di violazione della L. n. 153 del 1969, art. 12 e all'art. 1965 cod. civ., investe la decisione relativa al riconoscimento del diritto al versamento del contributo previdenziale sulla ulteriore somma versata al lavoratore al momento della transazione a titolo di T.F.R. Si osserva che l'erogazione "trova il suo fondamento nella procedura di mobilità e quindi nel rapporto di lavoro, per cui la natura retributiva della corresponsione ne determina l'assoggettamento a contribuzione previdenziale".

4.1. — I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro stretta connessione, meritano accoglimento per quanto di ragione.

La sentenza impugnata ha accertato che con la conciliazione intervenuta tra le parti il M. ha ricevuto, oltre agli importi di L. 42.255.930 per differenza di T.F.R. (rispetto ad un acconto già erogato) e L. 64.467.000 a titolo di incentivo all'esodo, l'ulteriore somma di L. 50.876.000 (L. 70.000.000 lorde) erogata a fronte delle rinunce ai diritti scaturenti dall'intercorso rapporto di lavoro. Ha ritenuto quindi che l'ampia rinuncia ad ogni pretesa connessa a tale rapporto e specificamente - oltre che all'impugnazione del licenziamento - alle pretese retributive ormai maturate (comprehensive di quelle relative a differenze retributive e di spettanze di fine rapporto) precludesse l'esame delle domande relative sia alle suddette differenze, sia ai compensi per ferie non godute e ricalcolo del T.F.R..

La sentenza resiste alle censure mosse, per quanto riguarda l'accertamento di un valido negozio abdicativo avente ad oggetto diritti patrimoniali ormai maturati derivanti dal rapporto di lavoro.

Contrariamente a quanto asserito dalla parte, non entrano qui in considerazione diritti non ancora acquisiti al patrimonio del lavoratore; si tratta d'altro canto, nella

specie, di crediti derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi, soggetti al regime di disponibilità relativa previsto dall'art. 2113 cod. civ..

4.2. — La sentenza ha poi escluso l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale della "ulteriore somma pari a L. 70 milioni lordi, corrisposta ... a fronte delle rinunzie contenute nell'accordo transattivo" riferendo tale dazione di denaro ad una transazione novativa, costituente l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti.

Per questo aspetto, la decisione non appare conforme a diritto. In primo luogo, si deve osservare che l'attuale ricorrente ha riferito la propria domanda di condanna della controparte al versamento dei contributi previdenziali non alle somme attribuite con la conciliazione, ma agli importi che sostiene essergli dovuti "a titolo di retribuzione corrispostagli mensilmente fuori busta paga, nonché alle somme ancora spettantigli e non corrisposte, quali ad esempio per illegittima decurtazione della retribuzione e indennità sostitutiva ferie".

D'altro canto, trova qui applicazione il principio secondo cui la transazione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro è estranea al rapporto tra quest'ultimo e l'INPS, avente ad oggetto il credito contributivo derivante dalla legge in relazione all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, giacchè alla base del credito dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta e non quella corrisposta, in quanto l'obbligo contributivo del datore di lavoro sussiste indipendentemente dal fatto che siano stati in tutto o in parte soddisfatti gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera, ovvero che questi abbia rinunciato ai suoi diritti (Cass. 3 marzo 2003 n. 3122, 9 aprile 2003 n. 5534).

La totale estraneità ed inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo discende dal principio che, alla base del calcolo dei contributi previdenziali, deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dalla L. n. 153 del 1969, art. 12, per indicare la retribuzione imponibile ("tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro ...") va intesa nel senso di "tutto ciò che ha diritto di ricevere", ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti.

Restando quindi l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione (v. anche Cass. 3 marzo 2004 n. 6607), la sussistenza dei crediti di lavoro azionati dal dipendente doveva essere accertata indipendentemente dall'accordo concluso tra le parti, al solo fine dell'assoggettamento dei relativi importi (in quanto compresi nella retribuzione dovuta) all'obbligo contributivo.

La sentenza impugnata va dunque cassata, con rinvio della causa alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione, che dovrà accertare la sussistenza o meno dei crediti di lavoro di cui si è detto per stabilirne, in base al suesposto principio di diritto, l'assoggettamento a contribuzione previdenziale.

Il giudice del rinvio dovrà anche provvedere sulle spese del presente giudizio.

(*Omissis*)

TRATTAMENTO PREVIDENZIALE DI SOMME EROGATE AL LAVORATORE A TITOLO DI TRANSAZIONE

Secondo quanto disposto dall'articolo 27 del D.P.R. 30.5.1955, n. 797, nel testo modificato dall'articolo 12 della legge n. 153 del 30.4.1969, costituiva retribuzione imponibile ai fini contributivi tutto ciò che il lavoratore ricevesse dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro. La seconda norma aveva innovato tale nozione, sostituendo al riferimento al compenso per l'opera prestata, ispirato ad un criterio di sinallagmaticità con la prestazione di lavoro, il collegamento molto più ampio con il rapporto di lavoro subordinato (la dipendenza), ispirato ad un criterio di onnicomprensività della retribuzione. Per effetto di tale modifica, ogni somma la cui corresponsione trovasse titolo nel rapporto di lavoro era idonea a costituire retribuzione imponibile, dalla quale, dunque, rimanevano escluse soltanto le erogazioni derivanti da causa autonoma rispetto allo stesso rapporto, e quelle espressamente individuate dalla stessa norma.

In linea di principio, pertanto, anche con riferimento alle erogazioni pecuniarie a titolo transattivo occorre accertare volta per volta se il titolo dell'erogazione effettuata dal datore di lavoro fosse riconducibile a quanto disposto dall'articolo 12 richiamato perché potesse sorgere l'obbligo del versamento contributivo.

Peraltro, secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione formatosi in vigenza della stessa norma, non ogni somma erogata al lavoratore a titolo transattivo assumeva necessariamente natura di retribuzione imponibile, dovendosi ciò espressamente escludere nei casi in cui l'erogazione traesse origine e causa solo nell'accordo transattivo, e non nel rapporto di lavoro. Le erogazioni effettuate dal datore di lavoro, dunque, sarebbero state da considerarsi "in dipendenza" del rapporto di lavoro solo quando avessero trovato in questo una causa immediata e diretta, diversamente il rapporto di dipendenza doveva ritenersi escluso nel caso in cui fosse dimostrata la sussistenza di un'autonoma causa negoziale per l'erogazione. Ciò accadeva ogni volta che la lite tra le parti fosse composta in sede transattiva non mediante un accertamento della situazione giuridica preesistente, ma sostituendo a questa un nuovo assetto di interessi tra le parti. In tal caso oggetto della transazione non è, infatti, la valutazione della situazione alla quale la transazione ha dato luogo, ma la lite che le parti vogliono superare e il rapporto di lavoro costituisce non titolo, ma semplice occasione delle erogazioni. Questo era appunto ciò che accadeva nella fattispecie delle erogazioni provenienti dal datore di lavoro in forza di una transazione c.d. novativa - cioè di una transazione con la quale le parti con reciproche concessioni possono "creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti" (art. 1965, comma 2, cod. civ.). In tale caso, infatti, i diritti e gli obblighi delle parti hanno "come unica fonte", il contratto di transazione e non, come nella transazione propria, il fatto causativo del rapporto originario e, quale fonte concorrente (complementare), il contratto di transazione (Cass. Sez. Lav. 13.08.1982, n. 4605).

Ancora recentemente, la Corte di Cassazione ha affermato che "nella transazione novativa il contratto di transazione rappresenta l'unica fonte dei diritti e degli obbli-

ghi delle parti. Ne consegue, in materia di lavoro subordinato, che qualora intervenga tra datore di lavoro e lavoratore una transazione novativa, la somma di denaro dovuta dal datore di lavoro ex art. 12 della legge n. 153 del 1969 in esecuzione del suddetto contratto, non può essere considerata, ai fini contributivi, come corrisposta in dipendenza del rapporto di lavoro essendo tale rapporto sparito nel momento della conclusione della transazione novativa". (Cass.Sez.Lav. 18.05.1999 n. 4811). Diversamente, l'imponibilità tornava ad essere affermata nel caso di transazione non novativa, in quanto questa contiene un riconoscimento del collegamento del diritto del lavoratore col sottostante rapporto di lavoro.

Su tale assetto interpretativo si sono innestate le previsioni dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 settembre 1997, n. 314, di armonizzazione della retribuzione imponibile fiscale e previdenziale il quale, nel riformulare il testo dell'articolo 12 della legge n. 153/1969, ha disposto che "costituiscono redditi da lavoro dipendente quelli di cui all'art. 46, comma 1 (leggasi ora 49, n.d.r.), del testo unico sulle imposte dei redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917..." e che, "per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale si applicano le disposizioni contenute nell'art. 48 (leggasi ora 51, n.d.r.) del testo unico delle imposte sui redditi, ... salvo quanto specificato nei seguenti commi".

L'articolo 51 del D.P.R. n. 917/1986 dispone appunto che "il reddito da lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro".

È evidente come, dal nuovo testo dell'articolo 12, emerga un ampliamento della nozione di retribuzione imponibile, dovendosi considerare computabili ai fini contributivi, oltre alle somme a qualunque titolo percepite, e oltre alle somme corrisposte "in dipendenza del rapporto di lavoro", anche quelle corrisposte soltanto "in relazione" ad esso, con esclusione delle erogazioni indicate al quarto comma della norma in commento. In tale elencazione - tassativa ai sensi del comma 5 del nuovo testo dell'articolo 12 - non figurano, tra l'altro, le erogazioni aventi titolo in una transazione.

È inoltre interessante rilevare che, ai fini dell'imponibilità fiscale, in circolare n. 326/E del 23/12/1997, il Ministero dell'Economia e Finanze ha indicato tra le componenti del reddito da lavoro dipendente rilevanti ai sensi dell'articolo 51 anche "le somme e i valori, comunque percepiti, a seguito di transazioni, anche novative, intervenute in costanza di rapporto di lavoro o alla cessazione dello stesso".

Accanto alla novità dell'elemento normativo, si deve contemporaneamente segnalare un'evoluzione nell'orientamento della Corte di Cassazione, evidenziatosi a partire dalla sentenza 9 maggio 2002, n. 6663.

In detta sentenza la Suprema Corte chiarisce che "in materia di assoggettabilità a contribuzione obbligatoria delle erogazioni economiche del datore di lavoro previste in occasione di transazioni o conciliazioni giudiziali, il principio secondo cui le erogazioni dipendenti da transazioni aventi la finalità non di eliminare la "res dubia" oggetto della lite, ma di evitare il rischio della lite stessa, e non contenenti un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, debbono considerarsi in nesso non di dipendenza ma di occasionalità con il rapporto di lavoro e quindi non assoggettabili a contribuzione, va coordinato con il principio, desumibile dall'art. 12 della legge n.

153 del 1969, secondo cui l'indagine del giudice di merito sulla natura retributiva o meno delle somme erogate al lavoratore dal datore di lavoro non trova alcun limite nel titolo formale di tali erogazioni, e con il principio che nell'ampio concetto di retribuzione imponibile ai fini contributivi, quale dettato dal richiamato art. 12, rientra tutto ciò che, in denaro, o natura, il lavoratore riceve dal datore di lavoro in dipendenza e a causa del rapporto di lavoro, sicché per escludere la computabilità di un istituto non è sufficiente la mancanza di uno stretto nesso di corrispettività, ma occorre che risulti un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione”.

Tali affermazioni appaiono ancor più significative proprio perché rese in relazione ad una fattispecie valutata dalla Corte con riferimento alla nozione di retribuzione imponibile contenuta nell'articolo 12 della legge n. 153/1969, nel testo antecedente alle modifiche in senso ampliativo operate dal decreto legislativo n. 314 del 1997, ed implicano che le somme corrisposte a titolo transattivo non possano più considerarsi non imponibili, per il solo fatto di un'intervenuta transazione novativa tra datore di lavoro e lavoratore, ma che debba comunque procedersi ad una indagine di merito sulla natura delle somme erogate al lavoratore, senza che il titolo formale delle stesse possa aprioristicamente avere il ruolo di un diaframma che esclude qualsiasi possibilità di entrare nel merito della valutazione in questione. I criteri indicati, inoltre, appaiono coerenti anche e soprattutto con il nuovo testo dell'art. 12 della legge n. 153/1969, risultante dalle modifiche apportate dall'art. 6 del D.Lgs. n. 314/1997.

Di questo ha mostrato di rendersi conto anche la prassi amministrativa, precisando, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 314 del 1997, che *“le somme date per transazioni intervenute in relazione al rapporto di lavoro e nascenti da pretese vertenti su elementi imponibili rientrano nell'imponibile contributivo”* (cfr. circolare INPS n. 263/1997).

Dunque, secondo il più recente orientamento della Corte, la natura novativa della transazione intervenuta non preclude, come in passato, la verifica circa la reale natura delle somme erogate al lavoratore a tale titolo, che possono essere escluse dalla retribuzione imponibile solo se corrisposte in base ad un titolo autonomo rispetto al rapporto di lavoro.

Da quanto sin qui detto emerge che, anche ai fini dell'assoggettamento a contribuzione delle somme erogate in via transattiva al lavoratore, trovano applicazione gli ordinari criteri di accertamento ai fini della determinazione della base imponibile previdenziale di cui all'articolo 6 del D.Lgs. n. 314/1997. Ai fini di una corretta applicazione dei criteri sopra richiamati, sarà, pertanto, necessario procedere di volta in volta ad una attenta disamina dei contenuti della specifica transazione nonché delle pretese oggetto della controversia, onde rilevare la riferibilità o meno dell'erogazione dei vari importi ad obbligazioni aventi natura retributiva, con ogni conseguenza in ordine all'imponibilità contributiva della stessa.

L'odierna sentenza arricchisce di ulteriori aspetti il percorso evolutivo che si è ritenuto di poter individuare, ponendosi sulla scia della precedente Cass. Sez. Lav. 3.03.2004, n. 6607, e portandolo alle (coerenti) estreme conseguenze.

Infatti, nella fattispecie dedotta dinanzi alla Corte, il ricorrente, pur avendo stipulato col datore una transazione, riferisce la sua domanda di adempimento degli obbli-

ghi previdenziali non agli importi corrispostigli a seguito dell'atto transattivo, ma ad ulteriori importi che sosteneva essergli dovuti a prescindere da questo atto. La Corte, richiamando il principio della estraneità della transazione intervenuta tra le parti del rapporto di lavoro rispetto al rapporto tra datore di lavoro ed ente previdenziale, osserva che alla base del credito contributivo dell'ente previdenziale deve essere posta la retribuzione dovuta al lavoratore e non quella corrisposta, poiché, secondo i noti principi, l'obbligo contributivo prescinde dall'adempimento degli obblighi retributivi nei confronti del prestatore, ovvero dalla rinuncia ai propri diritti da parte di questo (diritti peraltro indisponibili, occorre aggiungere, se previdenziali). Dall'autonomia tra il rapporto di lavoro e quello contributivo discende, dunque, la totale insensibilità agli effetti della transazione dell'obbligazione contributiva, cosicché la sussistenza dei crediti di lavoro rivendicati dal dipendente dovrebbe essere accertata al solo fine di determinare l'assoggettamento di questi all'obbligazione contributiva.

Dunque, dopo aver affermato che l'atto transattivo, anche se novativo, non assume più il ruolo di un diaframma frapposto ai poteri accertativi dell'obbligo contributivo, le verifiche che si rende necessario effettuare, secondo quanto si è detto prima, non possono, coerentemente, limitarsi alle sole somme dedotte nell'atto di transazione, ma devono riguardare l'insieme della retribuzione dovuta al lavoratore in relazione al rapporto di lavoro, in quanto è questa ad essere rilevante ai fini previdenziali. Ciò perché l'atto di transazione tocca solo la sfera retributiva del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore e, come tale (anche, quindi, negli importi considerati) non è opponibile all'ente previdenziale. Ne consegue, secondo la Corte, che "l'ente previdenziale è abilitato ad azionare il credito contributivo provando, con qualsiasi mezzo, quali somme assoggettabili a contribuzione il lavoratore aveva diritto di ricevere, e tale prova può desumersi, in via presuntiva, anche dallo stesso contratto di transazione e dal contesto dei fatti in cui si è inserito"(sentenza n. 6607 del 2004). Tale orientamento, formatosi con riferimento al testo dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969 antecedente alla sostituzione operata dall'art. 6 del d.lgs. n. 314 del 1997, trova oggi un sicuro riscontro normativo nel nuovo testo di questa norma che individua una nozione ancora più ampia di retribuzione imponibile ai fini previdenziali, secondo quanto si è sopra illustrato.

Simona Tersigni

*Funzionario della Direzione Centrale
delle Entrate Contributive*

Processo civile - Rito del lavoro - Ricorso introduttivo - Nullità - Applicazione art. 164, comma 5, c.p.c. - Esclusione.

Tribunale di Palermo - 24.11.06/06.02.07, n. 4973/06 - Dott. Lo Bello - G. F. (Avv. Lo Bello, Tornambé) - 3D T. s.a.s. di M. A. & C. (Avv. Paleologo) - INPS (Avv. Madonia).

Nel rito del lavoro il ricorrente deve - analogamente a quanto stabilito per il giudizio ordinario dal disposto dell'art. 163, n. 4, c.p.c. - indicare ex art. 414, n. 4 c.p.c. nel ricorso introduttivo della lite gli elementi di fatto e di diritto posti a base della domanda. In caso di mancata specificazione ne consegue la nullità del ricorso, da ritenersi insanabile non essendo applicabile al processo del lavoro la sanatoria ex art. 164, comma 5, c.p.c..

FATTO — Con ricorso depositato in data 7 gennaio 2004 il ricorrente indicato in epigrafe conveniva in giudizio la società 3D T. S.a.s. di M. A. & C. e l'INPS, ciascuno in persona del proprio legale rappresentante pro-tempore, e, premesso di essere stato assunto alle dipendenze della società convenuta dal 16.1.1998 con qualifica di conducente di linea, lamentava il sistematico ritardato pagamento delle retribuzioni mensili e la mancata corresponsione degli accessori.

Premesso, inoltre, di avere espletato le mansioni di autista di servizio urbano ed extraurbano dalle ore 5,00 alle 22,00, allegava di avere diritto al pagamento dell'indennità di trasferta, dell'indennità diaria e del compenso per il lavoro straordinario per le ore di mancato riposo ex art. 9 della L. n. 138/58, avendo riposato giornalmente solo sette ore.

Chiedeva, inoltre, riliquidarsi il TFR mediante l'inclusione nella relativa base di calcolo dei compensi per il lavoro straordinario, dell'indennità di presenza, del premio incentivazione, dell'indennità guida turni, del supernastro, diarie, trasferte e EDR, con condanna della convenuta al pagamento delle connesse differenze, unitamente ai ratei di tredicesima e quattordicesima mensilità relativi agli anni 1998/2000, dei quali deduceva il mancato pagamento.

Concludeva, infine, chiedendo dichiararsi l'obbligo di parte datoriale al versamento dei contributi dovuti in relazione ai maggiori importi accertati.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio resisteva in giudizio la società convenuta (*omissis*).

Si costituiva, altresì, l'INPS domandando la condanna della società convenuta al pagamento dei contributi previdenziali dovuti in caso di accertata fondatezza delle pretese attoree.

(*omissis*)

DIRITTO — (*omissis*) Merita, per converso, accoglimento la rilevata nullità del ricorso nei limiti che si passa di seguito ad esaminare.

Come è noto l'art. 414 c.p.c. dispone che il ricorso debba contenere (cfr. nn. 3-4) “la determinazione dell'oggetto della domanda” e “l'esposizione dei fatti e degli ele-

menti di diritto sui quali si fonda la domanda, con le relative conclusioni". L'inservanza di tale precetto - è altrettanto noto - determina la nullità insanabile del ricorso introduttivo, ove tali elementi non siano individuabili neppure dall'esame complessivo dell'atto, malgrado la costituzione del convenuto (cfr. Cass. civ., n. 3510/1991; Cass. civ., n. 1740/91) e lo svolgimento, da parte sua, di difese nel merito, quando queste siano assolutamente subordinate al mancato accoglimento dell'eccezione di nullità del ricorso e comunque inidonee alla individuazione degli elementi omessi.

Né può, ovviamente, sostenersi che le deficienze del ricorso siano superabili tramite l'esercizio, da parte del giudicante, dei poteri di cui al comma 1 dell'art. 421 c.p.c., atteso che tale norma si riferisce alle ipotesi di semplice "irregolarità" degli atti, e non è applicabile al caso concreto, disciplinato, invece, dall'art. 156, ult. co., c.p.c..

Tanto premesso, deve rilevarsi che se appare chiaro l'oggetto del ricorso nella parte in cui tende ad ottenere il pagamento:

- a) degli accessori maturati sulle retribuzioni corrisposte tardivamente;
- b) della diaria nella misura di cui all'art. 20 del CCNL o in subordine in quella prevista dal successivo art. 21;
- c) del compenso per il lavoro straordinario effettivamente prestato;
- d) della retribuzione parametrata alle tabelle di cui ai contratti collettivi succedutisi a partire dal 1976;

altrettanto non può dirsi "dei fatti e degli elementi di diritto" sui quali lo stesso si fonda. Ed infatti, il ricorrente ha del tutto omesso di fornire elementi idonei a ricostruire le concrete modalità di svolgimento della prestazione e quindi:

- pur lamentando di avere ricevuto una retribuzione inferiore rispetto a quella effettivamente dovuta sulla base della contrattazione collettiva, non chiarisce quali siano gli importi percepiti;
- allega di avere svolto il proprio servizio tra Cinisi e Partinico senza specificare il luogo di residenza, utile per la determinazione dell'indennità di trasferta e della diaria;
- non indica né l'ammontare del lavoro straordinario espletato né i giorni in cui tale prestazione sarebbe stata svolta;
- non precisa i giorni di ritardo sul pagamento delle retribuzioni.

È bene, infatti, ricordare che solo attraverso un'analitica descrizione delle circostanze di fatto sopra riassunte i termini della controversia sarebbero stati sufficientemente chiari, così da garantire il diritto di difesa di parte datoriale e consentire a questo giudicante un giudizio di comparazione tra le mansioni svolte e la congruità del trattamento retributivo percepito dall'istante, che in ultima analisi rappresenta l'oggetto del *petitum*.

Non ignora, invero, il decidente la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 11353 del 13 maggio 2004, nella quale, nell'ambito di una riflessione di carattere più generale sulle decadenze istruttorie, è stato affermato il principio di diritto secondo cui anche all'atto introduttivo del giudizio del lavoro dovrebbe applicarsi la previsione di cui all'art. 164, comma 4 e 5, c.p.c., con la conseguenza che la nullità sarebbe sanabile per effetto di un termine all'uopo concesso dal giudice per consentire all'attore di emendare la domanda e, nel caso in cui ciò non sia avvenuto, per il raggiungimento dello scopo dell'atto.

La *ratio* di siffatta soluzione ermeneutica è stata individuata dalle Sezioni Unite nell'innestarsi il rito del lavoro, pur con le sue peculiarità, nell'alveo del processo civile, anche in ragione del sostanziale avvicinamento dei due riti a seguito della novella del 26 novembre 1990 n. 353, avendo il processo ordinario acquisito numerose delle caratteristiche che avevano segnato la specificità della legge 11 agosto 1973 n. 533, quali la tendenziale monocraticità del giudice, ex art. 50 *bis* e 50 *ter* c.p.c., l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero e del tentativo di conciliazione delle parti, ex art. 183 c.p.c., il potere del giudice di pronunciare con ordinanza il pagamento delle somme non contestate o di cui il giudice ritenga raggiunta la prova, ex artt. 186 *bis* e *quater* c.p.c. l'ormai generalizzata esecutorietà della sentenza di primo grado, ex art. 282 c.p.c. Pertanto, il detto regime sarebbe "*applicabile al processo del lavoro in assenza di una specifica deroga normativa o di una manifesta incompatibilità strutturale perché il processo del lavoro - pur nella sua autonomia - rimane un giudizio a cognizione ordinaria inquadrabile nell'ambito del generale sistema del codice di procedura civile con l'effetto che ogni carenza della relativa disciplina ne impone l'integrazione attraverso l'applicazione, oltre che delle norme generali del libro I del c.p.c., anche di quelle del processo di cognizione di cui al libro II, se ed in quanto le suddette norme non siano, appunto, incompatibili con le peculiarità connotanti il rito del lavoro*".

Deve, nondimeno, esprimersi un fermo, ma rispettoso dissenso all'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la richiamata pronuncia, dovendosi dubitare della compatibilità tra la struttura del rito del lavoro ed il regime della sanatoria della nullità previsto dall'art. 164 c.p.c., come, peraltro, ripetutamente osservato dalla Suprema Corte che in più di una pronuncia aveva affermato l'insanabilità e rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio della nullità del ricorso introduttivo quale *error in procedendo* (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ. n. 15817/2004; n. 7089/99; Cass. civ. n. 9810/98; n. 4296/98; n. 2205/98; n. 13066/97).

Ed infatti il rito del lavoro, informato ai noti principi di oralità, celerità e concentrazione, è costruito per essere deciso in una sola udienza, nella quale il giudice procede all'interrogatorio delle parti, le autorizza, se ricorrono gravi motivi, a modificare le domande, ammette i mezzi istruttori, assume le prove, invita i procuratori a discutere la causa e, al termine della discussione, decide. È, quindi, una mera eventualità (per lo più addebitabile a storture patologiche del sistema) che le prove vengano escuse in una o più udienze ovvero che sia concesso un termine, non superiore a dieci giorni, per il deposito di note difensive scritte, anziché decidere la controversia subito dopo la discussione orale; a tale principio fa da *pendant* la valorizzazione del carattere di circolarità che lega tra di loro oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova, come evidenziato dalla dottrina e anche dai più recenti sviluppi giurisprudenziali.

Del resto le stesse Sezioni Unite della Suprema Corte, tanto nella richiamata pronuncia, che in successivi pronunciamenti (cfr. Cass. civ. n. 8202/2005), hanno rilevato il rigore del regime di decadenza che investe il processo del lavoro sotto il profilo delle deduzioni istruttorie, così da rimarcare l'onere da parte del convenuto "*di prendere posizione, in materia precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda*", previsto dall'art. 416, ultimo comma, prima parte, c.p.c., in combinato disposto con la disposizione di cui all'art. 167, 1 comma, c.p.c., atteso che la non contestazione assurge a comportamento univo-

camente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio *“con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti”*.

Si aggiunga che se il resistente va dichiarato decaduto da tutti i mezzi di prova non specificamente richiesti nei termini di cui all'art. 416 c.p.c., anche dalla produzione di documenti, salvo che nell'ipotesi di formazione di documentazione successiva all'instaurazione del giudizio, di produzione di documentazione giustificata dallo sviluppo del processo, ovvero di provata difficoltà a procurarsi il documento, circostanze, queste, che sono idonee a giustificare una rimessione in termini (cfr. Cass. civ., S.U., 8202/2005; n. 16265/2003; n. 775/2003), parimenti il ricorrente va dichiarato decaduto dai mezzi di prova non articolati tempestivamente in ricorso, secondo una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 416 c.p.c..

Proprio la citata sentenza n. 11353/2004 delle Sezioni Unite così ricostruisce il sistema delle decadenze nel processo del lavoro: *“Ed invero alla conclusione che la decadenza dalle prove riguardi non solo il convenuto (art. 416, 3 comma, c.p.c.) ma anche l'attore (art. 414 n. 4 c.p.c.) si perviene con certezza sulla base della lettera dell'art. 420, 5 comma, c.p.c. che contempla la possibilità nel corso della prima udienza che le parti chiedano “nuovi mezzi di prova” solo ove “non abbiano potuto proporli prima”. Una tale interpretazione del dato normativo è stata accolta dalla Corte Costituzionale, che ha evidenziato il carattere paritario della disciplina dell'attività difensiva delle parti del processo sicché la stessa sanzione di decadenza che “per il convenuto si trova espressamente sancita nell'art. 416 c.p.c. deve, invero, ritenersi prevista per l'attore, sia pure in modo implicito, ma non per questo meno chiaro” (Corte Cost. 14 gennaio 1977 n. 13). È opportuno sul punto ricordare che la ratio di un tale assetto ordinamentale - di cui si sono indicati seppure succintamente alcuni significativi momenti - è stata sottolineata in sede di Commissioni riunite della Camera nel corso della V Legislatura, ove - con suggestione di immagine - si contrappose all'obbligo del convenuto di “vuotare il sacco” fin dal principio, quello analogo dell'attore di “dire, senza riserva alcuna, fin dall'atto introduttivo tutto ciò che attiene alla sua difesa” e di “fornire il materiale su cui si basa la pretesa”. Ed è altrettanto utile rammentare che la simmetria tra le due parti del processo è stata tra l'altro ribadita nella Commissione giustizia e lavoro del Senato nella VI Legislatura venendo additata come una componente essenziale di quella reciproca collaborazione che - nello spirito della buona fede processuale informativo del codice del 1942 - condiziona, in pratica, lo svolgimento del rito del lavoro, nei suoi caratteri di concentrazione, immediatezza ed oralità (cfr. In motivazione: Corte Cost. 14 gennaio 1977 n. 13 cit.). E proprio per accelerare al massimo i tempi del processo del lavoro - cui sono in sostanza funzionalizzati i suoi caratteri individualizzanti - il legislatore del 1973 ha imposto, come si è visto, l'onere di ciascuna parte di specificare nei primi rispettivi atti giudiziari (ricorso e memoria di costituzione) non solo i fatti posti a base delle loro rispettive richieste ma anche i mezzi di prova di cui intende avvalersi; nel che è stato ravvisato da alcuni studiosi un rigido e severo corollario del principio dell'allegazione dei fatti - contrariamente a quanto voluto dalla novella del 1990 attributiva di*

una consequenzialità temporale fra la fase delle allegazioni dei fatti e quella delle attività istruttorie - mentre da altri una mera applicazione del c.d. principio dell'eventualità, proprio perché le parti sono tenute ad indicare i mezzi di prova prima di sapere se i fatti cui essi si riferiscono saranno contestati o meno dalla controparte".

Ed allora, il regime di sanatoria previsto dall'art. 164, commi 4 e 5, c.p.c. è inconciliabile con la struttura del rito del lavoro, per come sopra ricostruita.

Pur potendosi condividere il presupposto teorico secondo cui al processo del lavoro, in quanto giudizio civile di cognizione, possono essere in linea di principio applicate le disposizioni processuali per questo previsto, in quanto compatibili, la disposizione contenuta nell'art. 164 c.p.c. è, tuttavia, pensata per un processo strutturalmente costruito su più udienze, ciascuna delle quali deputata allo svolgimento di una differente attività; ed infatti il giudice ordinario, nel fissare nuova udienza secondo la previsione dell'ultimo comma dell'art. 164 c.p.c., dispone ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c..

Ciò significa che sino all'udienza disciplinata dall'art. 184 c.p.c., o meglio sino alla scadenza dei termini perentori in questa assegnati, le parti, e soprattutto (per quanto qui rileva) l'attore nel rito civile ordinario non incorre in alcuna decadenza dalle richieste di mezzi di prova, a differenza di quanto accade per il ricorrente nel rito del lavoro, nel quale vige il rigido regime delle preclusioni istruttorie, secondo l'impianto normativo sopra evidenziato e sostenuto proprio dalla Corte di legittimità.

L'incompatibilità delle norme sulla sanatoria della nullità con il rito del lavoro si coglie ancor più se guardiamo alla posizione del soggetto evocato in giudizio, il quale, come più volte rilevato, ha l'obbligo di prendere specifica posizione sui fatti storici dedotti dall'attore per evitare che, in forza del meccanismo della mancata contestazione, questi possano considerarsi acquisiti al giudizio senza necessità di essere ulteriormente provati.

Tuttavia, a fronte di circostanze di fatto non compiutamente delineate nel ricorso introduttivo o di elementi di diritto incerti e frammentari solo successivamente precisati, e quindi soltanto a seguito di una piena comprensione dei termini della controversia, può nascere per parte convenuta l'esigenza di dedurre mezzi di prova, di proporre domande riconvenzionali o di chiamare un terzo in causa. Seguire questa soluzione interpretativa imporrebbe allora anche l'assegnazione al convenuto di un successivo termine per l'esercizio dei poteri, non esercitati per la carente allegazione del ricorso, con la palese elusione delle esigenze di concentrazione e rapidità che informano il rito del lavoro.

Si tratta in buona sostanza di una differenza fisiologica tra i due giudizi che depone per una soluzione opposta a quella sposata dalla Suprema Corte.

Vale la pena, inoltre, evidenziare che se è vero che la nullità va dichiarata alla luce di una lettura complessiva dell'atto - come costantemente e unanimemente affermato in dottrina e giurisprudenza -, la necessità concreta di specificare gli elementi costitutivi della domanda ricorrerebbe soltanto ove anche i mezzi di prova dedotti - che concorrono a delimitare il *thema decidendum* ed i contorni della domanda - non siano dotati di sufficiente specificità, con la conseguenza che il contenuto complessivo dell'atto si presenterebbe non sufficientemente individuabile; ne consegue che i fatti storici che costituiscono il presupposto fattuale del diritto, per effetto del regime delle

decadenze istruttorie, non potrebbero che restare privi di supporto probatorio, comportando, in conclusione, il rigetto, nel merito, della domanda.

Non si può allora che concludere ritenendo siffatto modello ricostruttivo contrario alla struttura voluta dal legislatore per il processo del lavoro, salvo volere fare carico al giudice anche dell'onere di colmare le lacune e le inefficienze della parte attorea, ammettendo d'ufficio i mezzi istruttori che questa aveva omesso di richiedere. Anche siffatta opzione confligge, nondimeno, con l'interpretazione che è stata costantemente offerta dalla giurisprudenza di legittimità dell'art. 421 c.p.c., atteso che in un processo di tipo dispositivo (come innegabilmente è quello del lavoro) i poteri officiosi non possono travalicare i limiti dell'accertamento dei fatti allegati.

A conclusioni analoghe è pervenuta la Corte di legittimità nella citata pronuncia n. 5879/2005, nella quale è stata contestata la possibilità di considerare emendate le carenze endemiche del ricorso, sul rilievo che la mancata assegnazione da parte del giudice di merito di un termine ai sensi dell'art. 164 c.p.c. non determina la sanatoria del ricorso, per il preteso raggiungimento dello scopo dell'atto, difettando nel caso di specie "un'adeguata chiarificazione logica della pretesa".

Conclusivamente dalla assoluta mancanza di indicazione del fatto costitutivo delle caldate domande e delle ragioni di diritto a sostegno delle medesime discende la nullità delle domande di cui alle lettere a) - e) della superiore narrativa con le consequenziali statuizioni cui al dispositivo.

OSSERVAZIONI SULLA (PRESUNTA) NULLITÀ INSANABILE DEL RICORSO INTRODUTTIVO DELLE CONTROVERSIE INDIVIDUALI DI LAVORO

1. — Questi, in sintesi, i fatti di causa. L'attore chiede al tribunale di Palermo di condannare il datore di lavoro al pagamento di differenze retributive e di altri importi. In giudizio viene convenuto pure l'Istituto Nazionale Previdenza Sociale (INPS).

Il datore di lavoro eccepisce la nullità del ricorso introduttivo per omessa indicazione degli elementi idonei ad individuare le concrete modalità di svolgimento della prestazione del dipendente; nel merito, contesta le domande proposte dal lavoratore.

L'INPS propone domanda condizionata di condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi previdenziali, per l'ipotesi di accoglimento delle richieste del lavoratore.

Con la decisione che si annota, il tribunale di Palermo dichiara la nullità parziale del ricorso introduttivo per omessa indicazione dei fatti e degli elementi di diritto posti a fondamento di alcune domande proposte dal lavoratore.

Il tribunale afferma che laddove il ricorso non contenga la "determinazione dell'oggetto della domanda" e l'"esposizione dei fatti", si verifica una ipotesi di nullità insanabile dell'atto introduttivo. La nullità non può essere sanata perché nelle controversie individuali di lavoro non trovano applicazione le norme sulla rinnovazione del-

l'atto introduttivo, contenute nell'art. 164, commi 4 e 5, c.p.c.

In forza delle superiori premesse, il processo si conclude con una pronuncia di nullità parziale del ricorso; le restanti domande proposte dal lavoratore vengono esaminate nel merito e rigettate.

Questa breve nota è diretta ad esaminare le conseguenze della nullità dell'atto introduttivo nelle controversie di lavoro e la possibilità per l'attore di rinnovare l'atto nullo.

2. — Il tribunale di Palermo ha escluso che le norme sulla rinnovazione dell'atto di citazione, contenute all'art. 164 c.p.c., possano trovare applicazione nelle controversie di lavoro.

La decisione in commento si pone in dissenso con un precedente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (1), le quali, intervenute per dirimere il contrasto di giurisprudenza sorto sul punto, hanno affermato che, nel caso di nullità del ricorso introduttivo delle controversie di lavoro, il giudice deve ordinare la rinnovazione ai sensi dell'art. 164 c.p.c.

Nonostante il precedente della Corte di Cassazione, che ha il compito istituzionale di assicurare la corretta ed uniforme interpretazione della legge, il tribunale di Palermo ha ritenuto di riproporre un contrasto, che sembrava risolto.

La motivazione del tribunale, sebbene ampia, lascia perplessi e riprende argomenti, che sono già stati esaminati e disattesi dalla Suprema Corte.

In sintesi, il tribunale ritiene che le caratteristiche del processo del lavoro, informato ai principi di "*oralità, celerità e concentrazione*", impedirebbero l'applicazione del disposto di cui all'art. 164 c.p.c.

Assume ancora che la disciplina sulla rinnovazione dell'atto di citazione nullo sarebbe applicabile in un processo articolato in più udienze e non anche nel rito del lavoro, il quale dovrebbe svolgersi in una sola udienza.

Nelle controversie individuali di lavoro, non potrebbero cioè trovare applicazione quelle disposizioni (quali l'art. 164 c.p.c.) che mal si conciliano con la sua peculiare articolazione.

Il tribunale fa leva pure sul contenuto dell'art. 416 c.p.c., il quale stabilisce che il resistente deve prendere posizione, in memoria di costituzione, sui fatti dedotti dall'attore e deve articolare tempestivamente i mezzi istruttori ritenuti opportuni per evitare che gli stessi fatti debbano considerarsi non contestati.

Il rispetto del principio della "*parità processuale*" tra le parti suggerirebbe - ad avviso del tribunale - di riconoscere, anche a carico del ricorrente, un rigido onere di allegazione dei fatti e dei mezzi di prova e, conseguentemente, di affermare che la nullità del ricorso sarebbe "*insanabile*".

3. — Il tema esaminato dal tribunale deve essere inquadrato in una più ampia disamina del rapporto tra disposizioni generali del codice di procedura civile e disciplina dell'ordinario giudizio di cognizione, da un lato, e norme in materia di controversie di lavoro, dall'altro lato.

Le norme sulle controversie di lavoro regolano uno degli schemi processuali in cui si articola "*l'ordinaria tutela giurisdizionale dei diritti nella fase della*

(1) Cass., Sez. Un. civ., 13 maggio 2004 n. 11353, in *Foro it.*, 2005, I, 1135, con nota di E. FABIANI, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*.

cognizione ordinaria” (2): le relative disposizioni, contenute agli artt. 409 e ss. c.p.c., disciplinano lo svolgimento del processo, compresa l’impugnazione in appello (3).

La dottrina ha osservato che le norme sulle controversie in materia di lavoro realizzano “*un "sistema" in grado di regolare autonomamente lo svolgimento del processo in quasi tutte le sue fasi*” (4).

Tuttavia, il processo del lavoro “*è sottoposto, come ogni processo civile, alle regole generali contenute nel libro primo del c.p.c. e, in quanto compatibili, a quelle del processo ordinario di cognizione*” (5).

La disciplina del rito del lavoro non è, cioè, un complesso normativo isolato che, bastando a se stesso, impedisce l’innesto e l’applicazione di ogni altra disposizione processuale, tanto che il legislatore ha collocato le disposizioni sulle controversie di lavoro accanto agli altri Titoli sul processo di cognizione, il procedimento dinanzi il giudice di pace e le impugnazioni (6).

Ulteriori esigenze di completezza impongono la applicazione al rito del lavoro, non solo dei principi generali del codice, ma anche delle disposizioni del processo ordinario di cognizione, in quanto compatibili (7): se così non fosse, istituti quali la rimessione in termini, l’inattività delle parti, la assunzione delle prove all’udienza, etc. rimarrebbero privi di disciplina (8).

4. — La rapida indagine, dedicata al rapporto tra le disposizioni dell’ordinario giudizio di cognizione e le norme del rito delle controversie individuali di lavoro, consente di affrontare il tema esaminato dal tribunale di Palermo.

L’art. 414 c.p.c. disciplina la forma ed il contenuto della domanda dell’attore nelle controversie di lavoro.

L’atto introduttivo assume la forma del ricorso (9), che deve contenere numerosi elementi idonei a garantire la realizzazione del contraddittorio.

(2) Così, G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 2007, p. 741. Vedi tuttavia L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, vol. II, Bologna, 2005, p. 100, ove si legge che, con la legge 11 agosto 1973 n. 533, “*venne introdotto un procedimento che non è solo speciale in quanto diverso da quello ordinario, ma che si ispira ad un modello procedimentale e a principi diversi da quelli che sono alla base del processo ordinario*”.

(3) L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, t.1, Padova, 2002, pp. 22 e ss.

(4) L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, t.1, cit., p. 22.

(5) L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, t.1, cit., p. 22. Per l’A., il rito delle controversie di lavoro è un rito speciale. Tale specialità va tuttavia intesa come “*differentiazione di rito rispetto a quello ordinario e non di appartenenza alla ben diversa categoria dei procedimenti speciali a cognizione sommaria*”.

(6) G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 741.

(7) Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 741.

(8) L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, t.1, cit., pp. 23-24.

(9) Cfr. F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, nella Collana *Il processo civile diretta da Elio Fazzalari*, Torino, 1992, pp. 124 e ss.. Secondo l’A., l’art. 414 c.p.c. delinea il ricorso come *atto complesso*, dovendo adempiere ad una pluralità di funzioni (la chiamata in giudizio del resistente; la individuazione dell’oggetto della lite e della *causa petendi*; la puntuale indicazione dei mezzi di prova, di cui il ricorrente intende avvalersi, e dei documenti che offre in comunicazione).

Le disposizioni successive non dettano una disciplina della nullità del ricorso, né tantomeno della nullità degli atti processuali, che trova le sue regole negli artt. 156 e ss. c.p.c.

Nel silenzio della legge, la dottrina (10) ritiene applicabile l'art. 164 c.p.c., il quale disciplina la nullità dell'atto di citazione nel processo ordinario e distingue tra vizi attinenti alla *vocatio in ius* e vizi attinenti all'esercizio dell'azione (cd. *editio actionis*).

Il vizio attiene alla chiamata in giudizio del convenuto se nell'atto di citazione manca, o è assolutamente incerto, l'indicazione del tribunale adito e l'identificazione delle parti; se non viene indicata la data dell'udienza di comparizione o viene assegnato un termine a comparire inferiore a quello di legge; se manca l'avvertimento al convenuto delle decadenze in cui incorre non costituendosi tempestivamente (11).

Allorché, invece, sia omessa, o assolutamente incerta, la determinazione dell'oggetto della domanda, ovvero manchi l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto, i vizi attengono alla cd. *editio actionis* (12).

Nell'ipotesi di omessa indicazione degli elementi di fatto e diritto a fondamento della domanda, il giudice deve rilevare (*rectius* dichiarare) con ordinanza la nullità dell'atto introduttivo; il giudice deve assegnare, ai sensi dell'art. 164, comma 5, c.p.c., un termine all'attore per rinnovare l'atto, qualora il convenuto non si sia costituito, ovvero un termine per integrarlo nel caso in cui il convenuto si sia costituito, fissando un termine perentorio per svolgere queste attività (13).

In forza dei principi generali della sanatoria della nullità dell'atto introduttivo, se invece il convenuto non solleva l'eccezione di nullità e si difende nel merito, la nullità dell'atto deve ritenersi sanata (14), poiché esso avrà comunque raggiunto il

(10) Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 770-772; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, p. 814; L.P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., p. 103; C. PUNZI, *Il processo civile*, vol. II, Torino, 2008, pp. 257 e ss.

(11) Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 366-367. L'A. ritiene che "la esatta identificazione delle parti serve anche ad individuare la domanda specie dal punto di vista della legittimazione ad agire o contraddire".

(12) G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 368-369.

(13) Cfr. G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 366 e ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 230 e ss.; G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, vol. II, Bari, 2007, pp. 50-52.

(14) In questo senso, G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., pp. 366 e ss. e, con riferimento al processo del lavoro, pp. 771 e ss.; cfr. pure, in motivazione, Cass. S.U. civ., punto 4.5., cit. Si veda altresì A. D. DE SANTIS, *Brevi note sulla sanatoria della nullità del ricorso ex art. 414 c.p.c. e sull'applicazione del principio di non contestazione ai c.d. fatti processuali*, (Nota a Cass., sez. lav., 13 giugno 2005, n. 12636, Banca Carime c. Bisceglia), in *Foro it.*, 2006, I, 1494. L'A. ritiene che, laddove il convenuto si costituisca, difendendosi adeguatamente nel merito, non operi alcun meccanismo di sanatoria ex art. 156, comma 2, c.p.c., mancando (a rigor di logica) la nullità stessa del ricorso. In una simile ipotesi, "la presunta operatività del meccanismo di sanatoria ex art. 156, 2° comma, c. p. c. appare più che altro una costruzione mentale del giudice, adottata per giustificare la sua iniziale impressione che il ricorso fosse afflitto da nullità".

suo scopo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (15), sulla scorta della dottrina, hanno affermato che in mancanza di una disciplina sulla nullità del ricorso è opportuna, *recitius* doverosa (16), l'applicazione della disciplina della nullità dell'atto di citazione, ivi comprese le disposizioni sulla rinnovazione dell'atto nullo.

Nel proprio *iter* argomentativo, le Sezioni Unite hanno sottolineato che il rito delle controversie individuali di lavoro è “*un giudizio a cognizione ordinaria inquadrabile nell'ambito del generale sistema del codice di procedura civile*” e che, nel corso del tempo, a seguito dell'introduzione del regime di preclusioni nel processo ordinario di cognizione, si è verificato un “*sostanziale avvicinamento dei due riti*”.

5. — A ben vedere, anche in ordine a quest'ultimo punto il tribunale di Palermo si pone in aperto contrasto con le richiamate Sezioni Unite.

Secondo il tribunale di Palermo, il regime della nullità dell'atto di citazione, e della sua sanatoria, sarebbe incompatibile con la specialità del rito del lavoro, il quale “*informato ai noti principi di oralità, celerità e concentrazione, è costruito per essere deciso in una sola udienza*”.

Sul punto, si dissente dalle conclusioni cui è giunto il tribunale.

Correttamente dottrina (17) e giurisprudenza (18) rifiutano la tesi secondo la quale il processo del lavoro sarebbe un *rito a sé stante*, sganciato da quello ordinario di cognizione e disciplinato da un sistema di regole che non ammette integrazioni.

Si è già detto che, pur con le sue innegabili peculiarità, il regolamento processuale delle controversie di lavoro attinge dall'ordinario processo di cognizione numerose disposizioni.

Il principio di oralità e le esigenze di concentrazione processuale - più volte richiamate dal tribunale a conforto della tesi ostativa la sanatoria della nullità del ricorso introduttivo - non paiono, poi, da sole sufficienti a supportare una posizione di rigore in pregiudizio del ricorrente.

Innanzitutto perché la oralità e la concentrazione processuale non trovano alcun

(15) Cass., Sez. Un. civ., 13 maggio 2004 n. 11353, cit. Tra le successive decisioni della Suprema Corte, cfr., nello stesso senso, Cass. 31 maggio 2006, n. 13005; Cass. 14 ottobre 2005, n. 19900; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636.

(16) In Cass., Sez. Un. civ., 13 maggio 2004 n. 11353, cit., si legge che “ (...) *ogni carenza della relativa disciplina* (n.d.r. del rito del lavoro) *ne impone l'integrazione attraverso l'applicazione, oltre che delle norme generali del libro I del c.p.c., anche di quelle del processo di cognizione di cui al libro II, se ed in quanto le suddette norme non siano, appunto, incompatibili con le peculiarità connotanti il rito del lavoro*”.

(17) Per tutti, G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 736. Per l'A., “*non esistendo alcuna notevole "differenza" sul piano pratico tra le due specie di processo (quello ordinario di cognizione e quello in materia di lavoro) è perfettamente inutile continuare a discettare intorno alla cd. tutela "differenziata"*”; C. PUNZI, *Il processo civile*, vol. II, cit., pp. 257 e ss.

(18) Cfr. Cass. 31 maggio 2006, n. 13005; Cass. 14 ottobre 2005, n. 19900; Cass. 13 giugno 2005, n. 12636; Cass., Sez. Un. civ., 13 maggio 2004 n. 11353, cit.

riscontro nell'odierna prassi giudiziaria (19): tutte le difese devono essere articolate negli scritti introduttivi e le udienze si svolgono a distanza di anni dal deposito della ricorso (20).

Il principio di oralità, che nasce nella elaborazione dottrinale di Giuseppe Chiovenda (21) per garantire alle parti una decisione giusta, pronta e conforme alle esigenze della vita moderna, non dovrebbe essere utilizzato per avvalorare interpretazioni formalistiche.

Leandra Dell'Oglio

*Dottoranda di ricerca nell'Università
degli Studi di Palermo*

(19) G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 738-740. Nello stesso senso, C. PUNZI, *Il processo civile*, vol. II, cit., p. 243, secondo il quale “*La prevalenza della forma scritta nell’articolazione delle domande, delle eccezioni e di ogni difesa, la inevitabile dilazione dei tempi che distanziano le singole udienze e la conseguente lontananza della fase decisoria dal momento in cui vengono svolte le difese e assunte le prove, hanno tuttavia dimostrato la concreta impossibilità di realizzare, quantomeno con le attuali disponibilità di mezzi e di uomini, un processo integralmente informato a quei principi*”.

(20) Basti considerare che la stessa sentenza annotata è stata emessa, in un processo senza attività istruttoria, dopo due anni dal deposito del ricorso introduttivo.

(21) Il principio di concentrazione, invece, non è stato elaborato da Chiovenda per imporre rigorosi formalismi a carico delle parti, ma come conseguenza del principio di oralità: un processo può essere orale soltanto se le udienze si susseguono ad intervalli brevi, poiché altrimenti il giudice non potrà avere memoria di quanto è accaduto nelle udienze stesse. Cfr. G. CHIOVENDA, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 677 e ss.

Pensioni - Misura - Valutazione gratuita presso l'INPDAl dei periodi di pregressa contribuzione al Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dall'Enel e dalle aziende elettriche private - Limite massimo - Commisurazione - Alla pensione massima erogabile dall'INPDAl al momento della maturazione del diritto.

Corte di Cassazione - 01.02.2007 n. 2223 - Pres. Senese - Rel. De Matteis - P.M. Matera - B. (Avv.ti Persiani, Piccininno) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente).

Ai sensi dell'articolo 2 del d.P.R. 58/1976 l'importo della pensione da corrispondere a coloro che si siano avvalsi della facoltà di ottenere la valutazione gratuita presso l'INPDAl dei periodi di pregressa contribuzione a forme di previdenza sostitutive, esclusive od esonerative dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti (nel caso di specie: fondo di previdenza elettrici) non può essere superiore alla pensione che costoro avrebbero conseguito ove, a parità di retribuzione, fossero stati iscritti sempre e solo all'INPDAl (1).

(1) Il testo integrale della sentenza è pubblicato in questa rivista, 2007, p. 162.

TRASFERIMENTO GRATUITO DI CONTRIBUZIONE PRESSO L'INPDAl E APPLICAZIONE DEL C.D. TETTO PENSIONABILE

Sommario: 1. I fatti di causa - 2. L'iter argomentativo seguito dalla Corte - 3. I diversi sistemi di calcolo e la natura del rinvio operato dall'art. 1, comma 2, D.P.R. 8 gennaio 1976, n. 58 - 4. Gli argomenti "di cornice" adoperati dalla S.C.: la legittimità costituzionale e il principio di affidamento nella legge - 5. Considerazioni conclusive.

1. — I fatti di causa

Con la pronuncia in commento, la sezione lavoro della Suprema Corte di Cassazione si è occupata per la prima volta dell'applicabilità del tetto pensionabile, e dei coefficienti di rendimento decrescenti della retribuzione eccedente il massimale, ai dirigenti che abbiano trasferito la propria anzianità contributiva dal Fondo Elettrici all'INPDAl (1).

Il caso concreto, oggetto del giudizio, riguarda l'esatto ammontare della pensione di anzianità di un dipendente dell'ENEL, che aveva prestato servizio prima con qualifica di impiegato e successivamente come dirigente, e che, avvalendosi della facoltà di ricongiunzione di cui all'art. 5, comma 4, della legge 15 marzo 1973 n. 44, nonché di cui al d.m. 7 luglio 1973, ha chiesto il trasferimento all'INPDAl dell'anzianità contri-

(1) Non risulta alcun precedente della Corte di legittimità, ad eccezione di una sentenza della Corte di Appello di Torino, 08.11/07.12.2005, n. 1757, in *Inf. Prev.*, 2006, 1-2, p. 227.

butiva maturata presso il Fondo Elettrici.

L'Ente previdenziale, nel procedere al calcolo del trattamento pensionistico spettante al lavoratore che aveva maturato la necessaria anzianità contributiva, per un verso ha adottato quali parametri di rendimento quelli in vigore presso il Fondo di provenienza, per altro verso, ha liquidato il trattamento definitivo tenendo conto del limite soggettivo della misura massima della pensione dovuta, nel caso in cui egli fosse sempre stato iscritto all'INPDAL, a parità di retribuzione percepita.

Così è stato calcolato un trattamento pensionistico pari ad un importo annuo di € 58.926,91, anziché di € 83.710,00. Cifra quest'ultima, corrispondente all'ammontare del trattamento annuo che sarebbe spettato al lavoratore se fossero stati applicati esclusivamente i parametri di rendimento presso le gestioni del fondo di provenienza, e quindi, nel caso di specie, presso il Fondo Elettrici.

Il Tribunale, in primo grado, in accoglimento delle pretese avanzate dal ricorrente, aveva ritenuto che le anzianità contributive, acquisite in forza dei trasferimenti dei contributi dal fondo elettrici all'INPDAL, avrebbero dovuto essere valutate secondo le scale di accrescimento e le aliquote di commisurazione vigenti per la determinazione della pensione presso le gestioni di provenienza; e quindi, nel caso di specie, presso il Fondo elettrici, a norma dell'art. 2, comma 1, d.m. 7 luglio 1973.

Inoltre, il giudice precisava che, sulla scorta dell'art. 1, comma 2, del D.P.R. n. 58/1976, l'ammontare della pensione non potesse essere superiore ai trenta trentesimi dell'80% della retribuzione annua media di cui all'art. 7, legge n. 44/1973.

In secondo grado, la Corte d'appello di Trento ha ribaltato tale decisione, aderendo alla tesi sostenuta dall'INPS (2).

Secondo questa prospettiva, infatti, l'INPDAL avrebbe bene operato, servendosi, per il calcolo della prima quota di pensione, delle scale e delle aliquote del fondo di provenienza (Fondo Elettrici), e non di quelle del Fondo di destinazione (INPDAL).

Fulcro attorno a cui ruota la questione è l'individuazione del regime normativo da applicare al caso in cui un lavoratore, dapprima inserito nella categoria impiegatizia e poi in quella dirigenziale, decida di trasferire presso l'INPDAL i contributi maturati presso il Fondo Elettrici, esercitando la facoltà prevista dall'art. 5, comma 4, della legge 15 marzo 1973 n. 44 (3).

Per il Fondo Elettrici, infatti, non era previsto un tetto di retribuzione pensionabile, né tanto meno un massimale di retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale; mentre l'aliquota di rendimento era del 2,51% della retribuzione per ciascun anno di anzianità (ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1079 del 1971, 35/35 dell'88% della retribuzione annua).

Solo con il d.m. 25 luglio 1988 n. 422, emanato in esecuzione dell'art. 3, commi

(2) L'INPS è succeduto all'INPDAL in forza dell'art. 42 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (Finanziaria per il 2003).

(3) La norma in questione si occupa di regolare il trasferimento contributivo tra sistemi previdenziali. V.N. IZZO, *La retribuzione pensionabile nella "speciale" ricongiunzione contributiva presso l'INPDAL*, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2848 ss.; ma anche F. MUZI, *In materia di calcolo della retribuzione annua pensionabile INPDAL in caso di trasferimento di contributi ex art. 5 legge n. 44 del 1973*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, p. 2968.

2, 2 bis e 3 del d.l. 21 marzo 1988 n. 86, convertito con modificazioni nella legge 20 maggio 1988 n. 160, sono stati introdotti i coefficienti di rendimento anche per il regime sostitutivo dei dirigenti industriali (4).

Inoltre, a completare l'impianto normativo applicabile alla fattispecie, va menzionato il d.lgs. 24 aprile 1997 n. 181, che all'art. 3, comma 3, ha stabilito l'esatto ammontare delle nuove aliquote di riferimento.

In sostanza, l'intervento delle citate disposizioni ha prodotto l'applicazione di criteri peggiorativi nel computo della pensione corrisposta dall'INPDAI ai dirigenti. Cosicché al momento della maturazione dei requisiti pensionistici da parte dell'appellato, la pensione massima erogabile dall'INPDAI (e cioè il tetto a cui occorre fare riferimento per la liquidazione delle pensioni) non era più corrispondente all'ammontare che sarebbe risultato dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 1 del d.p.r. n. 58/1976 (5).

Proprio nel solco dell'orientamento seguito dalla Corte d'Appello, si innesta la decisione della Suprema Corte.

2. — *L'iter argomentativo seguito dalla Corte*

La condivisibile soluzione proposta dal Supremo Collegio, con la sentenza in commento, apre nuovi scenari di un percorso volto al superamento di alcuni problemi di diritto intertemporale, sorti dal susseguirsi ed accavallarsi di normative, in tema di limite massimo della prestazione previdenziale e di coefficienti decrescenti di rendimento (6).

La Corte adotta un puntiglioso svolgimento argomentativo, che può essere fin d'ora scomposto in tre passaggi logici fondamentali.

In prima battuta, la S.C. esamina la normativa che ha disciplinato nel tempo l'applicazione di un tetto pensionabile e dei coefficienti di rendimento decrescenti (7), mediante una rigorosa, quanto puntuale, ricostruzione della legislazione applicabile al caso di specie.

(4) La retribuzione annua media è stata suddivisa in tre fasce e, mentre alla prima fascia è stato mantenuto il coefficiente di rendimento dello 0,800 (corrispondente all'80% indicato nell'art. 1, comma 1, D.P.R. n. 58/1976), alle altre due fasce sono state applicate aliquote minori (rispettivamente 0,498 e 0,399); con l'art. 17 della legge n. 724/1994 la massima anzianità contributiva è stata portata da 30 a 40 anni; e, infine, con il d.lgs. 24 aprile 1997 n. 181 sono state nuovamente mutate in senso peggiorativo le aliquote di rendimento.

(5) A. LUCIANI, *La tutela previdenziale dei dirigenti di azienda*, Rimini, 1990; S. PICCININO, *Pensione (rapporto di lavoro privato)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990.

(6) Anche se indirettamente, viene in rilievo il generale principio di irretroattività delle leggi di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, per cui si veda Corte Cost. 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. Cost.*, 1957, p. 1067 ss. Nonché in dottrina, F. SATTA, voce *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 1.

(7) La Corte ha ritenuto applicabili i criteri per la determinazione della retribuzione pensionabile stabiliti per l'INPS. Vale a dire, quanto previsto dai commi 8 - 14 della legge 29 maggio 1982 n. 297 (e successive modifiche di cui all'art. 3 d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503 e all'art. 1, comma 17, legge 8 agosto 1995, n. 335).

L'impostazione logica, infatti, prende le mosse da un'interpretazione del carattere "necessariamente formale" del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 1, d.p.r. 8 gennaio 1976, n. 58.

Con il risultato finale di legittimare la prassi adoperata dall'INPDAI di applicare la normativa sul tetto pensionabile e sui coefficienti di rendimento di cui all'art. 3, primo comma, d.lgs. 24 aprile 1997 n. 181.

Il ragionamento della Cassazione fa leva sulle differenze che derivano dall'esistenza o meno di un tetto pensionabile, di un massimale di retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale, e dalla misura di coefficienti di rendimento della retribuzione stabilita nelle discipline legislative delle due forme previdenziali (8).

In tale direzione, la Corte si limita a fornire dei brevi cenni riepilogativi dell'assetto normativo esistente, prima e dopo gli interventi del legislatore (9), senza tralasciare che le aliquote di rendimento applicate presso i regimi sostitutivi di quello generale erano di norma più favorevoli delle aliquote di rendimento dell'INPS (10). In un secondo passaggio logico, a suggello della soluzione adottata, il Supremo Collegio richiama i principi di ordine generale, quali la parità di trattamento e il principio di affidamento.

Infine, chiude il cerchio del ragionamento il riferimento alla *ratio* sottesa all'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 181/1997, al quale la Corte riconosce il valore di argomento convalidante della decisione adottata.

In questa prospettiva, infatti, l'articolo in questione "conferma il carattere del rinvio", nel momento in cui rappresenta l'attuazione della delega affidata al governo dall'art. 2, comma 22, della legge 8 agosto 1995, n. 335, c.d. Riforma Dini, che ha mirato proprio all'armonizzazione dei regimi pensionistici sostitutivi dell'assicurazione generale obbligatoria.

In realtà, collocato nell'ambito di tale contesto, lo schema interpretativo descritto risulterebbe anche funzionale a precise esigenze di politica del diritto.

(8) M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, 2005, Torino, p. 471 ss., nel senso che la pratica dei cosiddetti "tetti pensionistici" rientra nell'ambito della politica di contenimento della spesa per le pensioni. Ma v. anche R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006, pp. 314 e 256 ss.

(9) Il *discrimen* temporale è rappresentato dalla sentenza della Corte Costituzionale 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2087, che ha riconosciuto la legittimità dell'introduzione di limiti massimi alla retribuzione pensionabile (c.d. tetto pensionabile) nell'assicurazione generale obbligatoria. In generale, prima di tale pronuncia, i vari regimi pensionistici presentavano diverse discipline in materia di retribuzione imponibile e pensionabile. E si potevano individuare tre distinte categorie: 1) regimi provvisti di un massimale sulla retribuzione imponibile, che si rifletteva indirettamente sulla retribuzione pensionabile (INPDAI, INPGI); 2) regimi privi di qualsiasi massimale, sia sulla retribuzione, sia sulla pensione (Fondi Speciali di previdenza gestiti dall'INPS); 3) regimi privi di un massimale sulla retribuzione imponibile, e con massimale sulla retribuzione pensionabile (assicurazione generale obbligatoria). Sulle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale cfr. P. BOER, *È costituzionale il massimale sulla retribuzione pensionabile?*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, III, p. 112 ss.

(10) In particolare, con il d.p.r. n. 488 del 1968, venivano previsti massimali in cifra fissa, senza un meccanismo di adeguamento automatico, solo con la l. n. 67 del 1988 sono state introdotte le aliquote di rendimento decrescenti.

3. — I diversi sistemi di calcolo e la natura del rinvio operato dall'art. 1, comma 2, d.p.r. 8 gennaio 1976, n. 58

La conclusione raggiunta appare del tutto ragionevole e coerente con le premesse svolte nella prima parte della motivazione; può ritenersi pertanto condivisibile, almeno fino al momento in cui non vi saranno nuovi e diversi elementi normativi che deporranno in senso contrario.

In primo luogo, la Corte puntualizza che la questione non riguarda il criterio di calcolo della pensione, dal momento che le anzianità contributive acquisite in forza dei trasferimenti dei contributi dal Fondo Elettrici all'INPDAl devono essere valutate secondo le scale di accrescimento e le aliquote di commisurazione vigenti per la determinazione della pensione presso le gestioni di provenienza, e quindi, nel caso di specie, presso il Fondo Elettrici (art. 2, comma 1, D.M. 7 luglio 1973).

Di certo, chiave di volta di tutto l'impianto della parte motiva della sentenza è l'interpretazione del combinato disposto dei primi due commi dell'art. 1 del D.P.R. n. 58/1976, che prevedono due distinti calcoli da riferire ad ambiti diversi.

Invero, se è del tutto chiaro quanto previsto dal primo comma in ordine alla disciplina delle modalità di erogazione della pensione da parte dell'INPDAl, non altrettanto può dirsi in merito all'interpretazione del secondo comma.

Quest'ultimo, infatti, dispone che nell'ipotesi in cui un lavoratore chieda il trasferimento dei contributi di cui all'art. 5 della legge 15 marzo 1973 n. 44, "l'ammontare della pensione (...) non può essere in ogni caso superiore a quello della pensione massima erogabile dall'INPDAl ai sensi del comma precedente".

La questione controversa verte allora proprio sulla natura di tale rinvio. E a tal riguardo si fronteggiano due diverse interpretazioni.

La prima delle quali, generalmente sostenuta dalle difese dei lavoratori e finora tendenzialmente accolta dalle Corti di merito, fa leva su un'interpretazione per così dire statica del rinvio.

In questa prospettiva, il richiamo alla pensione massima erogabile dall'INPDAl ai sensi del primo comma, dovrebbe necessariamente corrispondere all'applicazione della legge richiamata dall'art. 1, comma primo, d.p.r. n. 58/1976, e cioè all'art. 7 della legge 15 marzo 1973 n. 44. Secondo quest'ultimo, infatti, la pensione annua maturata presso l'INPDAl deve essere pari a tanti trentesimi dell'80% della retribuzione annua media, per quanti sono gli anni di contribuzione all'Istituto medesimo con un massimo di trenta trentesimi.

Per converso, la posizione assunta dalla Corte, che pone fine alla *querelle* giurisprudenziale e risolve anche una buona parte del contenzioso al momento in atto, privilegia un'interpretazione del rinvio in senso dinamico, qualificandolo espressamente quale rinvio formale recettizio. E ciò in piena conformità ad una struttura di rinvio anche detto "mobile", e tale che l'eventuale mutamento o sostituzione della norma richiamata determina la variazione della disciplina applicabile.

La disposizione di cui all'art. 1, comma 2, D.P.R. n. 58/1976 ha introdotto (per l'assicurato che trasferisce i contributi) un limite rappresentato dalla pensione massima erogabile dall'INPDAl a parità di condizioni (e cioè retribuzione e anzianità contributiva).

Seguendo l'*iter* argomentativo della sentenza in commento è tuttavia chiaro come

tale limite vada individuato, non attraverso i criteri riferiti alle modalità di liquidazione vigenti all'epoca, bensì secondo un rinvio di carattere recettizio, con il recepimento delle modifiche nel frattempo introdotte nel sistema normativo.

Secondo la Corte, infatti, il richiamo operato dal secondo comma dell'art. 1, D.P.R. n. 58/1976, per definire "il limite all'ammontare della pensione", nel caso di trasferimento presso l'Istituto di contributi versati in altre gestioni, "ai sensi del comma precedente", assume le caratteristiche di un "rinvio necessariamente formale, comprensivo" pertanto del "*jus superveniens*". *Jus superveniens* che nella fattispecie implica l'applicazione del regime generale dell'INPDAl in vigore al momento della maturazione del diritto a pensione.

E poiché, come si è avuto modo di illustrare nella prima parte del testo, nel corso del tempo i criteri di determinazione del trattamento INPDAl sono cambiati, non può revocarsi in dubbio che il limite vada inteso con riferimento alla pensione massima erogabile dall'INPDAl secondo i nuovi criteri introdotti.

Inequivoca conferma di tale interpretazione viene anche dalla *ratio* sottesa all'articolo 1 d.p.r. n. 58/1976. *Ratio* che emerge con evidenza dallo stesso tenore letterale della norma la cui dizione "non può essere in ogni caso superiore a quello della pensione massima erogabile dall'INPDAl ai sensi del comma precedente" indica chiaramente la volontà di evitare che il pensionato, che ha trasferito i contributi, possa ottenere un trattamento più elevato rispetto a chi è stato sempre assicurato presso l'INPDAl, raggiungendo la massima anzianità contributiva.

In sintesi: secondo la *voluntas legis*, espressa dall'articolo in questione, in caso di mutamento dei criteri di individuazione della pensione massima erogabile dall'INPDAl per l'applicazione del c.d. tetto pensionabile (11), a coloro che optano per il trasferimento dei contributi, non si applica un tetto casualmente individuato nell'80% della retribuzione annua media, perché occorrerà fare riferimento ai nuovi criteri nel frattempo introdotti dal legislatore.

In realtà, la differenza tra i due orientamenti risiede principalmente nel diverso valore che viene attribuito all'ultima parte del secondo comma dell'art. 1 d.p.r. n. 58/1976, e cioè alla locuzione "ai sensi del comma precedente".

Invero, secondo la tesi propugnata dai tribunali di merito, proprio tale inciso sarebbe all'origine della natura fissa del rinvio, che non permetterebbe l'operatività delle norme sopravvenute nel tempo.

Tuttavia, riconoscendo rilevanza decisiva all'ultima parte del secondo comma, e quindi concludendo nel senso che il limite, o il "tetto", rimane lo stesso, anche nel caso di mutamento del sistema di computo della pensione INPDAl, si costituirebbe di rilevanza il disposto secondo cui "l'ammontare della pensione non può essere in ogni caso superiore a quello della pensione massima erogabile dall'INPDAl".

E ciò contrasterebbe con una rigorosa interpretazione della norma in correlazione con la sua *ratio*, nonché con una lettura unificante dell'intero impianto normativo.

Allora, logico corollario di quanto finora argomentato, non può che essere l'applicazione delle norme vigenti nel momento in cui sia maturato il diritto al trattamento

(11) In generale sulla legittimità costituzionale del massimale cfr. P. BOER, *È costituzionale il massimale sulla retribuzione pensionabile?*, cit., pp. 112 ss.

pensionistico, che nella specie si colloca nel 1997.

Pertanto, appare perfettamente coerente la decisione assunta dalla S.C. di applicare il tetto pensionabile, nonché i coefficienti di rendimento di cui al d.lgs. n. 181 del 1997.

4. — Gli argomenti “di cornice” adoperati dalla S.C.: la legittimità costituzionale e il principio di affidamento nella legge

La Corte, inoltre, una volta esauriti gli argomenti logico-giuridici posti a fondamento della decisione adottata, svolge alcuni brevi chiarimenti per escludere che il sistema normativo, risultante dall'interpretazione adottata, possa incorrere in un vizio di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 36 e 38 Cost. (12), ovvero nel mancato rispetto del principio di affidamento.

Così, da un lato, il Supremo Collegio puntualizza come si possa escludere una simile eventualità facendo leva sulla considerazione che "il limite è paritario per tutti i dirigenti assicurati INPDAl".

In questo, peraltro, la Corte è in perfetta sintonia con quanto già sostenuto in precedenza. Il Supremo Collegio, infatti, si è più volte trovato ad affrontare in generale la problematica relativa al trasferimento presso l'INPDAl dei contributi maturati in differenti gestioni, e sul punto ha posto in evidenza l'esigenza di "evitare disparità di trattamento tra iscritti che fruiscono soltanto del trattamento derivante dalla contribuzione all'INPDAl ed iscritti che vantano invece contribuzioni presso gestioni diverse, i cui periodi devono essere ricongiunti" (13).

Nessuna violazione del principio di eguaglianza, pertanto, può ricollegarsi alla disciplina in vigore, giacché lo stesso trattamento di contenimento del massimale di retribuzione pensionabile è riservato a tutti i dirigenti delle aziende industriali che abbiano esercitato la facoltà di cui all'art. 5 della legge n. 44 del 1973.

In realtà, tale ragionamento trova riscontro nel complessivo sistema previdenziale che, informato ad un modello di sicurezza sociale ed ai principi di solidarietà, operanti nei confronti dei membri della collettività (14), giustifica l'introduzione di un tetto pensionabile da far valere solo nei confronti di coloro che abbiano superato un importo ritenuto congruo (15).

Quanto alla supposta lesione del principio di affidamento nella legge (16), anche in questo caso, correttamente la S.C. ne ha escluso la sussistenza.

(12) M. PERSIANI, *Art. 38*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 1987, pp. 247 ss.

(13) Cfr. Cass., sez. lav., 27 giugno 2000, n. 14603, nonché le sentenze ivi citate, in *www.iuritalia.it*.

(14) Corte Cost., 4 maggio 1984, nn. 132 e 133, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1782 e c. 1783.

(15) Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2087.

(16) Per tutte le difficoltà interpretative e logico sistematiche sorte intorno al c.d. principio di affidamento si veda tra tutti A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di "affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica"*, in *Guida al diritto, Il sole 24ore*, 1-2, 2000, pp. 138 ss., il quale conclude nel senso che "la Corte, pur nelle sue incertezze, non solo non ha mai configurato l'esistenza autonoma di un obbligo per il legislatore di tutelare l'affidamento generato dalla propria condotta, ma - per di più - tutte le volte che ha fatto cenno alla violazione del principio di tutela del legittimo affidamento lo ha fatto sempre in modo indiretto, ricollegandolo alla lesione di altre disposizioni costituzionali".

E ciò facendo ricorso ad un argomento decisivo: in quanto l'art. 5 della legge n. 44/1973 prevede un beneficio speciale nella forma di una facoltà, accordata ai dirigenti di aziende industriali iscritti all'INPDAI, di conseguire la valutazione di anzianità contributive maturate in precedenza presso altri ordinamenti previdenziali.

Dal momento che si tratta di un beneficio a carattere facoltativo, esso è rimesso alla libera scelta del dirigente che potrebbe, in astratto, anche non esercitare tale opzione e preferire una valutazione distinta delle anzianità contributive maturate ovvero, per converso, optare per l'istituto della ricongiunzione (*ex l. n. 29 del 1979*) (17) dei periodi assicurativi, così da avere un'unica anzianità contributiva presso un unico ente previdenziale (18).

Non è questa la sede per approfondire la *ratio* sottesa a entrambi gli istituti (trasferimento e ricongiunzione (19)). Basti qui soltanto precisare che le norme richiamate prevedono un beneficio che è rimesso esclusivamente ad un'opzione discrezionale del dirigente (20). Da questo ulteriore ragionamento si desume un'argomentazione di sostegno per escludere la configurabilità di un problema di costituzionalità. Problema che si porrebbe, semmai, solo nell'eventualità in cui il dirigente non avesse avuto a sua disposizione più scelte tutte egualmente accessibili e l'unico modo per accedere ad un trattamento pensionistico di un dato tipo fosse stato attraverso l'esercizio della facoltà in questione (21).

Del resto, va anche detto che la tutela dell'affidamento (22) presuppone che il soggetto si trovi in una posizione tale per cui possa vantare almeno un'aspettativa

(17) N. SGROI, *Versamenti contributivi e tutela previdenziale del lavoratore pubblico e privato*, Rimini, 2004; M. CERRETA, *Note introduttive*, in *Legge 7 febbraio 1979, n. 29, Ricongiunzione dei periodi assicurativi dei lavoratori ai fini previdenziali. Commentario*, a cura di G. PARTESOTTI e M. CERRETA, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1979, p. 987; P. BOZZAO, *La totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *Riv. prev. pubbl. e priv.*, 2001, n. 1, pp. 53 ss.; nonché M. DE LUCA, *Relazione sulla ricongiunzione e sulla totalizzazione delle posizioni contributive*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 26; Corte cost. 22 maggio 1987, n. 184, in *Riv. giur. lav.*, 1987, III, pp. 101 ss., con nota di P. BOER, *Ricongiunzione gratuita e onerosa dei periodi assicurativi: questioni di costituzionalità*.

(18) Sulla legittimità del sistema in generale e sull'alternativa tra ricongiunzione e trasferimento gratuito v. Cass. 6 novembre 2002, n. 15578, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, p. 1921.

(19) Si veda, a tal proposito, Cass., sez. civ., 17 luglio 2002, n. 10365, in *Giust. civ., Mass.*, 2002, p. 1252.

(20) Su cui v. diffusamente, Cass. 25 agosto 1987, n. 7010, in *Giust. civ., Mass.*, 1987, fasc. 8-9, ma anche Cass. 27 gennaio 1993, n. 1023, in *Inf. Prev.*, 1993, p. 386; Cass. 1 agosto 2000, n. 10065, in *Giust. Civ.*, 2000, con nota di N. IZZO. Si veda, inoltre, Corte di Appello, Milano, 13 giugno 2000, n. 73, in *www.iuritalia.it*, secondo cui "non si può confondere il trasferimento previsto dall'art. 5 l. n. 44 del 1973 con il diverso istituto della ricongiunzione, di cui alla l. n. 29 del 1979 e pretendere di parificare gli effetti: infatti solo quest'ultima, peraltro onerosa per il lavoratore, consente un'equiparazione a tutti gli effetti delle anzianità contributive maturate presso diverse gestioni previdenziali". Nello stesso senso, v. Tribunale Firenze 15 marzo 2000, n. 60, in *www.iuritalia.it*; nonché Cass. 6 novembre 2002, n. 15578, cit.

(21) Sul punto v. la nota sentenza della Corte Cost. 5 marzo 1999, n. 61, in *Giur. Cost.*, 1999, pp. 717 ss., con nota di E. GHERA, *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi*, pp. 2320 ss.; nonché in *Riv. giur. lav.*, 1999, II, p. 821, con nota di P. BOER, *Il contributo della Corte Costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale*. Con tale pronuncia la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 della L. n. 45 del 1990 (in tema di ricongiunzione per i liberi professionisti) nella parte in cui non prevedevano, in alternativa alla ricongiunzione onerosa, il diritto dell'assicurato (che in nessuna gestione previdenziale avesse maturato il diritto alla pensione) di avvalersi di una forma di totalizzazione dei periodi assicurativi.

(22) A. PANDOLFO, *Diritti quesiti e riforma pensionistica*, in *Dir. lav.*, 1994, I, p. 297;

legittima (23). Per tale dovendosi intendere "non il semplice credere che un dato evento si verificherà (aspettativa semplice), né la convinzione, fondata su informazioni attendibili, che esso accadrà (aspettativa ragionevole); ma piuttosto la previsione del permanere o del modificarsi di una determinata situazione, sulla base di una razionale conoscenza ed esperienza e della vigenza di una determinata disciplina giuridica" (24).

Peraltro, secondo un principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza, la posizione di chi non abbia ancora maturato tutti i requisiti richiesti per aver diritto alla pensione non può essere qualificata in termini di "diritto alla pensione" (25). Né tanto meno in tale situazione si può invocare un *vulnus* alle garanzie apprestate dall'art. 38 Cost. al diritto a pensione (26). L'insorgere di quest'ultimo, infatti, è effetto esclusivo e necessario del completamento di una fattispecie strutturalmente complessa (in quanto formata da più elementi) e, soprattutto "a formazione successiva", nel senso che gli elementi che costituiscono la fattispecie si verificano in tempi diversi, e in alcune circostanze anche in modo reiterato (27).

Prima del completamento di tale fattispecie, allora, nessuna aspettativa legittima, qualificabile come "diritto al diritto alla pensione" può essere ipotizzata; ma semplicemente si può individuare un'aspettativa di fatto, identificabile solo con "l'attesa di un evento (giuridico) più o meno probabile, ma pur sempre incerto" (28).

Pertanto, fino a quando non è avvenuto il completamento della fattispecie, non può parlarsi di un diritto a non veder modificata anche *in pejus* la disciplina che regola i requisiti per avere diritto alla pensione o dei criteri di calcolo di quest'ultima (29).

(23) Vedi per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa: I. Aspettativa di diritto*, in *Enc. Giur.*, III, Milano, 1958, p. 228.

(24) L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, p. 157.

(25) M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 2, p. 312; sul tema dei diritti quesiti in materia di diritto del lavoro, cfr. altresì MARTONE, *I "diritti quesiti" nel sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro (a proposito di un recente Convegno)*, in *Dir. lav.*, 1979, I, p. 95. Nonché, per una giurisprudenza risalente, per la nozione di diritti quesiti in materia pensionistica, cfr. Corte dei Conti, sez. III, 11 ottobre 1980 nn. 4605, 4606, 4607, *ibidem*, 1981, II, p. 194.

(26) Corte Cost., ord., 24 luglio 2003, n. 278, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2686; nonché, da ultimo, si veda Cass. 24 agosto 2007, n. 18041, in *Giust. Civ., Mass.*, 2007, 7-8.

(27) Cfr. G. FERRARO, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legiferazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 284, secondo cui la fattispecie del diritto a pensione è a formazione successiva e determinerebbe una "situazione giuridica durevole nel tempo"; *contra* v. M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, cit., p. 312, secondo cui "durevole nel tempo è, se mai, soltanto la fattispecie e, finché questa non si completa, non esiste ancora alcuna situazione giuridica".

(28) R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa: I. Aspettativa di diritto*, cit., p. 228, secondo cui non si può concepire neanche in astratto un diritto di aspettativa. Inoltre si veda G. FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, in *Digesto, Disc. Priv.*, V, Torino, 1989, pp. 369 ss.

(29) Peraltro, la destinazione dei regimi previdenziali pubblici alla realizzazione di una solidarietà generale porta inevitabilmente a concludere nel senso che le pensioni non possono essere considerate come il corrispettivo della contribuzione versata da, o per, il lavoratore e pertanto va esclusa la possibilità "di configurare l'esistenza di posizioni preliminari giuridicamente tutelate o di un diritto al regime come effetto della contribuzione versata". M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, cit., p. 318; nonché M. CINELLI, *L'"adeguatezza" della prestazione previdenziale tra parità e proporzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1171 ss.; *Id.*, *Previdenza sociale*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1996, pp. 9 ss.

In tal senso, un orientamento ormai consolidato della Corte Costituzionale esclude l'illegittimità costituzionale di quelle leggi che comportano un peggioramento del trattamento pensionistico spettante nel caso in cui questo sia giustificato "dalla necessità economica-sociale di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità fra le varie categorie dei pensionati" e dalle "superiori esigenze di politica sociale" (30). Il criterio adoperato per escludere la rilevanza delle posizioni giuridiche in itinere, è stato quello del sindacato di razionalità o di ragionevolezza delle leggi (31).

5. — Considerazioni conclusive

In forza dell'interpretazione del rinvio in senso "necessariamente formale", lo *jus superveniens* diviene automaticamente applicabile anche a fattispecie in astratto disciplinate da una legge precedente nel tempo.

Ne discende che l'art. 1, commi 1 e 2, del D.P.R. 8 gennaio 1976 n. 58 continua ad esplicare i suoi effetti pur nel mutato contesto normativo, anche se la normativa applicabile, così come richiamata da tale articolo, sarà quella in vigore al momento in cui il lavoratore matura il diritto alla prestazione pensionistica.

Oltre che ragioni di carattere tecnico, depongono in favore di questa soluzione anche ragioni di ordine sistematico (32).

Ed invero non può trascurarsi come la Corte, a conferma del carattere formale del rinvio, in ultimo, faccia riferimento alle prescrizioni espressamente previste dall'art. 2 della legge 8 agosto 1995 n. 335 in materia di armonizzazione (33). Nel senso che proprio l'applicazione dell'art. 3, primo comma, d. lgs. n. 181 del 1997 è fondata su una rigorosa osservanza di tale principio: secondo cui, appunto, il sistema generale della previdenza ed assistenza sociale deve tendere ad unificare, o quanto meno a rendere

(30) Fra le molte, nel senso che non è interdetto al legislatore - per far fronte ad esigenze di bilancio sia pure nei limiti della ragionevolezza - emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, cfr. Corte Cost. 17 dicembre 1989, n. 349, in *www.iuritalia.it*; Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, cit., e 31 marzo 1995, n. 99, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1732; Corte Cost. 27 luglio 1995 n. 409, in *Giur. Cost.*, 1995, 2917 ss.; 27 dicembre 1996, n. 417, *ibidem*, 1996, 3712 ss. Ma si veda anche, nel senso del riconoscimento del principio di affidamento nella sicurezza giuridica di fronte a disposizioni non ispirate a criteri di ragionevolezza, Corte Cost. n. 349 del 1985 in *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 2408, e Corte Cost., n. 390 del 1995, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 2818; e Corte Cost. 4 novembre 1999, n. 416 in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 160, con nota di A. MAZZIOTTI, *Limiti per motivi di ragionevolezza all'efficacia retroattiva delle norme previdenziali*.

(31) A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, p. 567. Va rammentato che a questa prospettiva, informata "all'interesse di preservazione degli equilibri della finanza pubblica", ha fatto da contraltare una parte della dottrina che ha visto in quest'orientamento costituzionale un pericolo per il mantenimento dello Stato sociale. Tra tutti v. C. COLAPIETRO, *Diritti costituzionali a prestazioni positive ed equilibrio di bilancio*, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 3 ss.; A. MOSCARINI, *La Corte Costituzionale contro lo Stato sociale?*, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 2027 ss.

(32) M. CINELLI, *Previdenza sociale e orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I, pp. 73 ss.

(33) Cfr. G. CAVANESI, *L'omogeneizzazione dei trattamenti pensionistici nella riforma previdenziale*, in *Riv. Giur. lav.*, 1995, I, pp. 347 ss.

omogenei, alcuni aspetti dei diversi trattamenti pensionistici (34).

Peraltro, non può tacersi come la logica, a cui si è ispirata la Corte, appaia in perfetta sintonia con le recenti evoluzioni del sistema previdenziale e della giurisprudenza costituzionale. In questa prospettiva, infatti, il principio di solidarietà va considerato come "un principio giuridico di organizzazione o di razionalizzazione dei diritti fondamentali (tra i quali i diritti sociali garantiti dall'art. 38 Cost.), in rapporto agli interessi della comunità politica generale, e in particolare all'interesse alla preservazione degli equilibri della finanza pubblica" (35).

Inoltre, un'estensione del c.d. tetto pensionabile e dei coefficienti di rendimento decrescenti, attraverso il meccanismo del rinvio recettizio allo *ius superveniens*, risulta conforme ad una politica di contenimento della spesa pubblica per la realizzazione di una maggiore stabilizzazione economica (36). Il tutto in una logica ormai risalente (37), per cui il sistema previdenziale si fonda sul principio solidaristico che fa perno sugli artt. 2 e 38 Cost.

D'altronde, per converso, non sussiste alcun principio costituzionale che imponga al legislatore ordinario di garantire il pensionamento dell'intera retribuzione, soprattutto quando questa abbia superato dei livelli massimi ritenuti congrui per il soddisfacimento delle esigenze di vita (38).

In tale ottica appunto, il contributo non va inteso ad esclusivo vantaggio del singolo che lo ha versato, ma di tutti i lavoratori e, peraltro, in proporzione al reddito che si consegue; di tal che i lavoratori a redditi più alti concorrono anche alla copertura delle prestazioni a favore delle categorie con redditi più bassi.

Riconoscendo invece l'ammissibilità dell'interpretazione del rinvio in senso statico, consentendo pertanto l'applicazione di un sistema privo di tetto pensionistico e di coefficienti di rendimento decrescenti, si perverrebbe alla contraddittoria soluzione di aprire una falla nel sistema, garantendo una "zona franca" per pochi privilegiati, in piena violazione del principio di mutualità. Zona franca che lungi dal porsi in armonia con i valori costituzionali, rappresenterebbe un elemento di disgregazione del sistema, nonché foriero di evidenti disparità di trattamento anche nell'ambito del medesimo regime previdenziale.

Alessia Gabriele

*Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Impresa
c/o la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università
degli Studi di Palermo*

(34) Sul punto si vedano le osservazioni svolte da A. LAGANÀ, *La decorrenza della pensione di anzianità in caso di posizione assicurativa mista*, in *Inf. Prev.*, 2006, 1-2, pp. 171 ss.

(35) Così L. MENGONI, *Presentazione*, in *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla sicurezza sociale, (1990 - 1996)*, a cura di G. AMOROSO, R. FOGLIA e L. TRIA, Milano, 1997, p. VII; nonché Id., *I diritti sociali*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 2, pp. 1 ss.

(36) Sul dibattito politico suscitato dalle esigenze di razionalizzazione del sistema pensionistico, si vedano le considerazioni svolte da T. TREU, *Lineamenti per una riforma dello Stato sociale*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, pp. 3 ss.

(37) Riforma attuata con il d.p.r. n. 488 del 1968, e in giurisprudenza, tra le molte, v. Corte Cost. 7 luglio 1986, n. 173, cit.

(38) P. BOER, *È costituzionale il massimale sulla retribuzione pensionabile?*, cit., p. 120.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Giurisdizione - Controversie relative a procedure di affidamento di appalto di servizio di trasporti da parte di soggetti tenuti al rispetto delle norme sull'evidenza pubblica - Gara - Sindacato del g. a. sulla certificazione Inps attestante la regolarità contributiva dell'impresa ammessa a partecipare alla gara - Censura in sede di ricorso in cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione - SS.UU. - Ord. 11.12.2007, n. 25818 - Pres. Nicastro - Rel. Luccioli - P.M. Ciccolo - S.T.A.R. (Avv. D'Innella) - C.A.L. (Avv. ti Sanino, Losa) - INPS (Avv. ti Coretti, Correrà) - Provincia di Lodi - Regione Lombardia.

Nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, che l'art. 61, 21 luglio 2000 n. 205, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché la produzione della certificazione proveniente dall'Inps che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del g. a. verificare la regolarità di tale certificazione; ne consegue che - essendo il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato circoscritto ai motivi inerenti la giurisdizione, con esclusione degli errori in iudicando e in procedendo - è inammissibile il ricorso contro la sentenza del Consiglio di Stato che abbia provveduto a valutare la regolarità contributiva, secondo le risultanze del certificato Inps prodotto, di un'impresa ammessa a partecipare ad una gara di appalto di servizio pubblico di trasporto, risolvendosi tale censura nella denuncia della violazione di un limite interno alla giurisdizione del g. a..

FATTO — Con bando di gara pubblicato nelle forme di rito la Provincia di Lodi indicava una procedura ristretta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di trasporto pubblico locale riferiti alla propria rete territoriale, per un periodo di sette anni e per una percorrenza minima di 7.142.863 bus/km, con un importo a base d'asta fissato in € 64.163.399,79, oltre IVA, finanziato mediante trasferimento delle risorse a carico del bilancio regionale.

In esito alla fase di prequalificazione, la commissione di gara, con verbale del 16 dicembre 2003, ammetteva a partecipare alla gara il Consorzio Autoservizi Lombardi

(di seguito CAL), per conto delle società consorziate, e la costituenda associazione temporanea di imprese composta da Società Trasporti Automobilistici Regionali s.p.a. e da Line s.p.a. (di seguito a.t.i. STAR/Line).

In data 19 dicembre 2003 si svolgeva la seconda riunione della commissione, dapprima in forma segreta per la valutazione delle offerte tecniche e poi in seduta pubblica per l'apertura delle offerte economiche. In esito a tali operazioni l'a.t.i. STAR/Line era dichiarata in via provvisoria aggiudicataria dell'appalto.

Impugnati dinanzi al TAR della Lombardia dal CAL tutti gli atti del procedimento e proposto ricorso incidentale dall'a.t.i. STAR/Line diretto ad ottenere l'esclusione del CAL dalla gara, con sentenza n. 6511 del 14 luglio - 21 dicembre 2004 il giudice adito riteneva fondate le doglianze proposte dal ricorrente principalmente ai profili della procedura concernenti l'adozione del metodo del confronto a coppie ed alla fissazione dei criteri di valutazione delle offerte in epoca posteriore alla conoscenza del merito tecnico delle stesse; respingeva inoltre il ricorso incidentale spiegato dall'a.t.i. STAR/Line al fine di depotenziare l'interesse dell'originario ricorrente a coltivare il gravame in ragione della esistenza di cause che avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione dalla procedura comparativa.

Proposti separati appelli dall'a.t.i. STAR/Line e dalla Provincia di Lodi ed appello incidentale condizionato dal CAL, con sentenza n. 3843 del 24 maggio - 19 luglio 2005 il Consiglio di Stato respingeva gli appelli principali e dichiarava improcedibile l'incidentale.

Il Consiglio di Stato, per quanto in questa sede interessa, nel respingere il motivo di appello volto ad ottenere l'esclusione del CAL dalla gara, in applicazione dell'art. 12, primo comma, lett. *d*) ed *e*), del d.lgs. n. 157 del 1995, richiamato dall'art. 22, primo comma, lett. *c*), del d.lgs. n. 158 del 1995, in ragione della asserita inidoneità del certificato dell'INPS prodotto a documentare la regolarità contributiva della consorzziata Sila Pavia s.r.l., osservava che non è nei poteri della stazione appaltante sindacare il merito di un certificato dell'INPS attestante la regolarità contributiva; che d'altro canto detto certificato dava atto che parte dei debiti già gravanti sulla SGEA Lombardia s.p.a., la quale aveva ceduto alla Sila Pavia s.r.l. il ramo di azienda afferente al trasporto pubblico locale, non presentavano il requisito della definitività richiesto perché sia integrata una legittima causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, essendo oggetto di un contenzioso giudiziale; che anche la cartolarizzazione dei debiti a seguito della cessione *pro soluto* di parte dei crediti ad altra società non ne consentiva l'apprezzabilità nei termini della consolidata definitività; che appariva decisiva la circostanza che la Sila Pavia s.r.l. fin dalla sua costituzione aveva adempiuto agli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa direttamente gravanti, mentre le irregolarità ereditate per effetto della cessione del ramo di azienda apparivano prive del carattere della definitività e non erano state oggetto di accertamenti da parte dell'INPS nei confronti di detta società a titolo di solidarietà passiva.

Per la Cassazione di tale sentenza la STAR - Società Trasporti Automobilistici Regionali s.p.a., in proprio e nella qualità di società capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita con la Line - Servizi per la Mobilità s.p.a., ha proposto ricorso per cassazione deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Hanno resistito con distinti controricorsi il CAL e l'INPS.

La Provincia di Lodi e la Regione Lombardia non hanno svolto attività difensiva.

Ravvisandosi le condizioni per la trattazione in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 375 c.p.c., gli atti sono stati trasmessi al pubblico ministero, che nelle sue conclusioni scritte ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità o comunque la manifesta infondatezza del ricorso.

La società ricorrente ed il CAL hanno infine depositato memorie.

DIRITTO — La ricorrente, invocando gli artt. 111 Cost, 48 del t.u. sul Consiglio di Stato, l'art. 36 della legge n. 1034 del 1971 e l'art. 442 c.p.c., ha dedotto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alla statuizione con la quale, disattendendo il motivo di appello volto ad ottenere l'esclusione del CAL dalla gara in ragione della irregolarità della posizione contributiva della consorziata Sila Pavia s.r.l, ha valutato la legittimità del documento INPS prodotto a certificazione della posizione contributiva di questa.

Ha osservato al riguardo che le certificazioni di regolarità contributiva non rientrano nel novero degli atti amministrativi in senso proprio, non rappresentano manifestazioni di volontà o di giudizio, non costituiscono atti preparatori in senso stretto né rispetto all'aggiudicazione né al suo annullamento o revoca, e come tali non sono impugnabili dinanzi al giudice amministrativo, ponendosi l'eventuale controversia attinente all'esistenza del debito contributivo quale causa pregiudiziale, da instaurare dinanzi al giudice ordinario.

Ha altresì rilevato che se l'amministrazione appaltante non può valutare in modo autonomo la posizione di regolarità contributiva in contrasto con la certezza determinata dalla certificazione, allo stesso modo non può tale sindacato attribuirsi, nemmeno per altra via, al giudice amministrativo, in quanto sfornito di giurisdizione sul rapporto previdenziale.

Va innanzi tutto rigettata l'eccezione della resistente CAL di tardività del ricorso, formulata nell'assunto che il termine per impugnare dinanzi a queste Sezioni Unite la sentenza del Consiglio di Stato fosse soggetto al dimidiamento previsto dall'art. 23 *bis*, comma 2, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e fosse quindi decorso alla data di notifica del ricorso.

Ed invero la richiamata disposizione, introdotta dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 2005, disciplina un rito speciale che presuppone la sussistenza della giurisdizione amministrativa e si applica unicamente ai giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa, come chiaramente enunciato nel primo comma dello stesso art. 23 *bis*, e quindi con esclusione del ricorso dinanzi alle sezioni unite della Corte di Cassazione (v. sul punto S.U. 2006 n. 20322 (1); 2002 n. 10726).

Deve essere ancora disattesa l'eccezione del CAL di inammissibilità del ricorso per difetto dei requisiti di specificità, completezza e riferibilità alla decisione impugnata del motivo di ricorso: ed invero detto motivo appare articolato in termini sufficientemente specifici, consentendo il suo tenore complessivo di cogliere la natura e la portata delle censure rivolte a ben individuate statuizioni della sentenza impugnata.

Va ancora osservato, in adesione alla deduzioni svolte sul punto dal pubblico ministero nelle sue conclusioni scritte, che il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione non trova ostacolo nella

circostanza che la questione di giurisdizione non sia stata sollevata nelle precedenti fasi processuali, potendo ravvisarsi un impedimento alla deducibilità ed esaminabilità della questione soltanto per effetto del giudicato interno formatosi a seguito della mancata impugnazione di una precedente pronuncia resa esplicitamente sulla giurisdizione, ovvero sul merito, nell'implicito presupposto della esistenza della giurisdizione: nella fattispecie in esame è mancata qualsiasi pronuncia sulla giurisdizione, mentre la questione relativa alla validità ed efficacia della certificazione INPS, oggetto di ricorso incidentale in primo grado, è stata riproposta in appello dinanzi al Consiglio di Stato, che l'ha esaminata e respinta.

Il motivo di ricorso è tuttavia inammissibile. Costituisce acquisizione del tutto ferma nella giurisprudenza di questa Suprema Corte che il sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è circoscritto ai motivi inerenti alla giurisdizione, ossia ai vizi ravvisabili nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato, in positivo o in negativo, l'ambito della giurisdizione in generale (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa o, al contrario, quando abbia negato la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in assoluto della funzione giurisdizionale) o nell'ipotesi in cui abbia violato i limiti esterni della propria giurisdizione (come quando abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario o ad altra giurisdizione speciale, ovvero abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, o ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito). Resta pertanto escluso ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, cui invece attengono gli errori *in iudicando* e *in procedendo*, i quali esorbitano dai confini dell'astratta valutazione di sussistenza degli indici definitivi della materia ed ineriscono alla esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, investendo l'accertamento della fondatezza o meno della domanda (v. sul punto, *ex plurimis*, S.U. 2007 n. 23047; 2007 n. 21129; 2006 n. 27183; 2006 n. 16469; 2006 n. 13433; 2006 n. 13176; 2006 n. 10828; 2005 n. 14211; 2005 n. 8882; 2005 n. 7799; 2005 n. 847).

Ritenuta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6 della legge 21 luglio 2000, n. 205, in ordine a tutte le controversie - come quella in esame - *relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*, e considerato che la produzione della certificazione INPS attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa in materia di appalti pubblici ai fini della ammissione alla gara (artt. 12, comma 1, lett. d del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, e 22, comma 1, lett. c del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 158, applicabili nella specie *ratione temporis*), deve argomentarsi che apparteneva alla cognizione di detto giudice verificare la regolarità di una certificazione costituente specifico requisito per la partecipazione alla gara, la cui produzione è sufficiente, ai sensi del comma 2 del citato art. 12, a dimostrare che il concorrente non si trova in situazione di irregolarità contributi-

va. Appare pertanto evidente che la contestazione da parte della società ricorrente della giurisdizione del Consiglio di Stato, nell'ambito dell'accertamento al medesimo demandato circa la legittimità dello svolgimento della gara e della aggiudicazione, in ordine alla regolarità contributiva dell'impresa consorziata, secondo le risultanze del certificato INPS prodotto, ed alla natura ed efficacia di detto documento, si risolve nella denuncia di violazione di un limite interno alla giurisdizione attribuita dalla legge al giudice amministrativo, in quanto tale non riconducibile all'ambito del sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato.

La società ricorrente va pertanto condannata al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione nei confronti dei controricorrenti, nella misura liquidata in dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 516

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Prestazioni - Assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi - Art. 38 r.d.l. n. 1827 del 1935 - Dipendenti comunali - Esclusione - Pagamento contributi cosiddetti minori all'Inps - Irrilevanza - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 26.10.2007, n. 22627 - Pres. Ravagnani - Rel. Toffoli - P.M. Patrone - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - G.R. (Avv. Gallo).

Ai sensi dell'art. 38 del r.d.l. n. 1827 del 1935 i dipendenti comunali non sono soggetti all'assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi, ed usufruiscono di una specifica disciplina del trattamento di quiescenza, restando irrilevante l'eventuale pagamento all'Inps da parte del Comune di contribuzioni cosiddette minori, compresa quella per la tubercolosi, atteso che il pagamento dei contributi, se avvenuto indebitamente, non determina la costituzione di un rapporto assicurativo nell'ambito della previdenza obbligatoria.

FATTO e DIRITTO — La Corte d'appello di Catanzaro, confermando la sentenza di primo grado del Tribunale di Crotona, riconosceva il diritto di R. G. all'indennità tubercolare post-sanatoriale ex art. 2 legge n. 1088/1970 e respingeva la domanda riconvenzionale dell'Inps, diretta alla restituzione della somma di L. 3.843.190, corrisposta a detto lavoratore a titolo di indennità tubercolare per il periodo 10.9.1994-31.12.1994.

Nel respingere l'impugnazione dell'Inps, il quale sosteneva che il G., essendo dipendente comunale, non era soggetto all'assicurazione contro la tubercolosi, a norma dell'art. 38 del r.d.l. n. 1827/1935, la Corte di merito, da un lato dava atto che i dipendenti comunali non sono soggetti all'assicurazione per la tubercolosi "purché ad essi sia assicurato un trattamento di quiescenza o di previdenza", ma dall'altro affermava che l'Inps era tenuto al pagamento delle prestazioni in questione, avendo ricevuto i contributi per il periodo assicurato, come da documentazione in atti attestante il versamento da parte del Comune di Crotona all'Inps, per i suoi dipendenti, dei contributi "FAP-TBC-DS-ENAOLI", in quanto l'istituto sino al 1997 aveva funzionato da ente addetto alla riscossione.

L'Inps propone ricorso per cassazione denunciando violazione dell'art. 2 legge n. 1088/1970 e dell'art. 38 r.d.l. n. 1827/1935 e, come emerge dal contesto delle censure, contraddittorietà di motivazione.

L'intimato resiste con controricorso.

Il ricorso è fondato per i denunciati vizi di violazione di legge e contraddittorietà di motivazione.

In effetti, a norma dell'art. 38 del r.d.l. n. 1827/1935 non sono soggetti ad assicurazione obbligatoria contro la tubercolosi i dipendenti comunali che usufruiscono di una specifica disciplina del trattamento di quiescenza (cfr. Cass. 18342/2002 (1), 9056/1993, 5820/1988, 3210/1987 (2)), circostanza quest'ultima senza dubbio sussistente quanto meno per i dipendenti comunali di ruolo. La Corte di merito da un lato ha dato atto di tale principio, ma, dall'altro, ha rigettato l'appello sulla base della circostanza del pagamento di contribuzioni c.d. minori, compresa quella per la tbc, all'Inps da parte del Comune di Crotona, senza considerare che il pagamento dei contributi se avvenuto indebitamente non determina la costituzione di un rapporto assicurativo nell'ambito della previdenza obbligatoria. Viceversa la Corte non si è soffermata sulla verifica del dato, nella specie determinante, relativo alla condizione del G. di dipendente comunale fruente della specifica normativa pensionistica.

Il ricorso deve dunque essere accolto, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio della causa ad altro giudice, che provvederà a nuovo esame con riferimento al già enunciato principio di diritto. Provvederà anche per le spese di questo grado.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 229

(2) *Idem*, 1988, p. 328

Contributi - Sgravi - Art. 6, commi nono e decimo, del d.l. n. 338 del 1989 (convertito in legge n. 389 del 1989) - Collegamento diretto tra lavoratori cui si riferisce l'inadempimento e sanzioni - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 05.10.2007, n. 20891 - Pres. Mercurio - Rel. Monaci - P.M. Matera (parz. conf.) - G. O. (Avv. Tirone) - INPS (Avv. ti Cossu, Correrà, Coretti).

In materia di sgravi contributivi, l'art. 6, commi nono e decimo, del d.l. n. 338 del 1989 (convertito in legge n. 389 del 1989) sanziona il comportamento inadempiente del datore di lavoro - che, come nella specie, non abbia denunciato agli istituti previdenziali alcuni lavoratori, oppure li abbia denunciati per orari, giornate di lavoro o retribuzioni inferiori a quelli effettivi - con la perdita delle retribuzioni contributive relative alle posizioni dei soli lavoratori non denunciati, o cui comunque si riferiscono le violazioni, essendo istituito un collegamento diretto tra i lavoratori cui si riferisce l'inadempimento e le sanzioni da applicare e rispondendo ad un criterio di razionalità che, tendenzialmente, l'entità della sanzione sia rapportata all'entità della violazione, alla stregua della regola vigente in tutti i sistemi sanzionatori, innanzitutto in quello penale, ma anche in quello amministrativo.

FATTO — Il signor G. O. ha proposta opposizione avverso un decreto ingiuntivo di complessive L.39.999.8329 emesso dal Pretore di Isernia in favore dell'Inps per il pagamento di contributi assicurativi arretrati (indicati in L.17.276.187), relativi al periodo dal primo marzo al 31 agosto 1991 e delle somme aggiuntive, nonché degli interessi legali e delle ulteriori sanzioni aggiuntive.

A sostegno dell'opposizione il ricorrente sosteneva che l'importo non poteva che essere stato erroneamente calcolato, che si doveva tenere conto degli sgravi previsti per le imprese che operavano nel Mezzogiorno, e che, comunque, il contribuente si era avvalso del condono previdenziale ai sensi dell'art.4 del D.L. n.6/1993, versando i contributi dovuti, e perciò si era estinto il credito richiesto dall'Inps.

In ogni caso la perdita degli sgravi avrebbe dovuto essere rapportata tutto al più all'ammontare delle retribuzioni corrisposte in misura inferiore a quelle contrattuali limitatamente ai cinque dipendenti per i quali si era verificata una simile situazione, e non all'intero insieme delle retribuzioni corrisposte ai dipendenti in quel periodo.

Dopo che si era costituito il contraddittorio e che era stata istruita la causa, il giudice di primo grado respingeva l'opposizione.

Questa pronuncia è stata confermata dalla Corte d'Appello di Campobasso con sentenza n.250/2003, in data 3-9 dicembre 2003. che ha respinto l'appello del G..

Avverso la sentenza, che non risulta notificata, il G. O. ha proposto ricorso per cassazione, con tre motivi, notificata, in termine, il 25 novembre 2004.

Resiste l'Inps con controricorso notificato, in termine, il 4 gennaio 2005.

DIRITTO — 1. — Esigenze di chiarezza consigliano di esporre brevemente, come premessa, il percorso logico seguito dalla Corte d'Appello di Campobasso per giungere alla sua decisione.

Riassuntivamente, la sentenza ha motivato in diritto:

che la mancata esposizione delle retribuzioni per cinque dipendenti comportava la perdita delle riduzioni contributive a titolo di sgravi;

che questa esclusione si estendeva all'intero rapporto previdenziale, con riferimento a tutti i lavoratori impiegati, e non soltanto ai cinque cui si riferivano le omissioni contributive;

che, a differenza di precedenti analoghe sanatorie in materia contributiva, quella prevista dall'art.4 del D.L. n.6/1993, di cui si era avvalso il G., non prevedeva tra i benefici derivanti dal condono la mancata applicazione delle disposizioni speciali che escludevano le riduzioni contributive;

che, in realtà, era residuo un debito contributivo dopo l'applicazione del condono di cui si era avvalso il G.;

che quest'ultimo avrebbe potuto effettivamente avvalersi, perché applicabile a tutti i debiti contributivi non ancora eliminati, della disposizione - da lui invocata - contenuta nell'art. 1. comma 230, della legge n.662 del 1996, che prevedeva nuovamente tra gli effetti della regolarizzazione contributiva anche l'inapplicabilità delle disposizioni sulla perdita degli sgravi;

che nei caso specifico si erano verificati due distinti illeciti contributivi, quello dell'indicazione nel libro paga di retribuzioni inferiori al vero, e quello del pagamento i contributi ridotti per effetto del beneficio degli sgravi da cui il contribuente era decaduto;

che al momento dell'entrata in vigore della legge n.662 del 1996 continuavano a sussistere tutti e due gli illeciti;

che, però, per avvalersi del beneficio previsto dal predetto comma 230 dell'art. 1 il contribuente avrebbe dovuto provvedere alla regolarizzazione contributiva, ed invece questa circostanza non si era verificata, e, di conseguenza, non si era verificata neppure l'estinzione delle obbligazioni per sanzioni amministrative e per sgravi contributivi fruiti indebitamente.

2. — Con il primo motivo di impugnazione il ricorrente lamenta la violazione dell'art.4 del D.L. 15 gennaio 1993, n.6.

Contesta l'interpretazione data alla norma dalla Corte d'Appello secondo cui l'art.4 non avrebbe comportato la sanatoria delle riduzioni contributive non spettanti, e sostiene che anche la perdita degli sgravi rientrava nel concetto ampio di "*onere accessorio*".

3. — Con il secondo motivo il ricorrente lamenta, invece, la violazione dell'art.2697 c.c. e l'omessa o insufficiente motivazione su di un punto decisivo della controversia, quello relativo alla congruità delle somme versate dal G. con il condono ed all'idoneità dei pagamenti effettuati ad estinguere l'obbligazione contributiva.

Critica la sentenza per essersi basata, per determinare il *Quantum*, sulle attestazioni dell'Istituto assicuratore (che aveva indicato i contributi evasi in L.17.276.187), senza esaminare le deduzioni del contribuente che aveva indicato l'imponibile previdenziale evaso in L.4.256.000 e quello degli importi dovuti in L. 1.939.000, di cui L. 1.284.000 per contributi ed il rimanente per somme aggiuntive,

4. — Con il terzo motivo il signor G. denuncia la violazione dell'art.6, commi 9 e 10, del 9 ottobre 1989, n.338.

Contesta la sentenza nel passaggio in cui aveva ritenuto che la mancata esposizione nel libro paga delle retribuzioni di cinque dipendenti avesse determinato la perdita degli sgravi contributivi relativi all'intero rapporto previdenziale.

Secondo il ricorrente l'art.6, comma nono, del D.L. n.338/1989, invece, prevedeva soltanto che gli sgravi contributivi non si applicassero per i lavoratori che non erano stati denunciati, e perciò gli sgravi in questione non erano venuti meno limitatamente ai lavoratori per i quali mancavano i presupposti, senza però nessuna perdita generale del diritto agli sgravi per tutti i lavoratori dipendenti,

5. — Il primo motivo di impugnazione non è fondato.

Come già sottolineato da questa Corte nella sua giurisprudenza più recente e più convincente, "*la regolarizzazione dei contributi evasi per la mancata esposizione di retribuzioni sul libro paga, effettuata ex art. 4 D.L. 15 gennaio 1993, n.6, convertito in legge 17 marzo 1993, n. 63, non comporta altresì la sanatoria delle riduzioni contributive non spettanti, posto che detta norma, a differenza di precedenti analoghe sanatorie in materia contributiva che contenevano una specifica disposizione al riguardo, non prevede, fra i benefici derivanti dal condono, anche la non applicazione delle disposizioni di cui all'art. 6, commi nono e decimo, legge n. 389 del 1989, escludenti le riduzioni contributive previste dal medesimo art. 6 nel caso di lavoratori non denunciati agli Istituti previdenziali, o denunciati con orari, giornate di lavoro o retribuzioni inferiori al vero. Ne consegue che, in tali casi, la indebita autoattribuzione di riduzioni contributive integra una omissione contributiva, che il datore di lavoro deve sanare*

con specifica domanda di condono e pagamento dei corrispondenti oneri! tale domanda va distinta da quella relativa alla infrazione consistente nella mancata o irregolare corresponsione della retribuzione, che ha dato luogo alla decadenza dal beneficio delle riduzioni contributive". (Cass.civ., 10 marzo 2004, n.4940, nello stesso senso, 16 febbraio 2006, n. 3376; 6 marzo 2001, n. 3234; in senso contrario isolata, 19 novembre 2001, n.14462 (1), citata dal ricorrente).

La locuzione "*onere accessorio*" non ha carattere onnicomprensivo, e non ricomprende la perdita dei benefici contributivi.

In realtà gli sgravi contributivi consistono in una diminuzione dell'importo ordinario della contribuzione (che è predeterminato per legge sulla base di un calcolo attuariale effettuato a priori in funzione dell'onere complessivo necessario per la copertura assicurativa), le sanzioni invece in ulteriori oneri economici, che si aggiungono alla contribuzione ordinaria rendendola più gravosa.

Proprio per questo l'imposizione di sanzioni è concettualmente diversa dalla mancata concessione di un beneficio: altro è la perdita del diritto a usufruire di sgravi contributivi ed altro l'imposizione di oneri accessori.

Per la sua natura il condono fa venir meno le sanzioni, riportando l'onere dei contributi all'importo ordinario.

6. — È fondato, invece, e deve essere accolto, il terzo motivo di impugnazione.

La materia delle esclusioni dalle riduzioni contributive è disciplinata dall'art.6, commi nove e dieci, del decreto legge 9 ottobre 1989, n.338, convertito in legge 7 dicembre 1989, n.389.

Nel testo vigente all'epoca dei fatti queste norme disponevano che:

"9. Le riduzioni di cui al presente articolo non spettano per i lavoratori che:

- a) non siano stati denunciati agli istituti previdenziali;*
- b) siano stati denunciati con orari o giornate di lavoro inferiori a quelli effettivamente svolti ovvero con retribuzioni inferiori a quelle previste dall'articolo 1, comma 1,*
- c.) siano stati retribuiti con retribuzioni inferiori a quelle previste dall'articolo 1, comma 1. (quelle, cioè, previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva)*

10. Le disposizioni di cui al comma 9 operano per una durata pari ai periodi di inosservanza anche di una delle condizioni previste dallo stesso comma aumentati del 50 per cento. Nelle ipotesi di cui alle lettere b) e c) del medesimo comma 9 la perdita della riduzione non può superare il maggiore importo tra contribuzione omessa e retribuzione non corrisposta".

La legge non sanziona il comportamento inadempiente del datore di lavoro che, come nel caso di specie, non abbia denunciato agli istituti previdenziali alcuni lavoratori, oppure li abbia denunciati per orari o per retribuzioni inferiori a quelli effettivi, oppure anche abbia corrisposto loro retribuzioni inferiori a quelle dovute, con la perdita di tutte le riduzioni contributive, ma solamente di quelle relative alle posizioni dei lavoratori non denunciati o cui comunque si riferiscono le violazioni.

La formula adottata dalla legge, secondo cui appunto "le riduzioni non spettano per i lavoratori", istituisce un collegamento diretto tra i lavoratori cui si riferisce l'inadempimento e le sanzioni da applicare per questo inadempimento.

Queste ultime si applicano alle posizioni dei lavoratori che non sono stati denunciati (o cui si riferisce un'altra ipotesi di inadempimento), non alle altre.

Risponde del resto ad un criterio di razionalità che, almeno tendenzialmente, l'entità della sanzione sia rapportata all'entità della violazione: questa è la regola normale in tutti i diversi sistemi sanzionatori, innanzi tutto in quello penale, ma anche in quelli in materia amministrativa.

Seguendo, invece, la tesi accolta dalla Corte d'Appello di Campobasso si perverrebbe ad risultato non razionale, oltre che non equo (e verosimilmente non producete), della perdita di tutti i benefici economici anche per infrazioni proporzionalmente modeste.

Questa considerazione dimostra ulteriormente l'infondatezza della decisione adottata su questo punto nella sentenza impugnata.

7. — Rimane assorbito il secondo motivo di impugnazione, che concerne la quantificazione delle somme dovute, perché la soluzione di questo problema è condizionata dalla entità della decadenza degli sgravi, che non deve essere integrale, ma riferita alle posizioni dei cinque dipendenti omessi.

8. — Concludendo deve essere accolto il terzo motivo di impugnazione, mentre deve essere rigettato il primo motivo ed il secondo rimane assorbito.

La pronunzia impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto e la causa rinviata per un nuovo esame, da effettuare alla luce dei principi di diritto individuati in questa sentenza, alla Corte d'Appello di Napoli che provvedere anche alla liquidazione delle spese di questa fase di legittimità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 449

Prestazioni - Assicurazione contro la disoccupazione - Indennità di mobilità - Pagamento in via anticipata e in unica soluzione *ex art. 7, comma 5, legge n. 223 del 1991* - Divieto di rioccuparsi alle dipendenze di altro datore di lavoro nel termine di 24 mesi successivi alla corresponsione - Decorrenza.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 18.09.2007, n. 19338 - Pres. Ciciretti - Rel. Stile - P.M. Apice - P.R. (Avv. Marini) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, De Rose).

Il periodo di due anni entro il quale il lavoratore non può nuovamente rioccuparsi alle dipendenze altrui - pena la restituzione dell'importo concesso gli al fine di incentivarlo al reperimento di una diversa fonte di reddito - e deve invece attivarsi per attuare concretamente il proposito espresso all'atto della richiesta dell'anticipazione, decorre dalla data di incasso della medesima.

FATTO — Con ricorso depositato il 17/7/02, l'INPS proponeva appello avverso la sentenza del Tribunale di Sulmona. che aveva accolto l'opposizione proposta da R. P. contro il decreto ingiuntivo n. 296/90 con il quale era stato ordinato allo stesso P. di pagare all'Istituto L.26.920.000 a titolo di restituzione dell'indennità di mobilità indebitamente percepita.

Deduceva che erroneamente il Giudice di primo grado aveva ritenuto che il periodo di 24 mesi contemplato dall'art. 7. co. 5. l. n. 223/91. entro il quale il lavoratore che abbia ottenuto il pagamento in via anticipata dell'indennità di mobilità al fine di intraprendere un'attività di lavoro autonomo non deve nuovamente occuparsi alle dipendenze di altro datore di lavoro, doveva farsi decorrere dalla data in cui l'anticipazione sarebbe dovuta essere corrisposta all'interessato. Infatti, a parere dell'istituto, sia la lettera dell'art. 7, co. 5, citato. sia il d.m. 17,2.93. n. 142 di attuazione, deponevano nel senso che il predetto periodo di due anni doveva farsi decorrere dal giorno dell'effettivo pagamento dell'indennità. Nella specie, poiché l'indennità era stata erogata al P. nel mese di febbraio 1995 e poiché egli si era rioccupato alle dipendenze della ditta C. il 2.1.97. l'INPS riteneva legittimo il proprio operato e chiedeva, in accoglimento dell'appello, il rigetto dell'opposizione.

R. P. non si costituiva.

Con sentenza del 29 gennaio-15 aprile 2004. l'adita Corte d'appello di L'Aquila in adesione alla tesi dell'INPS. accoglieva il gravame, rigettando l'opposizione.

Per la cassazione di tale pronuncia ricorre il P. con due motivi, ulteriormente illustrati da memoria.

Resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO — Con il primo mezzo d'impugnazione, il ricorrente, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 7, L. 23.7.1991. n. 223 e 3. D.M 17.2.1993, n. 142, nonché omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione su punti decisivi (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.), lamenta che la Corte d'appello dell'Aquila, pur operando una ricostruzione del lutto corretta della *ratio* della legge, individuata "nella ricollocazione dei lavoratori in mobilità al di fuori dell'area congestionata del lavoro subordinato", con gli evidenti e dovuti correttivi tendenti ad evitare abusi. abbia, poi, fornito una interpretazione assolutamente letterale della norma che. così applicata, diviene troppo "automatica" e vessatoria per il lavoratore del tutto esposto al puro e semplice arbitrio dell'INPS.

Il motivo è infondato.

Invero - come puntualizzato dalla Corte territoriale -, l'art. 7. co. 5, l. n. 223/91, nello stabilire l'obbligo di restituzione dell'indennità di mobilità corrisposta in via anticipata a carico dei lavoratori, che. pur avendo ottenuto quell'anticipazione dichiarando di aver intenzione di intraprendere un'attività autonoma, si rioccupino alle dipendenze di altro datore di lavoro, prevede chiaramente e senza possibilità di equivoco alcuno che quell'obbligo di restituzione sussiste quando l'assunzione di una nuova occupazione alle altrui dipendenze avvenga "nei ventiquattro mesi successivi a quello della corresponsione". Ciò che conta, alla stregua del tenore della norma legislativa, pertanto, non è il momento in cui il lavoratore ha avanzato la domanda di anticipazione dell'indennità - bensì quello in cui ha incassato l'anticipa-

zione medesima.

L'art. 3 del d.m. n. 142/93 (regolamento di attuazione dell'art. 7, co. 5. l. n. 223/91), in maniera del tutto conforme al citalo disposto legislativo, ribadisce che la restituzione è dovuta da quei lavoratori che "si occupino alle dipendenze di terzi entro i ventiquattro mesi successivi a quello della corresponsione delle somme".

È indubbio, dunque, che l'interpretazione letterale della normativa di riferimento esclude che il periodo di 24 mesi debba decorrere - come invece sostenuto dal ricorrente - dalla data della presentazione della domanda in sede amministrativa.

Il P., sulla scorta del *decisum* del Tribunale, sembra affermare questa decorrenza perché in detta data o, quanto meno - sulla base delle dichiarazioni rese dal funzionario dell'INPS in sede di interrogatorio formale - entro sessanta giorni della istanza amministrativa l'anticipazione andava effettivamente corrisposta.

In realtà - come ancora correttamente affermato dai Giudice d'appello - nessuna disposizione legislativa o regolamentare stabilisce un termine massimo entro il quale l'INPS debba provvedere ad erogare materialmente l'anticipazione, né si può ritenere che il pagamento debba essere eseguito addirittura contestualmente alla presentazione della domanda da parte dell'interessato, posto che, anche in una fattispecie come quella che qui ci occupa, deve essere riconosciuto a favore dell'ente pubblico un congruo *spatium deliberandi*. Peraltro - si da atto nella impugnata decisione -, che, nel caso in esame, la domanda risulta essere stata presentata dal P. il 6.12.94, mentre l'erogazione dell'anticipazione è avvenuta (sia pure parzialmente) il 24.1.95. vale a dire entro un termine ragionevole. Quindi neppure la particolarità della fattispecie concreta giustificano una disapplicazione del chiaro tenore letterale della norma.

Ma, come ancora una volta rimarcato convincentemente dal Giudice *a quo* - anche la *ratio* della disposizione legislativa conferma la validità dell'interpretazione letterale.

Scopo dell'art. 7, co. 5. L. n. 223/91. è quello di istituire un incentivo alla ricollocazione dei lavoratori in mobilità al di fuori dell'area congestionata del lavoro subordinato (*ex plurimi*, Cass. 28 gennaio 2004 n. 1587 (1)). A tal fine la norma consente al lavoratore che sia stato collocato in mobilità di poter usufruire di un certo capitale che gli permetta di intraprendere un'attività di lavoro autonomo che possa rappresentare per lui la soluzione ai problemi di reperimento del reddito che il collocamento in mobilità consente di fronteggiare solo in via transitoria. Tuttavia, nel perseguire tale obiettivo, il legislatore si è altresì preoccupato che lo scopo della norma non venisse vanificato nell'ipotesi di lavoratori che, successivamente alla corresponsione anticipata dell'indennità, si fossero nuovamente occupati alle dipendenze altrui (senza quindi ricollocarsi in fattispecie negoziali diverse da quelle del rapporto di lavoro subordinato).

La norma in esame, peraltro, ha avuto anche riguardo ai casi di lavoratori che - pur avendo tentato seriamente di intraprendere un'attività lavorativa autonoma - siano stati costretti successivamente a tornare ad occupazioni di lavoro subordinato.

Orbene, il legislatore - nell'esercizio del suo potere discrezionale - ha ritenuto di dover contemperare tali contrapposte esigenze, prevedendo, da un lato, che in caso di rioccupazione alle altrui dipendenze entro 24 mesi dalla corresponsione

delle somme in parola, il lavoratore che abbia usufruito dell'anticipazione debba restituirla; dall'altro, stabilendo che tale obbligo non sussista più una volta decorso tale lasso di tempo, ritenendo evidentemente che il decorso di 24 mesi fosse indicativo della serietà del tentativo del lavoratore stesso di intraprendere un'attività di lavoro autonomo. La soluzione adottata dal legislatore appare d'altronde opportuna, anche al fine di evitare un accertamento caso per caso della serietà del tentativo di intraprendere un'attività di lavoro autonomo da parte dei beneficiari dell'indennità di mobilità in via anticipata, che presenterebbe non pochi problemi operativi.

In un simile contesto e del tutto ragionevole far decorrere il periodo di tempo in questione nel momento in cui l'interessato riceve materialmente dall'INPS l'importo dell'anticipazione dell'indennità di mobilità. Infatti, fino a quando egli non incassa l'anticipazione, da un lato, ha titolo per continuare a percepire mensilmente il relativo rateo di indennità e, dall'altro, non può sapere con certezza che gli verrà erogata l'anticipazione e pertanto non può - almeno di regola - concretamente iniziare a svolgere l'attività autonoma. Pertanto, appare ragionevole far decorrere dalla data dell'incasso dell'anticipazione il periodo di due anni entro il quale il lavoratore non può nuovamente rioccuparsi alle dipendenze altrui - pena la restituzione dell'importo concessogli al fine di incentivarlo al reperimento di una diversa fonte di reddito - e deve invece attivarsi per attuare concretamente il proposito espresso all'atto della richiesta dell'anticipazione.

Nel caso in esame, coerentemente con tali premesse, la Corte di L'Aquila, ha accertato - senza che tale accertamento possa essere messo in discussione da una diversa ricostruzione dei fatti, così come esplicitata dal ricorrente nella memoria ex art. 378 c.p.c.- che l'acconto dell'anticipazione è stato corrisposto il 24.1.95 ed il saldo nel successivo mese di febbraio, quindi, "a norma dell'art. 7, co. 5, il periodo di ventiquattro mesi è iniziato a decorrere, a tutto voler concedere, dal febbraio 1995 e sarebbe scaduto il 31.1.97; invece il P. risulta pacificamente essere stato assunto da un nuovo datore di lavoro il 2.1.97".

Con il secondo mezzo di impugnazione, il ricorrente deduce la nullità della sentenza di secondo grado, in quanto nel dispositivo si afferma che la stessa è stata emessa "nel contraddittorio delle parti", mentre il P. in grado di appello, era contumace.

Il motivo è palesemente infondato, poiché la declaratoria di contumacia presuppone l'accertamento della rituale costituzione del contraddittorio.

Da quanto esposto discende il rigetto del ricorso.

Nulla deve disporsi per le spese del presente giudizio ai sensi dell'art. 152 disp.att. c.p.c., nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, d.l. n. 269 del 30 settembre 2003. nella specie inapplicabile *ratione temporis*.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 844

Pensioni - Pensione di anzianità - Decorrenza della pensione di anzianità in base alla regola delle "finestre" - Momento di perfezionamento del diritto a pensione - Coincidenza con la maturazione della "finestra" - Sussistenza.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 24.08.2007, n. 18041 - Pres. Mattone - Rel. Cuoco - P.M. Destro - L. ed altri (Avv. Minucci) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente).

In tema di pensione di anzianità a carico dell'assicurazione generale obbligatoria o di forme di previdenza di essa sostitutive, la decorrenza della pensione in base alle regole delle "finestre" indicate dall'art. 1, comma 29, della legge 8 agosto 1995, n. 335 rappresenta elemento costitutivo dello stesso diritto a pensione, il quale, pertanto, si perfeziona soltanto nel momento in cui matura la data di decorrenza fissata dalla legge, essendo quindi irrilevante, per l'insorgenza di siffatto diritto, che l'assicurato abbia, prima del predetto momento, conseguito il prescritto requisito contributivo e presentato domanda di pensione.

FATTO — Con ricorso notificato il 1° settembre 1998 alcuni dirigenti di aziende industriali iscritti all'INPDAI (al tempo gestore della previdenza obbligatoria), sostenendo che alla data di ingresso della Legge 8 agosto 1995 n. 335 avevano maturato il requisito contributivo, e risolto il rapporto di lavoro e presentato domanda di quiescenza, chiesero che il Pretore di Milano dichiarasse il loro diritto alla decorrenza della pensione di anzianità dal 1° gennaio 1996, in luogo di quella loro dal datore rispettivamente riconosciuta (del 1° luglio 1996 o del 1° ottobre 1996).

Analogo ricorso fu presentato da altri dirigenti, che avevano tuttavia maturato il requisito contributivo dopo l'8 agosto 1995 e prima del 31 dicembre 1995.

Il giudice adito accolse le domande dei ricorrenti che avevano maturato il requisito prima dell'8 agosto 1995.

Con sentenza del 14 marzo 2003 il Tribunale di Milano, accogliendo l'appello dell'I.N.P.D.A.I., respinse le domande.

Osserva il giudicante che la norma, oltre a far riferimento a coloro che avevano maturato il requisito contributivo il 31 dicembre 1994, ha espressamente indicato i requisiti di età; si riferisce pertanto a coloro non ancora in quiescenza all'ingresso della legge.

D'altro canto, il sistema delle "finestre" comporta che prima della data determinata non si possa andare in pensione, e costituisce un criterio che si sovrappone a quello della presentazione della domanda; da ciò, il fatto che l'avvenuta presentazione della domanda non assume rilevanza alcuna.

La norma non è applicabile solo per il futuro, bensì è diretta a regolare la data di inizio della percezione per tutti i soggetti in attesa del trattamento pensionistico. E, poiché la sentenza impugnata non afferma che alla data del 1° gennaio 1996 i ricorrenti godessero del pieno diritto alla pensione, ne ciò è stato oggetto di censura, in appello i ricorrenti non fanno valere un diritto quesito, che dallo *jus superveniens* sarebbe intangibile.

L'art. 1 della Legge n. 402 del 1996 conduce a ritenere che coloro i quali sono stati ammessi alla prosecuzione volontaria dopo il 28 settembre 1994, anche ove abbiano conseguito il requisito contributivo entro il 31 dicembre 1995, non sono sottratti alla disciplina della Legge 8 agosto 1995 n. 335.

Per la cassazione di questa sentenza ricorrono P. P. e gli altri iniziali ricorrenti, percorrendo le linee d'un unico articolato motivo, coltivato con memoria; l'I.N.P.S. resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Denunciando violazione e falsa applicazione dell'art 11 disp. prel. Cod. civ. e dell'art. 1 comma 29 della Legge 3 agosto 1995 n. 335 nonché omessa erronea ed insufficiente motivazione, i ricorrenti sostengono che

l.a. l'art. 3 della Legge 23 ottobre 1992 n. 421 aveva delegato il Governo a riordinare il sistema previdenziale "salvaguardando i diritti quesiti";

l.b. "il giudicante avrebbe dovuto tenere presente la distinzione fra momento di perfezionamento del diritto e momento di decorrenza della pensione"; e nel caso in esame "il diritto non solo era sorto, bensì era stato esercitato tramite la domanda";

l.c. l'affermazione della sentenza, per cui i ricorrenti non facevano valere in appello un diritto quesito intangibile per lo *jus superveniens*, è infondato: non erano i ricorrenti (in quanto appellati) a dover criticare la sentenza di primo grado, bensì l'Istituto; d'altro canto i ricorrenti non hanno dichiarato di versare in tale intangibile situazione, bensì "che non risultava una volontà in tal senso del legislatore";

l.d. le "finestre", inizialmente fissate al 1° maggio ed al 1° novembre, erano state spostate al 1° luglio ed al 1° gennaio dall'art. 11 comma 8 della Legge n. 337 del 1993; la Legge 8 agosto 1995 n. 335 non poteva ulteriormente peggiorare (di 6 - 9 mesi) la decorrenza della pensione, ulteriormente ledendo la situazione di coloro che avevano subito la negativa incidenza delle norme previgenti (per il sistema delle "finestre" il diritto alla pensione era stato posticipato - di non meno di 5 mesi - al 1° gennaio 1996); l'effetto retroattivo dell'art. 1 comma 29 della Legge n. 335 del 1995 avrebbe raddoppiato lo spazio temporale fra maturazione del diritto e decorrenza della pensione;

l.e. il primo periodo dell'indicato art. 1 comma 29 disciplina le situazioni attinenti alla decorrenza 1998, "nessuna esclusa, ivi compresa pertanto la decorrenza 1° gennaio 1998, che presuppone necessariamente una domanda nel 1997; nulla di tutto ciò emerge dal secondo periodo del comma 29 e dalla tabella 'E', che si limitano a fissare quale sia la data della finestra ... ma ignorano del tutto le domande già presentate da chi aveva risolto il rapporto di lavoro";

l.f. il sistema delle "finestre" agisce solo nell'ipotesi di domanda contestuale alla maturazione dei requisiti di età e contribuzione: quando questi requisiti preesistano, la pensione decorre dalla cessazione del rapporto; in concreto, il sistema delle finestre agisce nel solo caso in cui il pensionato perda il posto di lavoro e presenti domanda di pensione, proprio in coincidenza con la maturazione dei requisiti di età e contribuzione per la pensione di anzianità: prima, cioè, che sia trascorso l'intervallo di tempo rappresentato dalla c.d. finestra".

2.— Il ricorso è infondato. È da premettere che per l'art. 22 comma 5 della Legge 30 aprile 1969 n. 153, la pensione di anzianità decorreva normalmente dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda a seguito del perfeziona-

mento dei requisiti (requisiti assicurativi e contributivi, cessazione dell'attività).

Il sistema subisce modifica con l'art. 1 primo comma del Decreto legge 19 settembre 1992 n. 384 (in Legge 14 novembre 1992 n. 438), il quale dispone, dalla data della sua entrata in vigore (e fino al 31 dicembre 1993), la sospensione dell'applicazione di ogni disposizione di legge che preveda il diritto, con decorrenza nel periodo indicato, a trattamenti pensionistici di anzianità a carico del regime generale obbligatorio.

L'art. 1 comma 2 bis della stessa Legge, introducendo il c.d. sistema delle "finestre", dispone, con effetto dal 1° gennaio 1994, la decorrenza delle pensioni di anzianità per le quali fosse richiesta un'anzianità contributiva non inferiore a 35 anni, in data non anteriore al 1° maggio di ciascun anno per i soggetti di età pari o superiore a 57 anni se uomini e a 52 anni se donne, ed in data non anteriore al 1° novembre di ciascun anno negli altri casi.

L'art. 11 comma 8 della Legge 24 dicembre n. 537 dispone poi la posticipazione dei predetti termini al 1° luglio ed al primo gennaio dell'anno successivo.

L'art. 1 comma 29 della Legge 8 agosto 1995 n. 335, nell'ambito della complessiva riforma del sistema pensionistico ed in fase di prima applicazione, fissa poi (con il richiamo alla Tabella "E"), per i lavoratori che (con la predetta età anagrafica) maturano il requisito contributivo fra il 1° gennaio 1995 ed il 31 dicembre 1995, la decorrenza del trattamento dal 1° luglio 1996.

3. — Se separazione sussiste (in quanto normativamente disposto) fra requisito contributivo e tempo di decorrenza, ciò avviene in quanto (non essendo giustificabile la decorrenza del diritto alla pensione di anzianità da un tempo posteriore al perfezionamento del diritto stesso) la legge ritiene che il requisito contributivo non sia sufficiente per la sussistenza del diritto, ed esige il decorso d'un ulteriore periodo di tempo.

In tal modo, il momento di perfezionamento del diritto alla pensione di anzianità diventa il momento in cui questo tempo è decorso, costituito dalla data di decorrenza.

E questa volontà normativa (per cui il tempo è elemento costitutivo del diritto alla pensione di anzianità) ha fondamento nella stessa natura del tempo, quale (ulteriore) integrazione (per la pensione di anzianità) dell'età anagrafica. Solo il suo completo trascorrere conduce al perfezionamento del diritto.

Nel sistema previgente al Decreto legge 19 settembre 1992 n. 384 (in Legge 14 novembre 1992 n. 438), la decorrenza della pensione di anzianità coincide con il mese successivo alla presentazione della domanda nel possesso dei requisiti. E pertanto (pur con tale sfasamento) sussiste (una certa) identificazione temporale fra requisito contributivo e tempo di decorrenza.

Con la separazione logica e cronologica fra questi fattori nel sistema delle "finestre", il momento del perfezionamento del diritto con la decorrenza diventa evidente.

La separazione trova ulteriore applicazione nell'art. 59 della Legge 27 dicembre 1997 n. 449, ove il comma 6, per determinare l'applicazione dei più onerosi requisiti, richiama non la data del relativo conseguimento bensì la data di decorrenza della prestazione (Cass. 24 giugno 2005 n. 13626).

È da osservare che il predetto Decreto legge 19 settembre 1992 n. 384 (in Legge 14 novembre 1992 n. 438), disciplinando situazioni relative a diritti "con decorrenza" nel periodo successivo al proprio ingresso, non incideva su diritti preesistenti, bensì su situazioni che avrebbero raggiunto la consistenza del diritto in questo successivo periodo.

Egualemente è a dirsi per l'art. 11 comma 8 della Legge n. 537 del 1993, che, posticipando la decorrenza della pensione, disciplinava situazioni relative a diritti non ancora sorti.

Non diversamente, per l'art. 1 comma 29 della Legge 8 agosto 1995 n. 335. In particolare, lo spostamento dal 1° gennaio al 1° luglio, previsto dalla tabella "E", riguarda situazioni che avrebbero raggiunto la consistenza del diritto solo successivamente.

La normativa posticipazione della decorrenza, ed in tal modo del momento perfezionativo del diritto alla pensione di anzianità, non investe un preesistente diritto. E la lamentata lesione d'un diritto "quesito" è pertanto inipotizzabile.

Ciò è a dirsi nel caso in esame. Il fatto che i ricorrenti avessero presentato la domanda non esclude che, prima dell'ingresso della Legge n. 335 del 1995, la pensione (a seguito della precedente normativa) decorresse (e pertanto il loro diritto maturasse) dal 1° gennaio 1996 (ricorso, pp. 13, 14): quindi dopo tale ingresso.

Per esigenza di completezza è da aggiungere che il principio dell'art. 38 Cost. non è applicabile nelle pensioni di anzianità (Corte cost. 24 luglio 2003 n. 278; Cass. 24 giugno 2005 n. 13626). Anche per tale ragione, la lesione d'un diritto costituzionale determinata dalla normativa posticipazione della decorrenza di questa pensione non è ipotizzabile.

4. — Altro è a dire in ordine alla lamentata retroattività della disposizione in esame (art. 1 comma 29 della Legge 8 agosto 1995 n. 335).

Ben può la legge ridisciplinare situazioni giuridiche anteriori al proprio ingresso, "con norme modificatrici della disciplina dei rapporti di durata, anche in senso sfavorevole per i beneficiari, purché dette disposizioni non trasmodino in un regolamento irragionevole di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti" (Cass. 24 novembre 2005 n. 24718, che richiama anche Corte cost. n. 393 del 2000 (1)).

E la retroattività (come chiara espressione d'una volontà legislativa in tal senso) può emergere, anche senza una specifica qualificazione normativa, dall'espressa inequivocabile indicazione della situazione giuridica anteriore quale oggetto della nuova disciplina.

Ciò, nella disposizione in esame. La chiara lettera normativa e gli inequivocabili dati della tabella allegata non consentono dubbi sulla lettura della norma, che indica, nell'ambito della propria disciplina (allegato "E"), la situazione di coloro che avevano maturato il requisito contributivo fra il 1° gennaio 1995 ed il 31 dicembre 1995, e pertanto anche anteriormente all'ingresso della disposizione, la quale assume in tal modo natura retroattiva.

Posticipando dal 1° gennaio 1996 al 1° luglio 1996 la decorrenza della pensione, la retroattività investe tuttavia (come s'è detto) situazioni che non avevano ancora raggiunto la consistenza del diritto.

5. — Egualemente estranea alla perfezione del diritto è la domanda proposta dall'interessato, anche se strumento necessario per esercitarlo (ne è ben ovvio riscontro il fatto che la proposizione d'una domanda in assenza di ogni requisito non determina il perfezionamento del diritto).

La predetta disposizione (art. 1 comma 29) assume come parametro di determinazione il tempo di maturazione del presupposto contributivo. Nel suo ambito, la pregressa presentazione della domanda non è in alcun modo prevista.

Da ciò la conseguenza che la pregressa presentazione della domanda non è ele-

mento di differenziazione che conduca ad escludere l'applicazione della disciplina.

Ed il fatto che (la presentazione) lo sia in altre ipotesi (come per l'art. 1 comma 2 lettera "D" del Decreto legge 19 settembre 1992 n. 384, in Legge 14 novembre 1992 n. 438), da un canto non fa della domanda, su un piano generale, un elemento costitutivo del diritto od un parametro di differenziazione della disciplina (poiché esprime solo, in una specifica ipotesi ed in presenza di altri fattori, l'interesse del legislatore a dare rilevanza ad una situazione *in itinere*), d'altro canto (e simmetricamente) consente di ritenere che in ogni altra ipotesi ed in assenza d'un espresso riferimento normativo in tal senso, la presentazione (o non presentazione) della domanda non assume rilievo alcuno.

6. — Questa Corte (Cass. 23 ottobre 2002 n. 14959) ha precedentemente affermato che "la legge nuova non può essere applicata ai rapporti giuridici sorti anteriormente ed ancora in vita se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato o si venga a togliere efficacia alle conseguenze attuali e future di esso"; e che ove il legislatore intenda conferire efficacia retroattiva alla legge lo stabilisce espressamente. Da ciò, la predetta decisione deduce che la disposizione in esame (art. 1 comma 29) non ha efficacia retroattiva: ed in particolare, ove, prima dell'ingresso della legge il diritto alla pensione di anzianità sia maturato ed il rapporto lavorativo sia cessato e sia stata presentata la domanda di pensione, la situazione giuridica resta sottratta alla predetta disciplina.

L'interpretazione data dall'indicata decisione (fondata sulla premessa che la disposizione non abbia effetto retroattivo, e che il diritto alla pensione di anzianità si perfezioni con il maturare del requisito contributivo e resti sottratto in tal modo alla nuova restrittiva disciplina), per le ragioni precedentemente esposte (la natura retroattiva della disposizione, l'inesistenza d'un perfezionamento del diritto prima della pur posticipata decorrenza della pensione, e l'inapplicabilità dell'art 38 Cost. alla pensione di anzianità), non è condivisibile.

7.— Il ricorso deve essere respinto. E, in applicazione dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ., nulla è da disporsi in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 981

Contributi - Sgravi - Agevolazioni contributive a favore delle imprese che assumono personale in mobilità - Condizioni - Affitto di beni aziendali dell'impresa che dispone la mobilità - Spettanza dei benefici - Esclusione.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 03.08.2007, n. 17071 - Pres. Mercurio - Rel. Miani Canevari - P.M. Velardi - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correrà) - N.C.S. s.r.l. (Avv.ti Romoli, Cencetti).

Il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8, commi 2 e 4, l. n. 223 del 1991, in favore delle imprese che assumono personale licenziato a seguito di procedura di mobilità ex art. 4 e 24 della stessa legge, presuppone che sia accertato che la situazione di esubero del personale 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 concreti condotte elusive finalizzate al solo godimento degli incentivi. Pertanto, il diritto ai benefici va escluso ove tra l'impresa ammessa alla procedura di mobilità e quella che procede all'assunzione dei lavoratori licenziati sia intervenuto un contratto di affitto del complesso dei beni aziendali, idoneo a configurare un trasferimento di azienda che, ai sensi dell'art. 2112 c.c., importa la continuazione dei rapporti di lavoro con l'acquirente, senza che rilevi il disposto dell'art. 47, comma 5, l. n. 428 del 1990 che, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. in caso di trasferimento di azienda in crisi, disciplina la posizione contrattuale dei lavoratori nel passaggio alla nuova impresa, senza aver riguardo agli aspetti contributivi.

FATTO — Il Pretore di Perugia ha respinto l'opposizione proposta dalla s.r.l. Nuova Cartiera S. avverso un decreto ingiuntivo emesso per il pagamento di somme dovute a titolo di contributi previdenziali e somme aggiuntive, su richiesta dell'INPS che contestava il diritto della società ai benefici contributivi previsti per l'assunzione di lavoratori in mobilità.

Tale decisione è stata riformata in appello dal Tribunale di Perugia, che con la sentenza oggi impugnata ha negato la sussistenza del credito azionato. Il giudice dell'appello ha rilevato che la s.r.l. C. A. S. e figli era stata posta in amministrazione controllata nel 1991, e che in data 26 gennaio 1993 era stato concluso un accordo sindacale nel quale era stato previsto tra l'altro il progressivo riassorbimento della manodopera con il passaggio alle dipendenze della nuova società Nuova C. S., con cui sarebbe stato stipulato un contratto di affitto di azienda. Nel 1994 diversi dipendenti in mobilità dalla C. S. erano stati riassunti dalla nuova società con la richiesta dei benefici contributivi previsti dall'art.8 della legge n.223/1991.

La Corte territoriale ha affermato che in questa fattispecie non ricorrevano i presupposti per l'esclusione dei benefici, connessa alla continuazione dei rapporti di lavoro con l'acquirente, operando la deroga prevista dall'art.47 della legge n.428/1990 che prevede i casi in cui non trova applicazione la normativa dettata dall'art.2112 cod.civ.

Avverso questa sentenza l'INPS propone ricorso con unico motivo. La s.r.l. Nuova C. S. resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso si denunciano i vizi di violazione e falsa applicazione degli artt.8, commi 1 2 e 4 della legge 23 luglio 1991 n.223, 15 comma 6 legge 29 aprile 1949 n. 264, 2112 cod.civ., anche in relazione all'art.47 della legge 29 dicembre 1990 n.428, nonché difetto di motivazione.

L'Istituto ricorrente sostiene che il diritto alle agevolazioni contributive previste dall'art.8 della legge n.223/1991 non può essere riconosciuto quando - come nella fattispecie- fra l'impresa originaria datrice di lavoro e quella che procede all'assunzione

dei lavoratori posti in mobilità sia intervenuto un contratto di affitto di azienda; che tale principio opera anche quando trovi applicazione la deroga al disposto dell'art.2112 cod.civ. prevista dall'art.47 quinto comma della legge n.428/1990, che non può incidere sugli obblighi del datore di lavoro nei confronti dell'INPS.

Il motivo è fondato. Secondo un costante orientamento della giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. 4 marzo 2000 n.2443 (1), 27 gennaio 2001 n.8800 (2), 3 novembre 2003 n. 16444 (3), 9 febbraio 2004 n.2407) il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'alt. 8, comma secondo e quarto, della legge n. 223 del 1991, in favore delle imprese che assumono personale dipendente già licenziato a seguito della procedura di mobilità ex artt. 4 e 24 della stessa legge, presuppone che venga accertato che la situazione di esubero del personale posto in mobilità sia effettivamente sussistente e che l'assunzione a tempo pieno e indeterminato di detto personale da parte di una nuova impresa risponda - come si desume anche dalla "ratio" del comma quarto bis del citato art. 8 - 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. Conseguentemente, il diritto alle agevolazioni contributive va escluso ove si accerti che fra l'impresa ammessa alla procedura di mobilità e quella che procede all'assunzione dei lavoratori licenziati è intervenuto un contratto di affitto avente ad oggetto il complesso unitario di tutti i beni aziendali e idoneo a configurare un vero e proprio trasferimento di azienda che, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., importa la continuazione dei rapporti di lavoro con l'acquirente ed è quindi incompatibile con il riconoscimento dei benefici contributivi. Come è stato precisato da Cass. n.8800/2001 cit., ai fini dell'applicazione di questo principio non rileva il disposto dell'art. 47, comma quinto, della legge n. 428 del 1990, il quale - nel disciplinare, con l'esclusione dell'applicabilità dell'alt. 2112 cod. civ., la posizione contrattuale dei lavoratori nel passaggio alla nuova impresa in caso di trasferimento di aziende in crisi - ha riguardo ad un aspetto diverso da quello dei benefici contributivi. Infatti la disposizione citata, chiamata a regolamentare il trasferimento di aziende, di unità produttive o di imprese (anche di quelle "nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria") tende a disciplinare, con l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c. la posizione contrattuale dei lavoratori nel passaggio alla nuova impresa. Il disposto dell'art. 8, comma 4 bis, legge n. 223 del 1991 ha riguardo, di contro, ad una fattispecie distinta, che vede come destinatari per quanto attiene all'attribuzione dei contributi, l'Istituto previdenziale e le imprese, e dall'altro, per quanto attiene all'indennità di mobilità, lo stesso Istituto ed i singoli lavoratori posti in mobilità.

La sentenza impugnata non risulta quindi conforme a diritto e deve essere annullata, con rinvio della causa ad altro giudice, designato come in dispositivo, che si atterrà al su indicato principio di diritto e provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 799

(2) *Idem*, 2002, p. 772

(3) *Idem*, 2003, p. 1611

Pensioni - Assicurazione facoltativa - Rendita vitalizia costituita a seguito di versamento volontario di una somma "una tantum" - Adeguamento della prestazione per rivalutazione dei contributi - Esclusione - Fondamento.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 01.08.2007, n. 16959 - Pres. Sciarelli - Rel. Morcavallo - P.M. Patrone (diff.) - T.A.; D.A.F.S. (Avv. Valeriani) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente).

La rendita vitalizia costituita ai sensi dell'art. 91 del r.d.l. n. 1827 del 1935 è una prestazione previdenziale caratterizzata da un meccanismo di attuazione, assimilabile a quello del contratto di assicurazione di diritto privato - fondato sulla contemporaneità fra versamento della provvista e liquidazione della prestazione, sicché detta rendita non può essere rivalutata per l'adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati previsto dall'art. 69, comma 5, della legge 23 dicembre 2000 n. 288, che è riferito esclusivamente all'ipotesi in cui la prestazione matura in epoca successiva al versamento dei contributi stessi.

FATTO — Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte d'appello di Roma, in riforma della decisione di primo grado, ha respinto la domanda di A. T. e F. S. D., eredi di I. D. V., intesa ad ottenere la condanna dell'INPS alla rivalutazione della rendita vitalizia costituita dalla loro dante causa nel 1967 mediante versamento facoltativo della somma di lire 90 milioni. La Corte territoriale ha osservato che la rivalutazione dei contributi facoltativi versati per la costituzione della pensione - riconosciuta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1989, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 29, terzo comma, della legge n. 218 del 1952 - riguarda solo le prestazioni derivanti dal versamento di contributi ai sensi dell'art. 87 del R.D.L. n. 1827 del 1935, e non la rendita vitalizia di cui all'art. 91 dello stesso R.D.L. che si costituisce con il versamento immediato di una somma.

Di questa sentenza i predetti eredi hanno domandato la cassazione con ricorso articolato in tre motivi, illustrati con successiva memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

L'INPS ha resistito con controricorso.

DIRITTO — Preliminarmente, va disattesa l'eccezione - sollevata dai ricorrenti nella discussione orale - di inammissibilità del controricorso in quanto notificato in unica copia. Infatti, per l'ammissibilità del controricorso per cassazione, trattandosi di atto diretto a resistere ad un'impugnazione già proposta, è sufficiente la notificazione in copia unica nei confronti di più ricorrenti che abbiano proposto l'impugnazione con unico atto e unico difensore (cfr. Cass. n. 6916 del 1998; n. 13704 del 1991).

Il primo motivo denuncia violazione dell'art. 437 c.p.c. e insufficiente motivazione. Si lamenta che la sentenza impugnata, senza adeguatamente qualificare le eccezioni dell'INPS riguardo al diritto alla rivalutazione del trattamento pensionistico, abbia

escluso la tardività delle stesse, così come dedotta dagli odierni ricorrenti nella memoria di costituzione in appello, in quanto proposte soltanto in sede di note conclusive nel giudizio di primo grado, dopo che nella memoria di costituzione lo stesso Istituto aveva rilevato esclusivamente la mancanza di una normativa di attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1989 (1).

Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 85, 87 e 91 R.D.L. n. 1827 del 1935, censurandosi la sentenza impugnata per avere erroneamente differenziato il trattamento pensionistico derivante dalla costituzione della rendita ai sensi dell'art. 91 da quello derivante dal versamento di contributi ai sensi dell'art. 87 e per avere, in definitiva, accolto la tesi dell'Istituto che parifica la costituzione della rendita ad un'assicurazione privatistica, mentre, in realtà, la D.V., dante causa dei ricorrenti, aveva effettuato i versamenti domandando espressamente la pensione di vecchiaia e lo stesso Istituto, d'altra parte, nella corrispondenza inviata all'interessata aveva sempre qualificato il trattamento come pensionistico.

Il terzo motivo denuncia violazione ed erronea applicazione della legge n. 218 del 1952 e della legge n. 388 del 2000. Si deduce che il diritto all'adeguamento della pensione prescindeva dal meccanismo previsto dalla sopravvenuta legge n. 388 del 2000 e derivava, nella specie, dalla applicazione dell'art. 29 della legge n. 218 del 1952, così come risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 141 del 1989, e dell'art. 14 della legge n. 1338 del 1962.

Il primo motivo non è fondato.

Come accertato nella sentenza impugnata, l'Istituto nel costituirsi in giudizio, deducendo che la questione della rivalutazione dei contributi e della pensione facoltativa a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 141 del 1989 non aveva trovato soluzione normativa ed era al vaglio degli organi dell'Istituto, non aveva comunque operato alcun riconoscimento della pretesa attorea; ciò vale ad escludere la configurabilità di una cessazione della materia del contendere e di una qualunque limitazione del potere-dovere del giudice di accertare il fondamento giuridico della pretesa azionata. Né, peraltro, tale limitazione poteva scaturire dall'applicazione degli artt. 416 e 437, secondo comma, c.p.c., poiché il divieto di nuove eccezioni previsto da tale disposizione si riferisce alle eccezioni in senso stretto e non alle mere difese, quale deve ritenersi la deduzione di infondatezza della domanda alla stregua del contesto normativo, la cui valutazione - ai fini della incidenza sulla controversia - costituiva un preciso dovere del giudice a prescindere dall'eccezione del convenuto.

Infondati sono anche il secondo e il terzo motivo, da esaminare congiuntamente in ragione della loro intima connessione logico-giuridica.

E opportuno ricordare che la Corte costituzionale, con la sentenza 21 marzo 1989 n. 141, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 29, comma terzo, della citata legge n. 218/1952, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati dal giorno della sua entrata in vigore in poi. Sottolineava la Corte costituzionale che anche l'assicurazione facoltativa era ispirata a fini di previdenza, perché svolgeva la funzione di assicurare una pensione mediante versamenti volontari a lavoratori non compresi nell'obbligo di assicurazione e anch'essi appartenenti alle categorie meno abbienti, e di consentire ai lavoratori soggetti all'obbligo di aumentare la propria pensione. Osservava che la funzione previdenziale

si era mantenuta anche in seguito e in particolare all'atto dell'emanazione della disposizione allora impugnata. Quest'ultima (art. 29 l. n. 218/1952) aveva considerato il fenomeno della svalutazione monetaria fino alla data della sua entrata in vigore (anche se aveva limitato la disposta rivalutazione, secondo dati parametri, ai contributi versati nell'assicurazione facoltativa a tutto l'anno 1947). Ad avviso della Corte costituzionale, proprio la mancata considerazione anche per il futuro del fenomeno della svalutazione, già in atto, nell'ambito di un sistema correlante le prestazioni all'importo dei contributi (tanto più in una normativa che di tale fenomeno si dava carico per il passato), e la conseguente mancata adozione di un congegno di rivalutazione per gli anni successivi all'entrata in vigore della legge stessa, inficiavano la norma impugnata di irragionevolezza. Infatti, "avuto riguardo al fine previdenziale perseguito dall'assicurazione facoltativa (omogeneo, del resto, rispetto a quello perseguito dalla assicurazione obbligatoria), l'omissione oggetto di censura rende la norma stessa non rispondente al fine medesimo sotto il profilo dell'effettività, in esso naturalmente implicito ed attuato per le categorie degli assicurati obbligatoriamente".

Il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia, a seguito della pronuncia adottata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 141 del 1989, solo con l'art. 69, comma 5, della legge 23 dicembre 2000 n. 288, il quale (secondo un meccanismo che la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 3 del 2007 (2), ha riconosciuto conforme ai principi di cui agli art. 3 e 38 Cost.) ha previsto che i contributi versati all'assicurazione facoltativa in questione a partire dal 1° gennaio 1952 e fino al 31 dicembre 2000 (e similmente i contributi versati a titolo di "mutualità pensione" di cui alla legge 5 marzo 1963 n. 389) "sono rivalutati, per i periodi antecedenti la liquidazione della pensione e secondo l'anno di versamento, in base ai coefficienti utili ai fini delle retribuzioni pensionabili, di cui all'art 3 della legge 29 maggio 1982, n. 297, e dal 1° gennaio 2001 decorrono gli aumenti dei relativi trattamenti pensionistici". Analoga peraltro è la disciplina prevista per il futuro - eccettuata, naturalmente, la limitazione di decorrenza degli aumenti pensionistici -, in quanto è stabilita dal 1° gennaio 2001 la rivalutazione annuale dei contributi con le stesse modalità.

Alla stregua di tale contesto normativo, è evidente che la questione di un adeguamento del trattamento pensionistico ottenuto mediante versamento volontario si pone esclusivamente in riferimento all'ipotesi in cui tale trattamento maturi in epoca successiva al versamento di contributi, solo in tal caso sorgendo l'esigenza di conservare - mediante un congegno di rivalutazione - la correlazione economica fra contributi e prestazione. Ciò non esclude, naturalmente, la natura previdenziale anche della rendita costituita ai sensi dell'art 91 del R.D.L. n. 1827 del 1935, la quale, tuttavia, come esattamente osservato dai giudici d'appello, trova attuazione mediante un meccanismo - simile a quello del contratto di assicurazione di diritto privato - che non richiede alcun adeguamento, proprio in ragione della modalità di tale meccanismo e della contemporaneità fra versamento e liquidazione della prestazione.

Mette conto rilevare, d'altra parte, che anche la invocata equiparazione fra le due prestazioni non comporterebbe comunque la rivalutazione della rendita per il periodo in contestazione, atteso che - come s'è visto - l'art. 69, comma 5, della legge n. 388 del 2000 prevede la rivalutazione solo per i ratei decorrenti dal gennaio 2001.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Non occorre provvedere sulle spese del giudizio, trovando applicazione l'art. 152 disp. att. c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. n. 269 del 2003, convertito nella legge n. 326 del 2003, qui inapplicabili *ratione temporis*).

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1989, p. 771

(2) *Idem*, 2007, p. 402

Pensioni - Pensione di inabilità e indennità di accompagnamento - Prestazioni indebitamente percepite - Recupero dell'INPS - Compensazione impropria - Ammissibilità.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 24.07.2007, n. 16349 - Pres. De Luca - Rel. Figurelli - P.M. Patrone - INPS (Avv. ti Riccio, Valente) - C.

Qualora un soggetto abbia diritto alla pensione di inabilità ed all'indennità di accompagnamento e, nel contempo, sia debitore verso l'INPS, per i medesimi titoli, di somme indebitamente percepite, è ammissibile la c.d. compensazione impropria, la quale presuppone un mero accertamento di carattere contabile di poste attive e passive, aventi origine dal medesimo rapporto, che il giudice deve compiere senza che a tal fine sia necessaria la proposizione di apposita eccezione o domanda riconvenzionale.

FATTO — Con ricorso ex art. 700 c.p.c. con contestuale domanda di merito, depositato il 12 giugno 2001, il signor S. C., in qualità di tutore del figlio signor D. C., deduceva che, con provvedimento della Prefettura di Catanzaro in data 3 dicembre 1994, erano state concesse a D. C. la pensione d'inabilità e l'indennità di accompagnamento.

In data 6 novembre 1998 veniva eseguita visita di revisione, all'esito della quale, in data 28 ottobre 1999, veniva riconosciuta un'inabilità dell'80%. Contestualmente la Prefettura chiedeva al C. la documentazione necessaria per la concessione dell'assegno.

Successivamente l'INPS sospendeva ogni erogazione e, in data 19 dicembre 2000, chiedeva la restituzione della somma di lire 15.584.910, indebitamente percepita dall'invalido per il periodo 1° dicembre 1998 - 28 febbraio 2000. In data 17 gennaio 2001 l'invalido inviava alla Prefettura la documentazione richiesta, ma a ciò non seguiva la concreta erogazione della prestazione assistenziale riconosciuta.

Il ricorrente chiedeva, quindi, la condanna dell'INPS al pagamento dell'assegno mensile di invalidità a decorrere dal 1° dicembre 1998 e, stante l'esistenza del "fumus boni iuris" e del "periculum in mora", la pronuncia di tale condanna con provvedimento

to cautelare ex art. 700 c.p.c.

Si costituiva l'INPS, contestando la prospettazione avversaria ed eccependo, pregiudizialmente, il difetto di giurisdizione ed il proprio difetto di legittimazione passiva.

Contestava la sussistenza dei presupposti per l'emissione dell'invocato provvedimento cautelare e, nel merito, deduceva l'improponibilità ed improcedibilità del ricorso giudiziario per il mancato esperimento dei rimedi pre - contenziosi; eccepiva la mancanza del requisito sanitario e di quello reddituale, necessari per l'ottenimento della prestazione richiesta.

Con ordinanza del 20 luglio 2001 veniva rigettata l'istanza cautelare e contestualmente veniva fissata udienza di trattazione del merito.

All'esito dell'udienza di discussione del 10 gennaio 2002, l'adito Tribunale di Catanzaro dichiarava che il signor D. C. si trovava in stato di invalidità nella misura dell'80% e che il medesimo aveva diritto a percepire l'assegno di invalidità con decorrenza 1° dicembre 1998.

L'INPS veniva condannato al pagamento in favore del ricorrente della prestazione con decorrenza 1° dicembre 1998, oltre accessori di legge.

Inoltre veniva dichiarato compensato il credito dell'INPS, relativo alla restituzione dei ratei relativi alla pensione di invalidità ed all'indennità di accompagnamento, percepiti dal C. dal 1° dicembre 1998 al 28 febbraio 2000, fino alla concorrenza della somma di euro 8.048,93 con il credito derivante al C. dall'assegno di invalidità.

Avverso tale sentenza proponeva appello il signor Salvatore C., nella qualità di tutore di D. C., con atto depositato il 20 maggio 2002, con il quale chiedeva la parziale riforma della decisione di primo grado.

Resisteva l'INPS con memoria di costituzione in data 7 novembre 2003.

Con sentenza in data 20 novembre - 23 dicembre 2003 la Corte d'Appello di Catanzaro, in accoglimento dell'appello, eliminava la dichiarazione di compensazione del credito dell'INPS, relativo alla restituzione dei ratei concernenti la pensione di invalidità e l'indennità di accompagnamento percepiti dal signor D. C. nel periodo dal 1° dicembre 1998 al 28 febbraio 2000, e confermava nel resto l'impugnata sentenza.

La Corte territoriale motivava la propria decisione, disconoscendo l'applicabilità, nel caso di specie, dell'istituto della c.d. compensazione impropria e ritenendo, al contrario, necessaria la formulazione di un'apposita eccezione, da intendersi come eccezione in senso stretto, da parte dell'INPS che, secondo detto giudice, non vi sarebbe stata.

D'altra parte, secondo la Corte di Catanzaro, il C. non aveva mai operato un riconoscimento del debito, limitandosi nell'atto introduttivo ad esporre i fatti, ne poteva assumere rilievo la mancata contestazione in sede amministrativa, da parte dello stesso C., della richiesta di restituzione delle somme indebitamente percepite, non essendoci stata alcuna eccezione o deduzione nel giudizio di primo grado da parte dell'INPS in ordine all'esistenza del credito suddetto.

Avverso la sentenza della Corte territoriale, con atto notificato il 24 marzo 2004, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo.

Parte intimata non ha svolto attività difensiva.

DIRITTO — Con l'unico motivo l'Istituto ricorrente denuncia violazione e falsa

applicazione degli artt. 1241 e ss. c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c.

1.2.1. Il ricorrente deduce che la sentenza impugnata non può essere condivisa.

Invero, l'esistenza di un credito vantato dall'Istituto nei confronti del C. veniva rappresentata già in sede di giudizio di primo grado, nella fase di reclamo avverso l'ordinanza di rigetto del provvedimento cautelare, come risultava dalla memoria difensiva depositata dall'INPS.

E l'Istituto ricorrente non solo aveva dedotto nell'atto giudiziario di primo grado l'esistenza del proprio credito, esattamente individuabile, ma aveva anche manifestato indubbiamente la volontà di farlo valere ai fini della compensazione.

Ma la decisione della Corte d'Appello era errata anche sotto altro profilo.

Infatti, nel caso di specie, più propriamente trovava applicazione l'istituto della compensazione impropria, configurabile - diversamente da quanto previsto per la compensazione disciplinata dagli artt. 1241 e ss. c.c., che richiede l'autonomia dei rapporti, dai quali derivano i contrapposti crediti delle parti - allorché i rispettivi crediti e debiti abbiano origine da un unico rapporto.

In ipotesi di questo genere, la valutazione delle reciproche pretese comporta semplicemente un accertamento di carattere contabile di poste attive e passive, che il giudice deve compiere, senza che a tal fine sia necessaria la proposizione di apposita eccezione o domanda riconvenzionale.

Presupposto per la ricostruzione della fattispecie in termini di compensazione impropria è, quindi, l'unicità del rapporto, dal quale le reciproche obbligazioni di dare ed avere derivano.

E, nel caso del C., non vi era dubbio che il rapporto era unico, trattandosi di un unico rapporto previdenziale, caratterizzato da ripetute posizioni creditorie e debitorie, che si protraevano nel tempo nel segno della continuità.

L'identità del titolo derivava dalla natura assistenziale delle prestazioni dell'assegno di invalidità e della pensione di inabilità, entrambe fondate su uno stato invalidante tutelate e differenziate solo per il diverso gradiente riservato allo stesso.

1.3. Il motivo è fondato.

L'istituto della compensazione presuppone l'autonomia dei rapporti cui si riferiscono i contrapposti crediti delle parti, mentre è configurabile la c.d. compensazione impropria, allorché i rispettivi crediti e debiti abbiano origine, come nella specie, da un unico rapporto, nel qual caso la valutazione delle reciproche pretese importa soltanto un semplice accertamento contabile di dare ed avere e a ciò il giudice può procedere senza incontrare ostacolo nelle limitazioni vigenti per la compensazione in senso tecnico-giuridico, e senza che sia necessaria l'eccezione di parte o la proposizione di domanda riconvenzionale (Cass. nn. 214/2004, 7337/2004, 14806/2004).

Erroneamente, pertanto, la Corte territoriale non ha applicato la c.d. compensazione impropria, a differenza del giudice di primo grado, la cui statuizione di merito va confermata, con accoglimento del ricorso dell'INPS, cassazione della sentenza impugnata e decisione della causa nel merito, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese dell'intero processo, stante l'esito alterno della lite.

(*Omissis*)

Processo civile - Prova - Verbale redatto da pubblico ufficiale - Valore - Fede privilegiata - Limiti - Fattispecie.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 10.07.2007, n. 15372 - Pres. Mattone - Rel. Monaci - P.M. Destro (Diff.) - INPS (Avv.ti Fabiani, Triolo, Stumpo) - R.G. (Avv. Del Rosso).

La fede privilegiata che deve riconoscersi ai verbali redatti da pubblici ufficiali riguarda la constatazione senza alcun margine di apprezzamento di un fatto avvenuto in presenza del pubblico ufficiale e, pertanto, non può estendersi a quelle circostanze che, pur contenute nel documento, si risolvano in suoi apprezzamenti personali, perché mediati attraverso una percezione sensoriale che non può ritenersi fornita, in capo al pubblico ufficiale, di una indiscutibilità maggiore di quella normalmente presente in ogni soggetto. Anche i pubblici ufficiali possono essere soggetti a errori di rilevazione, che dovranno essere fatti valere con la querela di falso (nella specie, nel verbale redatto dal medico fiscale era stato indicato che sui campanelli di uno stabile e sulle cassette delle lettere mancava l'indicazione del nome del lavoratore malato).

FATTO — La controversia concerne il diritto dell'assicurata R.G. a percepire l'indennità di malattia trattenuta dall'Inps perché il medico incaricato della visita di controllo aveva certificato che il nome dell'assicurata non risultava all'indirizzo indicato né sulle indicazioni dei campanelli, né sulle cassette postali, e non risultava conosciuto dagli inquilini presso alcuni dei quali il sanitario aveva assunto informazioni.

Il primo giudice accoglieva il ricorso dell'assicurato e questa decisione veniva confermata dalla Corte d'Appello di Firenze con sentenza n. 854/2003, in data 9-22 dicembre 2003.

Avverso la sentenza, notificata il 23 gennaio 2004, l'Inps ha proposto ricorso per cassazione, notificato, in termine, il 5 marzo 2004, con un motivo.

L'intimata R. G. resisteva con controricorso, notificato, in termine, il 14 aprile 2004.

DIRITTO — 1. — Nell'unico motivo di impugnazione l'Istituto assicuratore denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art.5 del DL 11 settembre 1983, n.463, convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 1983, n.638, dell'art.116 c.p.c. e dell'art.2700 c.c., nonché l'insufficiente e contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia.

Critica la sentenza per avere ritenuta provata la presenza del cognome R. sui campanelli del numero civico, oppure sulle cassette delle lettere, e perciò dovuta l'indennità di malattia, sulla base di deposizioni testimoniali, senza tenere conto della fede privilegiata che doveva essere attribuita ai pubblici ufficiali, quale era appunto il medico di controllo, ed agli atti redatti da questi ultimi.

2. — Il ricorso è fondato.

Effettivamente il giudice del merito ha assunto prove testimoniali sul fatto che

l'indicazione del cognome della R. fosse presente accanto ai campanelli dello stabile, o sulle cassette delle lettere, senza tenere conto del fatto che la certificazione del medico di controllo, che attestava il contrario, era assistita da fede pubblica privilegiata.

Secondo l'insegnamento di questa Corte, infatti, *"il certificato redatto da un medico convenzionato con l'INPS per il controllo della malattia del lavoratore, ai sensi dell'art.5 della legge n.300 del 1970, è atto pubblico che fa fede fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato nonché dei fatti che il pubblico ufficiale medesimo attesta aver compiuto o essere avvenuti in sua presenza"*. (Cass. civ., 22 maggio 1999, n. 5000; nello stesso senso, 11 maggio 2000, n. 6045).

Questa seconda sentenza aggiunge, peraltro, che *"tale fede privilegiata non si estende anche ai giudizi valutativi che il sanitario ha in quell'occasione espresso in ordine allo stato di malattia e all'impossibilità temporanea della prestazione lavorativa"*.

3. — La sentenza ha ipotizzato *"che il mancato reperimento del nome della R. sia stato determinato da una sola ricerca mirata al solo nome della lavoratrice, circostanza che può avere sviato l'indagine distogliendo l'attenzione da targhette con più nomi, e che altrettanto sia accaduto allorché il medico ha chiesto informazioni ad alcuni condomini, essendo possibile che la R. fosse conosciuta nel palazzo con il nome del marito"*.

Queste ipotesi, rientrano, oggetti *va mente*, nell'ambito del *possibile* (concetto, questo, necessariamente differente da quello di *accertato*), contrastano, però, con la fede privilegiata che la legge attribuisce agli attestati dei pubblici ufficiali, e perciò anche a quelli dei medici di controllo che rivestono tale qualità.

È vero che questa fede privilegiata non è illimitata; è riservata soltanto ai fatti materiali che il pubblico ufficiale ha accertato direttamente e personalmente, e non si estende, in particolare, alle valutazioni dell'ufficiale.

Come già rilevato dalla giurisprudenza, *"la fede privilegiata che, conformemente al disposto dell'art.2700 cod.civ., deve riconoscersi ai verbali redatti da pubblici ufficiali ai sensi e per gli effetti di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689 riguarda la constatazione senza alcun margine di apprezzamento di un fatto avvenuto in presenza del pubblico ufficiale e, pertanto, non può estendersi a quelle circostanze [...] che, pur contenute nel documento, si risolvano in suoi apprezzamenti personali, perché mediati attraverso una percezione sensoriale che non può ritenersi fornita, in capo al pubblico ufficiale, di una indiscutibilità maggiore di quella normalmente presente in ogni soggetto"*. (Cass.civ., 13 marzo 1992, n.3077; nello stesso senso. 10 aprile 1999, n. 3522).

Nel caso di specie, però, quanto attestato dal pubblico ufficiale, vale a dire resistenza, o meno, di un nome sui campanelli di uno stabile, oppure sulle cassette delle lettere, non è una valutazione, ma appunto un fatto materiale idoneo a ricadere sotto la diretta percezione dei sensi del pubblico ufficiale, senza alcun margine di apprezzamento.

Anche i pubblici ufficiali, indubbiamente, possono essere soggetti ad errori di rilevazione (come, in sostanza, ipotizza, senza dimostrarlo, la Corte d'Appello di Firenze), ma questi ultimi dovranno essere fatti valere con l'apposito strumento previsto dalla legge contro gli atti pubblici assistiti, per ragioni di carattere pubblicistico, di fede pubblica privilegiata, vale a dire attraverso la querela di falso disciplinata dagli artt.221-227 c.p.c., il cui accoglimento, peraltro, non presuppone il dolo dell'ufficiale.

Per dimostrare la mancanza di veridicità delle risultanze di un atto pubblico è necessario, infatti, proporre querela di falso anche se *"l'immutazione del vero non sia ascrivibile a dolo ma a imperizia, leggerezza o a negligenza del pubblico ufficiale"*. (Cass.civ., 27 aprile 2004, n.8032; 22 aprile 2005, n.8500)

Per porre nel nulla il valore di fede pubblica di un atto, non è sufficiente, invece, una istruttoria ordinaria, con assunzione di deposizioni di contenuto contrario a quanto attestato dal pubblico ufficiale certificante.

4. — Il ricorso perciò deve essere accolto, la sentenza cassata, e la causa rimessa per un nuovo esame in sede di rinvio alla Corte d'Appello di Bologna, che provvedere anche alla liquidazione delle spese di questa fase di legittimità.

(Omissis)

Pensioni - Pensione di reversibilità - Ultradiciottenni inabili - Requisito della prevalenza del contributo economico continuativo del genitore al relativo mantenimento - Criteri quantitativi certi - Necessità - Titolarità di un reddito non superiore a quello richiesto dalla legge per il diritto alla pensione di invalido civile totale - Fondamento - Conformità ai valori costituzionali - Sussistenza - Fattispecie.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 03.07.2007, n. 14996 - Pres. Senese - Rel. De Matteis - P.M. Sepe (diff.) - M. (Avv. Caputo) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente, Patteri).

In tema di pensione di reversibilità in favore del figlio ultradiciottenne inabile e agli effetti del requisito della prevalenza del contributo economico continuativo del genitore nel mantenimento del figlio inabile, ragioni di certezza giuridica, di parità di trattamento, di tutela di valori costituzionalmente protetti impongono criteri quantitativi certi che assicurino eguale trattamento ai superstiti inabili, quali si desumono dalla deliberazione dell'istituto previdenziale n.478 del 2000 e al riferimento, ivi enunciato, ad indici stabiliti per legge nonché di considerare a carico i figli maggiorenni inabili che hanno un reddito non superiore a quello richiesto dalla legge per il diritto alla pensione di invalido civile totale, pari, nell'anno 2007, all'importo di 1187,73 euro mensili.

FATTO — Il Tribunale di Lecce, giudice del lavoro, con sentenza del 27 marzo 2003, ha condannato l'Inps a pagare alla sig.ra M. M. la pensione di reversibilità, in quanto orfana maggiorenne inabile di M. L., titolare di pensione, deceduto il 10 marzo 2000.

La Corte d'Appello di Lecce, con sentenza 27 gennaio /5 febbraio 2004 n. 157,

ha respinto la domanda, ritenendo che non sussistesse il requisito della vivenza a carico, perché la M. è titolare di trattamento pensionistico di invalidità con decorrenza dal febbraio 1982, attualmente dell'importo di € 563,78 mensili.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione la M., con unico motivo.

L'intimato Istituto ha depositato procura.

DIRITTO — Con unico motivo di ricorso la ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, 3 e 38 costituzione; motivazione omessa, insufficiente e contraddittoria in ordine a punti decisivi della controversia (art. 360, n. 5 c.p.c.), censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso la sussistenza del requisito della vivenza a carico. Rileva che l'Inps, con deliberazione del 31 ottobre 2000 n. 478, modificando la precedente delibera 206 del 12 settembre 1980, ha stabilito i criteri per la valutazione del requisito del carico richiesto per i figli maggiorenni inabili ai fini del diritto alla liquidazione della pensione ai superstiti. In particolare ha stabilito di assumere il limite di reddito previsto per il riconoscimento del diritto a pensione nei confronti degli invalidi civili totali stabilito dall'articolo 14 septies del d.l. 30 dicembre 1979 n. 663, convertito, con modificazioni, in legge 29 febbraio 1980, n. 33, nel senso che un reddito proprio del figlio inabile inferiore a tale limite configura il requisito della vivenza a carico.

Il motivo è fondato.

L'art. 22 Legge 21 luglio 1965, n. 903 dispone:

"Ai fini del diritto alla pensione ai superstiti, i figli in età superiore ai 18 anni e inabili al lavoro ... si considerano a carico dell'assicurato o del pensionato se questi, prima del decesso, provvedeva al loro sostentamento in maniera continuativa".

Tale requisito è stato interpretato dalla giurisprudenza di questa Corte nel senso che il contributo economico continuativo del titolare della pensione al mantenimento dell'inabile, deve avere avuto un ruolo non necessariamente esclusivo e quindi totale, ma è sufficiente che sia stato concorrente in misura rilevante, decisiva, e comunque prevalente (Cass. 26 marzo 1984 n. 1979, Cass. 21 maggio 1994 n. 5008, Cass. 10 agosto 2004 n. 15440).

Tale requisito della prevalenza va ulteriormente precisato, al fine di evitare possibili risultati contraddittori, a parità di reddito personale tra inabili, nel senso di riconoscere la pensione di reversibilità a favore degli inabili con maggior benessere a causa della maggiore e perciò prevalente (nel senso tradizionale) contribuzione paterna o materna, e di negarla a quelli con minor contributo e minor reddito complessivo.

Ragioni di certezza giuridica, di parità di trattamento, di tutela di valori costituzionalmente protetti (artt. 3 e 38 Cost.) richiedono criteri quantitativamente certi che assicurino eguale trattamento ai superstiti inabili. Tali criteri sono stati forniti dall'Istituto previdenziale, che con propria deliberazione (31 ottobre 2000 n. 478) ha stabilito di fare riferimento ad indici stabiliti per legge, e di considerare a carico i figli maggiorenni inabili che hanno un reddito non superiore a quello richiesto dalla legge per il diritto alla pensione di invalido civile totale, pari, nell'anno 2007, all'importo di € 1187,73 mensili.

La Corte adotta e fa propria questa determinazione quantitativa del criterio di

prevalenza, che da sostanza alla propria funzione nomofilattica, in quanto ancorata a criteri di legge certi e validi per tutti i figli maggiorenni inabili, provvista di intrinseca razionalità perché fa riferimento ad un dato normativo pertinente allo stato di inabilità del soggetto. (v. ant. 24/6 L. 28.2.1986 n. 41).

Poiché la ricorrente risulta godere nell'anno 2003 di un reddito mensile di € 573, certamente inferiore alla soglia sopra determinata (anche con gli aggiustamenti dovuti per i diversi anni di riferimento), si deve ritenere a carico del genitore defunto.

Sussistono i presupposti di legge previsti dall'art. 384 c.p.c., come modificato dall'art. 66 Legge 26 novembre 1990, n. 353 (accoglimento del ricorso per violazione di legge e non necessità di ulteriori accertamenti di fatto), perché questa Corte decida la controversia nel merito, accogliendo la domanda della M. nei termini di cui alla sentenza del Tribunale di Lecce.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, da distrarsi.

(Omissis)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Funzione di segretario di commissione - Posizione indennizzabile - Riconoscimento - Requisiti.

Corte di Appello di Ancona, Sez. Lavoro - 29.06/22.08.2007, n. 301 - Pres. Taglienti - Rel. Miconi - G. (Avv. Carotti) - INPS (Avv.ti Mazzaferri, Flori, Vittori).

Sulla base del Contratto Collettivo Decentrato di Ente per il 1998, ai fini del riconoscimento dell'indennità connessa allo svolgimento delle funzioni di segretario di commissione, concorrono la sussistenza di un ordine di servizio, o di un atto formale di attribuzione di dette funzioni, anteriori al 31.12.1996 nonché la convalida di tale atto da parte degli organi centrali dell'Ente.

FATTO — Con ricorso depositato il 2.8.2001 dinanzi al Giudice del Lavoro di Ancona G. C. conveniva in giudizio l'INPS, suo datore di lavoro, e ne chiedeva la condanna al pagamento dell'indennità di cui all'art. 36 CCNL; deduceva di aver svolto dal 30.9.96 funzioni di segretaria della commissione INPS - Ordine dei medici di cui al DM 18.4.96, come attestato dai relativi verbali. Lamentava, inoltre, la mancata considerazione dell'indennizzabilità della proprio posizione nella selezione interna indetta con determinazione del Direttore Generale n. P23/340/99 per il passaggio dalla categoria C3 alla categoria C4, con conseguente pregiudizio per la ricorrente, collocata in una posizione deteriore rispetto a quella che le sarebbe spettata; chiedeva pertanto la disapplicazione o l'annullamento della graduatoria e di tutti gli atti del concorso, la condanna dell'INPS ad attribuirle il punteggio dovuto ed a riformulare la graduatoria, nonché a risarcirle il danno.

Si costituiva l'INPS e resisteva in giudizio, eccependo il difetto di giurisdizione per il periodo antecedente il 30.6.1998. Nel merito, rilevava che nessun incarico formale era stato dato nell'anno 1996 alla G., nè esisteva una convalida di ordini di servizio con atti di disposizione centrali. Peraltro, la posizione indennizzata dall'art. 36 CCNI non poteva essere riconosciuta al fine della graduatoria per il passaggio alla posizione C4 in assenza di una prescrizione in tale senso del bando di concorso che faceva riferimento unicamente alle posizioni indennizzate di cui all'art. 15 comma 2 L. 88/89. Insisteva nel rigetto del ricorso proposto.

Con successivo ricorso depositato in data 13.1.2003 G. C. conveniva in giudizio l'INPS e la controinteressata S. S.; lamentava l'invalidità di successive graduatorie per il passaggio alla posizione C4 per illegittimità derivata dalla prima graduatoria impu-

gnata con il precedente ricorso. Lamentava, inoltre, gli ingenti danni che stava subendo a causa della mancata percezione di maggiori emolumenti e della impossibilità di partecipare alle selezioni per il conferimento di incarichi di responsabilità con conseguente perdita di chance.

Si costituiva e resisteva in giudizio l'INPS, chiedendo la riunione del procedimento a quello pendente tra le medesime parti, eccependo la prescrizione del diritto della ricorrente, e ribadendo nel merito le difese già esposte nella precedente causa.

Non si costituiva la S. e veniva dichiarata contumace.

Il Tribunale, riuniti i giudizi ed espletata istruttoria, con sentenza del 2-3-2005 dichiarava il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario rispetto alla domanda di indennità per il periodo anteriore al 30-6-1993; dichiarava la nullità per genericità della domanda di risarcimento del danno e respingeva per il resto il ricorso, compensando le spese di lite.

Riteneva il Giudice, nel merito, che sulla base del Contratto Collettivo Decentrato di Ente per il 1998, art. 8 lett. B capo II All.1, combinato con l'art. 6 punto 3 del Contratto Collettivo Integrativo per gli anni 1998/2001, per l'attribuzione della indennità reclamata fossero necessari tre requisiti concorrenti, e cioè la presenza di un ordine di servizio o di un atto formale di attribuzione delle funzioni anteriori al 31-12-1996, la convalida di tale atto da parte della direzione centrale e lo svolgimento di funzioni di segretario in commissione costituita con disposizione regolamentare o legislativa; che nel caso in questione mancassero sia l'ordine di servizio anteriore al dicembre 1996 - poiché il conferimento era avvenuto con atto formale del 28-2-2000 -, sia la convalida della direzione centrale.

Avverso la sentenza proponeva appello la G. con ricorso depositato il 15-7-2005 e ne chiedeva la riforma; censurava la decisione sulla giurisdizione, deducendo che le controversie relative a questioni anteriori al 30 giugno 1998 erano riservate alla Giurisdizione Amministrativa solo quando fossero state proposte, a pena di decadenza, entro il 15-9-2000, con la conseguenza che quelle proposte successivamente a tale data potevano essere proposte al Giudice Ordinario; lamentava inoltre l'errata valutazione dei requisiti per l'indennità, deducendo in particolare: che l'ordine di servizio del febbraio 2000 chiariva il contenuto e la portata del precedente ordine di servizio del settembre 1996, il quale aveva portata generale, per tutte le sedute della Commissione Ordine dei Medici; che la "validazione centrale" di tale ordine di servizio non era affatto richiesta dal CCDE 1998, mentre il successivo contratto integrativo non poteva operare, essendo norma generale rispetto alla precedente norma speciale ed essendo derogativo *in pejus* rispetto al CCDE; che il messaggio n. 1 / 2000 della Direzione Generale INPS non richiedeva in alcun modo la predetta validazione; in via subordinata, deduceva che la ricorrente aveva diritto alla indennità di funzione almeno per il periodo di vigenza del solo CCDE 1998; riproponeva poi le eccezioni e deduzioni svolte in prime cure; quanto ai danni subiti, deduceva che questi consistevano nella mancata percezione degli emolumenti collegati alla non raggiunta posizione C4, nonché la perdita di chance per la preclusa possibilità di migliorare la propria posizione lavorativa e professionale, danni da quantificare con apposita CTU.

Insisteva per l'accoglimento della propria domanda chiedendo inoltre la correzione di un errore materiale nella indicazione delle parti contenuta nella intestazione della

sentenza gravata.

Si costituivo l'appellato INPS e resisteva al gravame, ribadendo tutte le argomentazioni già svolte in prime cure ed accolte dalla sentenza; eccepiva la tardività della deduzione della nullità del contratto integrativo 1998/2001, deducendo che in ogni caso il divieto di *reformatio in pejus* riguardava soltanto il contratto di lavoro individuale.

Non si costituiva la appellata S. S. nonostante rituale notificazione del gravame, e veniva dichiarata contumace.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — L'appello è infondato.

1. — In ordine alla giurisdizione del Giudice Ordinario per le controversie relative ai rapporti di pubblico impiego, va ricordato l'orientamento assolutamente consolidato del Supremo Collegio, che questa Corte condivide, secondo cui *"In tema di rapporti di pubblico impiego privatizzato, nel caso in cui il lavoratore, sul presupposto del proprio diritto ad un superiore inquadramento, riferisca le proprie pretese retributive ad un periodo in parte anteriore ed in parte successivo alla data del 30 giugno 1998 - indicata dall'art. 45, diciassettesimo comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (ora art. 69, settimo comma, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165) come discrimine temporale per il passaggio dal giudice amministrativo a quello ordinario della giurisdizione sulle controversie di lavoro con le pubbliche amministrazioni -, la competenza giurisdizionale va ripartita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva e il giudice ordinario, in relazione, rispettivamente, alla due dette fasi temporali"*. (v. per tutte, Cass. 1622/2005)

Nè la previsione del termine per la proposizione della azione dinanzi al TAR comporta l'estensione della giurisdizione ordinaria al periodo anteriore al 30 giugno 1998: ed infatti *"In tema di controversie di pubblico impiego, il trasferimento della giurisdizione al giudice ordinario, ai sensi dall'art. 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, come novellato dall'art. 29 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (oggi art. 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), opera, secondo quanto disposto dall'art. 45, comma 17, del citato decreto legislativo n. 80 del 1998 (ora art. 69, comma 7, del decreto legislativo n. 165 del 2001) per le questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998, restando devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore a tale data, purché introdotte prima del 15 settembre 2000 - data che non costituisce un limite alla persistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ma un termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale - senza che rilevi la diversa formula usata dall'art. 69, comma 7, del decreto legislativo n. 165 del 2001 ("qualora siano state proposte") rispetto a quella già presente nell'art. 45, comma 17, del decreto legislativo n. 80 del 1998 ("e debbono essere proposte"), trattandosi di differenza semantica, giustificata non da una nuova "ratio" della disciplina sopravvenuta, ma soltanto dall'essere stata superata, al momento della emanazione del decreto legislativo più recente, la data presa in considerazione"*. (Cass. 5184 /2004).

La decisione sulla giurisdizione adottata dal primo Giudice è dunque corretta, e

va confermata.

2. — Nel merito, ritiene la Corte che i requisiti prescritti dalla contrattazione collettiva per la attribuzione della indennità reclamata siano effettivamente quelli individuati dal primo Giudice, in quanto previsti congiuntamente dal Contratto Collettivo Decentrato di Ente 1998 e dal Contratto Nazionale Integrativo 1998/2001.

Più specificamente, l'all. 1, Tit. II, lett. B, punto 8 del CCDE 1998 dispone che l'Indennità ex art. 36 1 comma CCNL 1995 (quella qui reclamata) è attribuita nella misura di £ 130.000 mensili "ai collaboratori che svolgono, con atto formale anteriore al 31-12-1996, funzioni indennizzabili analoghe a quelle previste alla tabella di cui all'All. n. 3" (fra le quali è elencata la funzione di segretario di commissione prevista da disposizione di legge o di regolamento).

Il Contratto Collettivo Nazionale Integrativo per gli anni 1998/2001, sottoscritto il 16-2-1999, precisamente a proposito della indennità di cui all'art. 36 CCNL 1995 prevede:

"Le Delegazioni di parte pubblica e di parte sindacale, visto il CCDE del 1998, all. 1, titolo II, lettera b, punti 4 e 8 in materia di erogazione dell'indennità ex art. 36. 1° comma, del CCNL 1995 ai collaboratori amministrativi; visto il messaggio n. 1483 del 6/10/1998 con cui è stata sospesa, per tutte le strutture dell'Istituto, l'erogazione della predetta indennità ai sensi del citato unto 4 in conseguenza della ravvisata esigenza di approfondire la portata della disposizione in connessione con quella di cui al punto 8 innovativa, quest'ultima, rispetto ai precedenti CCDE:

ritenuto di dover definire l'applicazione delle citate disposizioni in modo strettamente rispondente alla volontà delle parti contraenti del CCNL 1998.

CONCORDANO

per l'anno 1998 l'indennità ex art. 36, 1° comma CCNL 1995 sarà attribuita ai collaboratori amministrativi, che non ne fruivano in base ai CCDE degli anni precedenti, sulla scorta dei seguenti criteri.

1) - STRUTTURE PERIFERICHE

...omissis...

2) - STRUTTURE CENTRALI

...omissis...

3) - L'indennità sarà altresì corrisposta ai collaboratori amministrativi incaricati mediante ordine di servizio anteriore al 31-12- 1996 di funzioni validate con atti di disposizione centrali riferite esclusivamente a quelle previste nella tabella All.3 al CCDE 1998".

Come è del tutto evidente dalla lettura della disposizione contrattuale, il Contratto Integrativo, stipulato su base nazionale e quindi del medesimo livello del CCDE 1998, ha inteso specificamente disciplinare e chiarire - con ciò anche integrandoli - i requisiti per la attribuzione della indennità in discussione: in tale sede, ha appunto previsto l'ulteriore requisito della validazione centrale dei poteri attribuiti con ordine di servizio.

Non può in alcun modo parlarsi, visto il tenore letterale della disposizione, di norma speciale a proposito del CCDE e di norma generale a proposito del CCNI, con conseguente prevalenza della prima sulla seconda: è chiarissimo, invece, che con il

CCNI 1998/2001 le parti, allo stesso livello di rappresentanza nazionale, hanno voluto precisare la portata della disposizione contenuta nel CCDE 1998.

L'ambito temporale delle due disposizioni contrattuali, poi, è il medesimo: il CCNI stipulato nel febbraio 1999 ha espressamente esteso la sua efficacia con decorrenza dall'anno 1998 (v. il teso sopra riportato): non esiste, dunque, un periodo di vigenza della sola disposizione del CCDE.

In punto di fatto, se è vero che - al contrario di quanto affermato dal primo Giudice - l'ordine di servizio del febbraio 2000, che ha riguardato la G., è stato espressamente "interpretativo" di quello, precedente, del settembre 1996 e che quindi può affermarsi che sussiste il requisito dell'attribuzione dei compiti di segreteria della Commissione con ordine di servizio anteriore al dicembre 1996, è anche vero però che l'ulteriore indispensabile requisito della validazione dei poteri da parte di organi centrali dell'Ente non si è mai realizzato: talché il diritto della dipendente alla indennità non può ritenersi fondato.

La sentenza gravata deve perciò essere confermata, restando assorbite tutte le ulteriori questioni relative alla domanda di risarcimento del danno.

3. — Quanto all'istanza di correzione di errore materiale, ricorrendone i presupposti va disposta la correzione dell'errore materiale contenuto nella intestazione della sentenza impugnata, nel senso che laddove, sotto la voce "RESISTENTI", è menzionata "G. C. - contumace" deve invece leggersi ed intendersi "**S. S. - contumace**"; manda la Cancelleria per gli incumbenti conseguenti;

4. — Ricorrono giusti motivi per la integrale compensazione anche delle spese del presente grado, tenuto conto della natura della controversia e del fatto che la mancanza di un requisito per la sussistenza del diritto è derivata esclusivamente dal comportamento dell'Istituto datore di Lavoro.

(Omissis)

Contributi - Iscrizione a ruolo - Decadenza *ex art.* 25 del d.lgs. n. 46/1999 - Ricorso amministrativo - Mancanza di un provvedimento recettivo esplicito - Irrilevanza.

Corte di Appello di Ancona - 08/25.06.2007, n. 260 - Pres. Taglienti - Rel. Bandini - E. costruzioni s.r.l. (Avv.ti Moroni, Fioretti) - INPS (Avv.ti Augelletta, Pierdominici, Flori, Mazzaferri, Vittori).

L'obbligo di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 46/1999 comporta la possibilità (recitius, la necessità) di procedere all'iscrizione a ruolo del credito contributivo anche in assenza di un provvedimento recettivo esplicito, una volta che siano decorsi i termini di legge previsti per la decisione sul ricorso amministrativo.

FATTO — Con ricorso depositato in data 16.4.2004 avanti al Tribunale di Pesaro - Giudice del Lavoro, a seguito di sentenza di incompetenza territoriale emessa dal Tribunale di Trani - Giudice del Lavoro, precedentemente adito, la E. Costruzioni s.r.l. riassunse l'opposizione proposta avverso la cartella esattoriale, portante un credito complessivo dell'Inps per euro 315.904,91, notificata il 7.5.2002 e conseguente ad un verbale di accertamento notificato nell'aprile del 2000.

Radicatosi il contraddittorio e sulla resistenza dell'Istituto convenuto, il Giudice adito, previa sospensione dell'esecutività della cartella opposta, con sentenza in data 15.4 - 13.6.2005, ritenuta la fondatezza della pretesa creditoria, dovendo trovare applicazione nella specie il disposto dell'art. 29 legge n. 341/95, respinse l'opposizione, condannando l'opponente alla rifusione delle spese di lite.

Avverso l'anzidetta sentenza, dichiaratamente notificata il 7.7.2005, la E. Costruzioni s.r.l., con ricorso depositato in data 1.8.2005, ha interposto appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno:

1- l'infondatezza di quanto ritenuto dal primo Giudice in ordine all'eccezione di decadenza dell'iscrizione a ruolo ai sensi dell'art 25 dl.vo n. 46/99, attese le successive modifiche della normativa citata in motivazione;

2 - la decadenza dell'iscrizione a ruolo *ex art.* 24, comma 2, dl.vo n. 46/99, per essere la stessa avvenuta dopo il termine di sei mesi dall'invio dell'avviso bonario di pagamento;

3 - la decadenza della notifica della cartella esattoriale, siccome non eseguita nei termini di cui all'art. 25 dpr n. 602/73, come modificato dal dl.vo n. 46/99, ossia entro l'ultimo giorno del quarto mese successivo a quello di consegna del ruolo;

4 - l'infondatezza di quanto ritenuto dal primo Giudice in ordine all'eccezione di inammissibilità dell'iscrizione a ruolo prima della decisione del ricorso amministrativo, non contenendo l'art. 46, comma 6, legge n. 88/89 (secondo cui *"Trascorsi inutilmente novanta giorni dalla data della presentazione del ricorso, gli interessati hanno facoltà di adire l'autorità giudiziaria"*) alcun riferimento al formarsi del cd. silenzio rifiuto;

5- l'erroneità della ritenuta non avvenuta contestazione dell'ammontare della pretesa.

L'appellante ha altresì richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva della cartella esattoriale opposta e della sentenza impugnata.

L'Istituto ha depositato memoria resistendo a tale istanza e chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

Questa Corte, con ordinanza collegiale in data 14.10.2005, ha respinto l'istanza di inibitoria.

Infine, all'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni trascritte come in epigrafe.

DIRITTO — 1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si da per già nota.

2. — Il primo Giudice ha osservato che l'operatività dell'art. 25 dl.vo n. 46/99 (precedente l'obbligo di iscrizione a ruolo, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto esecutivo) era stata

posticipata nel tempo, ai sensi dell'art. 36, comma 6, come modificato dal di n. 346/00 e dalla legge n. 398/00 [rectius: 388/00] ("*Le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2001*").

L'appellante si duole che non siano state prese in considerazione le successive modifiche apportate alla norma anzidetta, in particolare quelle introdotte dall'art. 38, comma 8, legge n. 289/02 e dall'art. 4, comma 25, legge n. 350/03. che hanno ulteriormente posticipato l'operatività dell'art. 25 dl.vo n. 46/99 prima agli accertamenti notificati "*successivamente alla data del 1° gennaio 2003*" e poi a quelli notificati successivamente alla data del "*1° gennaio 2004*". Con il ricorso introduttivo del giudizio l'odierna appellante ha espressamente dedotto che il verbale di accertamento era stato notificato nell'aprile del 2000; ne consegue che, già in forza delle disposizioni legislative a cui ha fatto riferimento il primo Giudice, devono ritenersi inoperanti, nel caso che ne occupa, le previsioni decadenziali di cui all'art. 25 dl.vo n. 46/99; a *fortiori*, la medesima conseguenza discende dagli ulteriori differimenti introdotti dalla successiva normativa a cui ha fatto riferimento l'appellante. Il motivo all'esame è quindi inaccoglibile.

3. — L'art. 24, comma 2, dl.vo n. 46/99, per quanto qui specificamente rileva, prevede che "*L'ente ha facoltà di richiedere il pagamento mediante avviso bonario al debitore ... Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 25, l'iscrizione a ruolo è eseguita nei sei mesi successivi alla data prevista per il versamento*".

È di piana evidenza che, contrariamente a quanto mostra di ritenere l'appellante, la normativa in parola non sanziona con la decadenza il mancato rispetto del termine semestrale, sicché l'eventuale inosservanza di detto termine costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità del titolo.

Il motivo di appello in parola, peraltro, prima ancora che infondato risulta inammissibile, siccome inerente ad una eccezione non sollevata con il ricorso introduttivo del giudizio e, per di più, pretesamente fondata sull'avvenuto invio di un documento inammissibilmente prodotto per la prima volta in sede di gravame, benché di data anteriore al ricorso di primo grado.

4. — Anche il terzo motivo è inammissibile, atteso che la pretesa inosservanza del termine di cui di cui all'art. 25 dpr n. 602/73, come modificato dal dl.vo n. 46/99 ("*il concessionario notifica la cartella di pagamento, entro l'ultimo giorno del quarto mese successivo a quello di consegna del ruolo, al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato nei confronti dei quali procede*"), non è stata eccepita con il ricorso introduttivo di primo grado, ne è stata tempestivamente dedotta, e ancor meno provata, la data di consegna (e non già quella di iscrizione) del ruolo al concessionario.

Peraltro, per doverosa completezza di motivazione, deve rilevarsi che l'eccezione in parola è altresì infondata, non tenendo conto delle modifiche (anteriori alla notifica della cartella opposta) apportate dall'art. 1, comma 1, lett. b), dl.vo n. 193/01 all'art. 25 dpr n. 602/73, ossia della soppressione, nella norma invocata, delle parole *da "entro" a "del ruolo"*, con la conseguenza che il termine pretesamente inosservato non era più operante al momento della notificazione della cartella.

Né ha rilievo, ai fini del decidere, con riferimento alla legislazione vigente all'epoca della notificazione della cartella, l'intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa all'esame nella parte in cui non prevede un termine, fissato a

pena di decadenza, entro il quale il concessionario deve notificare al contribuente la cartella di pagamento (cfr Corte Costituzionale, sent. n. 280/2005), poiché tale declaratoria non ha comportato la reviviscenza del termine originariamente previsto o l'applicabilità di un termine diverso fra quelli già contemplati dalla legge (cfr, in motivazione, Corte Costituzionale ult. cit.: *"È del tutto ovvio, infatti, che a questa Corte è preclusa la possibilità di determinare essa tale termine, competendo la sua individuazione alla ragionevole discrezionalità del legislatore, così come le è precluso, dalla struttura del procedimento, di individuare in taluno di quelli già previsti dalla legge - ma per attività "interne" all'Amministrazione - un termine che possa disciplinare anche la (successiva) notifica della cartella di pagamento al contribuente.*

Il presente giudizio, pertanto, deve essere definito con una pronuncia di illegittimità costituzionale che rende indispensabile un sollecito intervento legislativo con il quale si colmi ragionevolmente la lacuna che si va a creare").

5. — L'art. 24, comma 4, dl.vo n. 46/99 prevede che *"in caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'articolo 25"*.

L'appellante, riproponendo l'eccezione disattesa dal primo Giudice, si duole che l'iscrizione a ruolo sia avvenuta prima della decisione sul ricorso amministrativo, asseritamente proposto in data 10.5.2000. Osserva anzitutto la Corte che la previsione legislativa secondo cui l'iscrizione a ruolo deve essere eseguita *"comunque"* entro i termini di decadenza di cui all'art. 25 (ancorché l'operatività di tale ultima norma sia stata, come detto, a più riprese posticipata), sta a significare che l'iscrizione non richiede necessariamente l'avvenuta decisione sul ricorso amministrativo.

Inoltre le norme che hanno posticipato l'operatività dei termini di decadenza di cui all'art. 25 non hanno modificato anche l'art. 24, cosicché deve ritenersi che, ai fini *de quibus*, *"il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento"* (per restare alla fattispecie che ne occupa) rappresenta il termine entro cui deve darsi corso all'iscrizione, quand'anche non sia intervenuta la decisione sul ricorso amministrativo (fermo restando, si ripete, che l'inosservanza di detto termine, nel caso che ne occupa, non sia sanzionata dalla decadenza).

Sotto diverso, ma concorrente, profilo, deve poi considerarsi che il ricordato obbligo, per l'Istituto, di iscrivere comunque a ruolo il credito nel rispetto dei termini di cui all'art. 25, comporta la possibilità (*rectius* la necessità) di procedere all'iscrizione, anche in assenza di un provvedimento reiettivo esplicito, una volta che siano decorsi i termini di legge previsti per la decisione sul ricorso amministrativo: come, incontestabilmente (la stessa odierna appellante avendo dedotto, nel ricorso di primo grado, che l'iscrizione a ruolo era stata eseguita nel 2002), è avvenuto nel caso che ne occupa.

Anche il quarto motivo di gravame deve dunque esser disatteso.

6. — In ordine al *quantum* della pretesa l'odierna appellante, con il ricorso introduttivo di primo grado, si è limitata ad eccepire l'inapplicabilità della sanzione *una tantum*, siccome asseritamente *"ormai abrogata"* e, in coerenza con tale eccezione, ha concluso, in via di estremo subordinate, per *"il ricalcolo delle sanzioni portate dalla cartella esattoriale con esclusione dell'ormai abrogata sanzione una tantum"*.

Soltanto entro tali limiti il quinto motivo di gravame può dunque ritenersi

ammissibile.

Ciò premesso, e osservato che il primo Giudice non ha espressamente affrontato la questione sollevata relativa alla pretesa abrogazione della sanzione *una tantum*, deve rilevarsi che, in forza dell'art. 116, comma 18, prima parte, legge n. 388/00 "*Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dai commi 217,218, 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662*"; tale norma è applicabile alla fattispecie, essendo avvenuto l'accertamento del credito nell'aprile 2000 (come riconosciuto nel ricorso introduttivo di primo grado).

L'art. 1, comma 217, lett b), legge n. 662/96, prevede espressamente, in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, il pagamento, oltre alla somma aggiuntiva di cui alla lettera a), della sanzione *una tantum*.

Poiché non è stata oggetto di specifica censura nel ricorso introduttivo di primo grado (così come nei successivi atti. ivi compreso il ricorso d'appello) la riconducibilità della fattispecie di che trattasi all'ipotesi dell'evasione, ma soltanto, come detto, la pretesa intervenuta abrogazione della sanzione *una tantum*, deve al contrario convenirsi che detta sanzione è ancora applicabile al caso che ne occupa, con conseguente reiezione, per quanto ammissibile, del motivo di appello all'esame.

7. — In definitiva, sulla scorta delle suddette assorbenti ragioni, tenuto conto della portata del gravame (in particolare non essendo state oggetto di specifica censura le argomentazioni del primo Giudice in ordine alla fondatezza, nell'*an debeat*, della pretesa contributiva di che trattasi) e rilevato che, evidentemente, non possono qui trovare ingresso le deduzioni e le richieste non ritualmente formulate, compresi i meri richiami *per relationem* alle difese di prime cure, l'appello va respinto, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

8. — Seguendo il criterio della soccombenza, l'appellante va condannata a rifondere all'Istituto appellato le spese di lite relative al presente grado di giudizio, che si liquidano come in dispositivo.

(*Omissis*)

Contributi - Cartella di pagamento e ruolo - Genericità ed indeterminatezza - Eccezione - Termine breve *ex artt.* 617 e 618 bis c.p.c.

Contributi - Prescrizione - Costituzione in mora - Diffida INPS - Contenuto serializzato - Efficacia interruttiva - Fattispecie.

Corte di Appello di Ancona - 04/15.05.2007, n. 181 - Pres. Rel. Bandini - INPS (Avv.ti Pierdominici, Flori, Mazzaferri, Vittori) - M. (Avv.ti Vitaletti Bianchini, Bianchini).

Ove si intendano far valere i vizi consistenti nella genericità ed indeterminazione della cartella di pagamento opposta, nonché del presupposto ruolo, il proponente dovrà eccepirli attraverso l'opposizione agli atti esecutivi di cui al combinato disposto degli artt. 617 e 618 bis c.p.c. nel rispetto del più breve termine di cui alla prima di dette norme, pena l'inammissibilità.

Non esclude l'efficacia interruttiva del decorso della prescrizione la diffida INPS, dal contenuto palesemente serializzato, ove questa contenga la specificazione per cui la situazione contabile ivi descritta potrebbe includere delle partite debitorie in effetti non dovute, poiché l'eventualità per cui l'importo preteso sia maggiore rispetto a quello effettivamente dovuto non fa venir meno gli effetti della costituzione in mora in relazione al minor debito: parimenti, detta efficacia interruttiva non viene meno per il fatto di non essere stati precisati termini e modalità di adempimento nel corpo della diffida, trattandosi di elementi che non costituiscono requisiti costitutivi della validità dell'atto.

FATTO — Con ricorso depositato in data 28.6.2001 avanti al Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro, M. M. propose opposizione avverso la cartella esattoriale n. 06320010031179351 notificatagli dalla S. spa per l'importo di lire 45.320.242, pretesamente dovute all'Inps per contributi alla Gestione agricola dei lavoratori autonomi e somme aggiuntive relativamente agli anni 1990 - 1999, deducendo a sostegno che il credito era "quasi completamente prescritto" e che dalla cartella inviata non era possibile rilevare l'oggetto della domanda ed effettuare un riscontro ai fini della determinazione dell'esattezza o meno delle somme richieste.

L'opponente chiese altresì la sospensione dell'esecutività della cartella opposta che, concessa *inaudita altera parte*, venne poi confermata sulla resistenza dell'Inps.

L'Inps quindi si costituì anche nella fase di merito, resistendo al ricorso e reiterando la controeccezione di interruzione della prescrizione già svolta in relazione all'istanza di inibitoria.

La S. spa si costituì chiedendo la reiezione della domanda proposta nei suoi confronti.

Infine il Giudice adito, con sentenza in data 18.3 - 29.4.2005, ritenuto che l'Inps non aveva fornito la prova di atti interruttivi validi, dichiarò che ogni diritto vantato dall'Istituto per il periodo 1990 - 1996 era prescritto e per l'effetto nulla l'iscrizione a ruolo di tutti i tributi e delle somme aggiuntive di cui alla cartella opposta, condannando l'Inps alla rifusione delle spese legali.

Avverso l'anzidetta sentenza, notificata l'11.5.2005, l'Inps, con ricorso depositato il 25.5.2005, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande, anche istruttorie, nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno che erroneamente il primo Giudice aveva negato l'efficacia degli atti interruttivi della prescrizione succedutisi nel tempo (1995, 1998) indicati da esso appellante.

L'appellato M. M. si è costituito in giudizio resistendo al gravame.

Con ordinanza in data 9.3.2007 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti della S. spa.

Integrato il contraddittorio, la S. spa non si è costituita in giudizio e ne è stata dichiarata la contumacia.

Infine, all'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni trascritte come in epigrafe.

DIRITTO — 1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si dà per già nota.

2. — L'eccezione di inammissibilità dell'appello svolta dal M. per la mancata indicazione nel ricorso della S. spa è infondata, poiché il difetto di evocazione nel giudizio di gravame di taluno dei soggetti che hanno partecipato a quello di primo grado comporta la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti del litisconsorte pretermesso e non l'inammissibilità dell'impugnazione, che dovrà essere rilevata soltanto ove a tale integrazione non venga provveduto nel termine all'uopo fissato.

Nel caso che ne occupa, come già esposto nell'istorico di lite, è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti della predetta Concessionaria e, stante l'avvenuto rispetto di quanto ordinato, non sussistono gli estremi per la declaratoria di inammissibilità dell'appello.

3. — In via di priorità logica deve essere esaminata l'eccezione di decadenza, sollevata dall'odierno appellato nel corso del giudizio di primo grado (ma rilevabile d'ufficio) e dal medesimo riproposta in questa sede di gravame.

Tale eccezione è stata svolta assumendosene la derivazione dalla dedotta maturazione, al momento dell'entrata in vigore del dl.vo n. 46/99, dei termini previsti per l'iscrizione a ruolo dai previgenti artt. 17 e 18 dpr n. 602/73.

Osserva al riguardo la Corte che il dl.vo n. 46/99 ha introdotto, con l'art. 25, degli specifici termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, con ciò determinando l'abrogazione della preesistente normativa e, quindi, l'inapplicabilità delle norme previgenti relative all'iscrizione a ruolo dei crediti tributari anche con riferimento a quei crediti previdenziali la cui riscossione era stata prevista dovesse avvenire secondo tali norme.

Ne consegue che, dopo l'entrata in vigore del suddetto dl.vo n. 46/99, non possono essere più invocate, ai fini della tempestività dell'iscrizione a ruolo, le previgenti norme tributarie.

L'operatività dell'art. 25 dl.vo n. 46/99 (prevedente l'obbligo di iscrizione a ruolo, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto esecutivo) è stata peraltro posticipata nel tempo, ai sensi dell'art. 36, comma 6, come modificato dal d. n. 346/00 e dalla legge n. 388/00 (*"Le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2001"*) e, poi, dall'art. 38, comma 8, legge n. 289/02 (*"Le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2003"*) e dall'art. 4, comma 25, legge n. 350/2003 (*"All'articolo 36, comma 6, del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, e successive modificazioni, le parole: "1° gennaio 2003" sono sostituite dalle seguenti: "1° gennaio 2004"*).

Deve pertanto escludersi, tenuto conto che si verte in tema di contributi afferenti agli anni 1990 - 1999, la sussistenza dell'eccepita decadenza.

4. — Con il ricorso introduttivo di primo grado è stato eccepito che dalla cartella inviata non era possibile rilevare l'oggetto della domanda ed effettuare un riscontro ai fini della determinazione dell'esattezza o meno delle somme richieste.

L'eccezione è infondata in fatto, poiché, dall'esame della cartella opposta, è agevole evincere la gestione previdenziale a cui si riferiscono i contributi pretesi, gli anni di competenza, la causa della pretesa (omissione totale o parziale dei contributi), l'ammontare dei contributi richiesti e delle relative somme aggiuntive.

Ma, prima ancora che infondata, tale eccezione, nei termini in cui è stata svolta nel ricorso introduttivo di primo grado, risulta inammissibile.

Essa si risolve infatti nell'allegazione di un difetto formale del titolo esecutivo (ossia del ruolo, di cui la cartella esattoriale opposta costituisce un estratto) e, come tale, avrebbe dovuta essere sollevata nei termini previsti per l'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617, comma 1. cpc.*

Tali termini (cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, secondo la disciplina vigente all'epoca di proposizione del ricorso) non sono stati tuttavia osservati, atteso che la cartella opposta è stata dichiaratamente notificata il 21.5.2001 (cfr il ricorso di primo grado), mentre l'opposizione venne svolta con atto depositato il 28.6.2001.

5. — La produzione, effettuata dall'appellato nel presente grado di giudizio, di un estratto contributivo emesso dall'Inps il 25.6.2001 è inammissibile, trattandosi di documento anteriore alla proposizione del ricorso di primo grado e che, quindi, avrebbe dovuto essere dimesso unitamente a quest'ultimo.

Nè, d'altra parte, tale documento può ritenersi indispensabile ai fini del decidere (e quindi ammissibile *ex art. 437 cpc*), atteso che l'indicazione, per ciascun anno, dei giorni utili ai fini contributivi, non dimostra affatto che siano stati versati gli importi richiesti con la cartella esattoriale opposta.

6.1 — L'art. 3, commi 9 e 10, legge n. 335/95, prevede, per quanto qui rileva, che:

"9. Le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini di seguito indicati: a) dieci anni per le contribuzioni di pertinenza del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e delle altre gestioni pensionistiche obbligatorie ... A decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti; ...

"10. I termini di prescrizione di cui al comma 9 si applicano anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente. Agli effetti del computo dei termini prescrizionali non si tiene conto della sospensione prevista dall'articolo 2, comma 19, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, fatti salvi gli atti interruttivi compiuti e le procedure in corso". Secondo il condiviso insegnamento della giurisprudenza di legittimità, "...avuto riguardo al tenore di tutte le disposizioni inserite nei suddetti commi nove e dieci del-

l'art. 3 della legge n. 335 del 1995, (l'articolata) interpretazione che deve essere tratta è, in sintesi ... la seguente.

1. Il legislatore, pur avendo posto il principio del mantenimento del termine prescrizione di dieci anni per i crediti contributivi maturati entro il 31 dicembre 1995, ha tuttavia esteso la prescrizione quinquennale - relativa ai crediti contributivi venuti in essere a decorrere dal 1° gennaio 1996 (salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti) - ai crediti maturati e scaduti in precedenza.

2. Tale estensione trova un limite nel caso di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente.

3. Il periodo triennale di sospensione del termine prescrizione è stato soppresso, fatti sempre salvi i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure di recupero del credito in corso" (cfr. Cass., n. 19334/2003, in motivazione),

6.2 — Ciò premesso, e atteso che l'Inps ha invocato *in primis*, quale atto interruttivo della prescrizione, la propria nota in data 5.8.1995 (ma spedita il 2.8.1995 e ricevuta il 4.8.1995), deve rilevarsi che il primo Giudice ha escluso l'efficacia allo scopo di tale comunicazione sul rilievo che le date "*sono prive di sequenza logica e cronologica*".

Giova considerare che il M., con le deduzioni allegate al verbale di udienza del 17.5.2002 (quella cioè fissata per la discussione) si limitò a rilevare al riguardo come fosse non credibile che la ricevuta in data 4.8.1995, prodotta dalla controparte, dimostrasse la sua ricezione della nota del 5.8.1995, nulla deducendo invece sull'eventuale diverso contenuto della missiva trasmessagli.

Osserva il Collegio che, secondo il condiviso insegnamento della giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui l'atto di costituzione in mora venga spedito in plico chiuso, spetta al destinatario l'onere di provare che tale plico è stato consegnato vuoto (cfr. Cass., n. 12078/2003), ovvero che conteneva una lettera di contenuto diverso da quello indicato dal mittente (cfr. Cass., n. 10536/2003; n. 12135/2003; n. 771/2004).

Deve dunque valutarsi se l'incongruenza delle date rilevata dal primo Giudice possa impedire di ritenere che il contenuto della missiva ricevuta il 4.8.1995 fosse quello indicato dall'Inps.

Ritiene il Collegio che la risposta deve essere negativa poiché:

- la data apposta dal mittente sull'atto spedito per posta non è di per sé decisiva in ordine a quella di effettiva spedizione (per la quale fa fede il timbro postale: nella specie il 2.8.1995);

- la lettera in questione (spedita direttamente da Roma) è palesemente di contenuto serializzato e trova completamento e miglior specificazione nell'allegata "*situazione contabile Debitoria*", cosicché è del tutto verosimile che la data indicata nella missiva, già predisposta, non corrisponda a quella di effettiva spedizione della stessa;

- in ogni caso la mancata consequenzialità delle date, in difetto di elementi di giudizio di opposto segno, può essere agevolmente ricondotta ad un mero errore materiale.

Deve quindi ritenersi, in difetto di tempestiva allegazione da parte del destinatario sul diverso contenuto della lettera dell'Inps ricevuta il 4.8.1995, che quest'ultima sia stata effettivamente quella prodotta dall'Istituto.

6.3 — Ciò premesso, osserva la Corte che la nota in parola, inviata all'esplicita finalità di interrompere il decorso della prescrizione, faceva riferimento all'allegata situazione contabile ove erano indicati, anno per anno, gli importi dei contributi dovu-

ti, dei versamenti al netto di rimborsi già emessi o compresi gli storni e il saldo.

La nota precisava peraltro che detta situazione contabile avrebbe potuto includere delle partite a carico che non erano dovute, *"ma che per motivi tecnici non è stato possibile sistemare"*, determinate da carichi derivanti da ipotesi ivi specificamente indicate.

La medesima nota informava altresì della possibilità di avvalersi del condono previdenziale e precisava che la posizione da regolarizzare era *"costituita dalle partite debitorie oggetto della presente comunicazione, al netto degli eventuali carichi sopra indicati"*.

Rileva la Corte che, secondo il condiviso e consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità, affinché un atto possa acquisire efficacia interruttiva della prescrizione, a norma dell'art 2943, quarto comma cc, esso deve contenere, oltre all'elemento soggettivo, costituito dalla chiara indicazione del soggetto obbligato, anche l'esplicitazione di una pretesa, vale a dire una intimazione o richiesta scritta di adempimento, idonea a manifestare l'inequivocabile volontà del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto passivo, con l'effetto di costituirlo in mora (cfr. *ex plurimis*, Cass., n. 10608/2001).

La stessa giurisprudenza di legittimità ha inoltre avuto modo di chiarire al riguardo che l'atto di costituzione in mora idoneo ad integrare atto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, ultimo comma, cc non è soggetto a rigori di forma, all'infuori della scrittura, e quindi non richiede l'uso di formule solenni nè l'osservanza di particolari adempimenti, essendo sufficiente che il creditore manifesti, con un qualsiasi scritto diretto al debitore e portato comunque a sua conoscenza, la volontà di ottenere il soddisfacimento del proprio diritto (cfr. *ex plurimis*, Cass., n. 7323/1994).

Avuto riguardo al contenuto complessivo della ricordata nota dell'Inps pervenuta al M. il 4.8.1995 deve ritenersi che la stessa palesi la volontà dell'Istituto di ottenere il pagamento dei contributi analiticamente indicati nella situazione contabile allegata, come si evince dall'inequivoca manifestazione di volontà di considerare la nota stessa atto interruttivo della prescrizione, dalla espressa qualificazione come *"Debitoria"* della nota contabile allegata, dalla specifica indicazione in quest'ultima delle somme a *"Saldo"*, dall'avvertenza che la regolarizzazione tramite condono sarebbe potuta avvenire *"senza aggravio di sanzioni"*, dalla precisazione che prima di intraprendere *"qualsiasi iniziativa di recupero"* l'Istituto avrebbe tenuto conto di eventuali segnalazioni già fatte in ordine alla non debenza, in tutto o in parte, dei contributi risultanti come partite debitorie dall'estratto conto contestualmente notificato.

Non esclude d'altra parte l'efficacia interruttiva del decorso della prescrizione la ricordata specificazione secondo cui la situazione contabile avrebbe potuto includere delle partite a carico in effetti non dovute (peraltro derivanti da talune situazioni specificatamente indicate), poiché l'eventualità che l'importo preteso sia maggiore non fa venir meno la costituzione in mora in relazione alla minor somma effettivamente dovuta; parimenti l'efficacia interruttiva della prescrizione non viene meno per non essere stati precisati termini e modalità di adempimento, trattandosi di elementi che non costituiscono requisiti costitutivi della validità dell'atto (e ciò fermo restando che i debiti indicati erano tutti scaduti e, come tali, non soggetti a ulteriori termini dilatori di pagamento).

Infine l'avviso dell'opportunità di usufruire del condono previdenziale, lungi dall'implicare qualsivoglia rinuncia alla pretesa contributiva, costituisce semmai, per

quanto qui peculiarmente rileva, ulteriore conferma della volontà dell'Istituto di ottenere l'adempimento del proprio credito.

Alla comunicazione anzidetta va dunque riconosciuta l'efficacia interruttiva del decorso della prescrizione.

6.4 — Analogo effetto interruttivo della prescrizione deve essere poi attribuito alla nota dell'Inps in data 14.10.1998, indirizzata al M. e ricevuta il 17.10.1998, come risulta dalla copia dell'avviso di ricevimento dimessa in atti.

Detta lettera contiene infatti l'indicazione della somma non versata *"per contributi previdenziali e assistenziali"*, l'avviso che decorso infruttuosamente il termine di 45 giorni dalla data di ricevimento *"sarebbe stato richiesto l'integrale pagamento dell'importo tuttora a suo debito, aumentato delle eventuali somme aggiuntive dovute fino alla data dell'effettivo saldo"* e la precisazione che la *"presente notifica costituisce atto interruttivo di ogni e qualsiasi termine prescrizione relativo ai titoli, ai periodi e agli importi a debito risultanti dall'unito prospetto e dalla presente lettera, nonché alle connesse sanzioni di legge"*.

E deve altresì osservarsi che la somma indicata nella nota all'esame corrisponde al coacervo delle pretese contributive (al netto delle sanzioni) portate dalla cartella esattoriale opposta per gli anni fino al 1995 compreso.

Deve quindi convenirsi che, alla data della notifica della cartella esattoriale opposta, il credito azionato non era prescritto.

7. — Con il ricorso introduttivo di primo grado il M. dedusse di essere ancora in attesa di riscuotere dall'Inps di Macerata *"gli importi spettantigli quale erede di M. A. per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 495/1993 (1) nonché della decisione del Tribunale di Macerata in ordine all'indennità di accompagnamento spettante al genitore defunto M. A."* ed eccepì, per l'ipotesi di mancato accoglimento delle sue richieste avverso la pretesa contributiva dell'Inps, la compensazione con il suo credito nei confronti dell'Inps *"di Lire 3.000.000 maturato in forza della citata sentenza C.C. n. 495/1993 nonché a seguito della intervenuta legge n. 448/1998 e non ancora riscossi e di quanto dovesse eventualmente risultare a credito liquido ed esigibile"*.

Osserva anzitutto la Corte che, giusta le ricordate conclusioni del ricorso di primo grado, il preteso credito *"in ordine all'indennità di accompagnamento spettante al genitore defunto M. A."*, seppure dedotto, non venne specificamente eccepito in compensazione.

Inoltre, in allegato al ricorso introduttivo di primo grado, il M. non produsse alcun documento idoneo a comprovare la sussistenza e l'ammontare dei suoi pretesi crediti, nè allegò specificamente i relativi fatti costitutivi, nè formulò precise domande istruttorie al riguardo (tale non potendo considerarsi l'istanza, affatto generica, di richiesta all'Inps di *"tutto quanto necessario conoscere ai fini del decidere"* e di esibizione della *"documentazione in suo possesso relativa al presente giudizio"*).

Ne consegue, anzitutto, che il testé rilevato difetto di specifica allegazione impedisce di ritenere per ammessi - nel silenzio della controparte - i fatti costitutivi dell'eccezione e, al contempo, che il M. è decaduto dalla prova in ordine alla sussistenza e all'ammontare dei pretesi crediti eccepiti in compensazione.

Palesamente inammissibile risulta inoltre la produzione in questo grado di giudizio della sentenza del Tribunale di Macerata in data 11.1 - 8.3.2002, resa nel procedimento

svoltosi tra l'odierno appellato (quale erede del padre A.) e i Ministeri del Tesoro e dell'Interno, sia perché inerente ad un credito non specificamente eccepito in compensazione, sia perché, comunque, tardiva, trattandosi di atto formatosi prima della decisione qui impugnata e che quindi avrebbe dovuto essere dimesso in prime cure.

8. — In definitiva, sulla scorta delle suddette ragioni (che rendono superflue le prove richieste) e rilevato che, evidentemente, non possono qui trovare ingresso le deduzioni e le istanze non ritualmente formulate, compresi i meri richiami *per relationem* alle difese di prime cure, l'appello va accolto, con la reiezione dell'opposizione alla cartella esattoriale n. 06320010031179351 svolta dal M. con il ricorso introduttivo del giudizio.

9. — Seguendo il criterio della soccombenza, M. M. va condannato a rifondere all'Istituto appellante le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio, che si liquidano come in dispositivo.

Stante il contenuto delle domande svolte e le ragioni poste a base dell'opposizione, si ravvisano giusti motivi per dichiarare integralmente compensate fra il M. e la Se.Ri.Ma. spa le spese di lite relative al primo grado di giudizio e che non è luogo a provvedere, nei confronti della S. spa, in ordine a quelle relative al presente grado d'appello.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 59

Contributi - Indennità di trasferta - Rimborso "a piè di lista" - Distinzione - Criteri.

Corte di Appello di Ancona, Sez. Lavoro - 23.02/15.05.2007, n. 122 - Pres. Taglienti - Rel. Miconi - P. Informatica s.a.s. (Avv. Calassi) - INPS (Avv.ti Flori, Mazzaferrì, Vittori).

Le spese vive sostenute dal lavoratore, che rientrano nella nozione di rimborso "a piè di lista" secondo la pratica e la tecnica amministrativa aziendale, debbono essere ordinariamente documentate: detto principio incontra un limite nella documentabilità delle stesse spese, la quale è da intendersi in senso non assoluto ma relativo, agli usi generalmente praticati, con la conseguenza che la documentazione non è necessaria nei casi (che restano affidati alla correttezza del dipendente) di piccole spese (per mance, taxi, parcheggio ecc.) oggettivamente non documentabili o di altre spese per le quali la documentazione, pur possibile, non è usualmente richiesta in ragione della loro non rilevante consistenza.

FATTO — Con ricorso depositato il 21-3-2003 la P. Informatica di C. D. & C. Sas, in persona del legale rappresentante, proponeva opposizione dinanzi al Giudice del Lavoro di Ancona avverso la cartella esattoriale notificata dalla Ancona Tributi Spa su incarico dell'INPS in proprio e quale mandatario della SCCI Spa, con cui le era stato richiesto il pagamento di contributi previdenziali asseritamente omessi per il periodo dal 1996 al 2001; esponeva che, secondo un verbale ispettivo dell'INPS del settembre 2001, le somme che la società aveva corrisposto ai dipendenti, in detto periodo, a titolo di rimborso spese avrebbe dovuto essere qualificato come indennità di trasferta e come tale avrebbe dovuto essere assoggettata a contribuzione; deduceva che le somme in questione non erano affatto indennità di trasferta, ma proprio rimborsi spese, sulla base di tariffe, concordate con i dipendenti, che erano comprensive anche del pedaggio autostradale e delle eventuali multe, e di chilometraggi stabiliti a priori; chiedeva la revoca della cartella opposta.

Si costituiva l'INPS, anche come mandatario della SCCI Spa, e resisteva all'opposizione, deducendo che le somme erogate come rimborso chilometrico non erano affatto documentate, nè analiticamente attestate dai singoli dipendenti, nè questi redigevano rapporti di viaggio o note spese; inoltre le spese stesse non corrispondevano a chilometraggi effettivi, essendo variabili anche se relativi alla stessa destinazione, ed erano uguali per autovetture diverse; erano risultate inoltre numerose incongruenze, quali ad esempio il fatto che erano rimborsate ai dipendenti giornate di consulenza presso le banche in numero superiore alle giornate fatturate dalle banche stesse; infine, nelle buste paga non erano contenute indennità di trasferta ne erano indicati i rimborsi spese, che venivano erogati in contanti, talora con assegno.

Non si costituiva la Ancona Tributi Spa e veniva dichiarata contumace.

Il Tribunale con sentenza del 16-3-2005 respingeva l'opposizione e condannava l'opponente alle spese di lite.

Riteneva il Giudice che, sulla base della normativa applicabile alla fattispecie, i "rimborsi spese" per le trasferte lavorative qui in discussione non fossero esentate dalla contribuzione previdenziale, poiché le spese non erano indicate analiticamente, non erano documentate ed erano forfettizzate (non basate sul chilometraggio effettivo, ma su uno concordato); nè le somme erogate erano esentate parzialmente (al 50%), in qualità di "indennità di trasferta", poiché dal lato formale non avevano subito tale imputazione, e dal lato sostanziale non vi era il riscontro documentale della loro effettiva riferibilità a viaggi per lavoro.

Avverso la sentenza proponeva appello la P. Informatica Sas con ricorso depositato il 10-6-2005 e ne chiedeva la riforma; svolgeva i seguenti motivi:

1 - errata valutazione del contenuto della contrattazione collettiva applicata ai dipendenti: questa prevedeva esclusivamente rimborsi spese per i viaggi più brevi quali erano quelli riguardanti la opponente, e non indennità di trasferta;

2- omessa applicazione della imponibilità parziale, in ogni caso prevista per l'indennità di trasferta;

3 - errata negazione della prova richiesta dalla opponente, volta a dimostrare la regolarità delle procedure di corresponsione dei rimborsi spese: il datore di lavoro è infatti ammesso a provare i rimborsi spese anche senza la produzione dei documenti giustificativi.

Insisteva per l'accoglimento della propria opposizione, previa ammissione della prova per testi ed eventualmente di CTU.

Si costituiva l'INPS, anche per la SCCI Spa, ed eccepiva preliminarmente la mancanza di prova, da parte dell'opponente, della tempestività dell'opposizione; ribadiva l'eccezione di definitività del ruolo per mancata tempestiva impugnazione; nel merito, insisteva nella propria posizione opponendosi alle prove avversarie.

Non si costituiva la Ancona Tributi Spa e veniva dichiarata contumace.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — 1. — L'eccezione dell'appellato INPS, di mancanza di prova della tempestività dell'opposizione proposta dalla controparte, deve essere dichiarata inammissibile, per tardività. Nella memoria di costituzione in primo grado l'Ente opposto non ha affatto contestato che la notificazione della cartella esattoriale opposta fosse avvenuto in epoca tale che il deposito del ricorso in opposizione fosse tardivo, nè ha contestato la tempestività dell'opposizione: talché il fatto della tempestività del deposito del ricorso in opposizione non può essere rimesso in discussione per la prima volta in grado di appello.

2. — L'eccezione di definitività del ruolo per mancata impugnazione dello stesso, riproposta dall'INPS in questo grado ai sensi dell'art. 346 cpc, deve essere disattesa: con l'opposizione alla cartella esattoriale, infatti, l'intimata ha contestato proprio e soprattutto il merito della sussistenza del credito contributivo iscritto a ruolo, in tal modo impugnando anche quest'ultimo.

3. — Nel merito, l'appello è infondato.

La pretesa contributiva oggetto di causa riguarda somme corrisposte ai lavoratori a titolo di rimborsi spese per trasferte, che l'INPS ritiene invece imponibili come componenti della retribuzione, in relazione al periodo dall'agosto 1996 al luglio 2001.

La disciplina della imponibilità contributiva dei rimborsi spese e delle indennità di trasferta deve essere distinta, per quanto qui rileva, in due periodi: quello fino al 31-12-1997 e quello dall'1-1-1998 in poi, successivo alla entrata in vigore del D Igs 314/1997, che ha modificato l'art. 12 L. 153/1969.

L'art. 12 L. 153/1969 vigente prima del 1-1-1998 disponeva come segue:

"Per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro.

Sono escluse dalla retribuzione imponibile le somme corrisposte al lavoratore a titolo:

- 1) di diaria o di indennità di trasferta in cifra fissa, limitatamente al 50% del loro ammontare;
- 2) di rimborsi a piè di lista che costituiscano rimborso di spese sostenute dal lavoratore per l'esecuzione o in occasione del lavoro;
- 3) ...omissis..."

Come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, l'elencazione delle voci parzialmente o totalmente escluse dalla contribuzione è tassativa e non è suscettibile di interpretazione analogica (fra le altre, Cass. 7484/1992(1),

6923/1996; 1077/1999); dal punto di vista probatorio, l'ente previdenziale deve provare che il lavoratore ha ricevuto dal datore di lavoro somme a qualunque titolo purché in dipendenza del rapporto di lavoro, mentre è onere del datore di lavoro provare che ricorre una delle cause di esclusione di cui al citato secondo comma; tale prova può essere data con qualsiasi mezzo, e non deve necessariamente consistere nella produzione dei documenti giustificativi (Cass. 1077/1999).

Quanto alla nozione di "rimborso a piè di lista", secondo la pratica e la tecnica amministrativa aziendale, le spese vive sostenute dal lavoratore debbono essere, ordinariamente, documentate; tale principio incontra un limite nella documentabilità delle stesse spese, la quale è da intendersi in senso non assoluto ma relativo agli usi generalmente praticati, con la conseguenza che la documentazione non è necessaria nei casi (che restano affidati alla correttezza del dipendente) di piccole spese (per mance, taxi, parcheggi ecc.) oggettivamente non documentabili o di altre spese per le quali la documentazione, pur possibile, non è usualmente richiesta in ragione della loro non rilevante consistenza (Cass. 7484/1992).

Nel caso in questione, come già evidenziato dal primo Giudice, non solo manca completamente - *ab origine*, cioè non è mai stata in possesso dell'azienda, che non la ha mai richiesta - qualsiasi documentazione giustificativa dei singoli viaggi esposti da ciascun dipendente, in relazione a tutti i tipi di esborsi, sia di importo rilevante (benzina, alberghi) sia di importo trascurabile (parcheggi e simili), ma mancano anche note spese analitiche formate dai dipendenti, in quanto le stesse venivano redatte dall'amministrazione della società; la stessa opponente afferma che gli importi relativi ai viaggi erano forfettizzati, cioè erano state pattuite col dipendente somme forfettarie ai chilometro (v. cap. 2 della prova richiesta).

Vi sono per di più seri dubbi sulla stessa riferibilità concreta delle somme erogate (in contanti o con assegno) dalla società a titolo di rimborsi spesa, e non esposte nelle buste paga, ad effettivi viaggi dei dipendenti: gli ispettori hanno infatti oggettivamente rilevato che:

- non vi sono presso la società documenti, oltre le citate note spese redatte dall'amministrazione ed i "rapportini" aventi identico contenuto, altri documenti che chiariscano motivo e destinazione della trasferta;
- per alcuni dipendenti la cifra mensile dei rimborsi è sempre la stessa, anche se corrisponde a trasferte in luoghi diversi;
- i chilometri rimborsati per alcune destinazioni sono certamente eccessivi, sono variabili per la stessa destinazione;
- non vi sono fatture di acquisto da parte della società di corsi di aggiornamento per il personale, nonostante i dipendenti abbiano riferito che le trasferte erano per la maggior parte relative a corsi di tale tipo;
- le giornate rimborsate ai dipendenti per attività di consulenza presso le banche sono in numero superiore alle giornate addebitate in fattura alle banche stesse.

Come già argomentato dal primo Giudice, la oggettiva incertezza sullo svolgimento di trasferte impedisce anche di applicare la contribuzione ridotta prescritta dal n. 1 del comma 2° dell'art. 12 L. 153/1969 (vigente all'epoca).

Nè le prove orali articolate dall'opponente sono idonee a dimostrare che tutte le somme esposte come rimborsi spesa sono riferibili a lavoro fuori della sede della

società, ed in che misura: talché in questo caso il datore di lavoro non solo non ha prodotto prove documentali, ma neppure ha offerto altri mezzi di prova idonei a soddisfare l'onere a suo carico.

L'art. 12 L 153/1992, nella versione vigente dal 1-1-1998 (testo introdotto dal D Igs 314/1997, art. 6 comma 1), così dispone:

"1 - Costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui all'art. 46 comma 1 del TU Imposte sui Redditi, approvato con DPR 917/1986, maturati nel periodo di riferimento.

2 - *Per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale si applicano le disposizioni contenute nell'art. 48 del TU delle Imposte sui Redditi, approvato con DPR 917/1986, salvo quanto specificato ne seguenti commi:*

3 - *...omissis...*

4. — *Sono esclusi dalla base imponibile:*

...omissis..."

L'art. 48 del TU sulla Imposte Dirette, come sostituito dall'art. 3 del D Igs 314/1997 citato, dispone fra l'altro:

1. Il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro. Si considerano percepiti nel periodo d'imposta anche le somme e i valori in genere, corrisposti dai datori di lavoro entro il giorno 12 del mese di gennaio del periodo d'imposta successivo a quello cui si riferiscono .

2. *Non concorrono a formare il reddito:*

...omissis...

3 e 4 *...omissis...*

5. — **Le indennità percepite per le trasferte** o le missioni **fuori del territorio comunale** concorrono a formare il reddito per la parte eccedente lire 90.000 al giorno, elevate a lire 150.000 per le trasferte all'estero, al netto delle spese di viaggio e di trasporto; in caso di rimborso delle spese di alloggio, ovvero di quelle di vitto, o di alloggio o vitto fornito gratuitamente il limite è ridotto di un terzo. Il limite è ridotto di due terzi in caso di rimborso sia delle spese di alloggio che di quelle di vitto. **In caso di rimborso analitico delle spese per trasferte o missioni fuori del territorio comunale** non concorrono a formare il reddito i rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto, nonché i rimborsi di altre spese, anche non documentabili. eventualmente sostenute dal dipendente, sempre in occasione di dette trasferte o missioni, fino all'importo massimo giornaliero di lire 30.000, elevate a lire 50.000 per le trasferte all'estero. **Le indennità o i rimborsi di spese per le trasferte nell'ambito del territorio comunale**, tranne i rimborsi di spese di trasporto comprovate da documenti provenienti dal vettore, concorrono a formare il reddito."

Come già sottolineato nella sentenza gravata, i rimborsi spese occasionati dalle trasferte sono esclusi dall'imponibile solo se le spese stesse, **ove riferibili a vitto, alloggio, viaggio e trasporto, sono documentate**; l'esclusione opera solo fino a £ 30.000 se le spese sono di altro genere, anche non documentabili. Per le trasferte all'interno del territorio comunale, le spese detraibili dall'imponibile sono solo quelle di trasporto comprovate dal documento del vettore.

Le indennità di trasferta per trasferte o missioni fuori dal territorio comunale

sono esenti dall'imposizione fino a £ 90.000 al giorno, al netto delle spese che devono però essere documentate.

Rispetto al caso concreto, valgono qui le considerazioni svolte in relazione al periodo anteriore al 1-1-1998: sia per le trasferte fuori Comune, sia per quelle interne al Comune, nessuna spesa di viaggio, trasporto, vitto, alloggio è documentata; non sono esposte "spese di altro genere", e perciò nulla è detraibile, neppure in cifra fissa; dal punto di vista formale, il datore non ha erogato "indennità di trasferta", e in ogni caso non vi sono elementi di prova obiettivi - sussistendo anzi numerosi elementi di fatto in senso contrario - che comprovino lo svolgimento effettivo di trasferte ed indichino quante trasferte, ed in che luoghi, siano state effettuate. La conseguenza di tale situazione è l'impossibilità di accordare deduzioni dall'imponibile, anche parziali; nè la prova orale articolata dalla appellante è idonea a fornire gli elementi probatori necessari, come sopra evidenziati.

Per tutte le ragioni esposte, la sentenza gravata va integralmente confermata, sia pure con le precisazioni (normative) indicate in motivazione.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1992, p. 1192

Contributi - Aziende municipalizzate - Opzione del personale per il mantenimento dell'iscrizione INPDAP ai fini pensionistici - Riduzione aliquote contribuzione per prestazioni temporanee *ex art. 3 comma 23 ss. L.335/1995* - Inapplicabilità.

Corte di Appello di Brescia - 05/16.07.2007, n. 332 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - INPS (Avv. Nivola) - B. Trasporti s.p.a. - A.S.M. B. s.p.a. (Avv. La Gioia) - Esatri s.p.a.

Lo sgravio contributivo relativamente alla contribuzione CUAF e maternità prevista dall'art. 3 commi 23 ss della Legge n. 335/1995, essendo espressamente correlato all'aumento della contribuzione dovuta al Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti, non si applica alle società municipalizzate di gestione di servizi di pubblica utilità il cui personale abbia optato per il mantenimento dell'iscrizione ai fini pensionistici all'INPDAP.

FATTO — Con ricorso depositato il 9.4.2003 B. Trasporti S.p.a. (già ASM Trasporti S.p.a., di cui era socio unico prima ASM B. S.p.a. e poi B. Mobilità S.p.a.)

proponeva opposizione avanti il Giudice del Lavoro del tribunale di Brescia contro la cartella esattoriale n.02220030002864980000 con la quale Esatri per conto dell'INPS aveva ingiunto il pagamento di € 536.300,57 pari ai contributi correnti dei mesi di luglio e agosto 2001 che non erano stati pagati in quanto posti in compensazione con un preteso maggior credito per contributi maternità e cuaf pagati, secondo la tesi della società ricorrente, in eccedenza rispetto ai limiti di legge.

Con analoga motivazione ASM B. S.p.a. non versava a sua volta i contributi di giugno, luglio e agosto 2001 e, ricevuta la notifica della cartella esattoriale n.02220030002825659000 per € 213.150,33, la impugnava con ricorso al medesimo giudice depositato il 12.4.2003 nuovamente sostenendo la legittimità della compensazione operata e in un primo tempo autorizzata oralmente dall'INPS.

Nei separati procedimenti le società ricorrenti sostenevano innanzitutto che fin dalla legge 335/95 si era operata una riduzione della percentuale da versare all'INPS per queste due voci e che il DM attuativo, che aveva limitato il beneficio solo ai datori di lavoro che versavano la contribuzione ordinaria nel fondo pensioni lavoratori dipendenti, era da disapplicarsi e tale tesi è stata seguita dal primo giudice che, per l'effetto, annullava entrambe le cartelle esattoriali.

Appellava tempestivamente entrambe le sentenze l'INPS sostenendo l'assoluta erroneità della tesi accolta dal giudice e anche delle altre prospettate in via gradata con il ricorso introduttivo e non esaminate in primo grado; si costituivano nel primo procedimento B. Trasporti S.p.a. e nel secondo ASM B. S.p.a. per la conferma, ribadendo, in subordine, tutte le argomentazioni svolte nel giudizio di primo grado.

All'odierna udienza le cause venivano riunite attesa l'identità delle questioni di diritto e, dopo due rinvii resi necessari per chiarire alla Corte se la riduzione dei contributi CUAF dal febbraio 2001, che l'INPS ammetteva essere dovuta fosse o meno ricompresa tra le somme ingiunte, all'odierna udienza, dopo la discussione delle parti, la Corte decideva con sentenza del cui dispositivo era data immediata lettura.

DIRITTO — Con atto datato 25.5.1998, il Comune di Brescia conferiva l'Azienda servizi municipalizzati di Brescia ad A.S.M. B. S.p.A., che così subentrava nella gestione di vari servizi di pubblica utilità, tra cui anche quello di produzione e distribuzione di energia elettrica e quello dei trasporti, prima gestito da ASM Trasporti S.p.a. e poi ceduto il 21.3.2001 a B. Trasporti S.p.a..

La quasi totalità dei dipendenti di A.S.M., anziché transitare al Fondo elettrici gestito dall'INPS, rimaneva iscritta ai fini pensionistici presso l'INPDAP, nel quale era confluita la C.P.D.E.L., Cassa Previdenza dei dipendenti degli Enti locali, ai sensi dell'art 5 della legge 8.8.1991, n. 274, con cui era previsto che potessero optare per il mantenimento dell'iscrizione alla Cassa predetta, oggi appunto INPDAP, i dipendenti delle aziende municipalizzate che transitavano a società private per effetto di norme di legge, di regolamento o convenzione le quali attribuivano alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici ed aziende.

È certo quindi che ASM (e dal marzo 2001 anche B. Trasporti) versava, per le posizioni che qui rilevano, all'INPDAP i contributi a fini pensionistici e all'INPS i contributi dovuti alla gestione prestazioni temporanee lavoratori dipendenti (GPT), ivi compresi i contributi di maternità e i contributi alla Cassa Unica Assegni Familiari (cuaf).

È altrettanto pacifico che, ritenendo di aver versato contributi in eccedenza per questa due ultime voci quanto meno dal gennaio 2000, ASM S.p.a., quantificato il proprio credito complessivo, provvedeva a compensarlo con le somme a debito esposte nelle denunce contributive (modd. DM10) presentate insolute relativamente ad alcune posizioni assicurative di ASM e B. Trasporti per i mesi di giugno, luglio e agosto 2001.

Per sgombrare il campo immediatamente dalla tesi accolta dal primo giudice, occorre osservare che neppure ASM, prima della proposizione dell'opposizione in via amministrativa, ha mai sostenuto che la riduzione delle aliquote per la prestazioni temporanee fosse avvenuta già con l'art. 3 comma 23 L.3 3 5/95 (e che quindi andasse disapplicato il DM 21.2.1996 attuativo di tale norma perché atto amministrativo illegittimo per violazione di legge), limitandosi a sostenere con la sua prima istanza di aver diritto alla riduzione dal gennaio 2000.

In ogni caso, tale tesi è totalmente destituita di fondamento.

Recita testualmente l'art. 3 comma 23 invocato: "Con effetto dal 1° gennaio 1996, l'aliquota contributiva di finanziamento dovuta a favore del Fondo pensioni lavoratori dipendenti è elevata al 32 per cento con contestuale riduzione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'art. 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, procedendo prioritariamente alla riduzione delle aliquote diverse da quelle di finanziamento dell'assegno per il nucleo familiare, fino a concorrenza dell'importo finanziario conseguente alla predetta elevazione. La riduzione delle aliquote contributive di finanziamento dell'assegno per il nucleo familiare, di cui al decreto-legge 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 maggio 1988, n. 153 e successive modificazioni ed integrazioni, ha carattere straordinario fino alla revisione dell'istituto dell'assegno stesso con adeguate misure di equilibrio finanziario del sistema previdenziale. Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro saranno adottate le necessarie misure di adeguamento. Con la medesima decorrenza, gli oneri per la corresponsione dell'assegno per il nucleo familiare, sono posti integralmente a carico della predetta gestione di cui all'art. 24 della citata legge n. 88 del 1989 e, contestualmente, il concorso dello Stato per i trattamenti di famiglia previsto dalla vigente normativa è riassegnato per le altre finalità previste dall'art 37 della medesima legge n. 88 del 1989".

Dalla norma appare evidente che la riduzione delle aliquote contributive da versare alla gestione per prestazioni temporanee è correlata (contestuale, come dice la norma) all'aumento contributivo previsto per il fondo lavoratori dipendenti: ne consegue che è del tutto conforme al dettato normativo, e quindi non deve essere disapplicato, il DM 21.2.1996 che all'art. 2 recita "Le riduzioni di cui all'art. 1, comma 4, (e cioè, per quanto qui rileva "Le aliquote di cui al comma 24 dell'art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335") non trovano applicazione per le categorie iscritte a regimi pensionistici obbligatori diversi dal Fondo pensioni lavoratori dipendenti".

Del resto, come correttamente osserva l'INPS, "L'art. 1, al comma 1, prevede quindi l'elevazione dell'aliquota di contribuzione al FPLD gestito dall'INPS (che dal 27,57% è stata fissata nella misura del 32%) di 4,43 punti percentuali, mentre al comma 5 individua le aliquote di finanziamento delle prestazioni temporanee contestualmente ridotte a fronte del predetto incremento contributivo. Precisamente, per la

contribuzione di maternità è prevista una riduzione dello 0,57%, per i contributi CUA del 3,72 % e per la contribuzione contro la tubercolosi dello 0,14 %, per una riduzione complessiva appunto di 4,43 punti percentuali ($0,57+3,72+0,14 = 4,43$)".

La ratio dell'applicazione di tale riduzione solo agli iscritti al fondo pensioni INPS è evidente: non può farsi luogo alla riduzione contributiva (e quindi resta in vigore l'aliquota prevista dalla normativa previdente) quando non può operare il meccanismo di compensazione previsto dallo stesso decreto, il che avviene appunto nel caso di soggetti iscritti ai fini pensionistici anziché al FPLD gestito dall'INPS, ad altre Gestioni pensionistiche obbligatorie (come prevede espressamente il preambolo del citato decreto "...la contestuale riduzione va operata soltanto in correlazione all'adeguamento della aliquota contributiva di finanziamento dovuta a favore del Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti gestito dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale").

Tale norma è intesa infatti a rimodulare le aliquote contributive lasciando inalterato il gettito contributivo a favore dell'Istituto, tanto è vero che l'art. 1, comma 3 del citato D.M dispone che "nei casi in cui la variazione delle aliquote contributive di finanziamento per le prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'art. 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, non consenta di raggiungere per alcune categorie o settori l'aliquota aggiuntiva pari a 4,43 punti percentuali dovuta al Fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'INPS, a motivo della entità delle aliquote per le prestazioni soggette a variazione ovvero a causa di esclusione delle stesse, l'onere dell'aliquota residuale è posto a carico del datore di lavoro", il che significa che, anche se il datore di lavoro non fosse tenuto alla corresponsione della contribuzione c.d. minore, ovvero vi fosse tenuto in misura inferiore all'abbattimento del 4,43% previsto, si dovrebbe ugualmente provvedere all'aumento di aliquota a suo carico per il FPLD, con relativo incremento dell'onere contributivo complessivo a carico del datore di lavoro stesso, in quanto la normativa è comunque finalizzata a non sacrificare le entrate complessive dell'Istituto.

In senso contrario, come osserva in modo puntuale l'INPS nell'atto d'appello, non vale richiamare il disposto dell'art. 6, comma 1, del DL 166/1996, più volte reiterato ed infine convertito dalla L 30/1997, secondo cui "nei casi in cui, per effetto del decreto ministeriale attuativo dell'art. 3, comma 23, della legge 8 agosto 1995, n.335, conseguano aumenti contributivi effettivi a carico dei datori di lavoro, i predetti aumenti sono applicati mediante un incremento di 0,50 punti percentuali ogni due anni con inizio al 1° gennaio 1997" in quanto, nel momento stesso in cui la norma si limita a dilazionare l'operatività degli aumenti contributivi previsti dal decreto ministeriale, altro non fa che ratificarne l'operatività e la legittimità.

In quest'ottica pertanto, atteso che nel caso di specie alla diminuzione delle aliquote minori non corrisponderebbe alcun aumento della contribuzione IVS in capo ad ASM, che versa tale contribuzione all'INPDAP, lo sgravio contributivo sarebbe in conflitto con la coerenza dell'impianto normativo.

Ricorda comunque l'INPS nel suo appello che tale quadro normativo è stato ulteriormente confermato dalle disposizioni successive, precisamente dall'art. 1, comma 238 della L. 23.12.1996, n. 662 ("A decorrere dal periodo di paga in corso al 1° dicembre 1996 il contributo a carico degli enti datori di lavoro degli iscritti all'Istituto nazio-

nale di previdenza per i dipendenti dell'amministrazione pubblica, gestioni Cassa per le pensioni ai dipendenti degli enti locali, Cassa per le pensioni ai sanitari, Cassa per le pensioni agli insegnanti di asilo e di scuole elementari parificate e Cassa per le pensioni agli ufficiali giudiziari, è elevato al 23,80 per cento della retribuzione imponibile"), con cui è stata fissata l'elevazione dell'aliquota pensionistica applicabile agli iscritti all'INPDAP senza prevedere il meccanismo di riduzione di cui trattasi: poiché la norma è quasi coeva al decreto ministeriale *de quo* e poiché, con diversi altri interventi legislativi dello stesso periodo, è stata espressamente estesa ad altre categorie di dipendenti (quelli iscritti all'INPDAL, all'ENPALS, ai fondi sostitutivi dell'INPS) la riduzione prevista dal medesimo decreto, è necessario concludere che, laddove la medesima previsione manchi (ossia relativamente ai dipendenti iscritti all'INPDAP), il silenzio equivalga ad esclusione, senza che questo, per l'assoluta peculiarità dell'INPDAP, costituisca un profilo di incostituzionalità della norma in quanto il trattamento differenziato trova la sua ragion d'essere nelle particolarità proprie di quella gestione previdenziale.

Non potendo quindi il diritto alla riduzione derivare dall'applicazione della L. 335/95, restano da esaminare le successive norme di legge in forza delle quali l'ASM ha maturato la convinzione di avere versato contributi per maternità e cuaf superiori al dovuto", anche per i dipendenti iscritti all'INPDAP.

Secondo la tesi sostenuta al momento della richiesta amministrativa dall'A.S.M., anche per coloro che non erano iscritti alla gestione pensionistica INPS vi sarebbe diritto alla riduzione delle aliquote dei contributi maternità e CUAF, prevista con decorrenza 1.1.2000 dall'art. 41 della L.23.12.1999 n. 488, nella misura rispettivamente di 0,57 punti percentuali e di 3,72 punti percentuali.

Peraltro questa Corte ritiene che la norma invocata non sia, ancora una volta, applicabile alle aziende del settore elettrico i cui lavoratori non siano transitati dal fondo speciale al FPLD dell'INPS.

L'art. 41, infatti, così si esprime: "A decorrere dal 1° gennaio 2000 il Fondo di previdenza per i dipendenti dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) e delle aziende elettriche private e il Fondo di previdenza per il personale addetto ai pubblici servizi di telefonia sono soppressi. Con effetto dalla medesima data sono iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti i titolari di posizioni assicurative e i titolari di trattamenti pensionistici diretti e i superstiti presso i predetti soppressi fondi. La suddetta iscrizione è effettuata con evidenza contabile separata nell'ambito del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e continuano ad applicarsi le regole previste dalla normativa vigente presso i soppressi fondi. Con la stessa decorrenza, in relazione al processo di armonizzazione al regime generale delle aliquote dovute dal settore elettrico, sono ridotti di 3,72 punti percentuali il contributo dovuto per gli assegni al nucleo familiare e di 0,57 punti percentuali il contributo per le prestazioni economiche di maternità, ove dovuto.

2. — Per le maggiori esigenze finanziarie derivanti dalle specifiche regole già previste per i Fondi soppressi ai sensi del comma 1 rispetto a quelle dell'assicurazione generale obbligatoria di cui al medesimo comma 1: a) con riferimento al soppresso Fondo di previdenza per i dipendenti dell'ENEL e delle aziende elettriche private, è stabilito un contributo straordinario a carico dei datori di lavoro pari a complessive lire

4.050 miliardi, da erogare in rate annue di eguale importo nel triennio 2000-2002. Tale importo include il minore onere contributivo per i medesimi datori di lavoro corrispondente alle riduzioni di cui al comma 1. Il contributo può essere imputato dalle imprese in bilancio negli esercizi in cui vengono effettuati i pagamenti, ovvero in quote costanti negli esercizi dal 2000 al 2019;

b) con riferimento al soppresso Fondo di previdenza per il personale addetto ai pubblici servizi di telefonia, è stabilito per il triennio 2000-2002 un contributo a carico dei datori di lavoro pari a lire 150 miliardi annue.

3. — Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabiliti i criteri di ripartizione a carico delle aziende dei versamenti di cui al comma 2, nonché le modalità di corresponsione degli stessi all'INPS".

Con l'art. 68 della L.3 88/2000 di interpretazione autentica si è poi stabilito che "Il comma 3 dell'articolo 41 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 si interpreta nel senso che ciascuna rata annuale del contributo straordinario va ripartita tra i datori di lavoro i quali, alla fine del mese antecedente la scadenza del pagamento delle rate medesime, abbiano in servizio lavoratori che risultavano già iscritti al 31 dicembre 1996 ai Fondi speciali soppressi, in misura proporzionale al numero dei lavoratori stessi, ponderato con le relative anzianità contributive medie risultanti a detta data".

Non vi può essere alcun dubbio quindi che anche l'art 41 si riferisca, nel suo complesso, solo alle aziende del settore elettrico i cui dipendenti, prima iscritti ai Fondi soppressi, siano transitati nel fondo pensioni lavoratori dipendenti e che l'armonizzazione del settore a cui si fa riferimento riguardi soltanto coloro che sono confluiti automaticamente, per la soppressione dei precedenti Fondi di previdenza, nell'INPS, fatto che in questo caso non si è verificato avendo, ben prima della soppressione, i lavoratori dell'A.S.M optato per l'iscrizione all'INPDAP.

È invece pacifico che sia a B. Trasporti S.p.a. che a A.S.M. S.p.a. spetta la riduzione prevista dall'art 120 della L. 388/2000: infatti la norma così si esprime "Nell'ambito del processo di armonizzazione delle forme di contribuzione e della disciplina relative alle prestazioni temporanee a carico della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, e in attuazione del programma di riduzione del costo del lavoro stabilito dal Patto sociale per lo sviluppo e l'occupazione del dicembre 1998, a decorrere dal 1° febbraio 2001 è riconosciuto ai datori di lavoro un esonero dal versamento dei contributi sociali per assegni per il nucleo familiare dovuti dai medesimi alla predetta gestione pari a 0,8 punti percentuali" in quanto la portata generale del dettato normativo è chiara e non autorizza diverse interpretazioni, come riconosce lo stesso INPS.

È la ratio stessa della norma, come resa palese dall'inciso "in attuazione del programma di riduzione del costo del lavoro", che impone di considerare i contributi CUAUF dovuti dal 1.2.2001 ridotti nella misura dello 0,8%.

Quanto all'art. 78, comma 2 del D.LGS n. 151/2001 che prevede la riduzione dell'aliquota per il contributo di maternità per il settore elettrico a far data dal 1.1.2001 e che sembra avere a sua volta portata generale, appare preferibile, nella lettura sistematica dell'intero capo XV del testo unico, porre in relazione tale riduzione con la previ-

sione del successivo art. 79 intitolato "Oneri contributivi nel lavoro subordinato privato" (con espresso riferimento alla legge 30 dicembre 1971, n. 1204, art. 21). Il testo afferma infatti " Per la copertura degli oneri derivanti dalle disposizioni di cui al presente testo unico relativi alle lavoratrici e ai lavoratori con rapporto di lavoro subordinato privato e in attuazione della riduzione degli oneri di cui all'articolo 78, è dovuto dai datori di lavoro un contributo sulle retribuzioni di tutti i lavoratori dipendenti nelle seguenti misure... Con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, di concerto con quello per il tesoro, la misura dei contributi stabiliti dal presente articolo può essere modificata in relazione alle effettive esigenze delle relative gestioni" ed è quindi evidente che la diminuzione dei contributi per maternità ancora una volta si correla all'aumento della contribuzione diretta a fini pensionistici che quindi non può che essere quella gestita dall'INPS.

Ne consegue che, fatta eccezione per i contributi cuaf, che sono stati ridotti con effetto dal 1.2.2001, per tutti gli altri contributi dovuti alla gestione delle prestazioni temporanee l'ASM ha versato la contribuzione dovuta e non vanta quindi un credito da porre in compensazione con il debito contributivo per altre voci, come invece ha fatto.

Quindi i contributi non versati sono dovuti nella misura, non contestata, indicata nelle cartelle esattoriali opposte, in quanto, dai chiarimenti forniti, è emerso che nelle somme recuperate tramite le cartelle esattoriali non sono compresi i contributi CUAF, che ASM ha provveduto correttamente ad applicare fin dal febbraio 2001 nella misura ridotta dello 0,80% e che quindi non fanno parte delle compensazioni poi attuate con i DM per cui è causa.

Anche la quantificazione delle sanzioni è stata correttamente operata essendo stato applicato, secondo quanto sostiene l'INPS, il regime previsto per la semplice morosità e non per l'evasione, ai sensi dell'art. 116, comma 8, lett. A della L. 388/2000: poiché la contestazione dell'inesattezza del calcolo è del tutto generica e in atti risultano prodotti i tabulati di elaborazione, anche sul punto le cartelle esattoriali devono essere confermate.

La novità e complessità delle questioni legittima la compensazione delle spese di ambo i gradi.

(Omissis)

Contributi - Utilizzo soci di cooperativa in mansioni inerenti il ciclo produttivo - Prove documentali - Difetto di prova dell'impiego di mezzi organizzati dalla cooperativa - Interposizione illecita di manodopera - Sussistenza.

Corte d'Appello di Milano - 12.07/11.09.2007, n. 829 - Pres. Castellini - Rel. Ruiz - T. T. srl (Avv. De Leidi) - INPS (Avv. Mogavero).

Sussiste la fattispecie interpositoria vietata dall'art. 1 L. 1369/1960 quando, anche sulla sola base dei dati documentali agli atti e dall'esame del contratto d'appalto intercorso tra la società utilizzatrice e la cooperativa, emerge l'utilizzazione diretta, da parte della società, dei lavoratori della cooperativa ed il loro inserimento nel ciclo produttivo, con mansioni, nella specie, di cucitura, senza che sia stata offerta prova dell'impiego di mezzi ed attrezzature di lavoro di proprietà della cooperativa.

FATTO — Con ricorso depositato in data 15/12/06 T. T. s.r.l. conveniva in giudizio dinanzi alla Corte di Appello di Milano, l'Inps, Rileno s.p.a. e S.C.C.I s.p.a. chiedendo la riforma della sent. n° 336/06 del Tribunale di Como che aveva dichiarato inammissibile la riassunzione del processo per essere intervenuta oltre il termine semestrale decorrente dall'avvenuto deposito della sentenza penale.

L'appellante rilevava che parte del processo penale era, all'epoca dei fatti, accertati dall'ispezione, il rappresentante legale della società M.; che la sentenza penale era stata depositata quando era rappresentante legale M., che la società non aveva subito alcun procedimento penale; che pertanto non si poteva ritenere che fosse venuta a conoscenza dell'avvenuto deposito della sentenza.

Sosteneva, in base ai principio fissati da Corte Cost. n°34/70 e Cass.n°7865/95, che spettava all'Inps provare che la società aveva avuto conoscenza legale mediante notificazione, comunicazione, o dichiarazione della cessazione della causa di sospensione.

Ribadiva, nel merito, di avere appaltato i servizi di facchinaggio, nonché attività propedeutiche alla tintoria, in particolare attività di cucitura dei lembi iniziali e finali delle pezze, alla cooperativa I. che aveva propri capitali, aveva gestito il suo personale autonomamente e utilizzato proprie attrezzature.

Si costituiva l'Inps e resisteva all'appello rilevando che il giudizio era stato sospeso per la pendenza del procedimento penale sui medesimi fatti oggetto del processo civile; che la sentenza era stata depositata il 6/10/2004 ed era passata in giudicato il 19/11/2004 per M. e il 23/11/2004 per R. contumace; che si doveva supporre che M. avesse notiziato dell'esito positivo del processo la società, in rappresentanza della quale all'epoca aveva compiuto gli atti oggetto di indagine penale; che la società non aveva neppure indicato quando era venuta a conoscenza del deposito della sentenza penale per cui il termine di riassunzione non sarebbe mai decorso.

Nel merito, insisteva perché fosse accertata l'interposizione di manodopera accertata dagli ispettori, essendo risultati i lavoratori della cooperativa assoggettati al potere direttivo e organizzativo della T., per la quale avevano lavorato pacificamente anche in attività di cucitura insieme ai suoi dipendenti.

Il collegio, all'udienza del 12/7/06, decideva la causa sulle conclusioni precisate dalle parti come in epigrafe.

DIRITTO — L'opposizione proposta dalla società avverso la cartella esattoriale va esaminata nel merito, essendo, a giudizio di questa corte, tempestiva la riassunzione del giudizio ex art.297 c.p.c..

Non risulta, infatti, che l'appellante abbia avuto conoscenza della cessazione della causa di sospensione (passaggio in giudicato della sentenza penale) a seguito del deposito della sentenza penale (6/10/2004) e/o dell'avviso di deposito notificato alle parti.

La società non era parte del processo e pur essendo, l'imputato P. M., il suo rappresentante legale all'epoca dell'ispezione, non si possono confondere i due soggetti.

Si può presumere che la società abbia avuto conoscenza del deposito della sentenza seguendo le udienze o tramite M., ma di tali fatti non c'è certezza che può essere acquisita solo con la prova della conoscenza c.d. legale (mediante notificazione comunicazione o dichiarazione); che è la più rispondente alle preoccupazioni e considerazioni poste dal giudice costituzionale a base della declaratoria di incostituzionalità dell'art.297 co. I c.p.c.. (v. sentenza corte Costituzionale n°34/70).

La Corte di Cassazione, seguendo i principi fissati dalla Corte Costituzionale, ha precisato:

Nei confronti della parte di un processo sospeso a norma dell'art. 295 c.p.c., che sia estranea alla causa pregiudiziale, il termine perentorio di sei mesi per la riassunzione decorre dalla data in cui la parte stessa abbia avuto conoscenza legale mediante notificazione, comunicazione o dichiarazione della cessazione della causa di sospensione.

Spetta a colui che eccepisce l'avvenuta estinzione del processo per tardiva riassunzione, provare che la parte... ha avuto conoscenza legale della cessazione della causa sospensiva prima dei sei mesi previsti dalla legge (v. Cass. n° 7865/95; n° 6601/2002).

Nel merito, va premesso che la fattispecie interpositoria accertata dall'ispettorato del lavoro in data 12/10/2001 è avvenuta nel vigore della disciplina di cui alla l. n° 1369/60.

Risulta dal contratto di appalto e la società conferma che i lavoratori della cooperativa svolgevano anche attività di cucitura dei lembi delle pezze, dopo averle trasportate e posizionate sulla macchina sfaldatrice.

L'attività di cucitura è estranea alla movimentazione della merce; si tratta di una operazione preparatoria dell'attività principale della tintoria e quindi rientra nel ciclo produttivo dell'impresa, tanto è vero che veniva svolta anche dal personale dipendente della società, utilizzando la saldatrice, macchina di proprietà dell'appaltante.

Come risulta dalle dichiarazioni rilasciate agli ispettori dell'Inps l'esigenza di utilizzare i lavoratori della cooperativa nelle mansioni di cucitura era sorta in un periodo in cui c'era carenza di personale, carenza cui è stato poi posto rimedio con nuove assunzioni nel luglio 2001, (v. precise dichiarazioni rilasciate, nell'immediatezza dei fatti, dal rappresentante legale della società, P. M. all'ispettore)

Risulta anche dal numero e dalla cadenza dei giorni lavorati che i lavoratori della cooperativa non venivano impiegati in modo continuativo, ma erano chiamati per sostituire i dipendenti.

La società nulla ha allegato o documentato in proposito; neppure chiede di provare che i lavoratori utilizzassero per l'attività mezzi e strumenti di lavoro di proprietà della cooperativa.

Non basta che la cooperativa esista e abbia propri mezzi ed una propria organiz-

zazione per escludere l'interposizione; l'Inps ha fornito, infatti, indizi gravi precisi e concordanti della fattispecie di cui all'art. 1 L. n° 1360/60, dimostrando l'utilizzazione diretta da parte della società dei lavoratori della cooperativa e il loro inserimento nel ciclo produttivo e nella sua organizzazione.

Le spese di lite sono a carico dell'appellante; si liquidano in € 2000,00 (di cui € 1200,00 per onorari € 750,00 per diritti) per questo grado di giudizio.

(Omissis)

Pensioni - Domande di riliquidazioni autoferrotranvieri in caso di pensionamento anticipato ex art.4 DL 501/1995 - Decadenza - Estinzione del diritto ai ratei antecedenti il triennio dalla domanda giudiziale.

Corte d'Appello di Milano - 05.06/01.08.2007, n. 754 - Pres. Salmeri - Rel. Accardo - G. (Avv. Vitello) - INPS (Avv.ti Vivian, Guerrera).

Devono ritenersi estinti per decadenza ai sensi dell'art. 47 DPR 639/1970, norma generale applicabile anche al regime pensionistico del fondo autoferrotranvieri per effetto del relativo rinvio formulato dall'art. 5 DL 414/1996, i ratei di quote di pensione, spettanti per ricalcolo ex art. 4 DL 501/1995, anteriori al triennio decorrente a ritroso dalla domanda giudiziale, ove dalla data del provvedimento di liquidazione della pensione siano spirati i termini per l'esperimento del procedimento amministrativo nonché l'ulteriore termine triennale per l'esperimento dell'azione giudiziale.

FATTO — G. A. si duole che il Giudice Unico del Tribunale di Monza, con sentenza n. 3 del 10 gennaio 2006 abbia respinto la sua domanda diretta all'accertamento del suo diritto di ottenere la liquidazione della pensione sulla base di un'anzianità contributiva di 35 anni, nella somma mensile di € 106, 60 per 13 mensilità, con la rivalutazione di legge per gli anni successivi al primo, condannando l'INPS alle differenze retributive maturate, rispetto alla pensione corrisposta.

Resiste l'INPS affermando l'infondatezza dell'appello e comunque, in via d'appello incidentale, riproponendo l'eccezione di decadenza ex art.47 D.P.R. 639/70.

DIRITTO — Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di decadenza proposta dall'INPS in via d'appello incidentale.

L'appellato è andato in pensione il 1 gennaio 1997.

Il provvedimento di liquidazione è del 23.9. 1999 ed il 31 maggio 2000, G. ha proposto ricorso al Comitato Provinciale INPS, in relazione al quale si deve considerare il

silenzio rigetto, non essendo intervenuto alcun provvedimento nel termine di 120 giorni.

Come già ha affermato questa Corte in precedenti pronunce, a seguito del DL.n.414 del 1996, è divenuta applicabile la disciplina generale di cui al DPR 639/70, dato che l'art. 5 del DL 414/96 stabilisce che *Per quanto non disciplinato dal presente decreto, dal 1° gennaio 1996 trovano applicazione le norme in vigore tempo per tempo nell'assicurazione generale obbligatoria.*

Che la disciplina relativa alla decorrenza della decadenza non sia contenuta nella legge n.414 /96 non può revocarsi in dubbio.

Quando infatti in tale legge viene richiamata la disciplina speciale propria degli autoferrotranvieri ciò è fatto esclusivamente con riferimento alla normativa relativa ai *criteri di liquidazione* della pensione, o meglio delle quote di pensione riguardanti i periodi contributivi antecedenti la cessazione del Fondo speciale (art.3 comma 2 e 3, lettera a).

Nel caso di specie non sono le norme sui criteri di liquidazione che vengono in esame, ma le norme che regolano la decadenza.

Orbene, posto che qui, il provvedimento di liquidazione definitiva della pensione è del 23 settembre '99, *ratione temporis*, si applica l'art 47 DPR 639/70.

Dal 31 maggio 2000 (data di proposizione del ricorso amministrativo) decorrevano i termini per l'esaurimento del procedimento amministrativo, che comunque non avrebbe dovuto superare i 300 giorni.

Dal 26 marzo 2001 decorreva così il termine triennale, che è così spirato nel marzo 2004. Poiché la domanda giudiziale è stata introdotta con ricorso depositato il 10 giugno 2005, sono fatti salvi i soli ratei del triennio antecedente tale data.

In tali limiti la domanda è fondata.

Nel merito, la Corte ritiene di doversi adeguare all'ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, espresso anche con sentenze che cassavano precedenti pronunce di questa Corte.

Si tratta dell'interpretazione dell'art. 4 D.L. 25 11 1995 n.501 sulle modalità di calcolo della pensione per il pensionamento anticipato consentito in base alla suddetta legge.

Questa corte aveva in precedenza ritenuto che la maggiorazione contributiva prevista ai fini del pensionamento anticipato non operasse però anche sulla misura del trattamento economico.

La Corte di Cassazione ha però osservato come un'attenta considerazione di tutti gli elementi logico-sistematici evidenzi che la maggiorazione dell'anzianità contributiva, riconosciuta ai fini dell'accesso anticipato alla pensione, debba ritenersi rilevante anche ai fini del calcolo della stessa, non rilevando in senso contrario il mancato espresso riferimento a quest'ultimo, considerato che l'art. 4 D.L. 501/95 è stato formulato in maniera inusualmente sintetica, con riunione del primo periodo del primo comma, sia di norme procedurali che sostanziali e, d'altro canto, la limitazione contenuta nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 4 avrebbe senso solo se l'aumento dell'anzianità contributiva rileva anche ai fini della misura della pensione.

Seguendo le altre copiose argomentazioni espresse dalla Cassazione, in particolare nella sentenza n. 1605/2004, questa Corte deve così, in riforma della sentenza, accogliere la domanda del G. per quanto riguarda l'accertamento del suo diritto alla mag-

giorazione pensionistica, salvo però per quanto riguarda il pagamento dei ratei pregressi, il limite del triennio anteriore alla proposizione della domanda giudiziale.

In relazione alle pregresse incertezze giurisprudenziali anche sulla stessa questione del termine di decadenza applicabile, ricorrono giusti motivi per una parziale compensazione delle spese dei due gradi del giudizio;

A carico dell'INPS vengono così poste metà delle spese di lite sostenute da G., liquidata tale quota in € 2000,00, dichiarata compensata l'ulteriore quota.

(Omissis)

Contributi - Omesso versamento - Pregressa domanda di iscrizione alla gestione commercianti - Sopraggiunto difetto delle relative condizioni - Onere della prova a carico dell'opponente nel giudizio di opposizione a cartella di pagamento - Socio accomandatario - Presunzione di esercizio di funzioni gestorie - Obbligo di versare la contribuzione alla gestione commercianti - Sussistenza.

Corte di Appello di Milano - 05.06/24.07.2007, n. 713 - Pres. Rel. Salmeri - C. (Avv. Pomentale) - INPS (Avv. Mogavero).

Nel giudizio di opposizione a cartella relativa al recupero di contribuzione alla gestione commercianti da soggetto che abbia inoltrato la relativa domanda di iscrizione, incombe all'opponente la prova che le condizioni legittimanti la pretesa dell'INPS fossero insussistenti dall'origine o siano venute meno.

FATTO — Con ricorso depositato in data 30.11.06 C. L. ha proposto appello avverso la sentenza n.218/06 del Tribunale di Como depositata in data 30.6.06, la quale rigettava l'opposizione alla cartella esattoriale emessa per il pagamento a favore dell'Inps dell'importo di € 11.272,05 a titolo di contributi previdenziali fissi omessi nella gestione commercianti negli anni 1998/2003, chiedendo, in riforma della sentenza impugnata, di accogliere le domande proposte in primo grado.

Si è costituito in giudizio l'Inps, il quale ha chiesto di rigettare l'appello con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

Rileno Spa, nonostante la regolare notifica del ricorso, non si è costituita in giudizio.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

DIRITTO — L'appello è infondato e pertanto la sentenza impugnata merita di essere confermata. L'appellante sostiene in primo luogo l'errata qualificazione come commerciale dell'attività gestita dall'impresa C. Pubblicità & Marketing, in quanto la

stessa avrebbe natura produttiva. L'assunto è privo di fondamento, poiché l'attività aziendale appare principalmente finalizzata al coordinamento ed al commercio degli oggetti trasformati da altri piuttosto che all'effettiva produzione ed è noto che l'azienda non può essere considerata manifatturiera, ove si riscontri l'assenza di macchinari produttivi e l'organizzazione dell'attività realizzativa esclusivamente a mezzo di utilizzo e conferimento di commesse a terzi.

In ogni caso va tenuto conto della prevalente natura commerciale dell'impresa, in conformità all'indirizzo della giurisprudenza di legittimità, secondo cui, ove l'attività dell'imprenditore abbia carattere promiscuo, occorre considerare l'attività primaria, rispetto alla quale le altre risultano secondarie ponendosi in un rapporto di mera complementarità, a meno che l'imprenditore non eserciti una pluralità di attività con organizzazioni autonome e distinte tra loro non reciprocamente condizionate e riconducibili ad aziende separate, per ciascuna delle quali varrà così la corrispondente qualificazione di azienda industriale o commerciale (Cass. 22.4.1986 n. 2842 (1)).

L'appellante censura altresì la sentenza laddove il primo giudice ha fondato la sua decisione sul duplice rilievo della richiesta di iscrizione alla gestione commercianti presso l'Inps e delle funzioni intrinsecamente amministrative e gestorie del socio accomandatario.

Sul primo punto va rilevato che l'inoltro della domanda di iscrizione, sul presupposto espressamente dichiarato dell'esercizio abituale e prevalente di attività commerciale, comporta a carico della ricorrente l'onere di provare che le condizioni legittimanti la pretesa dell'Inps siano venute meno o che le stesse mancassero fin dall'origine o che la richiesta di iscrizione sia stata frutto di errore, ma alcuna prova in tal senso è stata offerta dalla ricorrente.

Sul secondo punto va osservato che l'obbligo di iscrizione alla gestione commercianti ed il corrispondente obbligo di versamento dei relativi contributi sorge quando l'esercizio di impresa commerciale venga svolto in modo abituale e prevalente con la piena responsabilità dell'impresa e l'assunzione di tutti i relativi oneri e rischi.

Nel caso di specie risulta che l'appellante è socia accomandataria della C. Pubblicità & Marketing Sas, che tale impresa esercita attività di organizzazione e vendita dei servizi pubblicitari etc., che secondo lo statuto al socio accomandatario spetta la rappresentanza sociale e lo stesso è inoltre investito di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione, che non risultano nominati procuratori speciali, che l'appellante ha operato, con carattere di abitualità e prevalenza, alla conduzione dell'attività commerciale, in qualità di socia accomandataria.

Al socio accomandatario spetta in via esclusiva la gestione e l'amministrazione dell'impresa, essendo precluso ai soci accomodanti, salvo procura speciale ad essi conferiti per i singoli affari, il compimento di atti di amministrazione o di atti di gestione che si concretino nella direzione degli affari sociali, implicanti una scelta che è propria del titolare dell'impresa (Cass. 14.1.1987 n. 172). In considerazione della particolarità della fattispecie, si ritiene equo compensare per metà le spese tra le parti, condannando l'appellante a pagare la restante metà, liquidata, in tale quota, in € 1.200,00, di cui € 800,00 per spese.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1986, p. 1284

Contributi - Retribuzione imponibile - Licenziamento illegittimo - Decisione di reintegra - Transazione - Permanenza obbligo contributivo.

Corte di Appello di Roma - 05.06/05.09.2006, n. 4770 - Pres. Pacioni - Rel. Blasutto - S. (Avv. Caracci) - O.P. S.p.A. (Avv. Pulsoni) - INPS.

La transazione intercorsa fra datore di lavoro e lavoratore successivamente alla sentenza che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento, con ricostituzione ex tunc del rapporto di lavoro non fa venir meno l'obbligo contributivo a carico del datore di lavoro, in considerazione, fra l'altro, dell'indisponibilità dell'obbligo contributivo da parte del lavoratore.

FATTO — Con ricorso depositato in data 3.4.02 presso il Tribunale di Roma, S. G. deduceva di essere stato licenziato dalla soc. O. P. s.p.a. in data 7.3.94; che tale licenziamento era stato dichiarato illegittimo dal Giudice del lavoro di Roma con sentenza in data 17.7.97, con la quale la società era stata condannata al pagamento, a titolo risarcitorio, di tutte le retribuzioni maturate *medio tempore*, nonché al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dalla data del licenziamento alla data della sentenza; che in data 11.12.97 le parti avevano sottoscritto in sede di conciliazione presso l'ULPMO una transazione, con la quale esso ricorrente aveva rinunciato ad ogni pretesa dietro la corresponsione della somma di lire 212.500.000; che tale accordo, pienamente efficace quanto alle retribuzioni, non poteva avere effetto in ordine ai contributi dovuti agli enti di previdenza ed assistenza, trattandosi di diritto indisponibile ai sensi dell'art. 2115 c.c.. Chiedeva quindi che la soc. O. P. s.p.a. venisse condannata al versamento, presso i competenti Istituti previdenziali ed assistenziali, dei contributi maturati per il periodo intercorrente tra il 7.3.94 e il 17.7.97 sulla base della retribuzione mensile di lire 5.800.642. A tal fine citava in giudizio anche l'INPS.

La società resistente, costituitasi, contestava la fondatezza del ricorso, assumendo che la transazione intervenuta tra le parti aveva carattere "novativo" ed aveva quindi travolto ogni diritto che potesse derivare in capo al lavoratore dal licenziamento del 7.3.94. Sosteneva la temerarietà della lite e concludeva chiedendo la condanna del ricorrente al risarcimento dei danni ex art. 96 c.p.c..

Con sentenza in data 4.2.03 il Tribunale respingeva il ricorso compensando tra le parti le spese di lite.

Avverso tale sentenza proponeva tempestivo appello S. G., il quale lamentava che il Giudice di primo grado aveva erroneamente trascurato di distinguere tra la parte del rapporto che per effetto della transazione era stata realmente sostituita (retribuzione) da quella (contribuzione) che, essendo sottratta alla volontà delle parti, non poteva formare oggetto di disposizione negoziale e che, pertanto, la transazione doveva essere ritenuta inefficace nella parte in cui il lavoratore aveva rinunciato ai contributi previdenziali, in contrasto a principi inderogabili dell'ordinamento. A sostegno del gravame citava la sentenza n. 5639 del 2001 della S.C. di Cassazione.

Concludeva riproponendo le conclusioni originarie.

La società convenuta eccepiva *in limine* l'inammissibilità dell'appello perché generico e comunque ne assumeva l'infondatezza; riproponeva con appello incidentale la domanda di condanna dello S. ex art. 96 c.p.c. per lite temeraria.

L'INPS restava contumace nel giudizio di appello.

All'esito dell'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione e definita come da dispositivo in calce.

DIRITTO — È infondata l'eccezione preliminare di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi, sollevata ex art. 342 e 434 c.p.c. dalla parte appellata.

Il primo Giudice, dopo avere qualificato come novativa la transazione intervenuta tra le parti, ha affermato che, con tale atto dispositivo, il lavoratore aveva rinunciato a fare valere il suo diritto alla contribuzione previdenziale per il periodo successivo al licenziamento.

Tale affermazione è stata censurata dall'appellante, che, con specifico motivo, correlato appunto alla motivazione del primo Giudice, ha contestato che fosse disponibile il diritto ai versamenti contributivi ed ha altresì aggiunto - con richiami giurisprudenziali - che permane l'obbligo contributivo a carico del datore per il periodo compreso tra il licenziamento dichiarato illegittimo e la transazione.

Nel merito, la questione che si pone nel presente giudizio è stabilire se le somme pattuite in sede transattiva - e dovute al lavoratore a titolo non retributivo, secondo la qualificazione datane dalle parti medesime - conservino nondimeno la loro natura retributiva e restino così assoggettate a contribuzione previdenziale.

Secondo la tesi della società appellata, accolta dal Tribunale, vertendo la fattispecie in un'ipotesi di "transazione novativa" le somme erogate per tale titolo non possono essere assoggettate a contribuzione, poiché i diritti e gli obblighi delle parti hanno, come unica fonte, il contratto di transazione; in altri termini, la somma dovuta in esecuzione di una transazione novativa, in quanto del tutto disancorata dal preesistente - estinto - rapporto di lavoro, non può essere considerata come corrisposta "in dipendenza del rapporto di lavoro".

Osserva questa Corte che la fattispecie in esame è connotata da tratti peculiari che non consentono di fare meccanica applicazione dei principi formulati in materia di transazione novativa. Infatti, nel caso in esame la transazione è intervenuta dopo una sentenza che ha dichiarato illegittimo il licenziamento ex art. 18 legge n. 300/70 con ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro.

Ritiene questa Corte condivisibile quanto affermato dalla S.C. - con sentenza n. 5639/01 - in fattispecie analoga a quella in esame. *"Escluso infatti che la legge consideri finito il rapporto di lavoro dopo l'intimazione del licenziamento dichiarato illegittimo dal giudice, deve escludersi altresì che l'efficacia risolutiva conseguente al contratto di transazione possa retroagire per mera volontà delle parti ed ai fini della contribuzione previdenziale, stante l'indisponibilità del rapporto contributivo e la conseguente assenza del potere dei privati di sottrarsi ai relativi obblighi semplicemente attraverso il mutamento dei "nomina iuris" Corrisponderebbe infatti ad un puro cambiamento nominale l'attribuzione di funzione risarcitoria a pagamenti che trovano la loro causa nell'inadempimento di obblighi derivanti dal contratto di lavoro. In tal*

senso si è già espressa questa Corte con le sentenze 27 ottobre 1997 n. 10573, 2 giugno 1998 n. 5412 e 11 aprile 1998 n. 3748. In breve, la soluzione transattiva stragiudiziale oppure la conciliazione giudiziale raggiunta dopo l'ordine di reintegrazione non incidono sull'obbligo contributivo per il periodo compreso fra la data del licenziamento e la conciliazione, con la quale i rapporti, di lavoro e previdenziale, effettivamente finiscono" (Cass. sent. cit., in motivazione).

Dalla sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento - ancorché solo provvisoriamente esecutiva tra le parti - sorge automaticamente l'obbligo del datore di lavoro del pagamento dei contributi, dal momento che con tale sentenza il rapporto di lavoro è considerato *de iure sussistente* nel periodo compreso tra la data del licenziamento dichiarato illegittimo e quella della pronuncia della sentenza. In tale lasso di tempo il rapporto di lavoro non può considerarsi estinto, ma è ancora in vita, con correlativa sussistenza anche del rapporto previdenziale e dei conseguenti obblighi contributivi.

Nella sentenza n. 3487/03 (1) la S.C. ha ribadito che, nel caso di licenziamento dichiarato illegittimo ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300/70, il rapporto di lavoro prosegue, anche in assenza di effettive prestazioni lavorative, fino al momento della reintegra del lavoratore licenziato ovvero fino alla transazione, eventualmente intervenuta successivamente alla sentenza di reintegra, che pone termine al rapporto.

Applicando tali principi alla fattispecie in esame, deve osservarsi che, alla data in cui è stata stipulata la transazione *de qua*, il rapporto di lavoro tra la società Opere Pubbliche e S. G. era *de iure* sussistente e in atto in virtù della sentenza - provvisoriamente esecutiva tra parti - che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento con ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro.

Se dunque era in atto il rapporto di lavoro al momento della transazione, questa non poteva disporre con effetto retroattivo della natura dello stesso, essendo il rapporto di lavoro - ancorché - *de iure* e non *de facto* - svoltosi fino a quella data come rapporto di lavoro subordinato. Tale natura non poteva essere mutata per volontà delle parti, potendo queste disporre dei diritti maturati, ma non della realtà fattuale sottostante.

Pertanto, poiché tra la data del licenziamento e la transazione doveva ritenersi intercorso tra le parti un rapporto di lavoro, cui accedono i relativi obblighi previdenziali a carico del datore, materia non disponibile dalle parti, ne consegue che per il medesimo periodo erano comunque dovuti i versamenti contributivi.

Ovviamente, il lavoratore può rinunciare alle retribuzioni *medio tempore* maturate, ma non anche alle contribuzioni previdenziali, che rientrano nel novero dei diritti indisponibili. È noto infatti che l'obbligazione contributiva resta insensibile agli effetti della transazione, sì che non può costituire oggetto disponibile dalle parti, potendo il lavoratore rinunciare solo alle retribuzioni maturate nel precorso rapporto di lavoro, non anche ai contributi maturati nel medesimo periodo sulle retribuzioni oggetto della rinuncia.

Per tali assorbenti motivi, la sentenza impugnata va riformata, con accoglimento della domanda originaria, nei limiti di cui al dispositivo in calce trascritto.

Le difficoltà interpretative in merito alla qualificazione giuridica della particolare

fattispecie e alla disciplina applicabile, anche tenuto conto dell'ampio panorama giurisprudenziale in materia di transazione novativa, giustificano la compensazione delle spese di lite del doppio grado.

Stante la vittoria del ricorrente originario, resta assorbito l'esame dell'appello incidentale proposto dalla società.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 548

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Contributi - Trattamento economico di malattia - Erogazione da parte del datore di lavoro - Obbligo contributivo - Derogabilità - Esclusione.

Tribunale di Ancona - 24.10.2007, n. 967 - Dott. De Sabbata - M. s.p.a. (Avv. Cinelli) - INPS (Avv.ti Flori, Pierdominici, Mazzaferri, Vittori).

L'art. 6, comma 2, della l. n. 138/1943, che esonera l'INPS dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore, non fa venir meno il corrispondente obbligo contributivo in capo allo stesso datore di lavoro.

FATTO e DIRITTO — Appare doversi preliminarmente disattendere l'eccezione relativa alla violazione del disposto dell'art. 24 comma 4 D.Lgs, 46/99 per essere stata emessa la cartella in pendenza di un gravame amministrativo, non essendo nemmeno stato prodotto il ricorso che ne avrebbe determinato la pendenza.

In ogni caso la sussistenza del debito contributivo deve essere verificata nel merito, avendo lo stesso opponente nelle conclusioni chiesto di "comunque dichiarare l'infondatezza della pretesa creditoria dell'INPS".

Venendo quindi al merito del ricorso, si evidenzia che, come riconosciuto dall'opponente, la questione è stata affrontata e risolta dalle Sezioni Unite della Cassazione, la quale con pronuncia 10232/2003 (1) ha affermato il principio di diritto per il quale l'art. 6, secondo comma, 1. n. 138 del 1943, che esonera l'Inps dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore, non fa venire meno il corrispondente obbligo contributivo del datore di lavoro.

Stabilisce, infatti, il capoverso dell'art. 6 cit.: "L'indennità (di malattia) non è dovuta quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro o da altri enti in misura pari o superiore a quella fissata dai contratti collettivi ai sensi del presente articolo. Le prestazioni corrisposte da terzi in misura inferiore a quella indennità saranno integrate dall'ente (previdenziale) fino a concorrenza".

Il successivo art. 9, primo comma, pone la contribuzione a carico dei lavoratori e dei datori di lavoro. Nel testo originario esso prevedeva che la misura del contributo fosse determinata dal contratto collettivo o dagli organi sindacali o da un regio decreto di iscrizione autoritativa all'ente previdenziale, ma tale previsione è stata superata con la soppressione dell'ordinamento corporativo. I successivi artt. 10 e 11 prevedono, poi, un unico contributo, non differenziato a seconda che gli assicurati abbiano diritto o

meno al trattamento economico di malattia.

Prima della pronuncia della Suprema Corte, la Cassazione aveva dato risposte contrastanti alla problematica in esame.

Per un primo indirizzo, nel caso in cui l'indennità di malattia fosse corrisposta dal datore di lavoro questi era esonerato dalla contribuzione per malattia. Le ragioni di una simile interpretazione sono così riassumibili (Cass. 13535/1999):

1) il rapporto fra ente previdenziale e lavoratori assicurati è di natura assicurativa, implicante una corrispondenza fra premio (contributo) e indennizzo, i quali stanno e cadono insieme. È esclusa, per contro, una finalità solidaristica del contributo, tale da farlo gravare anche su coloro che non si gioveranno dell'indennità.

2) l'obbligo, gravante sull'Inps, di corrispondere al lavoratore ammalato la sola prestazione economica, ossia l'indennità destinata a sostituire la retribuzione (art. 2110, primo comma, cod. civ.), e non anche le prestazioni sanitarie, oggi a carico del Servizio sanitario nazionale (cfr. artt. 63 e 74 l. 23 dicembre 1978 n. 833), ed il fatto che per l'adempimento di quell'obbligo sia previsto uno specifico contributo (art. 14 l. 23 aprile 1981 n. 155) dimostrano il nesso di necessaria corrispondenza tra contribuzione ed obbligo di effettiva erogazione dell'indennità.

3) l'assoggettamento del datore di lavoro all'obbligo contributivo e, insieme, all'obbligo di indennizzo si tradurrebbe in un ingiustificato arricchimento dell'ente previdenziale.

Al contrario, un diverso orientamento (Cass. 14571/1999, 1950/2000) affermava il principio dell'assoggettamento generale alla contribuzione, così argomentando:

1) L'assicurazione dei lavoratori dipendenti contro le malattie si ispira non al principio mutualistico bensì a quello di solidarietà, vale a dire all'assenza di necessaria correlazione fra contributo e prestazione.

2) L'imposizione dell'obbligo di indennizzo sul datore di lavoro ad opera del contratto collettivo non esclude che l'Inps debba pagare l'indennità al lavoratore nel caso di superamento del periodo di cosiddetto comporto o nel periodo di disoccupazione o di sospensione dal lavoro, ai sensi dell'art. 1, comma 6, d.l. 30 dicembre 1979 n. 663 conv. in l. 29 febbraio 1980 n. 33. In tali casi, il datore di lavoro non potrebbe invocare l'assenza di sinallagma per sottrarsi al pagamento dei contributi.

3) il rapporto di assicurazione obbligatoria è disciplinato dalla legge con disposizioni imperative, non derogabili dall'autonomia privata, sia pure collettiva.

Nel contrasto tra i due orientamenti le Sezioni Unite hanno ritenuto di aderire al secondo. Le ragioni esposte dalla Suprema Corte a sostegno di tale opzione interpretativa sono le seguenti:

1) il concetto di sinallagma non è sufficiente alla rappresentazione del sistema della previdenza sociale, fondato sul principio di solidarietà che giustifica contribuzioni pur in assenza di prestazioni, come nel caso dei contributi di mera solidarietà o di contribuzione figurativa. Inoltre, il suddetto principio esclude che l'ammontare dei contributi sia necessariamente proporzionale all'ammontare delle prestazioni, essendo collegato alla retribuzione imponibile, alle aliquote di computo, all'età dell'assicurato e nel lungo periodo alle variazioni del prodotto interno nazionale lordo. Pertanto, ben può persistere l'obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro anche quando per tutti o per alcuni dei lavoratori dipendenti l'ente previdenziale non sia tenuto a certe prestazioni.

2) l'obbligazione previdenziale ha natura pubblicistica equiparabile a quella tributaria a causa dell'origine legale e di destinazione ad enti pubblici con funzioni sociali, sicché la suddetta obbligazione è regolata esclusivamente dalla legge ed è di pertinenza della finanza complementare dello Stato.

3) poiché l'esonero dell'ente previdenziale dal trattamento di malattia vale solo nei confronti dei lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti e perciò destinatari del contratto collettivo, esso si pone come eventualità che non si verifica nè in caso di inapplicabilità soggettiva del contratto, nè nelle ipotesi di lavoratori disoccupati o sospesi dal lavoro e non fruitori della CIG (art 1 comma 6 DL 663/79, conv. Legge 33/80).

Le Sezioni Unite a fronte di tali argomentazioni concludono ribadendo il principio di diritto per il quale l'art. 6, secondo comma. 1. n. 138 del 1943, che esonera l'Inps dal pagamento dell'indennità quando il trattamento economico di malattia venga corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro in misura non inferiore a quella fissata dai contratti collettivi, non vale ad escludere l'obbligo di contribuzione previdenziale a favore dell'Inps.

A fronte di tale argomentazione della Suprema Corte, che si è ritenuto opportuno illustrare brevemente, parte ricorrente lamenta in primo luogo la mancata ricerca della reale volontà del legislatore del 1943 con riguardo al permanere o meno, in presenza di tale esenzione, della corrispondente obbligazione contributiva.

Invero, la ricostruzione del sistema effettuata dalle Sezioni Unite, con valorizzazione del principio di solidarietà, determina un'indagine anche della volontà del legislatore, dovendo ritenersi che, proprio in virtù del principio di solidarietà che ispira l'intero ordinamento previdenziale, in assenza di una espressa disposizione di legge, che esoneri il datore di lavoro dall'erogazione dei contributi, l'esonero dell'INPS dal pagamento della contribuzione di malattia non implichi necessariamente l'esonero dalla relativa contribuzione del datore di lavoro, che è tenuto al versamento dei contributi secondo la disciplina generale. Al fine di esonerare dal pagamento dei contributi i datori di lavoro che erogano direttamente l'indennità di malattia, il legislatore avrebbe dovuto introdurre, come peraltro ha fatto in altre ipotesi, una espressa disposizione di legge, mentre al contrario in assenza di diversa disposizione vigono le norme generali sulla determinazione dell'obbligo contributivo a carico dei datori di lavoro.

Una simile interpretazione per la quale il principio generale, desumibile dagli artt. 9, 10 e 11 legge 138/43, è la debenza dei contributi di malattia anche a fronte dell'esonero dell'INPS dal pagamento dei relativi contributi gravanti sull'azienda, trova conforto nella presenza nel nostro sistema di norme speciali riferite a specifiche categorie, richiamate dal ricorrente nel ricorso introduttivo (d. Igt. 213/46 richiamato nel ricorso introduttivo a pagina 15), nelle quali vengono esonerate intere categorie di lavoratori dall'ambito protettivo dell'assicurazione contro le malattie e dalla relativa obbligazione contributiva.

La necessità di una norma speciale di legge, al fine di esonerare il datore di lavoro dall'obbligo contributivo per la malattia, porta a ritenere che la regola generale è che, anche in caso di pagamento dell'indennità di malattia direttamente a carico del datore di lavoro, questi non è esonerato dall'obbligazione contributiva.

Obietta ancora parte ricorrente che il principio di solidarietà non costituisce un criterio ermeneutico, ma un criterio di giustificazione degli assetti normativi. Invero, le

Sezioni Unite hanno utilizzato in tale maniera il principio di solidarietà, giustificando (all'esito di un processo ermeneutico) in base ad esso un assetto normativo che prevede la contribuzione a carico del datore di lavoro, pur a fronte di un esonero dell'INPS dal pagamento della contribuzione di malattia.

Nè può ritenersi che possa influire sull'interpretazione normativa l'applicazione che di una determinata disposizione di legge è stata fatta nel tempo dai soggetti interessati, nel caso di specie l'INAM (il quale come sostiene il ricorrente nel ricorso introdotto per 40 anni aveva ritenuto conseguenza implicita dell'art. 6 in esame l'esenzione dall'obbligo contributivo nei casi di esonero dell'ente dall'obbligo indennitario dell'assicurazione contro le malattie, cfr. pagina 13 ricorso introduttivo), dovendo evidenziarsi che il comportamento delle parti, che assume rilievo ai fini dell'interpretazione del contratto, non sia un criterio utilizzabile al fine della interpretazione della legge.

Sul punto, la giurisprudenza ha ritenuto che la materia delle obbligazioni pubbliche ex lege è sottratta alla disponibilità delle parti e ai poteri discrezionali dell'amministrazione pubblica, sicché la disparità di trattamento originata dai comportamenti del creditore è del tutto estranea al giudizio averne ad oggetto l'esistenza e la conformazione di un rapporto obbligatorio interamente disegnato dalla legge (Cass. 15112/2004).

Quanto alla lamentata sottovalutazione del principio di corrispettività, sostiene il ricorrente che in assenza di disposizione normativa in ordine alla debenza o meno dei contributi dovrebbero applicarsi ai sensi dell'art. 1886 c.c., le regole delle assicurazioni commerciali fondate sul principio di corrispettività, sicché, in assenza di un evento da indennizzare, nessuna assicurazione sociale potrebbe sorgere.

Anche tale affermazione non può essere condivisa, atteso che il principio vigente nelle assicurazioni sociali, che le distingue dalle assicurazioni commerciali, escludendo l'applicazione sul punto dell'art. 1886 c.c., è il principio di solidarietà. Tale principio influenza non solo il profilo funzionale delle suddette assicurazioni, ma anche il profilo genetico. Tanto che vi sono ipotesi, richiamate anche dalle Sezioni Unite, in cui viene prevista una contribuzione in assenza di un evento da indennizzare, come ad esempio nel caso di contributi di mera solidarietà, mentre ve ne sono altre in cui la prestazione viene resa a prescindere dalla sussistenza del versamento contributivo, come nel caso dell'art. 2116 c.c.

D'altro canto, le argomentazioni espresse dalla Suprema Corte, la quale ribadisce che l'esonero dell'ente dal trattamento di malattia vale unicamente nei confronti dei lavoratori iscritti ai sindacali stipulanti e destinatari del contratto collettivo e in ogni caso non sussiste nelle ipotesi di lavoratori disoccupati, sospesi dal lavoro, non fruente della cassa integrazione guadagni o nell'ipotesi di superamento del periodo di comporto, sono sufficienti a fornire una giustificazione causale anche sotto il profilo della corrispettività al pagamento del contributo di malattia a carico del datore di lavoro.

Nè può sostenersi che tali limitate ipotesi rendono in ogni caso iniqua una contribuzione per malattia parificata a quella di altri datori di lavoro che fruiscono della prestazione Inps anche negli ordinari (e più frequenti) casi di malattia dei propri dipendenti. Invero, come ben evidenziato dalle Sezioni Unite, a differenza di quanto avviene per le assicurazioni private, l'entità del contributo non è necessariamente proporzionale all'ammontare delle prestazioni, essendo collegato alla retribuzione imponibile, alle

aliquote di computo, all'età dell'assicurato e nel lungo periodo alle variazioni del prodotto interno nazionale lordo.

La possibilità di un intervento dell'Inps nei casi sopra illustrati è sufficiente a fornire la giustificazione causale del pagamento dei contributi per malattia, atteso che, trattandosi di obbligazione aleatoria, il pagamento dei contributi viene effettuato in relazione all'assunzione di un rischio che, poi, può nel concreto non realizzarsi per fatti estranei al rapporto contributivo, come ad esempio per la mancanza di periodi di malattia dei lavoratori o ancora perché con una pattuizione collettiva, avente efficacia privatistica e non vincolante dunque l'Istituto previdenziale, il datore di lavoro si obbliga nei confronti dei lavoratori iscritti ai sindacati stipulanti a corrispondere loro l'indennità di malattia. Tale impegno esclude la corresponsione dell'indennità di malattia a carico dell'ente previdenziale in quanto l'indennità spettante al lavoratore è già stata erogata da altro soggetto, sicché la disposizione di cui all'art. 6 citato mira ad evitare una duplicazione di retribuzioni ingiustificata e non dovuta. Si vuol con ciò dire che, invero, l'Inps si assume il rischio di corrispondere l'indennità di malattia anche per i soggetti i cui datori di lavoro si sono obbligati a pagare direttamente tale indennità, atteso che in ogni caso per il disposto dell'art. 6 citato, in caso di trattamento economico di malattia corrisposto da enti terzi o dal datore di lavoro in misura inferiore a quella garantita dall'ente convenuto, questi è tenuto a integrare tale indennità sino a concorrenza, senza che dunque eventuali impegni contrattuali assunti dal datore di lavoro possano esonerare l'ente previdenziale dalla necessità di erogare l'indennità di malattia. Ciò che, infatti, esclude l'obbligo di erogazione gravante sull'istituto è unicamente la corresponsione da parte del datore di lavoro del trattamento di malattia, non invece l'impegno da questi contrattualmente assunto. Ne deriva, pertanto, che anche in presenza di contratti collettivi di diritto comune, che fanno gravare sul datore di lavoro la corresponsione del trattamento di malattia, non viene meno la giustificazione causale della relativa contribuzione, residuando comunque il rischio che l'Inps possa dover corrispondere l'indennità di malattia al lavoratore.

Nè può ritenersi che sia errata l'interpretazione delle Sezioni Unite in quanto basata su un criterio metagiuridico ed infondato, quale quello della possibilità che la diffusione di contratti collettivi idonei a sottrarre intere categorie di lavoratori alla previdenza sociale contro la malattia potrebbe diminuire le risorse dell'ente pubblico, mettendo in pericolo l'adempimento dei debiti verso gli assicurati. Sul punto, non assume rilievo la circostanza che dai bilanci dell'INPS anno 2003 (dunque, con applicazione dell'art. 6 in esame nel senso richiamato dalla Suprema Corte) risulta un gettito contributivo per l'assicurazione contro le malattie superiore in misura pari al doppio dell'esborso per i trattamenti di malattia, atteso che ciò non può confutare l'assunto per il quale un'interpretazione della norma di legge in esame, diversa da quella sostenuta dall'INPS, inciderebbe sul gettito contributivo, modificando le entrate registrate nel bilancio 2003 e creando le difficoltà richiamate dalla Suprema Corte.

Neppure la posizione delle Sezioni Unite può essere criticata sostenendo che l'esenzione di intere categorie di lavoratori implica, oltre che minori introiti, anche minori esborsi. Si ribadisce sul punto che, come si è sopra evidenziato, residuano in ogni caso alcune ipotesi in cui il trattamento di malattia rimane a carico dell'INPS, sicché in tali casi l'Istituto dovrebbe fare fronte a tali prestazioni senza avere ricevuto i versamenti contributivi relativi, con lesione non solo del principio di solidarietà, ma anche

del principio di corrispettività, invocato dal ricorrente.

Inoltre, le Sezioni Unite hanno evidenziato che il mancato introito andrebbe a porre in pericolo ex art. 2740 c.c. l'adempimento dei debiti dell'istituto previdenziale nei confronti dei propri debitori, intendendosi compresi in tale espressione, non solo i lavoratori della ditta che viene esonerata dal trattamento contributivo (i quali sarebbero in alcuni casi garantiti dall'obbligazione assunta dalla ditta stessa in sede di contrattazione collettiva, sempre nei limiti della valenza soggettiva di tale obbligazione e con esclusione delle ipotesi in cui è sempre l'INPS obbligato al versamento delle prestazioni di malattia come sopra ricordato), ma anche i lavoratori delle altre ditte, creditori dell'ente previdenziale, venendo sotto questo profilo in rilievo non il principio di corrispettività, ma, al contrario, il principio di solidarietà sociale che impronta il sistema previdenziale.

Quanto all'illegittimità costituzionale dell'art. 6 in esame in relazione agli artt. 2 e 3 Cost., la giurisprudenza di legittimità (Cass. 15112/2004) ha escluso la fondatezza di tali rilievi, affermando che essi vanno considerati manifestamente infondati alla luce dei costanti orientamenti del giudice delle leggi, per il quale il sistema della contribuzione previdenziale sfugge interamente al governo del principio di corrispettività, per essere improntato a quello solidaristico (C. Cost. 87/03, 264/1994 (2)).

Tali pronunce hanno escluso la violazione del principio di eguaglianza e l'irragionevolezza sul piano della partecipazione solidaristica, della parificazione ai fini dell'obbligo contributivo tra i datori di lavoro, i quali corrispondano diverse retribuzioni, in quanto giustificata dalla preminente finalità di assicurare comunque una soglia di contribuzione dei datori di lavoro al sistema della previdenza sociale tale da consentire la tutela dei lavoratori in un contesto, nel quale opera il principio di solidarietà, discrezionalmente attuato dal legislatore nel bilanciamento di interessi contrapposti (C. cost. 835/88 (3), 301/96, 202/99, 125/98, 448/99 (4), 255/2001).

Tanto è sufficiente anche per evidenziare la manifesta infondatezza anche della censura (di incostituzionalità) indirizzata alla disposizione di cui all'art.6 L.314/97, la quale (modificando l'art.12 della L.135/69) stabilisce che ai fini contributivi il reddito di lavoro dipendente è quello indicato dall'art.46 DPR 917/86, e cioè "quello che deriva da un rapporto qualificabile come di lavoro subordinato".

Orbene in tale locuzione "il concetto di derivazione dal rapporto di lavoro è certamente più ampio di quello di retribuzione, alla quale faceva riferimento il vecchio testo dell'art. 12 cit. per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contribui di previdenza ed assistenza sociale. Mentre la retribuzione è strettamente connessa, in virtù del vincolo sinallagmatico che qualifica il rapporto di lavoro subordinato, con la prestazione lavorativa, il concetto di derivazione dal rapporto di lavoro, contenuto nella norma in esame, prescinde dal suddetto sinallagma ed individua pertanto non solo tutto quanto può essere concettualmente inquadrato nella nozione di retribuzione ma anche tutti quegli altri introiti del lavoratore subordinato, in denaro o natura, che si legano casualmente con il rapporto di lavoro (e cioè derivano da esso), nel senso che l'esistenza del rapporto di lavoro costituisce il necessario presupposto per la loro percezione da parte del lavoratore subordinato" (così Cass. 5698/07, che in relazione a un così ampio concetto di reddito imponibile ai fini previdenziali ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità della norma, con riferimento - tra

l'altro - ai principi di uguaglianza e ragionevolezza).

In via subordinata l'opponente chiede il rimborso di quanto corrisposto ai dipendenti a titolo di trattamento economico di malattia (comprensivo dei contributi versati sulle relative erogazioni).

In merito appare sufficientemente rilevare l'improprietà del richiamo alla figura della espromissione di cui all'art. 1272 c.c. in quanto nel caso di specie il datore di lavoro ha pagato un debito che era suo proprio (derivando l'obbligazione dalla contrattazione collettiva), mentre un (analogo) debito dell'INPS a ben vedere nemmeno era mai sorto, proprio per effetto di quanto disposto dall'art. 6 L. 138/43, e sulla base della medesima previsione collettiva, assunta come presupposto di fatto (con conseguente irrilevanza della natura corporativa o privatistica del contratto).

Quanto alle sanzioni civili, è appena il caso di rilevare che non è il consolidarsi di un orientamento il quale riconosca la sussistenza di un obbligo contributivo, a determinarne l'insorgenza.

Peraltro la legge 388/2000 all'art. 116 comma 10 ha espressamente disciplinato l'ipotesi in cui il ritardo o mancato pagamento sia derivato come nel caso di specie da contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, stabilendo che in tale caso si applica una sanzione civile in ragione di anno pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti, ossia la medesima sanzione applicata nel caso di specie e prevista per il mancato o ritardato pagamento il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie ex art. 116 comma 8 lettera a).

Per tutto quanto sopra la causa viene decisa come nel seguente dispositivo.

La difficoltà della materia trattata e l'esistenza di diversi orientamenti giurisprudenziali solo di recente superati dalla pronuncia delle Sezioni Unite sopra ricordata porta a ritenere sussistenti giusti motivi per la compensazione integrale delle spese di lite.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1566

(2) *Idem*, 1994, p. 1116

(3) *Idem*, 1988, p. 1569

(4) *Idem*, 2000, p. 107

Processo civile - Domanda di trasferimento ex art. 2932 c.c. - Provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. - Sospensione della procedura di vendita degli immobili Inps - Insussistenza del requisito del "*periculum in mora*".

Tribunale di Genova - Ordinanza - 10.08.2007 - Dott. Silvestri - V. ed altri (Avv. Ginnante) - Inps (Avv. Capurso).

Il conduttore dell'immobile che abbia proposto domanda giudiziaria ex art. 2932 c.c. non può chiedere nel corso del giudizio la concessione ex art. 700 c. p. c. del provvedimento di sospensione della procedura di vendita intrapresa dall'Inps per l'immobile per cui è causa, perché il provvedimento non può attribuire utilità o effetti che questi non potrebbe ottenere con la sentenza di accoglimento.

FATTO e DIRITTO — Il Giudice sciogliendo la riserva che precede;

- rilevato che trattasi di istanza di concessione di provvedimento ex art. 700 c.p.c. di sospensione della procedura di vendita intrapresa da Inps per gli immobili oggetto della domanda di trasferimento ex art. 2932 c.c. promossa dagli attori;

- che secondo costante giurisprudenza seguita da questo Tribunale l'emanazione di un provvedimento cautelare presuppone la sussistenza sia del "*periculum in mora*" e cioè del fondato timore di perdere le garanzie del credito vantato sia del "*fumus boni juris*" e cioè di una situazione che consenta di ritenere probabile la fondatezza della pretesa in contestazione, con l'ulteriore conseguenza che la carenza soltanto di una delle suddette condizioni impedisce la concessione della misura cautelare o della sua convalida (ex *plurimis* Cass. Sent. nr. 6336 del 26/06/1998);

- rilevato che la parte ricorrente fonda la sussistenza dell' "irreparabile pericolo" nel futuro possibile rilascio degli immobili da parte degli attuali conduttori e ricorrenti in conseguenza della vendita degli alloggi da parte dell'Inps a terzi; e che quindi chiede una misura a tutela del possesso degli stessi.

Ritenuto:

- sussistente la giurisdizione del G.O. nella fattispecie in esame trattandosi di posizioni di diritto soggettivo attinenti all'esecuzione di un contratto di diritto privato, senza che ciò comporti alcuna valutazione della natura amministrativa degli atti, non venendo - in questa fase - in questione il titolo in base al quale l'INPS opera, quanto alla sua legittimità o al suo contenuto, ma solo l'esecuzione della singola prestazione e la sua ricaduta sul patrimonio dei contraenti;

- che per costante giurisprudenza seguita da questo Tribunale il promissario acquirente di un ben immobile, oggetto di preliminare di vendita, ha soltanto il credito alla prestazione di un tacere infungibile, il consenso del promittente venditore per la conclusione del contratto definitivo, insuscettibile di esecuzione forzata, potendosi solo chiedere, in sua mancanza, la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ. (ex *plurimis* Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1479 del 11/02/1988);

- Secondo l'art.700 c.p.c. il contenuto del provvedimento d'urgenza consiste nei provvedimenti d'urgenza "che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito" nel tempo necessario a far valere in via ordinaria il diritto minacciato.

La correlazione tra il contenuto del provvedimento d'urgenza e la decisione di merito rende evidente che il primo non può attribuire al ricorrente utilità o effetti che questi non potrebbe ottenere con la sentenza di accoglimento (cfr. tra molte Trib. Napoli 8.8.1994 Fragalà c. Ist. piccole ancelle Cristo Re; Pret. Verona 5.9.1988 Centrale latte Verona e. Centrale latte Monza).

Segue da tale correlazione non soltanto, generica, tra il diritto fatto valere rispettivamente in via cautelare e in via ordinaria, ma specifica, tra i risultati pratici delle rispettive domande, che i limiti obiettivi al contenuto del provvedimento cautelare sono segnati, da un lato dalla causa petendi - e cioè dal diritto fatto valere -, dall'altro dal c.d. petitum immediato, cioè dalla pronuncia di merito richiesta all'autorità giudiziaria, che segna il limite espansivo massimo dei possibili contenuti del provvedimento d'urgenza;

- che tale presupposto non sia venuto meno con la riforma della procedura cautelare di cui alla L. 23.2.2006 nr. 51 poiché il provvedimento d'urgenza, seppur attualmente dotato di autonomia sotto il profilo della persistenza degli effetti del tempo, non può dare al ricorrente, neppure per lo spazio di tempo compreso tra la sua pronuncia e la sentenza di primo grado, effetti e utilità che non potrebbe conseguire nell'ipotetico caso in cui la sentenza di merito potesse essere pronunciata immediatamente e senza ritardo;

- che la parte ricorrente fonda la domanda, per quanto attiene al presupposto dell'"irreparabilità del danno" nel futuro possibile rilascio degli immobili da parte degli attuali conduttori e ricorrenti in conseguenza della vendita degli alloggi da parte dell'Inps a terzi; e che quindi chiede una misura a tutela del possesso degli stessi;

- che tale misura non è strumentale alla domanda di merito proposta dagli attori che attiene al trasferimento del diritto di proprietà e che trattandosi di possesso non sussiste nemmeno il presupposto della residualità della misura richiesta attesa la presenza di strumenti tipici della tutela possessoria nel nostro ordinamento;

- che i precedenti giurisprudenziali invocati dalla parte ricorrente non paiono utilizzabili nella fattispecie in esame in considerazione della sommarietà degli stessi, determinata dalla natura propria delle ordinanze depositate, che non consentono di individuare i casi concreti esaminati;

- che non è stato provato nella fattispecie in esame la sussistenza di altro danno, in relazione alla domanda di trasferimento del bene, peraltro ritualmente trascritta ed in quanto tale pienamente cautelativa per il trasferimento ex art. 2644 c.c., se non quello meramente pecuniario ed in quanto tale di per sé non "irreparabile".

Per questi motivi l'istanza di concessione del provvedimento cautelare deve essere respinta; trattandosi di ricorso in corso di causa le spese della presente fase saranno decise con la sentenza di merito.

(Omissis)

Processo civile - Rito del lavoro - Opposizione alla iscrizione a ruolo dei crediti contributivi ex art. 24 d.lgs. n. 46/1999 - Termine di quaranta giorni - Perentorietà.

Tribunale di Genova - 13.02/10.04.2007, n. 290 - Dott. Barenghi - C. (Avv. Venè) - Inps (Avv. Lolli).

Il termine di quaranta giorni per proporre opposizione avverso l'iscrizione a ruolo dei crediti contributivi è perentorio, sicché la sua inosservanza determina una situazione di decadenza a carico del debitore di natura sostanziale e la conseguente inoppugnabilità in sede giudiziale dell'atto di accertamento del credito.

FATTO — Con ricorso depositato in cancelleria il 28.11.2005 C. M. esponeva di aver esercitato in epoca risalente attività professionale nel settore edilizio; che egli e la società di fatto Fratelli C. veniva dichiarata fallita con sentenza emessa dal Tribunale di Genova in data 12.6.1990; esponeva altresì che nel gennaio 1991 provvedeva a notificare al fratello C. S. verbale di accertamento dell'omesso versamento della contribuzione maturata in relazione ad una determinata posizione lavorativa soggettiva; sulla scorta di tali allegazioni proponeva opposizione avverso l'iscrizione al ruolo portante numero 393/2003 resa esecutiva il 17.7.03 e, conseguentemente, avverso l'intimazione di pagamento di € 99. 419,51 notificatagli in data 21 ottobre 2005, chiedendo l'accertamento dell'insussistenza del credito preteso per intervenuta prescrizione del medesimo.

L'INPS si costituiva in giudizio con memoria difensiva con cui in via pregiudiziale assumeva l'improponibilità dall'opposizione avversaria, in quanto proposta oltre il perentorio termine di legge.

Quindi la causa discussa dai procuratori delle parti veniva decisa all'udienza dal 13 febbraio 2007 come da separato dispositivo, pubblicamente letto.

DIRITTO — L'opposizione proposta da C. M. sia avverso l'iscrizione a ruolo del credito sia nei confronti del successivo atto di intimazione deve ritenersi proposta con atto inammissibile, poiché posto in essere oltre il termine di legge previsto dall'art. 24 comma 5 DLVO n. 46/99.

I fatti di causa risultano provati in forza di documenti ovvero incontestati tra i difensori delle parti; in particolare risulta incontestata la circostanza che successivamente la formazione del ruolo esattoriale la concessionaria ha provveduto il 31.12.2003 alla notifica della cartella esattoriale.

Pertanto il C., in quanto soggetto raggiunto dall'ingiunzione di pagamento effettuata a mezzo della cartella, aveva l'onere di proporre opposizione avverso l'atto impositivo entro il termine di quaranta giorni decorrente dalla notifica.

La norma in oggetto, provvedendo a regolare la complessiva materia dell'iscrizione a ruolo dei contributi dovuti agli enti previdenziali e della messa in esecuzione della previa iscrizione a ruolo, pone un termine perentorio, l'inosservanza del quale determina una situazione di decadenza a carico del debitore di natura sostanziale e la conseguente inoppugnabilità in sede giudiziale dell'atto di accertamento del credito.

Pertanto rilevato che il ricorso in opposizione è stato depositato in cancelleria nel novembre 2005 a fronte di una cartella esattoriale già notificata il 31 dicembre 2003, nonché considerato che l'art. 24 DLVO n. 46/99 ammette l'opposizione davanti all'ufficio giudiziario della sola cartella esattoriale, va dichiarata l'inammissibilità del ricorso in quanto proposto oltre il decorso del termine legale.

Motivi di equità consigliano la compensazione totale degli oneri di lite.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Collaborazioni coordinate e continuative - Clausola di tacito rinnovo - Divieto sopravvenuto di stipula di contratti di collaborazione atipici - Irrilevanza della clausola - Collaborazioni non riconducibili all'istituto del lavoro a progetto - Presunzione *iuris et de iure* di subordinazione.

Tribunale di Monza - 12/18.07.2007, n. 421 - Dott. Dani - S. Spa (Avv. Fontanesi) - Inps (Avv.ti Vivian, Tommaselli).

A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003, e del generale divieto di stipula di contratti di collaborazione atipici, i contratti in scadenza non potevano essere né prorogati, né rinnovati, restando irrilevante la circostanza che il contratto prevedesse una clausola di tacito rinnovo alla scadenza. In caso di collaborazioni coordinate e continuative non riconducibili a progetto, programma o fase di esso l'art. 69, comma 1° del d.lgs. n. 276 del 2003 pone una presunzione iuris et de iure di subordinazione.

FATTO — Con ricorso depositato in data 17 marzo 2006 la società S. S.p.A. proponeva opposizione alla cartella esattoriale, emessa da Esatri S.p.A., con la quale le era stato richiesto il pagamento della somma di € 10.558,33, a titolo di contributi (e relative somme aggiuntive) relativi a contributi asseritamente dovuti per il periodo gennaio/settembre 2004 ed a titolo di somme aggiuntive ed interessi di mora maturati sul ritardato pagamento di contributi relativi al periodo aprile/giugno 2002.

Nel ricorso in opposizione la società S. precisava che le richieste dell'INPS concernevano, a seguito di accertamento ispettivo conclusosi con verbale del 31 marzo 2005, contributi relativi alla posizione dell'ex dipendente G., che nel periodo aprile/giugno 2002 aveva lavorato senza alcuna regolarizzazione e dal 1.7.02 sino al settembre 2004 aveva prestato la propria attività sulla base di un contratto di collaborazione.

Ciò premesso, deduceva, innanzitutto, che nessuna pretesa poteva vantare l'INPS a titolo di somme aggiuntive ed interessi di mora relativi al periodo aprile/giugno 2004, in quanto in data 17 maggio 2005 la posizione, con riguardo al periodo predetto, era stata regolarizzata mediante versamento della somma di Euro 2.165,00, comprensiva (per Euro 871,00) di sanzioni ed interessi.

Con riferimento al periodo gennaio/settembre 2004 la società opponente negava che il rapporto intercorso con G. fosse riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato. In particolare deduceva che il contratto di collaborazione in corso con il G. alla data di entrata in vigore della legge Biagi aveva durata semestrale, decorrente dal 1.7.02, tacitamente rinnovabile in difetto di disdetta. Sosteneva quindi che, non essendovi stata disdetta prima del 31.12.03, il contratto era stato legittimamente rinnovato sino al 30 settembre 2004, entro il periodo massimo consentito dall'art 86, comma 1, del d. lgs. 276/2003; negava poi che l'entrata in vigore del predetto decreto legislativo avesse precluso la possibilità di rinnovo dei contratti in corso.

Chiedeva quindi che il giudice revocasse, annullasse e/o dichiarasse inefficace la

cartella opposta o, in subordine, rideterminasse le somme dovute defalcando quanto già versato in sede di regolarizzazione del periodo contributivo aprile/giugno 2002.

Costituendosi in giudizio (anche in rappresentanza del cessionario dei crediti controversi), l'I.N.P.S. contestava la fondatezza della opposizione. In particolare deduceva che, a seguito dell'entrata in vigore della legge Biagi, il contratto di collaborazione intercorrente con G. A. - avente scadenza al 31.12.03 - non poteva più essere rinnovato (al di là della presenza della clausola di automatico rinnovo salvo disdetta) oltre la predetta scadenza, non essendo riscontrabile nello stesso alcun "progetto"; sosteneva quindi - ex art. 69, comma 1, della legge Biagi - la natura subordinata del rapporto intercorso con G. dopo il 31.12.03 e sino alla stipula di un valido contratto a progetto. Peraltro precisava che, al di là della presunzione posta dalla norma sopra indicata, anche in concreto il rapporto predetto aveva avuto i caratteri della subordinazione. Deduceva poi che l'importo pagato dalla proponente in relazione al periodo aprile/giugno 2002 era stato imputato, nell'interesse del debitore stesso, all'importo complessivamente addebitato in sede ispettiva a titolo di contributi. Concludeva chiedendo il rigetto del ricorso con condanna dell'opponente al pagamento dell'importo portato nel ruolo, oltre accessori.

L'E.S.A.T.R.I. S.p.A. restava contumace.

Escussi testi e sentito G., all'udienza del 12 luglio 2007, previo deposito di note, la causa veniva discussa. All'esito della discussione il giudice pronunciava sentenza come da separato dispositivo di cui dava lettura.

DIRITTO — 1) Nel periodo aprile/giugno 2002 A. G. - pensionato già dipendente di S. - ha continuamente lavorato per la convenuta senza alcuna formalizzazione del rapporto.

Tale periodo - a seguito di accertamento ispettivo conclusosi con verbale di - accertamento del 31.3.05 - è stato oggetto, in data 17.5.05, di regolarizzazione contributiva.

2) In data 30.6.02 la S. ed A. G. hanno stipulato un contratto di collaborazione avente ad oggetto "la consulenza in materia di organizzazione, gestione e logistica e delle risorse umane in relazione al magazzino merci".

Le parti contraenti hanno previsto che il contratto avrebbe avuto la durata di sei mesi decorrenti dal 1.7.02 e si sarebbe rinnovato, per uguale periodo, in difetto di contraria dichiarazione scritta di una delle parti.

Sulla base della tacita rinnovazione di tale contratto (dal 1.1.03 al 30.6.03, dal 1.7.03 al 31.12.03 e dal 1.1.04) G. ha operato in S. sino al 30 settembre 2004.

3) in data 1.10.04 è stato stipulato un nuovo contratto recante l'indicazione di uno specifico progetto.

In relazione al periodo successivo alla stipula di tale contratto l'INPS non muove alcuna censura.

4) Nel presente giudizio occorre invece verificare se, in relazione al periodo 1.1.04/30.9.04, il rapporto debba o meno essere qualificato in termini di lavoro subordinato, con conseguente fondatezza della pretesa dell'INPS di pretendere il pagamento dei contributi e dei relativi accessori.

5) L'art. 69 del d.lgs. 276/2003 (entrato in vigore in data 24.10.03) prevede che i

rapporti di collaborazione instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso sono considerati rapporti di lavoro a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

L'art. 86 del medesimo decreto legislativo stabilisce che le collaborazioni stipulate ai sensi della disciplina previgente, qualora non possano essere ricondotte ad un progetto (o ad una fase di esso) mantengono efficacia sino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del d.lgs. 276/2003.

6) È incontrovertibile che il rapporto di collaborazione stipulato il 30.6.02 fra la S. e G. non era riconducibile ad alcun progetto, programma o fase di esso.

È inoltre chiaro che alla data di entrata in vigore del d.lgs. 276/2003 il contratto operante fra G. e la opponente aveva la propria scadenza naturale al 31.12.03.

Ne consegue che il termine ultimo di efficacia di tale rapporto non può che essere individuato, ex art. 86 cit, nel 31.12.03.

A nulla può poi rilevare il fatto che il contratto prevedesse una clausola di tacito rinnovo, posto che, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 276/2003 e del generale divieto di stipula di contratti di collaborazione "atipici", i contratti ormai in scadenza (fatta salva forse l'ipotesi, estranea alla presente fattispecie, in cui fosse già decorso il termine utile per la disdetta) non potevano certo più essere né prorogati, né rinnovati.

7) Il rapporto intercorso fra G. e la S. nel periodo di illegittimo rinnovo cade quindi sotto la disciplina dell'art. 69, comma 1, cit., che pone una presunzione *iuris et de iure* di subordinazione.

Ne consegue che, in relazione a tale periodo, è fondata la richiesta dell'INPS di ottenere il versamento dei contributi - la cui quantificazione in sede ispettiva non risulta oggetto di specifica e concreta contestazione - spettanti in relazione ad un rapporto di lavoro subordinato.

8) Si osserva peraltro che - anche laddove si ritenesse che l'art. 69, comma 1, cit. ponga solo una presunzione *iuris tantum* - nel caso di specie la pretesa dell'INPS sarebbe comunque fondata.

Il pieno inserimento di G. nell'attività produttiva in qualità di magazziniere, la continuità della sua presenza (sia pure con una maggior elasticità negli orari rispetto al periodo in cui era formalmente dipendente), la sua preordinazione rispetto ai dipendenti di S. (di cui coordinava il lavoro), la percezione di un compenso svincolato da risultati ed erogato in misura fissa mensile (v. dichiarazioni del 6.12.06) depongono infatti concordemente per la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato, senza che possa rilevare in senso contrario la (forse) non piena sovrapponibilità fra l'attività svolta sino al 1999 (come lavoratore formalmente dipendente) e quella svolta nel periodo oggetto di causa.

9) Si osserva infine - relativamente all'eccezione secondo cui per il periodo aprile/giugno 2002, già oggetto di regolarizzazione, l'INPS avrebbe indebitamente richiesto somme a titolo di sanzioni e interessi pur avendo l'opponente pagato a tale titolo l'importo di Euro 871,00 già nel maggio 2005 - che l'operato dell'ente previdenziale, a fronte della fondatezza della pretesa in ordine al periodo gennaio/settembre 2004, risulta del tutto legittimo.

Il fatto che l'INPS abbia imputato la somma di Euro 871,00 ai contributi relativi al periodo gennaio/settembre 2004 (anziché alle sanzioni civili ed agli interessi relativi

al periodo aprile/giugno 2002) è infatti conforme ai criteri di cui all'art. 1193 c.c. e (come del resto riconosciuto dallo stesso Segale dell'opponente all'udienza del 6.12.06) più favorevole alla S.

Tale imputazione ha infatti evitato che, in relazione alla quota di contributi coperta dal predetto versamento, continuassero a maturare importi a titolo di sanzioni civili.

10) Il ricorso va quindi rigettato, con conferma della legittimità dell'iscrizione a ruolo del credito portato dalla cartella.

Sulla somma dovuta all'INPS continuano peraltro a maturare, sino al pagamento, gli accessori previsti per legge.

Le spese di lite - nell'importo liquidato in dispositivo - seguono la soccombenza.

(Omissis)

Contributi - Retribuzione virtuale - Individuazione della contrattazione collettiva - Criteri.

Tribunale di Roma - 19.10/10.11.2006, n. 19537 - Dott.ssa Boghetich - T. s.r.l. (Avv.ti Berretta, Branca, Giuffrida) - INPGI (Avv. Boer).

La retribuzione virtuale sulla quale calcolare l'imponibile contributivo, in ipotesi di più contratti collettivi nazionali, per l'individuazione del contratto applicabile necessita di una comparazione tra i vari sindacati e associazioni sindacali finalizzata a individuare fra i diversi sindacati che hanno siglato un contratto collettivo nazionale chi detiene la rappresentanza della maggioranza dei lavoratori (Nel caso di specie è emerso che il contratto collettivo applicato dall'ente previdenziale presentava, comparato con il contratto collettivo siglato da altra sigla e invocato dal datore di lavoro, oltre a una diffusione nazionale, un più ampio numero di iscrizioni da parte dei giornalisti).

FATTO — Con ricorso in riassunzione il ricorrente in epigrafe, società operante nel settore radiotelevisivo, chiedeva al Tribunale di Roma di determinare la base imponibile per il calcolo dei contributi dell'assicurazione obbligatoria, ex art. 1, primo comma, del decreto legge n.338 del 1989, per i dipendenti Z. e S., ed in particolare di accertare il diritto di versare all'INPGI i contributi previdenziali sulla scorta dei minimali retributivi previsti dal CCNL stipulato tra la FRT e le organizzazioni sindacali e, per l'effetto, di condannare l'istituto previdenziale alla restituzione delle somme versate in misura eccedente in ossequio al principio, applicato dall'istituto previdenziale, di rinvio al differente CCNL stipulato dalla FIEG FNSI.

Costitutosi il contraddittorio, parte convenuta contestava la fondatezza della

domanda, di cui chiedeva il rigetto, rilevando che il CCNL preso a base di riferimento per il computo dell'obbligazione contributiva costituiva il contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative su base nazionale, come previsto dal combinato disposto degli artt. 1, primo comma, del decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 1989 n. 389, e 2, 25° comma della legge n. 549 del 1995.

All'odierna udienza - acquisite note delle parti ed esaurita la discussione - la causa è stata decisa.

DIRITTO — Preliminarmente, va respinta l'eccezione di nullità del ricorso avendo parte ricorrente sufficientemente precisato, in ricorso, il *petitum* (individuazione del parametro retributivo di riferimento per l'obbligo contributivo in relazione a due dipendenti giornalisti) e sono, altresì, esposti i fatti costituenti le ragioni della domanda (adesione della società ricorrente ad un contratto collettivo diverso da quello preso a riferimento dall'ente previdenziale). Va rammentato, inoltre, che l'onere di allegazione è distinto e logicamente precedente rispetto all'onere della prova.

In tema di determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi dell'assicurazione obbligatoria, la retribuzione minima, l'art. 1, primo comma, del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito, con modificazioni, in legge 7 dicembre 1989 n. 389, recita: *"La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo".* Detta disposizione è stata autenticamente interpretata dall'art. 2 venticinquesimo comma della legge n. 549 del 1995, il quale dispone che *"L'art. 1 del DL 338/89 convertito con modificazioni in legge 389/89 si interpreta nel senso che in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative della categoria"* (si tratta del cd. *Contratto leader*).

La legge determina quindi un imponibile "minimo" da sottoporre a contribuzione, al di sotto del quale non è possibile scendere, ancorché la retribuzione dovuta ed erogata al lavoratore sia inferiore. È pertanto la fonte collettiva che funge da parametro per la determinazione dell'obbligo contributivo minimo e per scelta legislativa questo parametro viene ritenuto il più idoneo ad adempiere alla funzione di tutela assicurativa, nonché a garantire l'equilibrio finanziario della gestione. La retribuzione contributiva è stata quindi ancorata ad una nozione di retribuzione "virtuale", poiché la retribuzione stabilita dal contratto collettivo non è sempre e necessariamente quella dovuta al dipendente, la quale può essere legittimamente inferiore nel caso in cui non sia obbligatoria l'applicazione di contrattazione collettiva di diritto comune (cfr. in genere, sulla disposizione in esame, Cass. nn. 2758/2006, 18761/2005, 2662/2005, 19308/2004, 14129/2004 (1), 2387/2004. Nessuna di tali pronunce ha, peraltro, affrontato la questione specifica sottoposta all'esame di questo Tribunale).

Ebbene, va osservato che, mentre il testo originario della disposizione in esame

parlava di "organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale", il legislatore ha ritenuto necessario specificare, in sede di interpretazione autentica, che deve farsi riferimento alla fonte collettiva stipulata "dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative della categoria".

In base al dettato normativo (che, si noti, fa riferimento ai contratti collettivi stipulati "dalle" organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative e non "da" organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative) va, pertanto, enucleata la categoria di lavoratori interessati e, nell'ambito dei vari contratti collettivi stipulati per tale categoria, va effettuato un confronto (una comparazione) tra i vari sindacati e associazioni sindacali al fine di stabilire chi - tenuto conto della diffusione territoriale - detiene la rappresentanza della maggioranza dei lavoratori.

Ebbene, nel caso di specie è pacifico che si tratta di stabilire l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali per due dipendenti giornalisti della società, Z. e S.. La categoria è quella, quindi, dei giornalisti.

La documentazione prodotta dall'istituto previdenziale ha consentito di verificare che il contratto collettivo preso a riferimento dell'ente previdenziale (FIEG-FNSI) presenta, comparato con la fonte collettiva invocata da parte ricorrente (FRT), una diffusione nazionale (caratteristica comune ad entrambi i contratti collettivi) e un più ampio numero di iscrizioni da parte della categoria (giornalisti). Invero, le adesioni al contratto FIEG FNSI dei giornalisti corrispondono al 65% degli appartenenti alla categoria (cfr. doc. 7 parte convenuta). Il contratto FIEG FNSI deve, pertanto, ritenersi il c.d. contratto *leader* nell'ambito della categoria (cfr. per la nozione di contratto leader, cfr. Cass. nn.6817/2003, 3906/2003).

Alla luce delle considerazioni esposte il ricorso va respinto.

In considerazione della novità della questione ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 1110

Pensioni - Vecchiaia - Benefici relativi allo svolgimento di attività usuranti - Sommozzatore - Infondatezza.

Tribunale di Savona - 21/23.06.2007, n. 220 - Dott. Acquarone - V. (Avv. Piccone Casa) - Inps (Avv.ti Iovino, Pisanu).

L'attività di sommozzatore non può considerarsi compresa tra quelle usuranti ai fini del relativo beneficio pensionistico.

FATTO — Con ricorso ex art. 442 CPC, depositato in Cancelleria il 18.10.2005, V. G. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Savona, Sezione Lavoro, l'INPS indicando quanto segue: in data 20.7.2001 aveva presentato alla sede INPS di Savona domanda di pensione di vecchiaia chiedendo il riconoscimento dei benefici relativi allo svolgimento di mansioni particolarmente usurati, connotate da maggiore gravità dell'usura ex art. 78 L. n. 388.2000; in data 28.10.2002 l'INPS aveva comunicato la liquidazione della pensione di vecchiaia senza peraltro tenere conto dei benefici derivanti dallo svolgimento di attività usuranti; rilevava che il ricorso gerarchico avverso detta determinazione era stato respinto; nel merito faceva presente di avere sempre svolto l'attività di sommozzatore, assimilabile a quella svolta dai palombari e riconosciuta come usurante dalla Tabella A, allegata al D.L.vo n. 374.1993 richiamato dall'art. 78 della L. n. 388.2000 ed al D.M. 19.5.1999.

Chiedeva, pertanto, accertarsi il proprio diritto al ricalcolo della pensione di vecchiaia.

Si costituiva l'I.N.P.S. che nel merito contestava la fondatezza delle avversarie argomentazioni rilevando la differenza tra l'attività di sommozzatore e quella di palombaro ed insisteva per il rigetto del ricorso.

All'udienza del 18.5.2006, trattandosi di vertenza su mera questione di diritto e non necessitante di attività istruttoria, la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo di cui veniva data lettura.

DIRITTO — Il ricorso proposto dal V. è infondato e deve essere respinto.

Non risultando contestata la circostanza che il ricorrente abbia svolto l'attività di sommozzatore occorre verificare se tali mansioni possano essere considerate usuranti e tali quindi da comportare il riconoscimento dei benefici richiesti ai fini della ricostituzione della pensione.

A sostegno della propria richiesta il V. ha richiamato le seguenti fonti normative: art. 1 D.L.vo n. 374.1993: *"Sono considerati lavori particolarmente usuranti quelli per il cui svolgimento è richiesto un impegno psicofisico particolarmente intenso e continuativo, condizionato da fattori che non possono essere prevenuti con misure idonee. Le attività particolarmente usuranti di cui al comma 1 sono individuate nella tabella A allegata al presente decreto"*.

Tabella A: *"(...) Lavori in cassoni ad aria compressa; Lavori svolti dai palombari. (...)";*

art. 78 Legge n. 388.2000: *"(...) In attesa della definizione, tra le parti sociali, dei criteri di attuazione della normativa di cui al D.Lvo 11 agosto 1993, n. 374, recante benefici per le attività usuranti, e successive modificazioni, è riconosciuto, entro i limiti delle disponibilità di cui al comma 13, il beneficio della riduzione dei requisiti di età anagrafica e contributiva previsti dall'articolo 2, comma 1, del D.L.vo 11 agosto 1993, n. 374, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, commi 36 e 37, della legge 8 agosto 1995, n. 335, agli assicurati che: a) per il periodo successivo alla data di entrata in vigore del predetto D.L.vo n. 374 del 1993, risultino avere svolto prevalentemente mansioni particolarmente usuranti, per le caratteristiche di maggior gravità dell'usura che queste presentano, individuate dall'articolo 2 del decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale 19 maggio 1999, pubblicato nella Gazzetta*

Ufficiale n. 208 del 4 settembre 1999; b) entro il 31 dicembre 2001 potrebbero far valere: i requisiti per il pensionamento di vecchiaia nel regime contributivo con la riduzione del limite di età pensionabile prevista dall'articolo 1, comma 37, della Legge 8 agosto 1995, n. 335";

art. 2 D.M. 19.5.1999: "*Criteria per la individuazione delle mansioni usuranti:*" (...)
7. *Nell'ambito delle attività particolarmente usuranti individuate nella tabella A, allegata al D.L.vo 11 agosto 1993, n. 374, sono considerate mansioni particolarmente usuranti, in ragione delle caratteristiche di maggiore gravità dell'usura che esse presentano anche sotto il profilo dell'incidenza della stessa sulle aspettative di vita, dell'esposizione al rischio professionale di particolare Intensità, delle peculiari caratteristiche dei rispettivi ambiti di attività con riferimento particolare alle componenti socio-economiche che le connotano, le seguenti, svolte nei vari settori di attività economica: (...) "lavori in cassoni ad aria compressa"; "lavori svolti dai palombari";*

Art. 1 Legge n. 335.1995: "(...) 37. *Per le pensioni liquidate esclusivamente con il sistema contributivo, il lavoratore, nel cui confronti trovano applicazione le disposizioni di cui al D.L.vo 11 agosto 1993, n. 374, come modificato ai sensi dei commi 34 e 35, può optare per l'applicazione del coefficiente di trasformazione relativo all'età anagrafica all'atto del pensionamento, aumentato di un anno per ogni sei anni di occupazione nelle attività usuranti ovvero per l'utilizzazione del predetto periodo di aumento al fine dell'anticipazione dell'età pensionabile fino ad un anno rispetto al requisito di accesso alla pensione di vecchiaia di cui al comma 79".*

In forza di tali disposizioni, secondo la prospettazione del ricorrente, all'attività di palombaro, individuata in modo non tecnico sia nella Tabella A allegata al D.L.vo n. 374.1993, richiamata dall'art. 78 della L. n. 388.2000 e dal successivo D.M. 19.5.1999, dovrebbe essere assimilata, come ugualmente usurante, quella di sommozzatore, in quanto comunque caratterizzata dall'essere svolta sott'acqua ed in ambiente iperbarico.

Osserva il Giudicante che tra l'attività di palombaro e quella di sommozzatore esistono rilevanti differenze: in particolare il palombaro svolge la sua attività con l'ausilio di scafandri e/o strumenti simili e la respirazione gli viene consentita da sistemi che vengono attivati esclusivamente dalla superficie; il sommozzatore opera, al contrario, mediante apparecchi atti alla respirazione in ambienti confinati iperbarici.

Al di là, dunque, della circostanza che sia i sommozzatori che i palombari operano sott'acqua e possono anche svolgere, in alcuni contesti, le medesime attività, esistono in realtà rilevanti differenze, sia sul metodo dell'alimentazione per la respirazione che, di conseguenza, sulla profondità a cui possono operare: ne deriva che, anche dal punto di vista dell'usura fisica, le due attività comportano effetti diversi e non necessariamente assimilabili.

In ogni caso detta valutazione sulle diverse o sulle stesse conseguenze usuranti delle due attività sui singoli soggetti che le svolgono, compete esclusivamente al Legislatore e, il Giudicante, in presenza di una Tabella che appare sufficientemente dettagliata e nella quale si fa riferimento esclusivamente all'attività svolta dai palombari e da coloro che operano in cassoni in aria compressa e non a quella dei sommozzatori (non potendo neppure affermarsi che la professione del sommozzatore sia assolutamente secondaria o desueta e che per tale motivo il Legislatore non l'abbia presa in

considerazione) non può che operare un'interpretazione letterale del contenuto della stessa, non essendo assolutamente giustificabile una diversa interpretazione estensiva che, come detto, avrebbe alla sua base una valutazione medica e tecnica (assolutamente preclusa all'interprete) sulle asserite medesime conseguenze usuranti delle due attività.

Esistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di lite.
Sentenza esecutiva ex lege.

(*Omissis*)

Contributi - Cooperativa - Oneri contributivi per i soci - Opzione per il regime convenzionale - Periodi di assenza, interruzione o sospensione della prestazione lavorativa - Irrilevanza.

Tribunale di Savona - 09.02/18.04.2007, n. 73 - Dott. Baisi - P. L. soc. coop a r.l. (Avv.ti Tagliero, Zucchini) - Inps (Avv.ti Iovino, Aratari).

Qualora la società cooperativa abbia optato per il regime contributivo convenzionale di cui al d.p.r. n. 602 del 1970, la determinazione della misura dell'obbligo contributivo viene correlata esclusivamente alla qualità di socio e prescinde non solo dalla retribuzione ma anche dal periodo di effettiva occupazione, sicché la contribuzione è dovuta anche in relazione a periodi di carenza della prestazione lavorativa.

FATTO — Con atto depositato in data 8.9.2004 la società P. L. soc. coop. a r.l. proponeva opposizione ex art. 24 D. Lgs. 46/99 avverso la cartella esattoriale di pagamento, notificata in data 31.7.2004 dal Concessionario del Servizio di Riscossione Tributi Sestri s.p.a., avente ad oggetto contributi previdenziali e sanzioni a fronte di diverse inadempienze accertate con verbale ispettivo Inps del 2.4.2003.

L'opponente, premesso di avere riconosciuto la fondatezza di ben sei delle otto contestazioni elevate dagli ispettori (punti da 1 a 4 e punti 7 e 8), per le quali affermava di avere già provveduto al pagamento delle somme dovute, precisava di opporsi alle contestazioni di cui ai punti 5 e 6 del verbale, inerenti il mancato versamento della contribuzione dovuta sull'imponibile mensile convenzionale per i soci assenti dal lavoro per permessi, sospensioni, malattie, ecc., ritenendo insussistente l'obbligo contributivo per i periodi di interruzione delle prestazioni lavorative dei soci. Concludeva chiedendo revocarsi ed annullarsi la cartella opposta previo accertamento dell'insussistenza del credito di cui ai punti 5 e 6 del verbale di accertamento ispettivo.

Sospesa dal Tribunale l'esecutorietà della cartella impugnata, si costituiva in giudi-

zio l'Inps sede di Savona, in qualità anche di mandatario della S.C.C.I. s.p.a., instando per il rigetto del ricorso e, in ogni caso, per la condanna dell'opponente al pagamento delle somme risultanti dovute a titolo di contributi, somme aggiuntive, sanzioni e accessori.

La causa, documentalmente istruita, veniva discussa e decisa all'udienza dei 9.2.2006, come da dispositivo in calce di cui veniva data lettura.

DIRITTO — Il ricorso non è fondato.

Preliminarmente si rileva che il giudizio di opposizione alla cartella esattoriale per "motivi inerenti il merito della pretesa contributiva" secondo la norma di cui all'art 24 D. Lgs. 46/99, è disciplinato dagli artt. 442 segg. c.p.c. e ha ad oggetto la fondatezza del credito contributivo iscritto a ruolo, in analogia a quanto già ritenuto dalla giurisprudenza in materia di giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione e più in generale in relazione a quei titoli cui l'ordinamento riconosce una funzione prevalentemente e provvisoriamente esecutiva in favore del soggetto che si assume creditore, deve ritenersi che anche in questo caso, pur gravando sull'Inps quale attore sostanziale l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie azionata, l'oggetto del giudizio soggiace ai limiti segnati dai motivi di opposizione che costituiscono la "*causa petendi*" dell'azione (Cass. 14238/2001, 10796/2000, 9554/2000).

Passando ai merito occorre in primo luogo rilevare come dato pacifico e incontrovertito che per i soci lavoratori ai quali si riferiscono gli addebiti contributivi trova applicazione la disciplina agevolata di cui al D.P.R. 602/1970. La circostanza, affermata dall'Inps nel verbale di accertamento ispettivo in atti, è stata espressamente riconosciuta dalla società ricorrente, la quale nel ricorso ha specificamente allegato che "*la cooperativa si avvale del regime convenzionale per la determinazione dell'imponibile contributivo previsto dalla stessa*".

Unica questione controversa, alla luce delle difese svolte dall'opponente, è quella relativa alla persistenza dell'obbligazione contributiva agevolata in capo alla società cooperativa anche per i periodi di assenza per malattia, permessi nonché sospensione, interruzione delle prestazioni lavorative da parte dei soci lavoratori a causa della conclusione della commessa e in attesa di nuove occasioni di lavoro.

Prendendo le mosse dal quadro normativo applicabile alla fattispecie, ovvero il D.P.R. 602/70 (riassetto previdenziale ed assistenziale di particolari categorie di lavoratori soci di società e di enti cooperativi, anche di fatto, che prestino la loro attività per conto delle società ed enti medesimi), occorre richiamare:

- l'art. 1 D.P.R. 30 aprile 1970 n. 602; "*ai lavoratori soci di società cooperative di lavoro, disciplinate dagli articoli 2511 e seguenti del codice civile e dal decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947. n. 1577, le quali svolgono le attività indicate nell'allegato elenco ed ai lavoratori soci di organismi di scopi mutualistici propri delle società cooperative, le seguenti forme di previdenza ed assistenza sociale si applicano secondo le norme, entro i limiti e le modalità stabiliti dalle disposizioni legislative che regolano dette forme, nonché secondo quanto disposto nei successivi articoli:*

- *assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, assicurazione contro la tubercolosi, assegni familiari, gestiti dall'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;*

- *assicurazione contro le malattie e per la tutela delle lavoratrici madri, gestita*

dall'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro;

- assistenza dell'Ente Nazionale assistenza orfani lavoratori italiani;
- provvidenze della gestione case per lavoratori.

L'allegato elenco di attività lavorative potrà essere modificato con decreto del Ministro per il Lavoro e la Previdenza Sociale, sentite le organizzazioni sindacali interessate".

- l'art. 4 dello stesso decreto, secondo cui *"per le categorie di lavoratori soci degli organismi associativi indicati al primo comma del precedente articolo 1, i contributi per le varie forme di previdenza e di assistenza sodale sono dovuti, entro i termini e con le modalità stabilite dalle vigenti disposizioni di legge, su imponibili giornalieri e per periodi di occupazione mensile da determinarsi, per la prima volta entro il 31 ottobre 1970, con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale sentite le organizzazioni sindacali a carattere nazionale, sulla base del disposto dell'art. 35 del testo unico sugli assegni familiari, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797. Il decreto ministeriale può distintamente riguardare singole attività lavorative e particolari settori di attività merceologiche.*

Gli imponibili contributivi ed i periodi di occupazione mensile sono soggetti a revisione triennale":

- il successivo art. 6 comma 1: *"in attuazione dell'art. 35 della legge 21 luglio 1965, n. 903, ai fini dell'applicazione dei contributi base ed integrativi per l'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti gestita dall'istituto nazionale della previdenza sociale, per i lavoratori soci di società cooperative e di organismi di fatto di cui al primo comma dell'art. 1, possono essere determinate, per provincia o per zona nonché per settori di attività merceologiche, con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali interessate, la classe iniziale di contribuzione e fa corrispondente retribuzione imponibile, riferite alla vigente tabella delle classi di contribuzione ed alle successive variazioni della stessa. La classe iniziale di contribuzione, di cui al comma precedente, non può essere inferiore a quella corrispondente all'imponibile contributivo stabilito a norma del precedente art. 4..."*, mentre all'ultimo comma: *"Gli organismi associativi ancorché appartenenti a categorie alle quali è applicato il disposto del primo comma del presente articolo, possono versare i contributi base ed integrativi per "assicurazione di invalidità, vecchiaia e superstiti sulle retribuzioni effettive, purché non inferiori alla retribuzione imponibile eventualmente stabilita ai sensi del medesimo primo comma. In tal caso non si applica il disposto dei precedenti terzo e quarto comma".*

Come si evince dalle norme richiamate, per le cooperative rientranti nel campo di applicazione di cui all'art. 1 del decreto e al fine dell'assolvimento dell'onere contributivo per i soci lavoratori, gli artt. 4 e 6 citati consentono di optare, in alternativa al regime contributivo ordinario correlato alla effettiva retribuzione salvo minimi non derogabili, per un regime contributivo convenzionale più vantaggioso, basato su presupposti, quanto all'ammontare dell'imponibile e ai periodi di occupazione mensile, aventi carattere presuntivo e fissati in appositi decreti ministeriali. Nell'ambito di tale regime agevolato la determinazione della misura dell'obbligo contributivo prescinde dunque non solo dalla retribuzione effettiva ma anche dal periodo di effettiva occupazione, finendo per essere esclusivamente correlato alla qualità di socio lavoratore.

Nella specie la società ricorrente, come già rilevato, ammette di avere optato per

tale regime convenzionale anziché per quello ordinario (correlato alle retribuzioni effettive) e il punto non è controverso tra le parti. Discende da tale opzione l'irrelevanza, ai fine della misura dell'obbligo contributivo, delle retribuzioni corrisposte dalla cooperativa ai soci lavoratori e i periodi di loro occupazione effettiva.

Risulta pertanto fondata la pretesa contributiva dell'istituto - non specificamente contestata sotto il profilo della corretta determinazione in punto *quantum* - in relazione ai periodi di assenza per malattia dei soci lavoratori e di interruzione sospensione della prestazione lavorativa, essendo incontestato il permanere in detti periodi del rapporto associativo.

Per il complesso delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto.

Pare comunque equo, tenuto conto della natura della questione trattata, compensare tra le parti le spese del giudizio.

(Omissis)

Processo civile - Rito del lavoro - Opposizione alla iscrizione a ruolo dei crediti contributivi - Contestazione parziale - Ordinanza *ex art.* 423 c.p.c. per il pagamento delle somme non contestate - Ammissibilità.

Tribunale di Vercelli - Ordinanza - 09.07.2007 - Dott. Pugliese - P. (Avv. Ginex) - Inps (Avv. Napoletano).

Qualora il ricorrente abbia proposto opposizione alla iscrizione a ruolo solo per una parte del credito il giudice può, in presenza dei presupposti di legge, emettere ordinanza per il pagamento delle somme non contestate, ex art. 423 c.p.c.

FATTO e DIRITTO — che il procuratore di parte resistente all'esito dell'udienza ha reiterato l'istanza di emissione di ordinanza per il pagamento di somme non contestate *ex art.* 423 co.1 c.p.c. già avanzata nella memoria di costituzione;

che sussistono le condizioni di cui alla citata disposizione, atteso che la ricorrente P. srl nel ricorso *ex art.* 442 cpc ha affermato che l'erroneità della cartella opposta - avente ad oggetto i contributi previdenziali da lavoro dipendente a carico dell'azienda per il periodo compreso tra gennaio ed agosto 2005 e le sanzioni per la riscontrata omissione contributiva - sta nell'aver ingiunto alla P. srl anche il pagamento dei contributi del periodo di aprile 2005 per una somma di € 13.800,00, già corrisposti, nonché nell'individuazione degli importi delle sanzioni comminate;

che la ricorrente non ha invece contestato le debenza dei restanti contributi previdenziali esposti nella cartella opposta, pari ad € 173.834,00.

(Omissis)

Controversie civili - Pensione a carico del Fondo Volo - Capitalizzazione quota di pensione - Prestazione da erogare in misura unitaria - Domanda giudiziale - Proposizione oltre i termini di definizione del procedimento amministrativo - Decadenza dall'intera domanda - Sussistenza.

Tribunale di Viterbo - 06/08/2007, n. 652 - Dott. Ianigro - G. G. (Avv. Colamedici) - INPS (Avv.ti Ricci, Scarlato).

Il ricorso amministrativo presentato dopo la scadenza dei termini previsti per l'esaurimento del procedimento amministrativo non ha l'effetto di posticipare il "dies a quo" del termine di decadenza ad esso collegato.

La decadenza di cui all'art. 4 della legge 438/1992 si applica non solo alla domanda giudiziale volta ad ottenere il diritto alla prestazione previdenziale, ma anche a quella avente ad oggetto l'adeguamento dell'importo o una diversa modalità di calcolo della stessa.

La tardiva presentazione del ricorso amministrativo comporta la decadenza dell'intera domanda, quando questa ha ad oggetto una prestazione da erogare in misura unitaria.

FATTO — Con ricorso depositato il 2.9.2005, G.G: adiva questo Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro esponendo di aver svolto l'attività di pilota di aerei e di essere stato collocato in pensione in data 1.6.1996 all'età di 55 anni, presso il Fondo di Previdenza del Personale di Volo Dipendente da Aziende di Navigazione Aerea (cd. Fondo Volo, gestito dall'INPS); di aver chiesto, in applicazione dell'art. 34 della L. 13.7.1965 n. 859, la liquidazione in capitale del 44,91% della pensione spettante; che in data 7.8.1996 l'INPS Fondo Volo aveva comunicato l'ammontare complessivo della pensione ed aveva indicato in complessive lire 1.120.401.000 la somma da liquidare in capitale; che tale importo era stato determinato utilizzando il coefficiente (pari a 14,7917) tratto dalla tabella stabilita dallo stesso Fondo Volo, in sede di approvazione del bilancio tecnico e relativa ai collocamenti in pensione successivi all'1.1.1980; che in data 17.6.2004 aveva proposto formale ricorso ex art. 55 L. 859/65 e che non essendo stato adottato alcun provvedimento, era legittimato a proporre l'azione giudiziaria. Tanto premesso deduceva che ai sensi dell'art. 34 L. 859/65 la liquidazione in capitale doveva essere calcolata "in base ai coefficienti in uso presso l'INPS"; che presso l'INPS è in uso una tabella di coefficienti pubblicata dal Ministero del Lavoro con DM 19.2.1981 ed emanata in applicazione dell'art. 13 L. n. 1138 del 1962 relativa ai coefficienti applicabili allorché si voglia calcolare in un'unica somma una rendita vitalizia; che alla data di entrata in vigore della L. 859/65 i citati coefficienti erano gli unici "in uso presso l'INPS"; che l'art. 13 L. 1338 del 12.8.1962 stabiliva infatti che quando si dovesse determinare il capitale necessario per la costituzione di una rendita vitalizia (come nel caso della riserva matematica) si dovesse fare riferimento alle tabelle di coefficienti determinate dal ministero e che dette tabelle erano state stabilite con il DM 27.10.1964, poi sostituite con il DM 19.2.1981; che l'INPS non avrebbe potuto quindi stabilire autonomamente e di sua

iniziativa una tabella di coefficienti; che la tabella approvata con DM 19.2.1981 era stata predisposta sulla base di articolate verifiche sulla durata della vita media della popolazione e sul tasso di inflazione previsto, lì dove quella applicata dal Fondo Volo era del tutto arbitraria ed autonomamente realizzata dal Fondo in violazione dell'art. 34 L. 859/65; che conseguentemente l'importo liquidato era errato ed inferiore a quello dovuto, realizzando una illegittima decurtazione della somma da liquidare, da determinare in complessive lire 1.567.082.132. Tanto premesso concludeva chiedendo che fosse accertato e dichiarato che la liquidazione in capitale dovesse avvenire sulla base dei coefficienti contenuti nella tabella di cui al citato D.M. 19.2.1981 anziché quelli impiegati dal Fondo Volo e che per l'effetto fosse condannato l'INPS al pagamento della differenza determinata in complessivi € 230.691,55 oltre interessi e rivalutazione.

Si costituiva l'INPS eccependo preliminarmente l'inammissibilità dell'azione per intervenuta decadenza ex art. 55 L. 859/65 (che ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale imponeva il previo ricorso in via amministrativa da presentare a pena di decadenza entro 90 giorni dalla data di ricezione del provvedimento impugnato e che per adire l'A.G. stabiliva l'ulteriore termine di cinque anni decorrente dalla decisione del ricorso amministrativo o dalla scadenza di 90 giorni stabiliti per la sua decisione) essendo decorsi sia il termine di 90 giorni per la proposizione del ricorso amministrativo, sia quello triennale per l'esperimento dell'azione giudiziaria.

Nel merito eccepiva l'infondatezza della domanda deducendo che

- il carattere speciale della normativa concernenti il Fondo Volo, doveva indurre a ritenere che il legislatore avesse fatto riferimento ai coefficienti in uso presso lo stesso Istituto per la Gestione del Fondo Volo (elaborati in occasione della redazione del primo bilancio tecnico di gestione del Fondo, aggiornati in sede di elaborazione dei successivi bilanci tecnici ed approvati dal Comitato di Vigilanza del Fondo Volo con deliberazione dell'8.3.1988 con effetto sulle pensioni aventi decorrenza dal 1988 in poi.): nella legge istitutiva del Fondo non vi erano infatti rinvii alla normativa introdotta dall'art. 13 L. 1338/62 la quale disciplina una materia diversa (quale la capitalizzazione di una quota di pensione e il cui ultimo comma rinvia per il calcolo della riserva matematica alle tariffe da determinarsi con decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale) ed è disposizione di carattere eccezionale che superando la prescrizione dei contributi assicurativi, determina una rimessione in termini del datore di lavoro e non appare dunque suscettibile di applicazione analogica (tant'è che quando il legislatore ha voluto richiamare la disciplina lo ha fatto attraverso un richiamo espresso), cosicché i coefficienti ministeriali devono ritenersi applicabili con esclusivo riguardo alle ipotesi di regolarizzazione tardiva delle omissioni contributive disciplinate dall'art. 13 L. 1338/62, essendo destinati a costituire la riserva per una prestazione futura (al contrario di quelli richiamati dall'art 34 l. 859/65 che attengono alla capitalizzazione di una prestazione già in atto);

- i coefficienti adottati dal Fondo Volo e destinati a calcolare un anticipo del trattamento pensionistico da liquidare in un'unica soluzione, erano finalizzati a garantire equilibrio finanziario del sistema pensionistico in modo da non mettere a rischio il pagamento delle prestazioni a tutti gli iscritti, lì dove, l'impiego di coefficienti diversi,

esporrebbe invece a maggiori oneri il Fondo, già gravato dai rischi connessi all'operazione di conversione di una rendita in capitale;

- l'art. 13 L. 133 8/62 non ha previsto che i coefficienti in uso debbano essere approvati con decreto ministeriale cosicché non può trarsi da ciò un giudizio di arbitrarietà dei coefficienti adottati dal Fondo Volo, la cui attendibilità è comunque assicurata dall'esistenza di rappresentanti del Ministero del Lavoro in seno alla Commissione di Vigilanza del Fondo e dall'essere il Comitato stesso nominato con decreto del Ministero del Lavoro; la validità dei coefficienti era stata inoltre confermata dal ministero del Lavoro con nota del 28.1.1988;

- che il capitale liquidato con i coefficienti proposti dal ricorrente supererebbe i limiti di cui all'art. 34 L. 859/65, il quale stabilisce che l'importo del capitale liquidabile non deve superare "... a) la metà del valore capitale della pensione spettante ai sensi della prescritta legge; ... b) la differenza tra il valore capitale della pensione spettante ai sensi della presente legge ed il valore della pensione liquidabile secondo le norme dell'assicurazione obbligatoria per la vecchiaia ed i superstiti ..."; parte ricorrente non ha d'altra parte provato che i coefficienti di cui ha proposto l'applicazione non implicassero il superamento dei suddetti limiti;

- al caso di specie sarebbe in subordine applicabile la prescrizione quinquennale decorrente dalla data di maturazione dei ratei di pensione cui si riferisce la capitalizzazione, da ritenersi liquidi ed esigibili sin dal 7.8.1996;

- non sarebbero comunque cumulabili interessi e rivalutazione per l'esplicito divieto di cui alla L. 412/91.

Tanto premesso chiedeva in via preliminare che fosse dichiarata l'improponibilità e/o inammissibilità del ricorso e, nel merito, il rigetto della domanda perché infondata o in subordine per intervenuta prescrizione e in ulteriore subordine che fosse respinta l'istanza inerente interessi legali e rivalutazione monetaria.

La causa veniva istruita documentalmente e decisa all'udienza del 12.7.2007 come da dispositivo.

DIRITTO — Va preliminarmente esaminata l'eccezione di decadenza che l'Istituto resistente ha formulato con riguardo all'art. 55 L. 859/65, ma che appare valutabile anche alla luce dell'art 47 del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 - come interpretato autenticamente, integrato e modificato dall'art. 6 del D.L. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1° giugno 1991 n. 166, e dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438.

L'art. 47 del D.P.R. 30.4.1970 n. 639 (emanato in attuazione della delega prevista dalla legge 153/69) stabiliva che "Esauriti i ricorsi in via amministrativa, può essere proposta l'azione dinanzi l'autorità giudiziaria ai sensi degli articoli 459 [ora 409] e seguenti del codice di procedura civile. L'azione giudiziaria può essere proposta entro il termine di dieci anni dalla data di comunicazione della decisione definitiva del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della decisione medesima, se trattasi di controversie in materia di trattamenti pensionistici. L'azione giudiziaria può essere proposta entro il termine di cinque anni dalle date di cui al precedente comma se trattasi di controversie in materia di prestazioni a carico dell'assicurazione contro la tubercolosi e del-

l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria".

L'art.6 del d.l. 29.3.1991 n.109, convertito in legge 1.6.1991 n. 166, ha successivamente disposto che *"i termini previsti dall'articolo 47, commi secondo e terzo, del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1970, n. 639, sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale. La decadenza determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale. In caso di mancata proposizione di ricorso amministrativo, i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei"*.

A breve distanza di tempo, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire anche sulla durata dei termini, rimasti sempre quelli previsti nel 1970. Così con l'art. 4 del di. 19.9.1992 n.384, convertito in legge 14.11.1992 n.438, furono sostituiti i commi 2 e 3 dell'art.47 del D.P.R. 639/70 il cui testo attualmente in vigore è il seguente:

"Per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, ovvero dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione.

Per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno dalle date di cui al precedente comma".

Alla luce della disciplina esposta, ad avviso di questo giudicante va in primo luogo escluso che la proposizione di un ricorso amministrativo tardivo possa impedire l'esame della controversia nel merito con riguardo al periodo successivo alla proposizione della domanda giudiziale e ciò in considerazione del generale principio di imprescrittibilità del diritto a pensione sia nell'an che nel quantum.

La questione riguarda quindi il sistema di operatività della decadenza prevista dalla richiamata normativa. Occorre infatti considerare che secondo un orientamento giurisprudenziale anche la decadenza fissata dall'art. 55 L. 859/65 (così come l'art. 47 citato) troverebbe applicazione solo quando la domanda giudiziale sia volta ad ottenere il diritto alla prestazione previdenziale in sé considerata e non anche quando abbia ad oggetto l'adeguamento dell'importo della medesima in relazione a diverse modalità di calcolo nelle sua determinazione: in tal caso la pretesa non soggiace ad altro limite temporale che non sia quello dell'ordinaria prescrizione decennale (cfr. Cass. Sez. L. n. 209 del 11.1.2000 in CED iv. 532774).

La tesi è stata tuttavia contraddetta più di recente dalla S.C. (cfr. sentenza n. 8871 del 1997 in CED iv. 507789 e più di recente Sez. L. n. 4636 del 6.3.2004 in CED iv. 570854) laddove ha ritenuto che l'istituto della decadenza debba trovare applicazione anche nel caso di riconoscimento parziale del trattamento effettivamente dovuto, *"poiché il diritto alla somma residua è indistinguibile dal diritto all'intera somma prima del pagamento parziale, ma a seguito di quest'ultimo è configurabile come diritto separato, concettualmente distinto e suscettibile di autonome vicende, e quindi non sottratto a decadenze, come non lo è alla prescrizione"*.

Ritiene questo giudicante di dover aderire a quest'ultimo orientamento, posto che l'ampia portata del dettato normativo, non sembra consentire una ragionevole distinzione tra diritto alla prestazione previdenziale in sé (soggetta ai termini di decadenza in questione) e il diritto alla integrazione della medesima prestazione (che occorrerebbe altrimenti sottrarre al suddetto termine). Né ritiene questo giudicante che la possibilità di qualificare in termini di inadempienza il comportamento dell'istituto previdenziale a fronte della domanda di liquidazione della prestazione previdenziale, consenta di sottrarre l'istanza di integrazione all'ordinario termine di decadenza. Ne consegue l'assoggettamento alla suindicata decadenza del diritto al conguaglio invocato dal ricorrente.

Riguardo alla operatività del termine decadenziale ritiene inoltre questo giudice che il termine decorrente dalla comunicazione del provvedimento impugnato, stabilito per la presentazione del ricorso amministrativo, debba ritenersi decorrente dal provvedimento di liquidazione della prestazione. L'orientamento ormai consolidato della S.C. è infatti nel senso che alla presentazione di un ricorso tardivo non può essere riconosciuto l'effetto di posticipare la decorrenza del termine di decadenza ad esso collegato. *"In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali l'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 - come interpretato autenticamente, integrato e modificato dall'art. 6 del D.L. 29 marzo 1991 n. 103, convertito nella legge 1 giugno 1991 n. 166, e dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438 - individua nella "scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo" la soglia oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo, pur restando rilevante ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria non consente lo spostamento in avanti del termine di decadenza. Pertanto, la scadenza dei termini complessivamente previsti per l'esaurimento del procedimento non individua una nuova ed autonoma ipotesi di decadenza, ma completa la gamma delle possibili decorrenze del termine in presenza del presupposto dell'avvenuta presentazione del ricorso amministrativo. Detta scadenza, costituendo il limite estremo di utilità di ricorsi proposti tardivamente, ma pur sempre anteriormente al suo verificarsi, determina anche l'effetto dell'irrilevanza di un ricorso proposto solo successivamente. Essa, in assenza di ricorsi anteriormente presentati e nonostante la presenza di ricorsi proposti successivamente, non determina il "dies a quo" del termine di decadenza dell'azione giudiziaria operando in relazione alla testé descritta eventualità la decorrenza dal dì della maturazione dei singoli ratei di prestazione introdotta dall'art. 6 del D.L. n. 103 del 1991. (Nel caso di specie, relativo ad integrazione al minimo della pensione, dovuta soltanto fino al 30 settembre 1983, la Corte Cass., dando atto di diversi indirizzi giurisprudenziali e procedendo ad una definizione sistematica della materia, ha confermato la sentenza di merito che aveva respinto la richiesta degli assicurati per l'avvenuto decorso del termine decennale di decadenza - applicabile "ratione temporis" - e non aveva ritenuto rilevante la proposizione di ricorso amministrativo al Comitato provinciale dell'Inps, avvenuta tardivamente rispetto ai termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo)" (Cass. Civ. sez. L. n. 6018 del 21 marzo 2005 in CED rv. 580198).*

Nel caso in esame, considerato che avverso il provvedimento di liquidazione

della pensione non risulta proposto alcun ricorso amministrativo tempestivo o entro il termine stabilito per l'esaurimento del relativo procedimento; che a fronte del provvedimento di liquidazione in data 7.8.1996 il ricorso era stato proposto solo il 17.6.2004 a quasi otto anni di distanza; che il ricorso risulta a sua volta proposto solo in data 2.9.2005, ad oltre nove anni dal provvedimento di liquidazione; occorre concludere che in applicazione dei principi esposti, fosse già ampiamente decorso il termine di decadenza.

Rilevato inoltre che pur riguardando prestazioni di natura previdenziale la domanda ha ad oggetto la liquidazione in capitale della quota parte di pensione sulla base dei coefficienti di cui al D.M: 19.2.1981. Avendo dunque ad oggetto prestazioni da erogare in modo unitario e non in ratei, occorre concludere che la decadenza investe l'intera domanda.

Il ricorso va conseguentemente dichiarato improponibile.

Il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla materia giustifica tuttavia l'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali e agli sgravi previsti per zone montane e svantaggiate - Cumulo dei due benefici - Insussistenza.

Tribunale di Viterbo - 27.03/08.10.2007, n. 248 - Dott.ssa Passamonti - A. F. M. s.s. (Avv.ti Festa, Conticelli) - INPS (Avv. Ricci).

Il beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali di cui all'art. 1 del D.L. 30.12.1987 n. 536 convertito in legge n. 48/88 non è cumulabile con gli sgravi contributivi previsti dall'art. 9 della legge n. 67/1988 per i territori ubicati in zone montane e svantaggiate, e dunque i datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze personale subordinato non possono, ai fini del pagamento dei contributi obbligatori, usufruire di entrambi i benefici.

FATTO — L'A. F. M. s.s. in persona di L. C., con ricorso in data 13.08.2001 al Tribunale di Viterbo - giudice del lavoro nei confronti dell'INPS, premesso: di avere nell'ambito del patrimonio in gestione terreni ubicati in zone montane o particolarmente svantaggiate; di avere alle proprie dipendenze personale lavorativo occupato in attività agricola per il quale ha corrisposto dapprima allo SCAU, e successivamente al 1° trimestre 1995 all'INPS la relativa contribuzione, sosteneva sulla base della pronuncia della Corte Costituzionale n. 370/1985 (1) che ha dichiarato l'illegittimità costituzio-

nale degli artt. 8 della l. n. 991/1952 e 7 ed 8 del d. lgs. n. 942/1977 nelle parti specificate, quindi in forza del d.l. n. 536/1987 e della l. n. 67/1988, che secondo l'interpretazione recepita asseriva aver riconosciuto il cumulo dei benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali e degli sgravi contributivi, chiedeva l'accertamento del proprio diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali non riconosciutogli dall'ente di previdenza, con la condanna dell'Istituto al pagamento in suo favore delle somme indebitamente percepite a tale titolo, nei limiti della prescrizione decennale, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Integrato il contraddittorio, l'INPS eccepiva pregiudizialmente la nullità del ricorso per indeterminatezza del *petitum* sia in relazione al lasso temporale in questione, sia in ordine alla base imponibile (non desumibile dalle "modalità di calcolo" in esso indicate), e l'inammissibilità della domanda non essendo stati allegati elementi da cui desumere la sussistenza dei suoi presupposti indefettibili dell'esistenza nel comprensorio dell'azienda di terreni ubicati nelle zone previste dagli interventi sul Mezzogiorno, in zone montane o svantaggiate e di essere quindi destinataria degli eventuali relativi benefici; ancora rilevava l'improcedibilità del ricorso per non essere preventivamente stata presentata domanda amministrativa.

Nel merito chiedeva comunque il rigetto della domanda che assumeva infondata secondo l'interpretazione seguita dalle norme applicabili, secondo la quale sarebbe da escludere il cumulo dei benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali e dei benefici di cui alla l. n. 67/1988, per il principio che regola la materia dell'unicità del trattamento agevolato più favorevole.

In limine con ordinanza del 7.3.2003, ritenuto che la causa non fosse matura per la decisione, occorrendo acquisire ulteriore documentazione da cui desumere che i terreni dell'azienda ricorrente fossero da ritenere ricompresi complessivamente nelle zone di Comunità Montana e/o svantaggiate, sicchè avrebbero diritto ai benefici richiesti, si disponeva che parte ricorrente integrasse i documenti allegati relativi all'azienda agricola ed alla sua ubicazione, anche ai fini dei dati specifici necessari al calcolo delle somme effettivamente dovute.

Ne seguivano diversi rinvii della causa su istanza di parte ricorrente che non ottemperava alla disposta integrazione documentale, quindi ancora su istanza di entrambe le parti che in relazione alla questione di legittimità costituzionale delle norme dalla cui interpretazione dipende la decisione della causa, evidenziavano come la stessa fosse al vaglio del Giudice delle leggi.

All'udienza di discussione del 27.3.2007, la causa è stata decisa come al dispositivo in calce di cui si è data lettura, previo deposito di note scritte.

DIRITTO — Pregiudizialmente vanno respinte le eccezioni di nullità del ricorso, d'inammissibilità e d'improcedibilità della domanda sollevate dall'INPS.

L'atto introduttivo del giudizio contiene infatti il riferimento anzitutto temporale del periodo di dieci anni precedenti l'introduzione della causa, relativamente al quale si chiede il rimborso (nei limiti della prescrizione decennale), sia il riferimento alla base imponibile indicata in ipotesi nell'ambito delle "modalità di calcolo" specificatamente indicate, mentre non può ritenersi necessaria al fine della validità del ricorso, l'iniziale allegazione della dimostrazione della loro esistenza, aspetto che attiene inve-

ce alla fondatezza della domanda.

Per la medesima ragione non appare fondata l'eccezione d'inammissibilità per il difetto di allegazione della prova degli elementi di fatto dalla cui esistenza la legge fa dipendere l'eventuale concessione dei benefici, questione propriamente di merito, da valutarsi pertanto all'esito dell'attività istruttoria.

Non può infine ritenersi necessaria la previa presentazione della domanda in via amministrativa ove, come nella specie, il ricorso tenda ad ottenere il rimborso di somme che si assumono indebitamente versate a titolo di contributi, senza negare il diritto al pagamento degli stessi, ma sul presupposto dell'applicazione di sgravi contributivi asseritamente derivanti dalla legge, sicchè la pretesa oltre che fatta valere dopo l'adempimento delle prestazioni contributive nel loro complesso in via di restituzione, non si configura certamente come diritto autonomo, ma si fonda sulla minor misura che si asserisce dovuta della stessa contribuzione previdenziale già adempiuta, ed alla quale vanno comunque applicati pertanto i principi statuiti dalla Corte di Cassazione SS.UU. n. 23-5/30-7-1996, sempre ribaditi anche in ipotesi analoghe a quella di specie.

Nel merito la domanda è infondata e non può trovare accoglimento, posto che il beneficio della fiscalizzazione secondo la normativa in materia, non può essere riconosciuto alle aziende agricole già ammesse ad usufruire dei benefici di cui alla l. n. 67/1988.

Né può condividersi la censura di incostituzionalità dell'art.1 del d.l. n. 269/2003, nella parte in cui la stessa viene qualificata come interpretativa della legislazione previdente, posto che una lettura costituzionalmente orientata della stessa enunciata con la sentenza della Corte Costituzionale n. 274/2006, ne esclude ogni profilo di illegittimità.

Il principio di unicità del trattamento agevolato viene ravvisato nell'interpretazione recepita dall'INPS nell'art. 9 della l. n. 67/1988, secondo la quale in particolare il comma 6° sta ad indicare che, ai fini del calcolo per applicare lo sgravio del 60% di riduzione dev'essere applicato sull'importo intero dei contributi dovuti. Inoltre le agevolazioni di cui al comma 5° dello stesso articolo, autorizzano i datori di lavoro operanti in zone svantaggiate, uno sgravio del 60% dei contributi, mediante un calcolo in percentuale che riduce i contributi dovuti alla misura del 40%.

Secondo la medesima interpretazione il senso da attribuire alla dizione "non si tiene conto" del comma 6° dell'art. 9 della l. n. 67 dell'11.3.1988, è che essa sia "incompatibile" con le riduzioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 1 del d.l. 30.12.1987 n. 536, convertito nella l. n. 48 del 29.2.1988, in quanto successivamente al decreto legge del dicembre 1987, è intervenuta la disciplina più favorevole per i datori di lavoro agricolo operanti in zona montana o svantaggiata dettata dalla legge n. 67 dell'11.3.88.

Essendo pertanto sopravvenuta una disciplina speciale, più favorevole della precedente sia oggettivamente (per essere più elevata la riduzione dei contributi), sia soggettivamente (essendo più estesa la categoria dei beneficiari), è la seconda che va applicata in sostituzione della precedente.

Detta tesi della non cumulabilità è stata sostenuta dall'INPS fin dall'entrata in vigore della legge n. 67 del 1988, ed applicata talchè le aziende agricole beneficiarie di

uno di tali sgravi non potesse spettare anche l'ulteriore agevolazione della fiscalizzazione del contributo malattia.

Tale essendo l'uniforme applicazione delle norme in esame, è intervenuta la pronuncia della Suprema Corte n. 14227 del 2000 (2), che interpretando diversamente il sesto comma dell'art. 9 della l. n. 67/1988, ha da esso ricavato la regola per cui il beneficio della fiscalizzazione del contributo di malattia è cumulabile con ciascuno degli indicati sgravi contributivi, sicchè le aziende agricole hanno proposto domande per ottenere, come nella specie, la ripetizione delle somme versate a titolo di contributi senza tener conto del cumulo.

In questa situazione di incertezza fra la costante prassi amministrativa e il successivo orientamento giurisprudenziale, il legislatore è intervenuto con l'art. 1 della l. 24.11.2003 n. 326 secondo il quale l'art. 9 comma 6 della l. n. 67/1988 si interpreta nel senso che le agevolazioni di cui al comma 5° dello stesso art. 9 non sono cumulabili con i benefici di cui al comma 1° dell'art. 14 della l. 1.3.1986 n. 64 e al comma 6 dell'art. 1 del d.l. n. 536/1987, convertito con modificazioni nella l. n. 48/88.

Si è in tal modo reso esplicito uno specifico criterio di divieto di cumulo, e tale sopravvenuta disposizione è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale chiamata a valutarne l'efficacia retroattiva o meno e la rispondenza alle norme costituzionali.

Richiamando la precedente pronuncia n. 374 del 2002 (3), la Corte ha affermato che “non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve in principio attenersi - non è stato elevato a dignità costituzionale ...”, e pertanto il legislatore nel rispetto di tale previsione, “...può emanare sia disposizioni di “interpretazione autentica” che determina chiarendola la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti. Ed è quindi proprio sotto l'aspetto del controllo di ragionevolezza che rilevano, simmetricamente la funzione di “interpretazione autentica” che una disposizione sia chiamata a svolgere, ovvero l'idoneità di una disposizione innovativa, a disciplinare con efficacia retroattiva anche situazioni pregresse in deroga al principio per cui la legge non dispone che per l'avvenire. In particolare la norma che deriva dalla legge di “interpretazione autentica” non può ritenersi irragionevole (art. 3, primo comma, Cost) ove si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in esso contenuto, riconoscibile come “una delle possibili letture del testo originario” (sentenze n. 39 e n. 135 del 2006; n. 291 del 2003 e n. 374 del 2002).

Questo accade nella fattispecie in esame perché nella norma interpretata (sesto comma dell'art. 9 della l. n. 67 del 1988) ... il divieto di cumulabilità delle ricordate agevolazioni contributive era appunto, fin dall'inizio una delle possibili letture” contestata subito dall'INPS e contrastata, oltre 10 anni dopo, dall'opposta interpretazione, parimenti non implausibile della Corte di Cassazione...”.

Stante l'effetto retroattivo della ricordata disposizione di cui all'art. 1 della l. n. 326/2003 interpretativa dell'art. 9 comma 6° della l. n. 67/1988, che stabilisce il principio di non cumulabilità secondo l'interpretazione già recepita in sede amministrativa, la domanda deve ritenersi infondata e non può trovare accoglimento.

In punto spese nell'oggettiva incertezza della lite per la sopravvenienza in corso di causa della pronuncia della Corte Costituzionale, si ravvisano giusti motivi per la loro integrale compensazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1986, p. 48

(2) *Idem*, 2001, p. 368

(3) *Idem*, 2002, p. 1145

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali -
Risposta a sondaggio sulla propensione all'acquisto - Espressione della
volontà di acquisto del conduttore - Esclusione.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - 06.06.2007, n. 5374 -
Pres. Capuzzi - Rel. Bottiglieri - P. (Avv. Ridolfi) - INPS e SCIP (Avv.ti
Collina, De Ruvo, Ferrazzoli, Carcavallo) - Ministero dell'Economia e
delle Finanze (Avvocatura Generale dello Stato).

Nell'ambito del procedimento di dismissione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici, non si può considerare manifestazione della volontà di acquisto ex art. 3, comma 20, della legge n. 410 del 2001 la risposta positiva data dal conduttore ad un sondaggio predisposto per conto dell'ente, che si proponeva di acquisire la propensione all'acquisto del bene.

FATTO — Con ricorso notificato in data 7 novembre 2005, depositato il successivo 18 novembre, l'istante, nella qualità di *ex* conduttore di una unità immobiliare di proprietà dell'I.N.P.S., interessata dall'intervento di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico, e dal medesimo acquistata in data 30 ottobre 2003 al prezzo determinato con riferimento al 2003, espone di aver diritto al rimborso della quota di prezzo versato in eccedenza (Euro 85.772,97) rispetto a quello che sarebbe derivato dall'applicazione dei valori di mercato relativi al 1998, o, al più, al 31 ottobre 2001, ai sensi dell'art 3, comma 20, d.l. 351/001, oltre accessori e risarcimento del danno, quest'ultimo anche in via autonoma.

La pretesa è avanzata sulla base della risposta positiva formulata dal ricorrente in data 4 agosto 1998 nell'ambito di un sondaggio predisposto per conto dell'ente proprietario per verificare la eventuale volontà di acquisto degli aventi titolo, che il ricorrente medesimo ritiene, contrariamente a quanto sostenuto dall'amministrazione con i provvedimenti gravati, equiparabile alla manifestazione di volontà come regolata dalla norma invocata, in quanto resa in forma giuridicamente appropriata ad esprimere la volontà del privato.

In subordine, parte ricorrente ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma 20, d.l. 351/01, in riferimento agli artt 3 e 97 Cost.

Si sono costituite in giudizio le intime amministrazioni, che hanno confutato nel merito la fondatezza della ricostruzione operata dalla parte ricorrente.

Con ordinanza 9 dicembre 2005, n. 7168, la domanda cautelare incidentalmente proposta in ricorso è stata respinta.

Tutte le parti costituite hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2007 il gravame è stato, indi, trattenuto per la decisione.

DIRITTO — 1. — Nell'ambito delle operazioni di dismissione dei beni immobili dello Stato e degli enti pubblici, l'odierno ricorrente, nella qualità di conduttore titolare di diritto di opzione, ha acquistato dall'I.N.P.S. in data 30 ottobre 2003 un immobile al prezzo di mercato determinato in riferimento al 2003. Successivamente, ritenendo di aver diritto alla restituzione della quota di prezzo, pari ad Euro 85.772,97, corrisposta in eccedenza rispetto ai prezzi relativi all'anno 1998, o, comunque, al 31 ottobre 2001, ai sensi dell'art. 3, comma 20, d.l. 351/01, per aver manifestato nel termine di legge e con idonee modalità, in data 4 agosto 1998, nell'ambito di un sondaggio predisposto per conto dell'ente proprietario, la propria volontà di acquisto, ha avanzato all'Ente istanza di rimborso a tale titolo.

L'Ente, con i provvedimenti di cui in epigrafe, ha riscontrato negativamente l'istanza, non ritenendo equiparabile la risposta affermativa al sondaggio alla manifestazione di volontà prescritta dalla norma.

Con il ricorso in odierna trattazione il ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, ritenendolo informato a criteri formalistici e foriero di effetti sperequativi ingiustificati per i privati, e ha avanzato ogni conseguente pretesa economica.

2. — Tali pretese si rivelano infondate.

3. — L'interessato ha domandato, in via principale, l'annullamento dei provvedimenti con i quali l'amministrazione ha denegato il rimborso *de quo* e la condanna dell'I.N.P.S. alla restituzione in proprio favore della quota di prezzo ritenuta corrisposta in eccedenza, oltre interessi e rivalutazione monetaria, nonché al risarcimento del danno, pari almeno al medesimo importo, oltre interessi e rivalutazione.

3.1. — Al riguardo, il Collegio osserva quanto segue.

Nell'ambito del programma di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, è stato previsto, nella sussistenza di determinate condizioni, il diritto di opzione all'acquisto a favore dei conduttori delle unità immobiliari.

In particolare, per quanto di interesse nel presente ricorso, l'art. 3, comma 20 del d.l. 25 settembre 2001, n. 351, convertito dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, nel testo risultante dalle modificazioni apportate prima in sede di conversione, poi dal comma 9 dell'art. 26 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 e dal comma 134 dell'art. 3 della l. 24 dicembre 2003, n. 350, ha previsto che *"Le unità immobiliari definitivamente offerte in opzione entro il 26 settembre 2001 sono vendute, anche successivamente al 31 ottobre 2001, al prezzo e alle altre condizioni indicati nell'offerta. Le unità immobiliari, escluse quelle considerate di pregio ai sensi del comma 13, per le quali i conduttori, in assenza della citata offerta in opzione, abbiano manifestato volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001 a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, sono vendute al prezzo e alle condizioni determinati in base alla normativa vigente alla data della predetta manifestazione di volontà di acquisto...."*

Successivamente, l'art. 1 del d.L. 23 febbraio 2004, n. 41, convertito dalla legge 24 aprile 2004, n. 104, ha disposto, al comma 1, che il prezzo di vendita delle unità immobiliari ad uso residenziale ai conduttori che abbiano manifestato, nelle ipotesi e con le modalità previste dal secondo periodo del precitato comma 20, la volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001, è determinato, al momento dell'offerta in opzione e con le modalità di cui al comma 2, sulla base dei valori di mercato del mese di ottobre 2001.

Il comma 3 del medesimo articolo ha esteso, infine, l'applicabilità del meccani-

simo anche per l'ipotesi di immobili ceduti prima dell'entrata in vigore della norma, con conseguente previsione del rimborso della differenza tra il prezzo corrisposto e quello determinato dalla legge.

3.2. — Parte ricorrente, come già narrato, ritiene di trovarsi nelle condizioni previste dalle richiamate norme al fine dell'ottenimento del rimborso, per aver manifestato nel termine di legge e con idonee modalità, in data 4 agosto 1998, nell'ambito di un sondaggio riferibile all'ente proprietario, la propria volontà di acquisto.

L'affermazione, però, si rivela erronea.

3.3. — Il processo di razionalizzazione della gestione del patrimonio pubblico è stato normativamente avviato con il d. lgs. 16 febbraio 1996, n. 104, per conseguire determinati effetti di finanza pubblica.

Per effetto e in esecuzione dell'avvio del processo di dismissione si è determinato un ampio e variegato panorama di iniziative e di procedimenti, caratterizzati da segmentazioni in fasi oggettivamente distinte e soggettivamente riferibili a diversi centri di imputazione, che hanno reso necessari nuovi interventi legislativi di dettaglio, partitamente riepilogate dallo stesso ricorrente.

In tale ambito, per quanto di interesse nel presente giudizio, le norme richiamate al punto 3, ed invocate in ricorso, si sono proposte di dare rilievo al celere raggiungimento degli obiettivi connessi alla dismissione senza pretermettere alcune aspettative private, venutesi a creare nelle more del completamento normativo e procedurale dell'operazione, che sono risultate meritevoli di specifica considerazione e differenziata regolazione, in quanto originate da una solerzia delle trattative che, indipendentemente dalla provenienza dell'impulso pubblico o privato che le ha originate, è risultata comunque coincidente con l'interesse pubblico da perseguire.

Tale regolazione, nelle more della formalizzazione del contratto di cessione, si è sostanziata nella sottrazione dagli effetti dell'aumento dei prezzi di mercato, entro certi limiti, delle fattispecie nelle quali sono sussistenti, come recitano le norme in argomento, "*unità immobiliari definitivamente offerte in opzione*" e "*manifestazione di volontà di acquisto*".

Senza voler addentrarsi in tematiche proprie del diritto civile, che esulano dall'ambito del giudizio all'esame, deve rilevarsi che la fattispecie normativamente così delineata è da ritenersi quella dell'accordo negoziale della compravendita o, quanto meno, della fase immediatamente prodromica, del cui nucleo presenta tutti gli elementi costitutivi.

E ciò nonostante la circostanza che la norma conferisce autonomia ai due fattori, ovvero, in altre parole, che il meccanismo legale non venga riconnesso alla compresenza degli stessi.

Invero, occorre anche considerare che, per parte pubblica, la dismissione è stata disposta in forza di legge e la stessa legge ha rimesso a provvedimenti a carattere generale e la concreta individuazione dei beni che ne costituiscono oggetto e la determinazione del prezzo.

Per parte privata opera, poi, sempre in forza di legge, il diritto di opzione.

Di talché, con il richiamo all'elemento della concreta manifestazione di volontà del privato, si completa una fattispecie, a formazione progressiva, dove sono operanti tutti gli elementi costitutivi dell'accordo negoziale.

Una diversa conclusione si porrebbe in contrasto con il principio di certezza che informa tutto il nostro ordinamento, con l'area dei diritti investita dalla tipologia dei rap-

porti preconizzati dal legislatore, e, in ultima analisi, con le necessità della fase attuativa amministrativa dell'intervento, che essendo preordinato a conseguire previsti effetti di finanza pubblica, non può ritenersi indeterminato nelle sfere di operatività che, come quella in esame, abbiano un riflesso immediato e diretto sulle economie da conseguire.

Può, indi, conclusivamente ritenersi che l'operatività della specifica regolazione in argomento non può che essere indissolubilmente collegata alla ricorrenza di una fattispecie giuridicamente vincolante per le parti, secondo i consueti canoni giuridici, tra cui vengono primariamente qui in rilievo la certezza e la riconoscibilità esterna.

3.2.— I predetti requisiti difettano nella fattispecie all'odierno esame.

La risposta al sondaggio invocata in ricorso è priva di sottoscrizione, e, quindi, di un elemento essenziale al fine della sua configurabilità quale atto giuridicamente esistente e riferibile ad una determinata sfera soggettiva, considerando, vieppiù, le formalità che caratterizzano in generale i rapporti con la pubblica amministrazione e le manifestazioni di volontà propedeutiche ai contratti di compravendita di beni immobili.

Il sondaggio, realizzato non dall'ente proprietario ma solo per conto del medesimo, si proponeva di acquisire la disponibilità non all'acquisto del bene, bensì alla "propensione all'acquisto", dato che, se manifesta la sua significatività nell'area delle rilevazioni di carattere statistico ed economico, per converso non assurge né in assoluto né a termini della richiamata normativa di settore ad elemento del rilevante o del vincolante giuridico, sia civile che amministrativo.

Infine, alla luce degli elementi evidenziati dalla difesa erariale, va denegato che, alla data della risposta al sondaggio (4 agosto 1998), l'immobile in argomento potesse considerarsi definitivamente offerto in opzione come prescritto dalla norma.

Invero, solo successivamente alla disciplina di dettaglio della dismissione (d.l. 351/01), alla apposizione delle modalità e procedure di vendita (decreto interministeriale Economia - Lavoro 21 novembre 2002), all'individuazione dell'immobile (decreto dirigenziale Demanio 31 maggio 2002) ed al trasferimento dello stesso alla S.C.I.P. (decreto dell'amministrazione finanziaria 21 novembre 2002), si è potuti pervenire in data 23 settembre 2003 alla offerta in opzione al ricorrente, cui questi ha successivamente aderito.

L'operato dell'amministrazione nella fattispecie, indi, lungi dal disvelare, come ritiene il ricorrente, una interpretazione formale della norma, risulta improntato a parametri di legittimità e correttezza, e ciò a prescindere da qualsiasi altra eventuale valutazione di segno opposto precedentemente espressa dall'amministrazione sulla questione, cui pure fa riferimento il ricorrente.

4. — In via subordinata, parte ricorrente ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma 20, d.l. 351/01, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui ha introdotto a carico dei conduttori un termine per la comunicazione formale della volontà di acquisto degli immobili che alla data di entrata in vigore della legge era già decorso, senza, al contempo, introdurre un nuovo termine o far salve le manifestazioni di volontà già espresse in altra forma.

Il Collegio non rinviene la sussistenza di dubbi inerenti la costituzionalità del meccanismo legale *de quo*.

Come sin qui osservato, le previsioni di cui trattasi non hanno inteso regolare una fattispecie astratta, ed, in quanto tale, indeterminata e generica, ovvero di futura realizzazione, bensì hanno inteso differenziare, *rebus sic stantibus*, situazioni già definite.

Siffatta tipologia di norme è propria e legittima di quegli ambiti nei quali, come quello in esame, per effetto della stratificazione delle leggi, la regolazione non sempre può assumere natura preventiva rispetto ai fenomeni che ne costituiscono oggetto e non ha come presupposto l'identità di situazioni cui far corrispondere l'uniformità delle prescrizioni.

La mancata introduzione di un nuovo termine non viola, pertanto, l'ambito di discrezionalità legislativa.

L'elemento della salvezza delle manifestazioni di volontà già espresse in altra forma non appare, invece, proprio del meccanismo prescelto dal legislatore, come pure sopra chiarito.

5. — In via ulteriormente subordinata, parte ricorrente ha rappresentato che la mancata applicazione della norma di favore sarebbe riconducibile esclusivamente all'inefficienza degli enti preposti alla sua attuazione, di talché sussisterebbe, in ogni caso, il diritto alla restituzione, a titolo di risarcimento del danno, della maggior quota di prezzo corrisposta.

Anche tale pretesa va denegata per le medesime motivazioni sin qui espresse in ordine alla insussistenza in capo al ricorrente delle condizioni costitutive del diritto al rimborso, ed in forza dei segmenti procedurali dell'intervento di dismissione riepilogati dall'I.N.P.S., che non evidenziano alcuna colpevole inerzia da parte dell'Istituto.

Merita solo di essere precisato, in uno con la difesa dell'Istituto, che la vendita dell'immobile già di proprietà del ricorrente, effettuata al fine del successivo acquisto dell'immobile di cui al presente giudizio, integrando le condizioni richieste dalla legge per l'accesso alla cartolarizzazione, si profila quale elemento del tutto neutro nella questione all'esame.

6. — Per quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

Stante la novità della questione all'esame, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti costituite le spese di giudizio.

(Omissis)

Pubblica amministrazione - Diritto d'accesso - Verbalis ispettivi - Dichiarazioni dei lavoratori - Limiti.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. Brescia - 08/09.11.2007 n. 1165 - Pres. Scognamiglio - Est. Mielli - I. T. spa (Avv.ti Amato, Cristini) - INPS (Avv.ti Tagliente, Corra, Guerrera) - B. P.

Il datore di lavoro ha diritto all'accesso agli atti riservati, nella specie le dichiarazioni dei lavoratori rilasciate nell'ambito di un accesso ispettivo, quando il loro esame sia necessario per difendere i suoi interessi giuridici, limitatamente alla forma debole della "visione" e con esclusione della possibilità di estrarre copia.

FATTO e DIRITTO — Considerando:

- che con ricorso notificato il 27 luglio 2007 e depositato il 3 agosto 2007 la Società ricorrente propone ricorso avverso il silenzio serbato dall'INPS di Brescia rispetto all'istanza di accesso presentata con lettera del 5 giugno 2007;

- che oggetto dell'istanza era la richiesta di prendere visione ed estrarre copia della documentazione relativa a due dipendenti consegnata agli ispettori di vigilanza dell'Istituto in relazione all'accertamento svolto in data 15 maggio 2007, nonché le dichiarazioni dai medesimi rilasciate;

- che detta richiesta è espressamente motivata in relazione alla necessità di difendere in giudizio i propri interessi;

- che l'Inps si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso ed invocando quale elemento ostativo alla richiesta di accesso il proprio regolamento emanato con determinazione del Commissario straordinario n. 1951 del 16 febbraio 1994 il cui allegato A, ai punti 9 e 12, sottrae all'accesso determinate categorie di atti per tutelare la riservatezza dei lavoratori;

Ritenuto:

- che costituisce ormai *ius receptum* (che, per la sua condivisibilità esime da un'approfondita ed analitica argomentazione giustificativa) il principio per cui deve ritenersi illegittimo il diniego dell'Inps di consentire, al datore di lavoro, l'accesso alle dichiarazioni rese dal lavoratore e riportate in un verbale ispettivo, atteso che - quand'anche l'art. 17 del regolamento Inps qualifichi tali dichiarazioni come atti "riservati" ai sensi dell'art. 8 d.p.r. 27 giugno 1992 n. 352 - in base allo stesso art. 8 e in base all'art. 24 l. 7 agosto 1990 n. 241 il datore di lavoro ha diritto all'accesso agli atti riservati (se pur nella forma debole della "visione" e con esclusione della possibilità di estrarre copia), quando il loro esame sia necessario, come nel caso all'esame, per difendere i suoi interessi giuridici (in termini, cfr. Tar Campania, Salerno, Sez. I, 04 novembre 2004, n. 1959; Tar Veneto, Sez. III, 14 maggio 2003, n. 2760; Tar Basilicata, 14 novembre 2002, n. 797; Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5110);

- che il ricorso merita pertanto di essere accolto facendo ordine alla locale direzione dell'Inps di consentire la visione dei documenti richiesti;

- che le spese, in ragione della natura degli interessi coinvolti, possono essere compensate.

(*Omissis*)

Impiego pubblico - *Ex* dipendente Cassa mutua - Trattamento *ex* art. 15, comma 1, L. n. 88/1989 - "Clausola oro" - Inapplicabilità.

Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, 07/30.03.2007, n. 440 - Pres. Sammarco - Est. Ranalli - P. (Avv. Ciancia) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Valente).

L'art. 15, comma 1, della l. n. 88/1989, ed il conseguente diritto ad invocare la ridefinizione del trattamento pensionistico (cd. clausola oro), non trova applicazione nei confronti degli ex dipendenti delle Casse mutue che non abbiano proseguito il proprio rapporto di lavoro transitando nei ruoli dell'Istituto previdenziale, avendo cessato il proprio rapporto di lavoro anteriormente alla data del 28.3.1989.

FATTO — I. — Il dott. A. P., dipendente della disciolta Cassa mutua provinciale di malattia per i coltivatori diretti di Ancona, è stato collocato in quiescenza in data 31.12.1977.

Con note del 7.7.1991 e del 22.7.1992 ha, rispettivamente, chiesto alla Gestione speciale della Cassa ed all'INPS l'applicazione dell'art. 15, I comma, della legge 9 marzo 1989 n.88, cioè l'estensione a suo favore del trattamento economico e giuridico degli ispettori generali e dei direttori generali di cui all'art 61 del D.P.R. 30 giugno 1972 n.748, in quanto la sua ex qualifica di Capo ufficio superiore acquisita il 1.7.1972 aveva determinato dal 30.12.1975 l'attribuzione della qualifica di Dirigente di I livello.

Non essendosi a ciò provveduto, per l'accertamento del rivendicato diritto ha adito il Pretore di Ancona in funzione di Giudice del lavoro, che, però, con sentenza 15.15.1998 n.190 ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

Con il ricorso in epigrafe indicato, notificato l'8.9.2000 e depositato il 21 successivo, ha quindi adito questo Tribunale chiedendo l'accertamento del diritto al trattamento economico e giuridico dell'Ispettore generale ai sensi, appunto, dell'art. 15 della legge n.88/1989, con conseguente condanna dell'INPS, quale gestore del Fondo di Previdenza del personale della ex Cassa Mutua Coltivatori Diretti, a rideterminare il suo trattamento pensionistico ed a pagare le maggiori somme dovute, con interessi e rivalutazione, deducendo a sostegno della domanda che la qualifica di collaboratore in possesso al momento del pensionamento, sebbene attribuitagli a seguito di una sentenza del Consiglio di Stato (recto: della sentenza 8.7.1981 n.420 del TAR Marche) deve intendersi superata ai sensi dell'art. 21 del D.P.R. n. 267/1987, come risulta dall'allegato prospetto di riliquidazione della pensione e che la legge n.88/1989, sebbene riferita alla ristrutturazione dell'INPS e dell'INAIL, non può che applicarsi a tutto il personale disciplinato dalla legge n. 70/1975.

La difesa dell'INPS, con memorie depositate il 12 ed il 19.2.2007:

- ha eccepito il difetto di giurisdizione del Tribunale amministrativo, trattandosi di vertenza connessa al rapporto previdenziale;

- ha eccepito la carenza di legittimazione passiva dell'INPS, essendo l'Istituto estraneo al rapporto di impiego con la Cassa ed essendo la relativa gestione liquidatoria confluita nel Ministero del Tesoro, mentre l'INPS amministra unicamente la gestione speciale e ad esaurimento dei relativi trattamenti previdenziali, nè il ricorrente ha posto a fondamento della domanda una eventuale "clausola oro" vigente per i trattamenti pensionistici della Cassa;

- in subordine, l'infondatezza nel merito del ricorso, attesa l'inapplicabilità dell'art.15 della legge n.88/1989 al personale cessato dal servizio prima della sua entrata in vigore e, comunque, l'avvenuto inquadramento del ricorrente come collaboratore a seguito della sentenza n.420/1981 di questo Tribunale, di cui è stata chiesta l'acquisizione d'ufficio.

Nel frattempo, il Tribunale di Ancona con sentenza 11.6.2001 n.678 ha respinto l'appello proposto avverso al sentenza n. 195/1998 del Pretore del lavoro di Ancona.

La difesa del ricorrente, con memoria depositata il 24.2.2007, ha insistito per l'accoglimento del ricorso, replicando all'ulteriore eccezione di difetto di giurisdizione ed al difetto di legittimazione passiva dell'INPS, chiedendo, in subordine l'integrazione del contraddittorio nei confronti della gestione liquidatoria della ex Cassa, e ribadendo, nel merito, il suo diritto al rivendicato trattamento pensionistico anche ai sensi della c.d. clausola oro, cioè l'art. 30 del regolamento interno della Cassa.

DIRITTO - II. — Collegio rileva, preliminarmente, che la rideterminazione del trattamento pensionistico a favore del ricorrente è stata chiesta con il ricorso in esame in evidente conseguenza del suo diritto all'applicazione dell'art 15, I comma, della legge 9 marzo 1989 n.88, cioè l'estensione a suo favore del trattamento economico e giuridico degli ispettori generali e dei direttori generali di cui all'art. 61 del d.P.R. 30 giugno 1972 n.748, in quanto la sua ex qualifica di Capo ufficio superiore acquisita il 1.7.1972 aveva determinato dal 30.12.1975 l'attribuzione della qualifica di Dirigente di I livello.

L'applicazione dell'art. 15 della legge n.88/1989 è, quindi, il necessario e preliminare presupposto del conseguente trattamento pensionistico ai sensi della cd. clausola oro e l'esame di questo presupposto, in quanto attinente al suo rapporto di impiego con la disciolta Cassa, appartiene alla giurisdizione amministrativa : l'eccezione all'uopo formulata dalla difesa dell'INPS è, dunque, infondata.

Nel merito, rileva però il Collegio:

- che il ricorrente è stato collocato in quiescenza il 31.12.1977, cioè senza proseguire con l'INPS il proprio rapporto di impiego (ben diverso dal rapporto previdenziale);

- che, di conseguenza, alla preliminare applicazione dell'art 15 della legge n. 88/1989 non deve affatto provvedere l'INPS (non essendo stato, appunto, il ricorrente un suo dipendente), ma (eventualmente) il Ministero del Tesoro, cui è stata affidata dall'art. 77 della legge n. 833/1978 la gestione liquidatoria della disciolta Cassa mutua;

- che il citato art.15, I comma, della legge n. 88/1989 si applica solo a favore del personale in servizio al 28 marzo 1989, data di sua entrata in vigore, come più volte chiarito dalla giurisprudenza (v. si Cons. Stato, Sez. VI: 14 marzo 2000 n.1350; 16 febbraio 2001 n.839; 13 maggio 2002 n.2546; 19 agosto 2002 n.4185; 25 luglio 2003 n.4269);

- che a causa dell'avvenuto scioglimento della Cassa mutua di che trattasi in data di gran lunga antecedente all'entrata in vigore della legge n.88/1989 e, quindi, a causa dell'assenza di personale ancora in servizio alle sue dipendenze, a carico della Cassa stessa non è più configurabile alcun obbligo di applicazione dell'art. 15 della legge n.88/1989;

- che, di conseguenza e proprio perché l'applicazione della c.d. clausola oro del trattamento pensionistico presuppone l'effettivo miglioramento retributivo del personale in servizio, l'art. 30 del regolamento interno della ex Cassa neppure è più applicabile, nè, ovviamente, è applicabile, l'analoga disposizione sulla clausola oro interna all'INPS, in quanto il ricorrente non è stato un suo dipendente e ciò a prescindere dalla fatto che nel ricorso neppure è stata espressamente chiesta l'applicazione, o dedotta la violazione, della suddetta clausola oro, essendo ciò avvenuto solo con la successiva memoria, però non notificata.

Il ricorso va, dunque, respinto in quanto infondato.

Sussistono motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

(*Omissis*)

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale
Università degli studi di Udine

**SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
11 dicembre 2007**

“Trasporti marittimi - Diritto di stabilimento - Diritti fondamentali - Obiettivi della politica sociale comunitaria - Azione collettiva di un’organizzazione sindacale contro un’impresa privata - Contratto collettivo in grado di dissuadere un’impresa dal registrare una nave con la bandiera di un altro Stato membro”.

Nel procedimento C-438/05, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Regno Unito) con decisione 23 novembre 2005, pervenuta in cancelleria il 6 dicembre 2005, nella causa *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union* contro *Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*.

(*omissis*)

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l’interpretazione, da un lato, dell’art. 43 CE e, dall’altro, del regolamento (CEE) del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 4055, che applica il principio della libera prestazione dei servizi ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi (GU L 378, pag. 1).

2. La domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia tra la *International Transport Workers’ Federation* (Federazione internazionale dei lavoratori

(1) I testi delle sentenze riportate nell’Osservatorio sono reperibili gratuitamente, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.eu.int. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella *“Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado”*.

dei trasporti; in prosieguo: la "ITF") e la Finnish Seamen's Union (Suomen Merimies-Unioni ry, Sindacato finlandese dei marittimi; in prosieguo: la "FSU"), da un lato, e la Viking Line ABP (in prosieguo: la "Viking") e la sua controllata OÜ Viking Line Eesti (in prosieguo: la "Viking Eesti"), dall'altro, in relazione ad un'azione collettiva e alla minaccia di tale azione in grado di dissuadere la Viking dall'abbandonare la bandiera finlandese di una delle sue navi per registrare la stessa con la bandiera di un altro Stato membro.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3. L'art. 1, n. 1, del regolamento n. 4055/86 prevede quanto segue:

"La libera prestazione dei servizi di trasporto marittimo tra Stati membri e tra Stati membri e paesi terzi è applicabile ai cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario dei servizi".

Normativa nazionale

4. Risulta dalla decisione di rinvio che l'art. 13 della costituzione finlandese, che riconosce a chiunque il diritto di costituire organizzazioni nell'ambito di una professione, nonché la libertà di organizzarsi per la tutela di altri interessi, è stato interpretato nel senso che esso consente ai sindacati di intraprendere azioni collettive nei confronti di società per la tutela degli interessi dei lavoratori.

5. Tuttavia, in Finlandia il diritto di sciopero è soggetto a talune limitazioni. In tal senso, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di tale Stato, esso non può essere esercitato, in particolare, nel caso di sciopero contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o dal diritto comunitario.

Causa principale e questioni pregiudiziali

6. La Viking, società di diritto finlandese, è un importante operatore di traghetti. Essa gestisce sette navi, tra le quali il Rosella, che garantisce, battendo bandiera finlandese, il collegamento marittimo tra Tallin (Estonia) e Helsinki (Finlandia).

7. La FSU è un sindacato finlandese di marittimi che conta circa 10 000 membri. I componenti dell'equipaggio del Rosella sono iscritti a tale sindacato. La FSU è affiliata alla ITF, una federazione internazionale di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti, la cui sede si trova a Londra (Regno Unito). La ITF raggruppa 600 sindacati, aventi sede in 140 Stati diversi.

8. Risulta dalla decisione di rinvio che una delle principali politiche perseguite dalla ITF è la sua campagna di lotta contro le bandiere di convenienza. Gli obiettivi principali di tale politica sono, da un lato, la fissazione di un legame sostanziale tra la bandiera di una nave e la nazionalità del suo proprietario nonché, dall'altro lato, la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro degli equipaggi delle navi battenti una bandiera di convenienza. La ITF ritiene che una nave sia registrata con una ban-

diera di convenienza qualora la proprietà effettiva e il controllo della nave si collochino in uno Stato diverso da quello della bandiera con la quale la nave è stata immatricolata. Soltanto i sindacati dello Stato in cui si trova il proprietario effettivo di una nave hanno, secondo la politica della ITF, il diritto di concludere contratti collettivi relativi a tale nave. La campagna di lotta contro le bandiere di convenienza si concretizza in boicottaggi e altre azioni di solidarietà tra lavoratori.

9. Finché il Rosella batte bandiera finlandese, la Viking è tenuta, ai sensi del diritto finlandese e del vigente contratto collettivo di lavoro, a pagare all'equipaggio retribuzioni di livello identico a quelle riconosciute in Finlandia. Ebbene, le retribuzioni pagate agli equipaggi estoni sono invece inferiori a quelle di cui godono gli equipaggi finlandesi. Il Rosella ha operato in perdita, a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori. Anziché cedere la nave, la Viking ha progettato, nel mese di ottobre del 2003, di cambiarne la bandiera, registrandola in Estonia o in Norvegia, così da poter concludere un nuovo contratto collettivo con un sindacato avente sede in uno dei due Stati in questione.

10. Ai sensi del diritto finlandese, la Viking ha comunicato il progetto alla FSU e all'equipaggio del Rosella. In occasione di taluni incontri tra le parti, la FSU ha chiaramente manifestato la propria opposizione al progetto.

11. Il 4 novembre 2003 la FSU ha inviato alla ITF un messaggio elettronico per informarla del progetto di cambiamento di bandiera del Rosella. Il messaggio indicava inoltre che "la proprietà effettiva del Rosella si trova in Finlandia, conservando dunque la FSU il diritto di contrattare con la Viking". La FSU ha chiesto alla ITF di comunicare tali informazioni a tutti i sindacati affiliati, invitandoli a non trattare con la Viking.

12. Il 6 novembre 2003 la ITF ha inviato una circolare (in prosieguo: la "circolare ITF") ai propri affiliati, ordinando loro di non avviare trattative con la Viking o con la Viking Eesti; era presumibile che i sindacati affiliati si sarebbero conformati a tale raccomandazione a causa del principio di solidarietà tra sindacati e del rischio che venga loro inflitta una sanzione nel caso di inosservanza della citata circolare.

13. L'accordo relativo all'equipaggio del Rosella è scaduto il 17 novembre 2003, così che la FSU, a partire da tale data, non era più soggetta all'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese. Essa ha pertanto annunciato uno sciopero, chiedendo alla Viking, da un lato, di incrementare l'equipaggio del Rosella di otto persone e, dall'altro, di rinunciare al suo progetto di cambiamento di bandiera della nave.

14. La Viking ha concesso gli otto membri supplementari di equipaggio, rifiutandosi però di rinunciare al suo progetto.

15. La FSU, non essendo però disposta ad acconsentire al rinnovo dell'accordo relativo all'equipaggio, con lettera del 18 novembre 2003 ha affermato che avrebbe accettato tale rinnovo solo alla duplice condizione che, da un lato, la Viking si impegnasse, indipendentemente da un eventuale cambiamento di bandiera del Rosella, a continuare a rispettare il diritto finlandese, il contratto collettivo di lavoro vigente, l'accordo generale nonché quello relativo all'equipaggio imbarcato sulla nave e che, dall'altro lato, l'eventuale cambiamento di bandiera non comportasse licenziamenti di dipendenti impiegati a bordo di una delle navi battenti bandiera finlandese di proprietà di tale compagnia né modifiche, senza l'accordo di dipendenti, delle condizioni di

lavoro. In una serie di comunicati stampa, la FSU ha giustificato la propria posizione con la necessità di tutelare i posti di lavoro finlandesi.

16. Il 17 novembre 2003 la Viking si è rivolta al giudice del lavoro (Finlandia) per far dichiarare che, contrariamente a quanto sostenuto dalla FSU, l'accordo relativo all'equipaggio continuava a vincolare le parti. Fondandosi sulla propria tesi secondo cui tale accordo era giunto a scadenza, la FSU ha annunciato, ai sensi della legge finlandese sulla mediazione nei conflitti sociali, la propria intenzione di avviare, in data 2 dicembre 2003, uno sciopero relativo al Rosella.

17. Il 24 novembre 2003 la Viking ha appreso dell'esistenza della circolare ITF. Il giorno seguente essa ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado di Helsinki (Finlandia) al fine di far vietare lo sciopero annunciato dalla FSU. Il giudice del lavoro ha aggiornato il procedimento al 2 dicembre 2003.

18. Secondo il giudice del rinvio, la FSU era pienamente consapevole del fatto che la sua rivendicazione principale, in base alla quale, in caso di cambiamento di bandiera, l'equipaggio doveva continuare ad essere impiegato alle condizioni previste dal diritto finlandese e dal contratto collettivo vigente, vanificava il cambiamento di bandiera, poiché questo aveva l'obiettivo essenziale di consentire alla Viking di ridurre i suoi costi salariali. Inoltre, la registrazione del Rosella con bandiera estone avrebbe avuto la conseguenza di impedire alla Viking, almeno per quanto riguarda il Rosella, di beneficiare degli aiuti di Stato concessi dal governo finlandese alle navi battenti la sua bandiera.

19. Nell'ambito di una procedura di conciliazione la Viking si è impegnata, in un primo tempo, a far sì che il cambiamento di bandiera non comportasse alcun licenziamento. Avendo tuttavia la FSU rifiutato di rinunciare allo sciopero, il 2 dicembre 2003 la Viking ha posto termine alla controversia accettando le rivendicazioni di tale sindacato e abbandonando l'azione giudiziaria. Essa si è peraltro impegnata a non avviare la procedura per il cambiamento di bandiera prima del 28 febbraio 2005.

20. Il 1° maggio 2004 la Repubblica di Estonia è entrata nell'Unione europea.

21. Continuando il Rosella ad operare in perdita, la Viking ha mantenuto la propria intenzione di registrare tale nave con bandiera estone. Poiché la circolare ITF è rimasta in vigore, non essendo mai stata revocata dalla ITF stessa, la richiesta inviata da quest'ultima ai sindacati affiliati relativamente al Rosella è rimasta operante.

22. Il 18 agosto 2004 la Viking ha proposto dinanzi alla High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Commercial Court) (Regno Unito), un ricorso finalizzato a far accertare la contrarietà dell'azione della ITF e della FSU all'art. 43 CE, nonché a far ordinare la revoca della circolare ITF e a far ingiungere alla FSU di non ostacolare i diritti spettanti alla Viking ai sensi dell'ordinamento comunitario.

23. Con decisione 16 giugno 2005 detto giudice ha accolto la domanda della Viking, ritenendo che l'azione collettiva e le minacce di azione collettiva della ITF e della FSU creassero restrizioni alla libertà di stabilimento contrastanti con l'art. 43 CE e, in subordine, costituissero restrizioni illegittime alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 39 CE e 49 CE.

24. Il 30 giugno 2005 la ITF e la FSU hanno impugnato tale decisione dinanzi al giudice del rinvio. A sostegno del proprio ricorso esse hanno in particolare sostenuto

che il diritto dei sindacati di avviare un'azione collettiva per tutelare posti di lavoro costituisce un diritto fondamentale riconosciuto dal titolo XI del Trattato CE, in particolare dall'art. 136 CE, il cui primo comma prevede che "[I]a Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione".

25. Il richiamo, nella disposizione citata, alla Carta sociale europea e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori comporterebbe infatti un riferimento al diritto di sciopero riconosciuto da tali strumenti giuridici. I sindacati avrebbero dunque il diritto di intraprendere un'azione collettiva nei confronti di un datore di lavoro stabilito in uno Stato membro al fine di dissuaderlo dal trasferire tutta o parte della sua impresa in un altro Stato membro.

26. Si porrebbe dunque il problema di determinare se il Trattato intenda vietare un'azione sindacale nel caso in cui la stessa abbia lo scopo di impedire ad un datore di lavoro di avvalersi, per ragioni economiche, della libertà di stabilimento. Ebbene, per analogia con quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito del titolo VI del Trattato (sentenze 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, Racc. pag. I-5751; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. pag. I-6451, e 21 settembre 2000, causa C-222/98, van der Woude, Racc. pag. I-7111), il titolo III del Trattato e gli articoli dello stesso relativi alla libera circolazione delle persone e dei servizi non sarebbero applicabili alle "autentiche attività sindacali".

27. In tale contesto, ritenendo che la soluzione della controversia ad essa sottoposta dipenda dall'interpretazione del diritto comunitario, la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

“Ambito di applicazione delle disposizioni in materia di libera circolazione”

1) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quella di un altro Stato membro, tale azione esuli dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE e/o del regolamento n. 4055/86 a norma della politica sociale CE, che include tra l'altro il titolo XI del Trattato CE e, in particolare, per analogia con la motivazione della Corte nella sentenza (...) Albany [cit.], punti 52-64.

Effetto diretto orizzontale

2) Se l'art. 43 CE e/o il regolamento n. 4055/86 abbiano un effetto diretto orizzontale conferendo a un'impresa privata diritti invocabili nei confronti di un altro sog-

getto privato e, in particolare, di un sindacato o di un'associazione di sindacati in rapporto a un'azione collettiva da parte di tale sindacato o associazione di sindacati.

Esistenza di restrizioni alla libera circolazione

3) Se, qualora un sindacato o un'associazione di sindacati intraprenda un'azione collettiva contro un'impresa privata al fine di indurre tale impresa a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato che ha sede in un particolare Stato membro, avente l'effetto di rendere inutile per tale impresa cambiare a una sua nave la bandiera, per assumere quella di un altro Stato membro, tale azione costituisca una restrizione ai fini dell'art. 43 CE e/o del regolamento n. 4055/86.

4) Se la politica di un'associazione di sindacati, secondo la quale le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati nel paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi in rapporto a tale nave, costituisca una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86.

5) Se, per stabilire se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati sia una restrizione direttamente discriminatoria, indirettamente discriminatoria o non discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86, sia rilevante l'intenzione soggettiva del sindacato che intraprende l'azione o se il giudice nazionale debba risolvere la questione riferendosi unicamente agli effetti obiettivi dell'azione stessa.

Stabilimento / Servizi

6) Qualora una società madre sia stabilita nello Stato membro A e intenda porre in essere un atto di stabilimento facendo battere a una sua nave la bandiera dello Stato membro B per farla gestire in tale Stato da una società controllata al 100%, società che è soggetta alla direzione e al controllo della società madre,

a) se l'azione collettiva minacciata o attuale da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, intesa a rendere inutile l'atto di cui sopra, possa costituire una restrizione al diritto di stabilimento della società madre ai sensi dell'art. 43 CE, e

b) se, dopo il cambiamento di bandiera della nave, la controllata abbia il diritto di fondarsi sul regolamento n. 4055/86 per quanto riguarda la prestazione di servizi da parte sua dallo Stato membro B verso lo Stato membro A.

Giustificazione

Discriminazione diretta

7) Se un'azione collettiva da parte di un sindacato o di un'associazione di sindacati, qualora costituisca una restrizione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 43 CE o del regolamento n. 4055/86, possa in linea di principio essere giustificata sul fondamento dell'eccezione di ordine pubblico di cui all'art. 46 CE:

a) perché intraprendere un'azione collettiva (compreso lo sciopero) è un diritto fondamentale tutelato dal diritto comunitario; e/o

b) per ragioni di tutela dei lavoratori.

Politica della ITF: giustificazione oggettiva

8) Se l'attuazione della politica di un'associazione secondo cui le navi devono battere la bandiera del paese in cui sono situati la proprietà effettiva e il controllo della nave, cosicché i sindacati del paese della proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi di lavoro in rapporto a tale nave, rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale ad intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificata, appropriata, proporzionata e conforme al principio del riconoscimento reciproco.

Azioni della FSU: giustificazione obiettiva

9) Qualora:

- una società madre stabilita nello Stato membro A sia proprietaria di una nave battente bandiera dello Stato membro A e presti servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B usando tale nave;

- la società madre intenda far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B per applicare condizioni di impiego inferiori a quelle dello Stato membro A;

- la società madre nello Stato membro A sia proprietaria al 100% di una controllata nello Stato membro B e la controllata sia soggetta alla sua direzione e al suo controllo;

- sia previsto che la controllata gestisca la nave una volta che questa batta la bandiera dello Stato membro B con un equipaggio assunto nello Stato membro B, coperto da un contratto collettivo di lavoro negoziato con un sindacato affiliato alla ITF nello Stato membro B;

- la nave debba restare nella proprietà effettiva della società madre e debba essere noleggiata a scafo nudo alla controllata;

- la nave debba continuare a prestare servizi di traghetto tra lo Stato membro A e lo Stato membro B ad un ritmo giornaliero;

- un sindacato stabilito nello Stato membro A intraprenda un'azione collettiva allo scopo di indurre la società madre e/o la controllata a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro che applichi all'equipaggio della nave condizioni accettabili per il sindacato nello Stato membro A anche dopo il cambiamento di bandiera e che abbia l'effetto di rendere inutile per la società madre far battere alla nave la bandiera dello Stato membro B,

se tale sciopero collettivo rappresenti il giusto equilibrio tra il diritto sociale fondamentale di intraprendere un'azione collettiva, da un lato, e la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, dall'altro, e se sia obiettivamente giustificato, appropriato, proporzionato e conforme al principio del riconoscimento reciproco.

10) Se sia in grado di produrre alcuna differenza rispetto alla soluzione della questione n. 9 la circostanza che la società madre si sia impegnata dinanzi a un giudice, per suo conto e per conto di tutte le società del medesimo gruppo, nel senso che le stesse non porranno fine, per effetto del cambiamento di bandiera, al rapporto di lavoro di alcuna persona da esse occupata (impegno che non richiedeva il rinnovo di contratti

dei lavoro di breve durata e non impediva il reimpiego di qualsiasi dipendente a condizioni equivalenti)".

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

(*Omissis*) le questioni poste dal giudice del rinvio devono essere risolte solo nella parte relativa all'interpretazione dell'art. 43 CE.

Sulla prima questione

32. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 CE debba essere interpretato nel senso che esula dal suo ambito di applicazione un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia in grado di dissuadere la stessa dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

33. Si deve in proposito ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, gli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, Racc. pag. 1405, punto 17; 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, Racc. pag. 1333, punto 17; Bosman, cit., punto 82; 11 aprile 2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, Deliège, Racc. pag. I-2549, punto 47; 6 giugno 2000, causa C-281/98, Angonese, Racc. pag. I-4139, punto 31, e 19 febbraio 2002, causa C-309/99, Wouters e a., Racc. pag. I-1577, punto 120).

34. Dal momento che le condizioni di lavoro nei vari Stati membri sono disciplinate sia mediante disposizioni legislative o regolamentari, sia mediante contratti collettivi e altri atti conclusi o adottati da soggetti privati, una limitazione dei divieti previsti da tali articoli agli atti delle autorità pubbliche rischierebbe di creare inuguaglianze nell'applicazione degli stessi (v., per analogia, citate sentenze Walrave e Koch, punto 19; Bosman, punto 84, e Angonese, punto 33).

35. Nella fattispecie, si deve rilevare, da un lato, che l'organizzazione di azioni collettive da parte dei sindacati dei lavoratori deve essere considerata come rientrante nell'autonomia giuridica di cui tali enti, che non sono di diritto pubblico, dispongono grazie alla libertà sindacale loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.

36. D'altra parte, come rilevano la FSU e la ITF, azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, le quali possono costituire l'ultima risorsa a disposizione delle organizzazioni sindacali per condurre a buon fine le proprie rivendicazioni volte a disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, devono essere considerate inscindibilmente connesse al contratto collettivo del quale la FSU cerca di ottenere la sottoscrizione.

37. Ne consegue che azioni collettive come quelle indicate nella prima questione pregiudiziale sollevata dal giudice del rinvio rientrano, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 CE.

38. Questa conclusione non è rimessa in discussione dai vari argomenti dedotti dalla FSU, dalla ITF e da taluni degli Stati membri che hanno presentato alla Corte osservazioni a sostegno della posizione opposta a quella indicata nel punto precedente.

39. In primo luogo, il governo danese sostiene che il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulano dall'ambito di applicazione della libertà fondamentale di cui all'art. 43 CE, dal momento che, ai sensi dell'art. 137, n. 5, CE, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tali diritti.

40. Si deve in proposito ricordare che, sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario (v. per analogia, per quanto riguarda l'ambito della previdenza sociale, sentenze 28 aprile 1998, causa C-120/95, Decker, Racc. pag. I-1831, punti 22 e 23, e causa C-158/96, Kohll, Racc. pag. I-1931, punti 18 e 19; per quanto riguarda la fiscalità diretta, sentenze 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, Racc. pag. I-2229, punto 21, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 29).

41. Di conseguenza, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale all'applicazione dell'art. 43 CE.

42. Inoltre, secondo le osservazioni dei governi danese e svedese, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, costituirebbe un diritto fondamentale, sottratto, in quanto tale, all'applicazione dell'art. 43 CE.

43. Si deve in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, è riconosciuto sia da svariati strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito, come la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961, peraltro esplicitamente ricordata all'art. 136 CE, e la convenzione n. 87 del 9 luglio 1948, relativa alla libertà sindacale e alla tutela del diritto sindacale, adottata dall'Organizzazione internazionale del lavoro, sia da strumenti elaborati dai citati Stati membri a livello comunitario o nell'ambito dell'Unione europea, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata in occasione della riunione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, a sua volta ricordata all'art. 136 CE, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1).

44. Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Peraltro, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, secondo la normativa finlandese il diritto di sciopero non può essere esercitato, in particolare, nel caso in cui lo sciopero sarebbe contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o comunitario.

45. A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, Racc. pag. I-9609, punto 35).

46. Tuttavia, nelle citate sentenze Schmidberger e Omega la Corte ha affermato che l'esercizio dei diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, e ha dichiarato che tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36).

47. Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive in questione nella causa principale dall'ambito di applicazione dell'art. 43 CE.

48. Infine, la FSU e la ITF sostengono che il ragionamento seguito dalla Corte nella citata sentenza Albany deve essere applicato per analogia nella causa principale, dal momento che talune restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi sono inevitabilmente connesse alle azioni collettive intraprese nell'ambito di una contrattazione collettiva.

49. Occorre a tale proposito ricordare che, al punto 59 della citata sentenza Albany, la Corte, dopo aver rilevato che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, ha tuttavia affermato che gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 81, n. 1, CE) nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro.

50. La Corte ne ha dedotto, al punto 60 della citata sentenza Albany, che accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali con il fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

51. Si deve tuttavia rilevare che tale ragionamento non può essere applicato alle libertà fondamentali sancite dal titolo III del Trattato.

52. Infatti, contrariamente a quanto sostengono la FSU e la ITF, non si può ritenere che all'esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un'azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali.

53. Si deve peraltro sottolineare che il fatto che un accordo o un'attività siano estranei all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza non comporta che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dall'ambito delle disposizioni del medesimo Trattato relative alla libera circolazione delle persone o dei servizi, dal momento che tali disposizioni possiedono ciascuna proprie condizioni di applicazione (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2006, causa C-519/04 P, Meca-Medina

e Majcen/Commissione, Racc. pag. I-6991).

54. Occorre infine ricordare che la Corte ha già affermato che le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone (sentenze 15 gennaio 1998, causa C-15/96, *Schöning-Kougebetopoulou*, Racc. pag. I-47; 24 settembre 1998, causa C-35/97, *Commissione/Francia*, Racc. pag. I-5325, e 16 settembre 2004, causa C-400/02, *Merida*, Racc. pag. I-8471).

55. Sulla base di quanto precede, la prima questione va risolta dichiarando che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

Sulla seconda questione

56. Con tale questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 43 CE conferisca a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

57. Al fine di risolvere la questione è necessario ricordare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle barriere di origine statale potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica (v. citate sentenze *Walrave e Koch*, punto 18; *Bosman*, punto 83; *Deliège*, punto 47; *Angonese*, punto 32, e *Wouters e a.*, punto 120).

58. La Corte ha inoltre già affermato, da un lato, che la circostanza che determinate disposizioni del Trattato si rivolgano formalmente agli Stati membri non esclude che, al tempo stesso, vengano attribuiti diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati e, dall'altro, che il divieto di violare una libertà fondamentale prevista da una disposizione del Trattato di natura imperativa vale in particolare per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato (v., in tal senso, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, Racc. pag. 455, punti 31 e 39).

59. Ebbene, analoghe considerazioni devono valere altresì per l'art. 43 CE, il quale sancisce una libertà fondamentale.

60. Nella fattispecie si deve osservare che, come risulta dai punti 35 e 36 della presente sentenza, le azioni collettive intraprese dalla FSU e dalla ITF hanno come obiettivo la sottoscrizione di un accordo che deve disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, e che tali due sindacati costituiscono enti sprovvisti di natura pubblicistica e che esercitano l'autonomia giuridica loro riconosciuta, in particolare, dal diritto nazionale.

61. Ne consegue che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle della causa principale, esso può essere direttamente invocato da un'impresa privata nei confronti di un sindacato o di un raggruppamento di sindacati.

62. Tale interpretazione è del resto rafforzata dalla giurisprudenza vertente sulle

disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, da cui risulta che le restrizioni possono avere origine non statale ed essere il risultato di azioni svolte da persone private o da raggruppamenti di persone private (v. sentenze 9 dicembre 1997, causa C-265/95, Commissione/Francia, Racc. pag. I-6959, punto 30, nonché Schmidberger, cit., punti 57 e 62).

63. Né l'interpretazione esposta al punto 61 della presente sentenza è rimessa in discussione dal fatto che la restrizione all'origine della controversia sottoposta al giudice del rinvio sia la conseguenza dell'esercizio di un diritto conferito dal diritto nazionale finlandese, come, in questo caso, il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero.

64. Si deve aggiungere che, contrariamente a quanto sostiene in particolare la ITF, non risulta dalla giurisprudenza della Corte ricordata al punto 57 della presente sentenza che l'interpretazione citata sia limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo.

65. Tale giurisprudenza non contiene infatti alcun elemento in base al quale si possa ragionevolmente sostenere che essa sarebbe limitata alle associazioni o agli enti che svolgono una funzione di regolamentazione o che dispongono di un potere quasi legislativo. Si deve del resto rilevare che, nell'esercitare il potere autonomo di cui dispongono grazie alla libertà sindacale di trattare con i datori di lavoro o le organizzazioni professionali le condizioni di lavoro e di retribuzione dei lavoratori, le organizzazioni sindacali dei lavoratori partecipano alla formazione degli accordi finalizzati a disciplinare collettivamente il lavoro dipendente.

66. Alla luce di tali considerazioni, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che l'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

Sulle questioni dalla terza alla decima

67. Con tali questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte se azioni collettive come quelle in esame nella causa principale costituiscano restrizioni ai sensi dell'art. 43 CE e, in caso affermativo, in quale misura simili restrizioni possano essere giustificate.

Sull'esistenza di restrizioni

68. Si deve in primo luogo ricordare, come la Corte ha fatto più volte, che la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità e che le norme del Trattato che la sanciscono hanno efficacia diretta dalla scadenza del periodo transitorio. Dette norme garantiscono il diritto di stabilirsi in altro Stato membro non solo ai cittadini comunitari, ma anche alle società definite dall'art. 48 CE (sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, Daily Mail and General Trust, Racc. pag. 5483, punto 15).

69. Del resto, la Corte ha dichiarato che, sebbene le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio del

trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato membro di origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e peraltro corrispondente alla definizione dell'art. 48 CE. I diritti garantiti dagli artt. 43 CE - 48 CE sarebbero vanificati se lo Stato membro di origine potesse vietare alle imprese di abbandonare il suo territorio per stabilirsi in un altro Stato membro (v. sentenza *Daily Mail and General Trust*, cit., punto 16).

70. Giova in secondo luogo rilevare che, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, la nozione di stabilimento di cui ai citati articoli del Trattato implica l'esercizio effettivo di un'attività economica mediante l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro per una durata di tempo indeterminata, e che l'immatricolazione di una nave non può essere scissa dall'esercizio della libertà di stabilimento nell'ipotesi in cui la nave costituisca un mezzo per l'esercizio di un'attività economica implicante un insediamento in pianta stabile nello Stato membro di immatricolazione (sentenza 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame e a.*, Racc. pag. I-3905, punti 20-22).

71. La Corte ne ha dedotto che le condizioni prescritte per l'immatricolazione di una nave non devono creare ostacoli alla libertà di stabilimento, ai sensi degli artt. 43 CE - 48 CE (sentenza *Factortame e a.*, cit., punto 23).

72. Nella fattispecie, da un lato, non si può negare che un'azione collettiva come quella progettata dalla FSU ha l'effetto di scoraggiare, se non addirittura di vanificare, come ha rilevato il giudice del rinvio, l'esercizio da parte della Viking della sua libertà di stabilimento, poiché essa impedisce a quest'ultima, nonché alla sua controllata Viking Eesti, di beneficiare, nello Stato membro ospitante, del medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato.

73. Dall'altro lato, un'azione collettiva intrapresa per mettere in pratica la politica di lotta contro le bandiere di convenienza perseguita dalla ITF, mirante principalmente, come risulta dalle osservazioni di quest'ultima, a impedire agli armatori di immatricolare le loro navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi di tali navi, deve essere considerata quantomeno in grado di limitare l'esercizio, da parte della Viking, della sua libertà di stabilimento.

74. Ne consegue che azioni come quelle in esame nella causa principale costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 CE.

Sulla giustificazione delle restrizioni

75. Risulta dalla giurisprudenza della Corte che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo (v., in particolare, sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, Racc. pag. I-4165, punto 37, e *Bosman*, cit., punto 104).

76. La ITF, sostenuta in particolare dal governo tedesco, dall'Irlanda e dal governo finlandese, sostiene che le restrizioni in discussione nella causa principale sarebbero giustificate in quanto necessarie per garantire la tutela di un diritto fondamentale

riconosciuto dal diritto comunitario e che esse hanno come obiettivo la tutela dei diritti dei lavoratori, che costituirebbe una ragione imperativa di interesse generale.

77. Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal senso, sentenza Schmidberger, cit., punto 74), e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte (v., in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, Racc. pag. I-8453, punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, *Mazzoleni e ISA*, Racc. pag. I-2189, punto 27, e 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte e a.*, Racc. pag. I-7831, punto 33).

78. Si deve aggiungere che, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l'azione della Comunità comporta non soltanto "un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali", ma anche "una politica nel settore sociale". L'art. 2 CE afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere "uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche" e "un elevato livello di occupazione e di protezione sociale".

79. Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale.

80. Nella fattispecie spetterà al giudice del rinvio verificare se gli obiettivi perseguiti dalla FSU e dalla ITF mediante l'azione collettiva da esse intrapresa riguardassero la tutela dei lavoratori.

81. A tale proposito, per quanto riguarda in primo luogo l'azione collettiva intrapresa dalla FSU, sebbene tale azione, finalizzata alla tutela dei posti e delle condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato a rischio di essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella, potesse a prima vista essere ragionevolmente considerata connessa all'obiettivo di tutela dei lavoratori, tale qualificazione non potrebbe tuttavia essere conservata se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati.

82. È quanto avverrebbe, in particolare, nel caso in cui l'impegno citato dal giudice del rinvio nella sua decima questione si rivelasse, dal punto di vista giuridico, tanto vincolante quanto le disposizioni di un contratto collettivo e se esso fosse tale da garantire ai lavoratori il rispetto delle disposizioni legislative e la conservazione delle disposizioni del contratto collettivo relative al loro rapporto di lavoro.

83. Dal momento che non risulta chiaramente dalla decisione di rinvio quale sia il valore giuridico che si deve riconoscere a un impegno come quello citato nella decima questione, spetta al giudice del rinvio determinare se i posti o le condizioni di lavoro dei membri di tale sindacato che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del

Rosella fossero compromessi o seriamente minacciati.

84. Nel caso in cui, al termine di tale valutazione, il giudice del rinvio giungesse alla conclusione che, nella controversia ad esso sottoposta, i posti o le condizioni di lavoro dei membri della FSU che potevano essere lesi dal cambiamento di bandiera del Rosella erano realmente compromessi o seriamente minacciati, detto giudice dovrà ancora verificare se l'azione collettiva intrapresa da tale sindacato sia adeguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo.

85. Si deve in proposito ricordare che, se è vero che spetta in ultima analisi al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti e interpretare la normativa nazionale, determinare se e in quale misura l'azione collettiva in parola sia conforme a tali esigenze, la Corte, chiamata a fornire al giudice nazionale una risposta utile, è competente a fornire indicazioni, ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali ad essa sottoposte, che consentano a tale giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia ad esso sottoposta.

86. Per quanto riguarda l'adeguatezza delle azioni intraprese dalla FSU per raggiungere gli obiettivi perseguiti nella causa principale, occorre ricordare che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso cui i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri (Corte eur. D. U., sentenze *Sindacato nazionale della polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975, serie A n. 19, e *Wilson, National Union of Journalists e a. c. Regno Unito* del 2 luglio 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-V, § 44).

87. Per quanto riguarda il problema di determinare se l'azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, spetta al giudice del rinvio valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la FSU non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione.

88. Per quanto riguarda, in secondo luogo, le azioni collettive finalizzate a garantire la realizzazione della politica perseguita dalla ITF, si deve sottolineare che, se tale politica produce il risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse, le restrizioni alla libertà di stabilimento derivanti da tali azioni non possono essere oggettivamente giustificate. Si deve tuttavia constatare che, come osserva la decisione di rinvio, tale politica ha altresì l'obiettivo della tutela e del miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi.

89. Tuttavia, come risulta dagli atti sottoposti alla cognizione della Corte, nell'ambito della sua politica di lotta contro le bandiere di convenienza la ITF è tenuta, su richiesta di uno dei suoi membri, ad avviare un'azione di solidarietà contro il proprietario effettivo di una nave registrata in uno Stato diverso da quello di cui tale proprietario è cittadino, indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti. In tal senso, come la Viking

ha sostenuto in udienza senza essere sul punto contraddetta dalla ITF, la politica di riservare il diritto di contrattazione collettiva ai sindacati dello Stato del quale il proprietario effettivo di una nave ha la nazionalità viene applicata anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato.

90. Sulla base di tali considerazioni, le questioni dalla terza alla decima vanno risolte dichiarando che l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che, in linea di principio, non è esclusa dall'ambito di applicazione di tale articolo un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa privata al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

2) L'art. 43 CE conferisce a un'impresa privata diritti opponibili a un sindacato o a un'associazione di sindacati.

3) L'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa privata stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola.

Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo.

* * * * *

La Viking Line è una società finlandese di traghetti, proprietaria del Rosella, traghetto battente bandiera finlandese, i cui membri dell'equipaggio sono iscritti alla

Finnish Seamen's Union (FSU), sindacato affiliato alla International Transport Workers' Federation (ITF). Quest'ultima, con sede a Londra, è una federazione internazionale che raggruppa 600 sindacati di lavoratori impiegati nel settore dei trasporti di 140 paesi. Fra i suoi obiettivi questa federazione si occupa di lotta contro le bandiere di convenienza stabilendo regole finalizzate a migliorare le condizioni di lavoro degli equipaggi imbarcati sulle navi. In particolare solo i sindacati aventi sede nel paese in cui si trova la proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere contratti collettivi, indipendentemente dalla bandiera con la quale la nave è immatricolata.

Nell'ottobre 2003 la Viking Line prende la decisione di immatricolare (cambiare la bandiera) la nave Rosella in Estonia, così da risolvere i problemi economici impiegando un equipaggio estone, pagato con una retribuzione inferiore a quella riconosciuta in Finlandia. La ITF però prende contatti con i sindacati estoni impedendo loro di aprire trattative con la Viking Lines, mentre allo stesso tempo la FSU inizia degli scioperi al fine di ottenere la tutela dell'equipaggio in caso di cambio della bandiera.

La Viking Lines ritiene che queste iniziative pregiudichino il suo diritto di stabilimento ed intraprende quindi, nel Regno Unito, la causa che ha portato al presente rinvio pregiudiziale.

La questione si colloca nel generale quadro della libertà di stabilimento come prevista dal Trattato comunitario, senza poter tenere conto direttamente della direttiva servizi (la cosiddetta "direttiva Bolkestein" 2006/123/CE, in *GUUE* L 376 p. 26. Sul dibattito relativo si veda A. Heimler, *La direttiva Bolkestein*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, p. 95 ss.; R. Cafari Panico, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 1880 ss; M. Pedrazzi, *Potrà l'applicazione della direttiva Bolkestein ledere i diritti fondamentali?*, *ibidem* p. 1894 ss; B. Nascimbene, *Servizi, professioni, interessi generali e regole di concorrenza*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario - Antitrust between EC law and National law*, Milano-Bruxelles, Giuffrè, 2007, p. 141 ss.). È però evidente che la risoluzione della questione assume un interesse particolare alla luce della direttiva stessa riguardando una materia di particolare rilievo e sulla quale si sono focalizzati i dibattiti relativi come quella del trattamento dei lavoratori e dei rischi derivanti dalla libera circolazione.

Innanzitutto la causa dimostra come la questione non sorga con la direttiva servizi stessa, bensì nella preesistente situazione di applicazione del Trattato, smentendo così la tesi di coloro che "incolpavano" la direttiva servizi della creazione di rischi al riguardo.

Nel caso di specie la Corte ritiene che, in effetti, il comportamento delle organizzazioni sindacali (nazionali e sopranazionali) rappresenti un ostacolo alla libertà di stabilimento della Viking Lines che vede il suo obiettivo di trasferimento in Estonia (finalizzato a rimediare alla situazione economica di perdita) disincentivato se non privato di qualunque possibile efficacia.

Si tratterà di valutare se tale ostacolo possa risultare giustificato ai fini di tutela del lavoratore: la Corte delega tale compito (come spesso accade) al giudice nazionale che dovrà valutare se tale azione è adeguata e proporzionata rispetto a tale obiettivo.

Al giudice nazionale vengono comunque offerti degli spunti di riflessione per la

soluzione del caso concreto affermando che le azioni collettive, come le trattative e i contratti collettivi, possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso i quali i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri. La Corte sottolinea però che la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi, non possono portare al risultato di impedire agli armatori di immatricolare le proprie navi in uno Stato diverso da quello di cui sono cittadini i proprietari effettivi delle navi stesse.

Sarà interessante vedere se questa decisione avrebbe subito delle modifiche dall'entrata in vigore della direttiva servizi, la quale prevede quali possibili cause di giustificazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento solo ordine pubblico, pubblica sicurezza, salute pubblica e tutela dell'ambiente, senza contenere più il generale riferimento ai motivi imperativi di interesse generale all'interno dei quali rientra, secondo costante giurisprudenza della Corte, la tutela dei lavoratori. (su questo punto ci si permette di rinviare a E. Bergamini, *Freedom of establishment*, in U. Neergard, R. Nielsen, L. M. Roseberry (a cura di), *The Services Directive - Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, Copenhagen, DJØF Publishing 2008).

Sempre sul tema delle azioni delle organizzazioni sindacali di uno Stato membro verso imprese stabilite in altri Stati membri quali restrizioni alla libera prestazione dei servizi, con valutazioni circa le possibili giustificazioni alla luce dell'obiettivo di interesse generale della protezione dei lavoratori si veda anche la sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd / Svenska Byggnadsarbetareförbundet e a.*, causa C-341/05 non ancora pubblicata in *Racc.*

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
18 dicembre 2007

“Regolamento (CE) n. 2252/2004 - Passaporti e documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri - Norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici - Validità”.

Nella causa C-137/05, avente ad oggetto un ricorso di annullamento, ai sensi dell'art. 230 CE, proposto il 21 marzo 2005, *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, ricorrente, contro *Consiglio dell'Unione europea*, convenuto.

(omissis)

Sentenza

1. Con il suo ricorso il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord chiede alla Corte, da un lato, di annullare il regolamento (CE) del Consiglio 13 dicembre 2004, n. 2252, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri (GU L 385, pag. 1), e, dall'altro, di mantenerne gli effetti fino all'adozione di un nuovo regolamento che lo sostituisca, tranne laddove le disposizioni del detto regolamento n. 2252/2004 abbiano l'effetto di escludere il Regno Unito dalla partecipazione all'applicazione del regolamento stesso.

Contesto normativo

Il Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda

2. Il titolo IV della terza parte del Trattato CE (in prosieguo: il "titolo IV") stabilisce le basi giuridiche che consentono l'adozione di misure in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone.

3. Il protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda, inserito dal Trattato di Amsterdam quale allegato al Trattato UE e al Trattato CE (in prosieguo: il "protocollo sul titolo IV"), ha ad oggetto la partecipazione dei due detti Stati membri all'adozione di misure proposte a norma delle disposizioni contenute nel titolo IV.

4. L'art. 1 del protocollo sul titolo IV stabilisce che, fatto salvo l'art. 3 di tale protocollo, il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione delle misure proposte a norma del titolo IV, mentre l'art. 2 del medesimo protocollo dispone che tali misure non vincolano i detti Stati membri e non sono applicabili nei loro confronti.

5. L'art. 3 del protocollo sul titolo IV prevede quanto segue:

"1. Il Regno Unito o l'Irlanda possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un'iniziativa al Consiglio, a norma del titolo IV (...), che desiderano partecipare all'adozione ed appli-

cazione di una delle misure proposte; una volta effettuata detta notifica tali Stati sono abilitati a partecipare. (...)

(...)

2. Se una misura di cui al paragrafo 1 non può essere adottata entro un congruo periodo di tempo con la partecipazione del Regno Unito o dell'Irlanda, essa può essere adottata dal Consiglio a norma dell'articolo 1 senza la partecipazione del Regno Unito o dell'Irlanda. In tal caso si applica l'articolo 2".

6. L'art. 4 del protocollo sul titolo IV conferisce al Regno Unito e all'Irlanda il diritto di aderire, in qualsiasi momento, a misure già adottate nell'ambito del titolo IV. In tal caso si applica, con gli opportuni adattamenti, la procedura prevista dall'art. 11, n. 3, CE.

7. Ai sensi dell'art. 7 del protocollo sul titolo IV, "[g]li articoli 3 e 4 non pregiudicano il protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea".

Il protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea

8. A norma dell'art. 1 del protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, allegato dal Trattato di Amsterdam al Trattato UE e al Trattato CE (in prosieguo: il "protocollo di Schengen"), tredici Stati membri dell'Unione europea sono autorizzati ad instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nell'ambito di applicazione dell'acquis di Schengen, quale definito nell'allegato del detto protocollo.

9. In particolare, rientrano nell'acquis di Schengen così definito l'Accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica del Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmato a Schengen (Lussemburgo) il 14 giugno 1985 (GU 2000, L 239, pag. 13; in prosieguo: l'"accordo di Schengen"), nonché la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen (GU 2000, L 239, pag. 19; in prosieguo: la "CAAS"), firmata anch'essa a Schengen il 19 giugno 1990. Tali due atti costituiscono congiuntamente gli "accordi di Schengen".

10. L'art. 4 del protocollo di Schengen recita:

"L'Irlanda e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, i quali non sono vincolati dall'acquis di Schengen, possono, in qualsiasi momento, chiedere di partecipare, in tutto o in parte, alle disposizioni di detto acquis.

Il Consiglio decide in merito a tale richiesta all'unanimità dei suoi membri di cui all'articolo 1 e del rappresentante del governo dello Stato interessato".

11. L'art. 5 del protocollo di Schengen così dispone:

"1. Le proposte e le iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen sono soggette alle pertinenti disposizioni dei trattati.

In tale contesto, laddove l'Irlanda o il Regno Unito, o entrambi, non abbiano notificato per iscritto al presidente del Consiglio, entro un congruo periodo di tempo, che desiderano partecipare, l'autorizzazione di cui all'articolo 11 del Trattato che istituisce la Comunità europea o all'articolo 40 del Trattato sull'Unione europea si considera concessa agli Stati membri di cui all'articolo 1 nonché all'Irlanda e al Regno

Unito, laddove uno di essi desideri partecipare ai settori di cooperazione in questione.

2. Le pertinenti disposizioni dei trattati di cui al paragrafo 1, primo comma, si applicano anche nel caso in cui il Consiglio non abbia adottato le misure di cui all'articolo 2, paragrafo 1, secondo comma".

12. L'art. 8 del protocollo di Schengen così dispone:

"Ai fini dei negoziati relativi all'adesione di nuovi Stati membri all'Unione europea, l'acquis di Schengen e le ulteriori misure adottate dalle istituzioni nell'ambito del suo campo di applicazione sono considerati un acquis che deve essere accettato integralmente da tutti gli Stati candidati all'adesione".

Le dichiarazioni relative al protocollo di Schengen

13. Nella dichiarazione n. 45, relativa all'art. 4 del protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, le Alte Parti contraenti invitano il Consiglio a chiedere il parere della Commissione delle Comunità europee prima di decidere su una richiesta formulata a norma del detto art. 4. Esse "si impegnano inoltre ad adoperarsi per consentire all'Irlanda o al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, qualora intendano farlo, di avvalersi delle disposizioni dell'articolo 4 di detto protocollo, in modo che il Consiglio sia in grado di adottare le decisioni previste in tale articolo alla data di entrata in vigore del protocollo stesso o, successivamente, in qualsiasi momento".

14. Ai termini della dichiarazione n. 46, relativa all'art. 5 del protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, le Alte Parti contraenti "si impegnano ad adoperarsi per rendere possibile l'azione tra tutti gli Stati membri nei settori dell'acquis di Schengen, in particolare quando l'Irlanda e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord abbiano accettato, in tutto o in parte, le disposizioni di tale acquis, a norma dell'articolo 4 del [protocollo di Schengen]".

La decisione 2000/365/CE

15. A norma dell'art. 4, secondo comma, del protocollo di Schengen, il Consiglio ha adottato, in data 29 maggio 2000, la decisione 2000/365/CE, riguardante la richiesta del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di partecipare ad alcune disposizioni dell'acquis di Schengen (GU L 131, pag. 43).

16. L'art. 1 della detta decisione elenca le disposizioni dell'acquis di Schengen alle quali il Regno Unito partecipa.

17. L'art. 8, n. 2, della decisione 2000/365 così dispone:

"A decorrere dalla data di adozione della presente decisione si considera [...] che il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord abbia notificato [irrevocabilmente] al presidente del Consiglio, ai sensi dell'articolo 5 del protocollo Schengen, che desidera partecipare a tutte le proposte e iniziative basate sull'acquis di Schengen di cui all'articolo 1. Tale partecipazione riguarda i territori di cui all'articolo 5, paragrafi 1 e 2 rispettivamente, nella misura in cui le proposte e iniziative siano basate sulle disposizioni dell'acquis di Schengen a cui detti territori sono vincolati".

Il regolamento n. 2252/2004

18. Come risulta dal suo preambolo, il regolamento n. 2252/2004 è stato adottato sulla base dell'art. 62, punto 2, lett. a), CE.

19. Il secondo, il terzo e il quarto 'considerando' del detto regolamento sono così formulati:

"(2) Le norme minime di sicurezza per i passaporti sono state introdotte dalla risoluzione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio del 17 ottobre 2000 (...). È ora opportuno aggiornare tale risoluzione con un provvedimento comunitario, per rafforzare e uniformare le norme di sicurezza dei passaporti e dei documenti di viaggio onde tutelarli dalla falsificazione. Al contempo dovrebbero essere introdotti nei passaporti o nei documenti di viaggio identificatori biometrici, onde creare un collegamento affidabile tra il legittimo titolare e il documento.

(3) L'armonizzazione delle caratteristiche di sicurezza e l'inserimento di identificatori biometrici costituiscono una tappa importante verso l'utilizzo di nuovi elementi, in prospettiva di futuri sviluppi a livello europeo, atti a rendere più sicuro il documento di viaggio e a creare un collegamento più affidabile tra il titolare e il passaporto e il documento di viaggio, in quanto contribuiscono in maniera significativa alla protezione contro l'uso fraudolento. Dovrebbero essere tenute in considerazione le specifiche dell'Organizzazione internazionale per l'aviazione civile (ICAO) e, in particolare, quelle di cui al documento 9303 sui documenti di viaggio leggibili a macchina.

(4) Il presente regolamento si limita ad armonizzare le caratteristiche di sicurezza[, compresi gli] identificatori biometrici[, dei] passaporti e [dei] documenti di viaggio [rilasciati dagli] Stati membri. La designazione delle autorità e degli organismi autorizzati ad accedere ai dati contenuti nel supporto di memorizzazione dei documenti è di competenza nazionale, fatte salve eventuali pertinenti disposizioni di diritto comunitario, di diritto dell'Unione europea o di accordi internazionali".

20. Dal decimo, dall'undicesimo e dal dodicesimo 'considerando' del regolamento n. 2252/2004 risulta che quest'ultimo costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen, con la conseguenza che:

- il Regno di Danimarca, che non partecipa all'adozione del detto regolamento e che non è da esso vincolato né è soggetto alla sua applicazione, dispone di un termine di sei mesi a partire dall'adozione del regolamento stesso per decidere se recepirlo o no nel proprio ordinamento interno;

- l'Irlanda e il Regno Unito non partecipano all'adozione del detto regolamento, e non sono ad esso vincolati né sono soggetti alla sua applicazione.

21. L'undicesimo 'considerando' del regolamento n. 2252/2004, riguardante il Regno Unito, è formulato nei seguenti termini:

"Il presente regolamento costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen alle quali il Regno Unito non partecipa ai sensi della decisione 2000/365 (...). Il Regno Unito non partecipa pertanto alla sua adozione, non è da esso vincolato e non è soggetto alla sua applicazione".

22. L'art. 1 del regolamento n. 2252/2004 così dispone:

"1. I passaporti e i documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri sono confor-

mi alle norme minime di sicurezza specificate nell'allegato.

2. I passaporti e i documenti di viaggio hanno un supporto di memorizzazione che contiene un'immagine del volto. Gli Stati membri aggiungono inoltre le impronte digitali in formato interoperativo. I dati debbono essere protetti e il supporto di memorizzazione è dotato di capacità sufficiente e della capacità di garantire l'integrità, l'autenticità e la riservatezza dei dati.

3. Il presente regolamento si applica ai passaporti e ai documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri. Non si applica alle carte di identità rilasciate dagli Stati membri ai loro cittadini, o a passaporti e documenti di viaggio temporanei di validità pari o inferiore a 12 mesi".

23. L'art. 2 del detto regolamento stabilisce quanto segue:

"Le specifiche tecniche complementari per i passaporti e i documenti di viaggio, relative ai punti elencati in prosieguo, sono fissate secondo la procedura di cui all'articolo 5, paragrafo 2:

a) ulteriori caratteristiche e requisiti di sicurezza, comprese le norme atte a rafforzare la protezione contro la contraffazione e la falsificazione;

b) specifiche tecniche relative al supporto di memorizzazione delle caratteristiche biometriche e alla relativa sicurezza, compresa la prevenzione di un accesso non autorizzato;

c) requisiti qualitativi e norme comuni relativi all'immagine del volto e alle impronte digitali".

24. L'art. 3 del regolamento n. 2252/2004 prescrive:

"1. Secondo la procedura di cui all'articolo 5, paragrafo 2, può essere deciso che le specifiche menzionate nell'articolo 2 siano segrete e non destinate alla pubblicazione. In tal caso esse sono comunicate solo agli organismi designati dagli Stati membri come responsabili della stampa e alle persone debitamente autorizzate da uno Stato membro o dalla Commissione.

2. Ciascuno Stato membro designa un organismo responsabile della stampa dei passaporti e dei documenti di viaggio. Esso comunica il nome dell'organismo alla Commissione e agli altri Stati membri. Lo stesso organismo può essere designato a tal fine da due o più Stati membri. Ogni Stato membro conserva la facoltà di cambiare l'organismo da esso designato, provvedendo a informarne la Commissione e gli altri Stati membri".

Fatti all'origine del ricorso

25. Il 18 febbraio 2004 la Commissione ha presentato al Consiglio una proposta di regolamento riguardante le norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti rilasciati dagli Stati membri ai cittadini dell'Unione.

26. Il 19 maggio 2004 il Regno Unito ha informato il Consiglio della propria intenzione di partecipare all'adozione del regolamento n. 2252/2004. Il detto Stato membro ha fatto riferimento, in tale contesto, alla procedura di notifica prevista dall'art. 5, n. 1, secondo comma, del protocollo di Schengen, nonché a quella stabilita nel protocollo sul titolo IV.

27. Il 13 dicembre 2004 il Consiglio ha adottato il regolamento n. 2252/2004.

Malgrado la notifica del 19 maggio 2004, il Regno Unito non è stato ammesso a partecipare all'adozione di tale regolamento a motivo del fatto che quest'ultimo costituisce uno sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen alle quali il detto Stato membro non partecipa ai sensi della decisione 2000/365.

28. Ritenendo che il rifiuto del Consiglio di ammetterlo a partecipare all'adozione del regolamento n. 2252/2004 costituisca una violazione dell'art. 5 del protocollo di Schengen, il Regno Unito ha proposto il presente ricorso.

Conclusioni delle parti

29. Il Regno Unito chiede che la Corte voglia:

- annullare il regolamento n. 2252/2004;
- decidere, in applicazione dell'art. 231 CE, che, a seguito dell'annullamento del regolamento n. 2252/2004 e in attesa dell'adozione di una nuova normativa in materia, le disposizioni del detto regolamento continueranno ad applicarsi, tranne laddove esse abbiano l'effetto di escludere il Regno Unito dalla partecipazione all'applicazione del regolamento stesso;

- condannare il Consiglio alle spese.

30. Il Consiglio conclude chiedendo il rigetto del ricorso e la condanna del Regno Unito alle spese del procedimento.

31. Con ordinanza del presidente della Corte 8 settembre 2005, l'Irlanda e la Repubblica slovacca sono state ammesse ad intervenire a sostegno delle conclusioni del Regno Unito, mentre il Regno di Spagna, il Regno dei Paesi Bassi e la Commissione delle Comunità europee sono stati ammessi ad intervenire a sostegno delle conclusioni del Consiglio.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

32. In via principale, il Regno Unito fa valere che il Consiglio, nell'escludere esso Stato membro dalla procedura di adozione del regolamento n. 2252/2004, si è basato su un'interpretazione errata del protocollo di Schengen ed ha violato l'art. 5 di quest'ultimo.

33. A suo avviso, infatti, non è lecito ritenere che il sistema istituito dall'art. 5 del protocollo di Schengen sia subordinato a quello previsto dall'art. 4 del medesimo protocollo. Gli artt. 4 e 5 del protocollo sarebbero indipendenti l'uno dall'altro, sicché il Regno Unito, per poter partecipare a misure adottate sulla base di tale art. 5, non dovrebbe per forza essere stato preventivamente ammesso, a norma del citato art. 4, a prendere parte all'acquis di Schengen corrispondente.

34. A sostegno delle proprie tesi, il Regno Unito fa valere in particolare che l'interpretazione degli artt. 4 e 5 del protocollo di Schengen sostenuta dal Consiglio risulta contraddetta dall'economia sistematica e dal tenore letterale delle due disposizioni in questione, e che essa travisa la natura stessa del meccanismo istituito dal detto art. 5 ed è altresì incompatibile con la dichiarazione n. 46, relativa all'art. 5 del protocollo sul-

l'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione europea.

35. Inoltre, secondo il detto Stato membro, tale interpretazione priverebbe l'art. 5 del protocollo di Schengen del suo effetto utile, consistente, in particolare, nel garantire la massima partecipazione del Regno Unito e dell'Irlanda alle misure basate sull'acquis di Schengen, e non sarebbe necessaria né per salvaguardare l'effetto utile dell'art. 7 del protocollo sul titolo IV né per preservare l'integrità dell'acquis di Schengen. Ad ogni modo, un'interpretazione di questo tipo avrebbe effetti ampiamente sproporzionati rispetto all'obiettivo perseguito e - vista la nozione "estesa ed imprecisa" che il Consiglio ha di ciò che occorre intendere per "proposte e iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen", come confermerebbe la sua prassi attuale - avrebbe come conseguenza che il meccanismo previsto dal succitato art. 5 potrebbe funzionare in modo incompatibile con il principio di certezza del diritto nonché con i principi fondamentali che disciplinano le cooperazioni rafforzate.

36. In via subordinata, il Regno Unito fa valere che, se l'interpretazione degli artt. 4 e 5 del protocollo di Schengen propugnata dal Consiglio fosse esatta, l'espressione "proposte e iniziative che si baseranno sull'acquis di Schengen" di cui all'art. 5, n. 1, primo comma, del detto protocollo dovrebbe essere intesa come riguardante soltanto le misure intrinsecamente connesse all'acquis di Schengen (misure "integralmente Schengen"), qual è il caso delle misure che modificano disposizioni rientranti nel detto acquis e alle quali il Regno Unito non potrebbe aderire senza aver previamente accettato le disposizioni che danno luogo a modifica. Per contro, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della detta disposizione le misure semplicemente "connesse a Schengen", vale a dire quelle che, seppur concepite per sviluppare o completare taluni obiettivi dell'acquis di Schengen, non sono connesse a tale acquis in maniera così stretta che l'integrità del medesimo ne risulterebbe pregiudicata qualora uno Stato membro non partecipante ad esso potesse comunque prendere parte all'adozione di misure siffatte. Ne conseguirebbe che, in sede di adozione di misure rientranti in quest'ultima categoria, la posizione del Regno Unito non sarebbe disciplinata dalle disposizioni del detto protocollo, bensì, a seconda dei casi, da quelle del protocollo sul titolo IV o dalle pertinenti disposizioni del "terzo pilastro". Orbene, poiché il regolamento n. 2252/2004 dovrebbe essere considerato come rientrante in questa stessa categoria di misure, al Regno Unito non avrebbe dovuto essere impedita la partecipazione alla sua adozione.

37. Il Consiglio sostiene, in primo luogo, che l'obiettivo dell'art. 5 del protocollo di Schengen non è, contrariamente a quanto sostenuto dal Regno Unito, di riconoscere un diritto a quest'ultimo, bensì di garantire agli Stati membri che partecipano alla totalità dell'acquis di Schengen che le loro azioni non verranno rimesse in discussione a motivo della riluttanza degli altri Stati membri a prendere parte a queste ultime. Il tenore letterale della detta disposizione confermerebbe d'altronde tale interpretazione in quanto, a differenza delle formulazioni utilizzate all'art. 4 del medesimo protocollo e all'art. 3 del protocollo sul titolo IV, non riconoscerebbe espressamente un diritto siffatto.

38. Ad avviso del Consiglio, l'interpretazione dell'art. 5, n. 1, del protocollo di Schengen sostenuta dal Regno Unito è idonea a svuotare del suo effetto utile la procedura di autorizzazione prevista dall'art. 4 del medesimo protocollo, in quanto, nel caso in cui ad uno Stato membro fosse stato rifiutato, ai sensi di tale norma, il diritto di partecipare all'adozione di una determinata misura, tale Stato potrebbe comunque prende-

re parte a qualsiasi provvedimento per lo sviluppo del settore in questione facendo ricorso alla procedura prevista dal detto art. 5. In tal modo, l'integrità dell'acquis di Schengen non sarebbe più garantita e anche l'art. 7 del protocollo sul titolo IV - ai sensi del quale gli artt. 3 e 4 di tale protocollo vanno intesi senza pregiudizio delle disposizioni del protocollo di Schengen - verrebbe privato di effetto utile.

39. In secondo luogo, il Consiglio fa valere che la distinzione operata dal Regno Unito tra le misure "integralmente Schengen" e le sedicenti misure semplicemente "connesse a Schengen" non trova alcun riscontro né nel diritto primario né nel diritto derivato. A questo proposito, la detta istituzione osserva che la definizione proposta dal Regno Unito per quanto riguarda le misure "connesse a Schengen" è fondata su un falso intendimento di ciò che potrebbe costituire una minaccia per l'integrità dell'acquis di Schengen, e che la distinzione in questione crea un'incertezza giuridica inutile, determinando una divergenza del significato da attribuire all'espressione "misura di sviluppo dell'acquis di Schengen", a seconda che si tratti di adottare una misura applicabile alla Repubblica d'Islanda e al Regno di Norvegia oppure al Regno Unito e all'Irlanda.

40. In terzo luogo, il Consiglio sottolinea che la sua posizione è perfettamente compatibile con il principio di proporzionalità nonché con le norme applicabili in materia di cooperazione rafforzata. Infatti, da un lato, gli autori del Trattato non sarebbero vincolati al principio di proporzionalità. Dall'altro, le disposizioni dei Trattati UE e CE che disciplinano le cooperazioni rafforzate si intenderebbero senza pregiudizio per quelle del protocollo di Schengen.

(...)

45. La Commissione sottolinea che la caratteristica principale della cooperazione rafforzata in generale e dell'acquis di Schengen in particolare è la loro integrità. La salvaguardia e la protezione di tale integrità nonché la coerenza dell'acquis di Schengen sarebbero dunque esigenze essenziali. Il protocollo di Schengen contemplerebbe invero una partecipazione parziale di uno Stato membro non aderente agli accordi di Schengen, ma non si spingerebbe fino a prevedere una scelta "à la carte" degli Stati membri interessati, implicante un miscuglio di cooperazioni e di obblighi.

46. Secondo la Commissione, l'interpretazione degli artt. 4 e 5 del protocollo di Schengen propugnata dal Regno Unito è contraria all'economia sistematica e alla logica di tale protocollo ed è dannosa per la coerenza e l'integrità dell'acquis di Schengen.

47. La detta istituzione ritiene inoltre che l'espressione "che si baseranno sull'acquis di Schengen", contenuta all'art. 5, n. 1, primo comma, del protocollo di Schengen, non comporti una nozione "estesa ed imprecisa" delle misure che possono essere adottate dagli Stati membri partecipanti ad un'azione di cooperazione rafforzata, mentre la decisione consistente nel qualificare una proposta come "misura basata sull'acquis di Schengen" non si distinguerebbe affatto da quella intesa a determinare la base giuridica appropriata per l'adozione di un atto giuridico comunitario.

48. Infine, quanto al regolamento n. 2252/2004, la Commissione ricorda che l'obiettivo di quest'ultimo è di rendere più sicuri i passaporti e di creare un collegamento più affidabile tra questi ed il loro titolare, procedendo all'armonizzazione delle loro caratteristiche di sicurezza ed all'inserimento di identificatori biometrici. Orbene, tale obiettivo sarebbe intimamente connesso al controllo delle frontiere esterne, il rafforzamento delle quali costituisce il nucleo stesso della cooperazione istituita dagli accordi di

Schengen. Il detto regolamento si inserirebbe perfettamente in tale logica, in quanto consente di accrescere l'efficacia e l'armonizzazione dei controlli alle frontiere esterne.

Giudizio della Corte

49. Al fine di statuire sugli argomenti addotti in via principale dal Regno Unito, occorre verificare se l'art. 5, n. 1, secondo comma, del protocollo di Schengen debba essere interpretato nel senso che può applicarsi soltanto alle proposte e alle iniziative fondate su un settore dell'acquis di Schengen al quale il Regno Unito e/o l'Irlanda sono stati ammessi a partecipare a norma dell'art. 4 del medesimo protocollo, oppure se, al contrario, le due disposizioni in questione debbano essere considerate, così come sostenuto dal primo Stato membro suindicato, indipendenti l'una dall'altra.

50. A questo proposito, occorre rilevare che, come risulta dal punto 68 della sentenza della Corte in data odierna, causa C-77/05, Regno Unito/Consiglio (non ancora pubblicata nella Raccolta), l'art. 5, n. 1, secondo comma, del protocollo di Schengen deve essere interpretato nel senso che può applicarsi soltanto alle proposte e alle iniziative basate su un settore dell'acquis di Schengen al quale il Regno Unito e/o l'Irlanda sono stati ammessi a partecipare a norma dell'art. 4 del medesimo protocollo.

51. Ne consegue che l'argomentazione adottata in via principale dal Regno Unito a sostegno del presente ricorso di annullamento deve essere respinta perché infondata.

52. Quanto agli argomenti dedotti in subordine dal Regno Unito, occorre anzitutto rilevare come la distinzione operata da tale Stato membro tra le misure che esso qualifica come "integralmente Schengen" e quelle che esso ritiene semplicemente "connesse a Schengen" non trovi alcun fondamento né nei Trattati CE e UE, né nel diritto comunitario derivato.

53. Occorre poi rilevare come lo stesso Regno Unito, pur contestando la qualificazione operata dal Consiglio, riconosca che il regolamento n. 2252/2004 presenta un collegamento con disposizioni dell'acquis di Schengen, in quanto ritiene che si tratti comunque di una misura "connessa a Schengen".

54. Malgrado tali considerazioni, e a dispetto della circostanza che, nel caso di specie, la qualificazione asseritamente erronea addebitata al Consiglio non è direttamente connessa alla scelta della base giuridica utilizzata per l'adozione del regolamento n. 2252/2004, vale a dire l'art. 62, punto 2, lett. a), CE, occorre constatare che, come avviene nel caso della scelta della base giuridica di un atto comunitario, la qualificazione, da parte del Consiglio, del regolamento n. 2252/2004 come misura di sviluppo di disposizioni dell'acquis di Schengen ha avuto un'incidenza diretta sulla determinazione delle disposizioni che disciplinano la procedura di adozione di tale regolamento e, di conseguenza, anche sulla possibilità per il Regno Unito di partecipare a tale procedura.

55. Infatti, dato che l'esercizio da parte del Regno Unito della facoltà di partecipare all'adozione di una proposta presentata ai sensi delle disposizioni del titolo IV non è subordinato, in forza dell'art. 3, n. 1, del protocollo sul titolo IV, al rispetto di altre condizioni oltre a quella del termine di notifica previsto da quest'ultima disposizione, la qualificazione del regolamento n. 2252/2004 come misura di sviluppo di disposizioni dell'acquis di Schengen ha avuto un'incidenza diretta sui diritti riconosciuti al detto Stato membro.

56. Alla luce di tale constatazione, e per analogia con i principi vigenti in materia di scelta della base giuridica di un atto comunitario, occorre affermare che, in una situazione quale quella presente, la qualificazione di un atto comunitario come proposta o iniziativa basata sull'acquis di Schengen ai sensi dell'art. 5, n. 1, primo comma, del protocollo di Schengen deve fondarsi su elementi oggettivi, suscettibili di controllo giurisdizionale, tra i quali rientrano, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto (v. sentenze 11 giugno 1991, causa C-300/89, Commissione/Consiglio, detta "Diossido di titanio", Racc. pag. I-2867, punto 10; 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione/Consiglio, Racc. pag. I-7879, punto 45, e 23 ottobre 2007, causa C-440/05, Commissione/Consiglio, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 61).

57. È alla luce di tali considerazioni che occorre esaminare se, come sostiene il Regno Unito, il Consiglio fosse privo della legittimazione a qualificare il regolamento n. 2252/2004 come misura di sviluppo di disposizioni dell'acquis di Schengen.

58. Quanto alla finalità del regolamento n. 2252/2004, dal secondo e dal terzo 'considerando' di quest'ultimo, nonché dal suo art. 4, n. 3, risulta che esso mira a contrastare la falsificazione e l'utilizzazione fraudolenta dei passaporti e degli altri documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri.

59. Al fine di realizzare tale obiettivo, il regolamento n. 2252/2004 procede, come risulta dai suoi artt. 1 e 2, all'armonizzazione ed al miglioramento delle norme minime di sicurezza alle quali debbono rispondere i passaporti e i documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, e prevede l'inserimento, in tali documenti, di un certo numero di elementi biometrici riguardanti i titolari dei documenti stessi.

60. In tale contesto occorre ricordare che, come statuito dalla Corte al punto 84 della citata sentenza Regno Unito/Consiglio, i controlli sulle persone alle frontiere esterne degli Stati membri e, di conseguenza, l'efficace attuazione delle norme comuni in materia di criteri e procedure relativi a tali controlli devono essere considerati come elementi rientranti nell'ambito dell'acquis di Schengen.

61. Ai sensi del combinato disposto delle norme di cui all'art. 6, n. 2, lett. b) e c), della CAAS, il quale detta i principi uniformi che disciplinano i controlli alle frontiere esterne degli Stati membri, tutte le persone devono subire per lo meno un controllo che consenta di accertarne l'identità in base alla presentazione o all'esibizione dei documenti di viaggio, ed occorre, se del caso, sottoporle ad un controllo approfondito comprendente l'individuazione e la prevenzione di minacce per la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico degli Stati membri firmatari della CAAS.

62. Le modalità del controllo previsto dalla CAAS sono fissate nel manuale comune adottato dal comitato esecutivo istituito da tale convenzione (GU 2002, C 313, pag. 97), il quale fa parte dell'acquis di Schengen quale definito all'art. 1 del protocollo di Schengen.

63. All'interno della parte II di tale manuale comune, intitolata "Controllo alle frontiere", il punto 1.3.1. stabilisce che il controllo minimo per l'accertamento dell'identità, ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. b), della CAAS, consiste nell'accertare l'identità della persona in base ai documenti di viaggio presentati o esibiti e nel verificare in modo semplice e rapido la validità del documento che consente di attraversare la frontiera e la presenza di indizi di falsificazione o di contraffazione.

64. Risulta dal punto 1.3.2.1. della detta parte del manuale comune, relativo alle

modalità del controllo approfondito ai sensi dell'art. 6, n. 2, lett. c), della CAAS, che tale controllo comporta un esame approfondito della validità e dell'autenticità del documento di viaggio presentato al passaggio della frontiera.

65. Pertanto, atteso che la verifica dell'autenticità dei passaporti e degli altri documenti di viaggio costituisce l'elemento principale dei controlli sulle persone alle frontiere esterne, le misure che consentono un accertamento più facile e sicuro di tale autenticità e dell'identità del titolare del documento in questione debbono essere considerate idonee a garantire e a migliorare l'efficacia di tali controlli e, dunque, della gestione integrata delle frontiere esterne istituita dall'acquis di Schengen.

66. Tenuto conto della finalità e del contenuto del regolamento n. 2252/2004, come analizzati ai punti 58 e 59 della presente sentenza, occorre in conclusione affermare che il detto regolamento costituisce una misura basata sull'acquis di Schengen ai sensi dell'art. 5, n. 1, primo comma, del protocollo di Schengen.

67. Stanti tali premesse, il Consiglio ha correttamente qualificato il regolamento n. 2252/2004 come misura di sviluppo di disposizioni dell'acquis di Schengen.

68. Ne consegue che neppure gli argomenti addotti in via subordinata dal Regno Unito possono essere accolti.

69. Pertanto, le conclusioni del Regno Unito intese ad ottenere l'annullamento del regolamento n. 2252/2004 non possono essere accolte e, di conseguenza, non vi è luogo per una pronuncia della Corte sulla domanda del detto Stato membro riguardante il mantenimento degli effetti di tale regolamento.

70. Alla luce di tali premesse, occorre respingere il ricorso proposto dal Regno Unito.

(...)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.**
- 2) Il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord è condannato alle spese.**
- 3) Il Regno di Spagna, l'Irlanda, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica slovacca, nonché la Commissione delle Comunità europee, sopportano le proprie spese.**

* * * * *

Il sistema "Schengen" che noi tutti conosciamo, quanto meno per l'effetto che ha avuto di abolire i controlli alle frontiere interne fra gli Stati partecipanti, è stato creato al di fuori del quadro giuridico dell'Unione europea, a livello di cooperazione internazionale, ed è stato successivamente inserito in detto ordinamento mediante il Trattato di Amsterdam che ha consentito le cooperazioni rafforzate (decisione da parte di un certo numero di Stati membri di proseguire nell'integrazione in certi settori senza vincolo per gli Stati non partecipanti). Una successiva decisione ha poi stabilito la base giuridica da dare agli atti già esistenti (cd. *acquis* di Schengen) all'interno del primo o del terzo pilastro dell'Unione europea - essendovi parti, meno conosciute, dell'Accordo relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: basti pensare al

principio di *ne bis in idem* contenuto nella Convenzione di applicazione. (Per approfondimenti vedi B. Nascimbene (a cura di), *Da Schengen a Maastricht - Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; E. Adobati, *L'acquis di Schengen viene "incorporato" nel quadro dell'Unione europea: una nuova ipotesi di "cooperazione rafforzata"*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 195; B. Nascimbene, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 731).

In tale contesto il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (insieme all'Irlanda) si collocano in una posizione particolare. Essi infatti non facevano parte del sistema Schengen e col Trattato di Amsterdam si è quindi inserito un protocollo per regolare la loro posizione ai sensi del cui art. 4 l'Irlanda e il Regno Unito, "i quali non sono vincolati dall'*acquis* di Schengen, possono, in qualsiasi momento, chiedere di partecipare, in tutto o in parte, alle disposizioni di detto *acquis*". Su tale base è stata adottata successivamente una decisione del Consiglio (2000/365/CE) che ha accettato la richiesta di partecipazione in alcuni settori (non in quelli di cui alla causa che qui si commenta) L'art. 5 del Protocollo prevede inoltre la possibilità per questi Stati di partecipare alle proposte e alle iniziative che si baseranno sull'*acquis* di Schengen dietro domanda scritta da presentarsi al Consiglio.

Su tale base il Regno Unito ha richiesto nel 2004 di partecipare all'adozione del Regolamento 2007/2004, che istituisce un'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea (in *GUUE* L 349, p. 1) e del Regolamento 2252/2004 relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri (in *GUUE* L 385, p. 1). La richiesta del Regno Unito non è stata accettata dal Consiglio in quanto, secondo tale istituzione, i due atti in questione costituiscono uno sviluppo di disposizioni dell'*acquis* di Schengen alle quali il detto Stato membro non partecipa.

Per questo motivo tale Stato ha proposto ricorso di annullamento nei confronti di entrambi gli atti, ricorsi che hanno condotto alla sentenza qui sopra riportata nonché alla sentenza di pari data nella causa C- 77/05 (che ha avuto il medesimo esito).

Il Regno Unito sosteneva in particolare la necessità di distinguere fra le "misure integralmente Schengen" per le quali potrebbe valere la limitazione e le misure semplicemente "connesse a Schengen". La Corte non accetta tale distinzione (che d'altronde non trova alcun fondamento né nel Trattato né nel diritto derivato) e afferma anzi che uno Stato può partecipare a proposte e iniziative basate sull'*acquis* solo nel presupposto dell'accettazione da parte di tale Stato del settore dell'*acquis* di Schengen nel quale si inserisce la misura da adottare o del quale quest'ultima costituisce uno sviluppo. Non avendo il Regno Unito accettato il settore dell'*acquis* in gioco, non potrà certo chiedere di partecipare all'adozione di misure che sviluppano quel settore. I regolamenti impugnati devono quindi ritenersi validamente adottati e al Regno Unito non resterà altra possibilità, ove volesse aderirvi, che quella di accettare l'intero settore dell'*acquis* nel quale questi regolamenti si collocano.

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE**A cura di Stefania Sotgia****SGROI Antonino, CAPURSO Pietro, GUADAGNINO Angelo, PUNZI Cosimo, MADONIA Gino, *Manuale di diritto previdenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane 2007.**

Come riportano gli autori - tutti avvocati Inps - nella quarta di copertina, il manuale si pone come strumento di sintesi e ricognizione del complesso reticolato legislativo in materia previdenziale, con il fine di consentire a colui che per la prima volta si avvicina alla materia una lettura, per quanto possibile lineare ed essenziale, della disciplina.

Il manuale è articolato in cinque parti.

Nella prima Antonino SGROI ricostruisce le origini e l'evoluzione della previdenza sociale, il sistema delle fonti, nazionali ed internazionali, e l'organizzazione degli enti. I due rapporti giuridici che caratterizzano il diritto della previdenza sociale - il rapporto previdenziale ed il rapporto contributivo - sono oggetto rispettivamente degli studi di Angelo GUADAGNINO e Pietro CAPURSO.

La seconda parte è interamente dedicata alle prestazioni, ed è suddivisa nelle sezione delle prestazioni non pensionistiche, di Cosimo PUNZI, ed in quella delle prestazioni pensionistiche, di Gino MADONIA, che è anche autore della parte terza, sulla tutela assistenziale.

Nella quarta parte Angelo GUADAGNINO si occupa della tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

L'opera si conclude con la quinta parte, di Antonino SGROI, sulla previdenza complementare.

