

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

RIVISTA BIMESTRALE 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 VALLEBONA

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

In questi numeri:

- Corte Cost. 6 ottobre 2006, sentenza n. 324.....	511
Pensione di inabilità - Straniero - Requisiti - Effetti sulle prestazioni già liquidate - Manifesta inammissibilità della questione	
- Corte Cass. SS.UU. 21 luglio 2006, sentenza n. 16749	525
Prestazioni - Indennità di mobilità - Mobilità lunga - Requisiti - 28 anni di contribuzione - Computabilità - Limiti	
- Corte Cass. 11 luglio 2006, sentenza n. 15679	370
Lavoratori del settore dell'amianto - Esposizione al rischio per oltre dieci anni - Valori di rischio di cui al d.lg n. 277 del 1991 - Sussistenza - Necessità	
- Corte Cass. 25 agosto 2006, sentenza n. 18530.....	552
Reversibilità - Figli - Ultradiciottenni viventi a carico - Requisito della inabilità - Insorgenza dello stato di inabilità in un momento successivo - Rilevanza - Esclusione	
- Corte Cass. 2 ottobre 2006, sentenza n. 21287	532
Indennità di mobilità - Imprese edili - Ammissione - Esclusione	



INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
MARIO POTI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

LUCIA COLANTONIO
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

SOMMARIO N. 3/2006

INDICI

pag. VII

DOTTRINA

GIUBBONI S.	«Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo»	»	287
-------------	---	---	-----

NARDECCHIA G.B.	«Insinuazione tardiva»	»	302
-----------------	------------------------	---	-----

LAGANA' A.	«Il contratto a progetto nella legge Biagi»	»	311
------------	---	---	-----

NOTE A SENTENZA

CASSANO G.	«La responsabilità dell'ente previdenziale per il risarcimento del danno esistenziale»	»	338
------------	--	---	-----

CAVALLARO M.C.	«Assolvimento degli obblighi previdenziali e tutela della concorrenza»	»	349
----------------	--	---	-----

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili	»	356
--------------------------------------	---	-----

CORTE D'APPELLO – Sezioni Civili	»	390
----------------------------------	---	-----

TRIBUNALI – Sezioni Civili	»	418
----------------------------	---	-----

CONSIGLIO DI STATO – Sez. IV	»	341
------------------------------	---	-----

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI	»	440
------------------------------------	---	-----

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)	»	446
--	---	-----

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

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

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

SOMMARIO N. 4/2006

INDICI pag. VII

DOTTRINA

MAIO I. «Regime decadenziale delle prestazioni previdenziali» 459

DE FAZIO D. «Evasione ed omissione contributiva nella legislazione e nella giurisprudenza degli ultimi dieci anni» 466

NOTE A SENTENZA

COLA G. «Decorrenza dell'astensione obbligatoria nel caso di parto prematuro» 486

GABRIELE A. «Inutile decorso del termine di quindici giorni ex art. 2 L. 604/1966 per la richiesta dei motivi di licenziamento e rinuncia del datore di lavoro a far valere la decadenza» 498

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE» 511

CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Unite Civili» 516

CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili» 532

CORTE D'APPELLO – Sezioni Civili» 558

TRIBUNALI – Sezioni Civili» 582

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI» 602

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA
CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)» 610

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

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

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

INDICE DELLE SENTENZE nn. 3-4/2006

<i>GIURISDIZIONE</i>	<i>NUMERO DECISIONE</i>	<i>DATA</i>	<i>PAG.</i>
CORTE COSTITUZIONALE.	324/06	06.10. 2006	511
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Unite Civili)	20322/06	20.09.2006	516
	16749/06	21.07.2006	525
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	21287/06	02.10.2006	532
	21129/06	29.09.2006	536
	21038/06	28.09.2006	540
	20857/06	26.09.2006	541
	20443/06	21.09.2006	546
	18852/06	31.08.2006	551
	18530/06	25.08.2006	552
	18380/06	23.08.2006	356
	18148/06	10.08.2006	553
	17178/06	27.07.2006	359
	16416/06	18.07.2006	362
	16185/06	07.07.2006	363
	15679/06	11.07.2006	370
	15399/06	06.07.2006	373
	10860/06	11.05.2006	375
	10205/06	03.05.2006	378
	1301/06	24.01.2006	381
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Ancona	619/05	09.12.05/03.01.2006	390
Ancona	593/05	25.11/06.12.2005	397
Ancona	526/05	11.11/21.11.2005	404
Ancona	498/05	21.10/10.11.2005	407
Brescia	353/06	29.06/25.08.2006	558
Genova	552/06	24.03/29.05.2006	560
Genova	166/06	03/08.02.2006	561
Milano	148/06	26.01/13.02.2006	563

Torino	940/06	17.05/23.05.2006	566
Torino	2067/05	22.12.05/27.01.2006	569
Venezia	86/06	14.02/15.03.2006	575
Venezia	818/05	27.09/11.11.2005	411
Venezia	687/05	11.10.05/01.06.2006	415

TRIBUNALI (Sezioni Civili)

Bergamo	466/05	01.07/03.08.2005	418
Bergamo	373/05	27.05/27.06.2005	421
Bergamo	371/05	27.05/27.06.2005	425
Chiavari	332/05	05.10/03.12.2005	582
Fermo	245/05	15.06/26.07.2005	583
Genova	1554/06	21.09.2006	586
Genova	1206/06	13.06.2006	587
Genova	1146/06	06.06/29.08.2006	589
Genova	728/06	14.02/19.04.2006	591
Genova	2463/05	30.11.05/01.02.2006	592
Lecce		18.04.2006	333
Milano	2038/05	06.04/27.05.2005	427
Milano	732/05	13.01/28.02.2005	429
Milano	584/05	25.11.04/15.02.2005	431
Padova	11/05	14.01/21.06.2005	433
Palermo (Ord.)		03.10.2005	486
Palermo	3645/04	03.12.04/12.03.2005	492
Venezia	1006/05	18.11/09.12.2005	595
Venezia	559/05	23.03/23.07.2005	599
Venezia	532/05	27.05/19.07.2005	434
Venezia	336/05	01.02/08.04.2005	436

CONSIGLIO DI STATO

Sez. IV	288/06	30.01.2006	341
---------	--------	------------	-----

T.A.R.

Liguria	403/06	26.04.2006	602
Marche	427/06	08.02/16.06.2006	605
Marche	227/06	25.01/05.05.2006	440

INDICE ANALITICO NN. 3-4/2006**CONSULENZA TECNICA IN MATERIA CIVILE**

- Poteri del giudice - Valutazione della consulenza - Adesione alle conclusioni della stessa - Obbligo di motivazione dettagliata – Esclusione. (pag. 359)

CONTRATTI DELLA P.A.

- Gara d'appalto – Bando – Requisiti di partecipazione – Dichiarazione di correttezza contributiva – Regolarizzazione successiva alla presentazione – Inammissibilità - Ragioni. (pag. 341)

CONTRIBUTI

- Azione accertamento negativo - Verbale ispettivo congiunto - Interesse ad agire – Sussistenza - Limiti. (pag. 551)
- Azione di regolarizzazione proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro - Domanda contestuale nei confronti dell'Inps di indennità di maternità - Mancanza di apposita domanda amministrativa - Inammissibilità. (pag. 591)
- Cartella di pagamento - Opposizione - Termine - Perentorietà. (pag. 397)
- Guardia giurata – Attività lavorativa – Continuità – Necessità accertamento in concreto - Contributo su lavoro straordinario. (pag. 569)
- Impresa Artigiana - Iscrizione all'Albo - Contestazione requisiti previsti dalle legge - Impugnazione davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria *ex art. 7*, sesto comma, legge n. 443 del 1985 - Mancanza - Disapplicazione - Ammissibilità - Onere prova - Impresa artigiana - Prova documentale. (pag. 546)
- Iscrizione a ruolo - Opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi - Legittimazione passiva dell'INPS - Carenza. (pag. 586)
- Omesso versamento – Costituzione di rendita vitalizia – Coadiutore di impresa familiare – Legittimazione – Prova scritta di data certa sull'esistenza del rapporto di lavoro – Produzione di copia del libro matricola – Inidoneità probatoria. (pag. 429)
- Omesso versamento totale o parziale - Somma aggiuntiva dovuta in base al regime di cui all'art. 4 del D.L. n. 536 del 1987 - Commisurazione al tasso di interesse di cui all'art 13 del D.L. n. 102 del 1981 - Conseguente credito dell'istituto previdenziale - Prescrizione decennale - Applicabilità - Prescrizione quinquennale *ex n. 4 dell'art 2948* - Esclusione – Fondamento. (pag. 553)

- Prescrizione - Durata decennale - Regime derogatorio *ex* L. 335/1995 - Acquisizione modello DM10 - E' procedura pendente - Ultrattività termine decennale. (pag. 415)
- Ramo edile - Contribuzione cd. virtuale - Derogabilità oltre i casi tassativamente previsti *ex lege* - Inammissibilità. (pag. 390)
- Retribuzione imponibile – Erogazioni del datore di lavoro a titolo di “premio *una tantum*” o transazione - Dipendenza delle stesse dal rapporto di lavoro – Necessità - Onere probatorio relativo . (pag. 569)
- Retribuzione imponibile - Settore edile - “Minimale contributivo” - Ipotesi tassative previste dall'art. 29, d.l. n. 244 del 1995, conv. nella legge n. 341 del 1995 - Sospensione consensuale rapporto lavoro - Esclusione. (pag. 381)
- Ricongiunzione periodi assicurativi - Fondo speciale Telefonici - Domanda presentata *ex lege* 29 del 1979 - Mancata definizione - *Ius superveniens* - Art. 5 legge 20 febbraio 1992, n. 58 - Applicabilità. (pag. 541)
- Società cooperativa - Azione di accertamento negativo dell'obbligo contributivo - Omessa specifica contestazione delle singole circostanze accertate e dedotte in sede ispettiva - Pacificità delle circostanze. (pag. 575)
- Società cooperativa - Opzione per regime contributivo convenzionale - Variabilità dei tempi lavorativi e delle retribuzioni - Irrilevanza. (pag. 575)
- Socio di srl – Iscrizione gestione commercianti e gestione separata – Incompatibilità – Non sussiste. (pag. 599)
- Somme aggiuntive – Regime sanzionatorio *ex* L. 388/2000 – Inapplicabilità. (pag. 569)

GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

- Decreto di individuazione degli immobili da dismettere – Sussistenza. (pag. 516)

IMPIEGO (PUBBLICO)

- Dipendente INPS - Mobilità dal comparto-scuola - Assegno di garanzia stipendio - Riassorbibilità. (pag. 583)
- Dipendente INPS - Personale inquadrato nel ruolo ad esaurimento *ex* art. 15 L. n. 88/89 - Differenze economiche per mansioni dirigenziali - Periodo successivo al 30.6.1998 - Giurisdizione. (pag. 440)
- Dipendente INPS - Personale inquadrato nel ruolo ad esaurimento *ex* art. 15 L. n. 88/89 - Differenze economiche per mansioni dirigenziali - Riconoscimento - Condizioni. (pag. 440)
- Dipendente INPS - Risarcimento del danno psico - fisico – Domanda giudiziale

- Mancato previo esperimento del procedimento per il riconoscimento della causa di servizio - Inammissibilità. (pag. 605)
- Dipendente INPS - Risarcimento del danno psico - fisico – Esposizione al fumo passivo - Giurisdizione. (pag. 605)

INDENNITÀ DI MATERNITÀ

- Inadempimento dell'obbligo di anticipazione da parte del datore di lavoro – Responsabilità – Mancata corresponsione da parte dell'INPS – Responsabilità – Risarcimento del danno subito dal lavoratore – Danno esistenziale – Liquidazione. (pag. 333)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Contratto integrativo di ente - Accordo sindacale che prevede l'indennità c.d. salario di professionalità, da corrispondere a decorrere dal 1° gennaio 1998 al personale in servizio alla stessa data - Diritto dei lavoratori assunti successivamente alla predetta data alla percezione dell'indennità - Esclusione. Assegno INPS denominato "indennità garanzia stipendio" - Assegno *ad personam ex art.3*, comma 57, legge 24 dicembre 1993 n. 537 - Differenza. (pag. 363)
- Lavoratori moldavi - Distacco presso datore di lavoro italiano - Mancato pagamento della contribuzione previdenziale - Revoca autorizzazione al lavoro - Legittimità. (pag. 602)
- Licenziamento - Riforma nel giudizio di rinvio della sentenza dichiarativa della illegittimità di un licenziamento e ripristinatoria del rapporto di lavoro - Estinzione del rapporto di lavoro - Decorrenza - Dalla data dell'originaria intimazione. (pag. 356)
- Licenziamento individuale – Richiesta dei motivi oltre il limite dei quindici giorni – Comunicazione da parte del datore di lavoro nelle forme previste dalla legge – Rimessione in termini – Rinuncia a far valere la decadenza. (pag. 492)
- Retribuzione in malattia, gravidanza, puerperio – Parto prematuro – Congedo di maternità – Decorrenza. (pag. 486)
- Soci di cooperativa utilizzati da impresa – Insussistenza di autonomia gestionale ed organizzativa della cooperativa – Promiscuità di mansioni con personale dipendente della pseudo-mandante – Illiceità appalto. (pag. 595)

PENSIONI

- Assegno ordinario di invalidità - Requisito contributivo - Perfezionamento in virtù di contribuzione volontaria - Decorrenza della prestazione - Dal primo giorno del mese successivo al versamento. (pag. 373)

- Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Azione giudiziaria di condanna a periodo infradecennale in presenza di altro periodo riconosciuto dall'Inail - Infondatezza. (pag. 561)
- Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Coadiutore familiare - Non spettanza. (pag. 560)
- Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Indicazione delle mansioni - Necessità. (pag. 582)
- Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Pensionati di invalidità *ex lege* n. 1272 del 1939 e ultrasessantenni alla data della entrata in vigore della legge di riconoscimento del beneficio - Non spettanza. (pag. 592)
- Invalidità civile - Iscrizione alle speciali liste di collocamento degli invalidi - Necessità. (pag. 407)
- Lavoratori del settore dell'amianto - Esposizione al rischio per oltre dieci anni - Benefici pensionistici *ex art.* 13, comma 8, legge n. 257 del 1992 - Attribuzione - Presupposti - Valori di rischio di cui al d.lg. n. 277 del 1991 - Sussistenza - Necessità. (pag. 370)
- Pensione di inabilità - Straniero - Requisiti - Possesso della carta di soggiorno e di un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e del nucleo familiare - Effetti sulle prestazioni già liquidate - Omessa verifica di una interpretazione escludente l'efficacia retroattiva delle norme censurate - Manifesta inammissibilità della questione. (pag. 511)
- Pensione di reversibilità - Coniuge superstite - Condizione - Titolarità di assegno divorzile - Prova di percezioni di fatto - Non rileva. (pag. 433)
- Pensione di vecchiaia - Anticipazione - Requisiti ridotti *ex art.* 1, comma 8, D. Lgs. n. 503 del 1992 - Requisito sanitario - Invalidità *ex lege* n. 222/1984 - Necessità. (pag. 566)
- Reversibilità - Coniuge - Morte di uno degli *ex* coniugi successivamente alla sentenza di divorzio - Attribuzione al coniuge superstite della pensione di reversibilità o di quota di essa - Titolarità dell'assegno divorzile al momento della morte del coniuge - Nozione. (pag. 536)
- Reversibilità - Coniuge separato - Vivenza a carico all'epoca del decesso del dante causa - Necessità. (pag. 587)
- Reversibilità - Figli - Ultradiciottenni viventi a carico - Requisito della inabilità - Sussistenza al momento del decesso del genitore assicurato o pensionato - Necessità - Insorgenza dello stato di inabilità in un momento successivo - Rilevanza - Esclusione. (pag. 552)
- Titolarità di pensione di invalidità nel Fondo Trasporti - Diritto alla conversione in pensione di anzianità - Non sussiste. (pag. 436)
- Trattamento liquidato in regime di convenzione bilaterale - Integrazione al mini-

- mo - Anzianità contributiva minima di 10 anni in costanza di rapporto di lavoro svolto in Italia - Equiparazione del lavoro svolto in Paesi membri dell'Unione Europea – Esclusione. (pag. 374)
- Trattamento liquidato in regime di pro-rata internazionale - Integrazione al minimo - Quota di pensione corrisposta dall'ente estero - Qualificazione in termini di "reddito" per gli effetti dell'articolo 6 del d.l. 463/1983 – Esclusione. (pag. 378)

PRESTAZIONI

- Fondo di Garanzia – TFR – Pagamento interessi al maggior tasso *ex* CCNL – Insussistenza diritto. (pag. 425)
- Indennità di mobilità - Imprese edili – Ammissione - Esclusione. (pag. 532)
- Indennità di mobilità - Mobilità lunga - Requisiti - 28 anni di contribuzione - Contribuzione mista: gestione generale dei lavoratori dipendenti e gestione lavoratori autonomi - Computabilità - Limiti. (pag. 525)
- Indennità di mobilità "lunga" – Requisito contributivo – Rivalutazione anzianità contributiva da esposizione all'amianto – Insussistenza diritto. (pag. 431)
- Integrazione salariale straordinaria - Provvedimento di concessione tardivo - Interessi legali e rivalutazione monetaria - Obbligazione dell'INPS - Insussistenza. (pag. 362)
- Invalidità civile – Domanda giudiziale di ratei di indennità d'accompagnamento proposta da eredi – Difetto di previa domanda amministrativa degli aventi causa – Improponibilità ricorso. (pag. 427)
- Rivalutazione anzianità contributiva da esposizione all'amianto – Criteri valutativi dell'esposizione al rischio. (pag. 421)

PROCESSO CIVILE

- Appello - Documenti - Produzione - Certificazioni formate successivamente all'instaurazione del giudizio - Divieto - Sussistenza – Condizioni. (pag. 359)
- Controversia pensionistica - Decadenza dall'azione giudiziaria - Natura sostanziale - Decorrenza del termine decadenziale - Effetto estintivo. (pag. 411)
- Controversie in tema di invalidità civile - Ministero dell'Economia e Finanze - Litisconsorte necessario - Condanna alle spese di lite - Principio di soccombenza - Applicabilità. (pag. 558)
- Esecuzioni civili - Accertamento dell'obbligo del terzo - Tentativo di conciliazione - Non obbligatorietà. (pag. 404)
- Impugnazioni civili - Ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo - Appellabilità. (pag. 404)

- Opposizione a cartella di pagamento – Vizi formali – Deducibilità nelle forme di cui agli artt. 615-617 CPC – Notifica agli eredi impersonalmente all'ultimo domicilio del defunto - Validità. (pag. 418)
- Opposizione all'esecuzione – Omessa allegazione di elementi a precisa confutazione del credito – Contestazione generica – CTU contabile – Inammissibilità - Nullità ricorso. (pag. 434)
- Pagamento - Prova - Quietanza - Necessità – Esclusione. (pag. 540)
- Provvedimenti di urgenza – Decorrenza congedo maternità – Ammissibilità. (pag. 486)
- Ricorso - Nullità - Riproposizione del ricorso - Ammissibilità - Prescrizione - Irrilevanza del ricorso nullo. (pag. 589)
- Sentenza - Procedimento di correzione dell'errore materiale - Ordinanza di correzione - Appello - Limiti. (pag. 563)

STEFANO GIUBBONI

Professore Associato di Diritto del Lavoro - Università di Firenze

IL PRIMO DEI DIRITTI SOCIALI. RIFLESSIONI SUL DIRITTO AL LAVORO TRA COSTITUZIONE ITALIANA E ORDINAMENTO EUROPEO*

Sommario: 1. *I diritti sociali come diritti fondamentali: uno sguardo all'esperienza italiana in prospettiva comparata.* – 2. *L'ambiguo significato costituzionale del diritto al lavoro.* – 3. *Il diritto al lavoro come diritto sociale condizionato a prestazione pubblica.* – 4. *Il diritto al lavoro come "libertà negativa".* – 5. *Il diritto al lavoro come "libertà positiva".* – 6. *Diritto al lavoro e diritto del lavoro nella strategia europea per l'occupazione.* – 7. *A mo' di conclusione.*

1. – I principi personalistico e solidaristico (artt. 2 e 3 Cost.) – che si specificano e si rafforzano in quello lavoristico (artt. 1, 4, 35 Cost.) – fondano, nella Costituzione italiana, una delle più ampie e mature enunciazioni dei diritti sociali offerte dall'esperienza comparata (1). L'ampiezza e la sofisticata articolazione del catalogo dei diritti sociali fondamentali (soprattutto, ma non solo, dei lavoratori), che vi trovano espresso riconoscimento, fanno con ogni probabilità della Costituzione italiana, come è stato scritto, addirittura "un *unicum*" (2) nello stesso panorama delle

* Lo scritto riproduce, con qualche adattamento e con l'aggiunta delle note, il testo italiano del rapporto nazionale al seminario di Diritto comparato del lavoro "Pontignano XXIII" – "*Fundamental Social Rights*", Certosa di Pontignano (Siena), 23-29 luglio 2006.

(1) Esiste – come sin troppo noto – una letteratura vastissima in tema, di cui non avrebbe senso dar conto con pretese di completezza agli assai limitati fini di questo scritto. Oltre alla ormai classica voce di A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989 (ripubblicata anche in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 123 ss., e da cui si cita), sia perciò sufficiente richiamare qui – tra le sole opere monografiche più recenti – A. GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; R. PILIA, *I diritti sociali*, Napoli, 2005.

(2) M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 547 ss., qui p. 548. Sulla "eccezionalità" del caso italiano nel panorama delle costituzioni occidentali, anche BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., pp. 160-161, e L. MENGONI, *I diritti sociali*, ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, spec. p. 131.

esperienze europee, in cui pure la forma dello Stato democratico e sociale trova – al di là delle differenze, anche profonde, che ne connotano i diversi “modelli” storici e politici – le sue più alte e più rigogliose espressioni costituzionali.

I diritti sociali costituiscono, in effetti, un connotato indefettibile ed essenziale del modello di democrazia accolto dalla Costituzione italiana del 1947. Sono le disposizioni di principio con cui si apre solennemente la Carta fondamentale a chiarirlo con una nettezza, una forza evocativa ed un’eleganza di enunciati che ha pochi eguali (3), in particolare laddove accolgono un concetto di libertà e di dignità della persona, come “persona sociale”, che non solo si pone in contrapposizione all’esperienza autoritaria del fascismo, ma che supera definitivamente – nella prospettiva dell’eguaglianza sostanziale e della promozione della “libertà eguale” dei cittadini – la stessa tradizione normativa dello Stato liberale.

È innanzi tutto in ragione di questa loro stretta immanenza e coesistenzialità ai valori fondanti dell’ordinamento democratico repubblicano, che nella Costituzione italiana i diritti sociali condividono, coi diritti “nati nel tronco dell’idea di libertà” (4), lo *status* di diritti in senso proprio *fondamentali*. È, questo, un aspetto di centrale importanza del modello di costituzionalizzazione dello Stato sociale fatto proprio dalla Costituzione repubblicana; un aspetto che qualifica – e forse contribuisce a distinguere, sul piano comparato – l’esperienza italiana, nella misura in cui, almeno in linea teorica, determina un completo superamento delle concezioni che relegano i diritti sociali in una posizione d’irrimediabile ed irriducibile “minorità” e “separatezza” rispetto ai diritti civili e politici della tradizione liberale.

L’idea che anche i diritti sociali – in quanto riconosciuti dalla Costituzione – avessero acquisito la pienezza di statuto giuridico, con la connessa garanzia di tutela, che è propria dei diritti fondamentali, ha peraltro stentato non poco ad affermarsi nella cultura costituzionale italiana. Oggi questa concezione risulta, a ben vedere, espressamente “positivizzata” dallo stesso legislatore costituzionale, trovando esplicita consacrazione nel nuovo testo dell’art. 117 Cost., in particolare laddove si attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la uniforme determinazione sul territorio nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti *sia* sociali (lettera *m*), i quali vengono così *strutturalmente* accomunati.

Non va tuttavia dimenticato che a lungo ha continuato ad esercitare la sua influenza, ed a tratti il suo predominio, nella lettura della Costituzione, l’idea che i diritti sociali non potessero condividere la stessa forza giuridica e lo stesso grado di

(3) Mi piace ricordare – ed è un piacere naturalmente accresciuto dal felicissimo esito del *referendum* con il quale il popolo italiano ha appena respinto l’improvvida riforma costituzionale voluta nella passata legislatura dalla precedente maggioranza parlamentare di centro-destra – che gli Amici del Premio Strega hanno voluto assegnare un riconoscimento speciale alla Costituzione della Repubblica italiana nella ricorrenza dei sessanta anni dal referendum del 2 giugno 1946, appunto per il suo “alto valore linguistico [...], un valore in cui si fece e si fa ancora concreto, percepibile, attivo, lo spirito democratico che ispira e sorregge le norme” (T. DE MAURO, *Il linguaggio della Costituzione. Introduzione alla Costituzione della Repubblica italiana [1947]*, Torino, 2006, p. IX).

(4) M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzioti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, p. 97 ss., spec. p. 111.

prescrittività dei diritti di libertà (5), sul presupposto che gli stessi fossero in quanto tali rimessi, con norme di rilievo essenzialmente “programmatico”, alla determinazione pressoché libera del legislatore ordinario. Al superamento di questa concezione ha contribuito in maniera decisiva la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha progressivamente affermato la “precettività” e quindi la piena rilevanza costituzionale dei diritti sociali, a partire proprio dalle norme poste a tutela dei diritti dei lavoratori (emblematica, in tal senso, la vicenda relativa al principio della retribuzione sufficiente, *ex art 36 Cost.*). La stessa vicenda interpretativa dell’art. 4 Cost. ha mostrato di seguire un progressivo affinamento delle categorie ermeneutiche, consentendo alla Corte costituzionale di estrarre, dalla enunciazione del diritto al lavoro, “non solo significati proiettati verso il futuro” (6), e quindi meramente programmatici, ma anche un più preciso ed immediato nucleo precettivo.

Il diritto al lavoro – “principe”, “archetipo” dei diritti sociali, come è stato icanicamente definito (7) – offre in tal senso un esempio rivelatore e paradigmatico della complessità e, se si vuole, della inevitabile ambiguità del discorso sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali (8). Allo stesso tempo, ed è questa la ragione per cui è ad esso dedicato il presente contributo, i diversi modi di intendere il diritto al lavoro – e segnatamente l’impegno della Repubblica a promuovere le condizioni per renderlo effettivo, come si esprime l’art. 4 Cost. – dischiudono un punto di vista

(5) Una delle più autorevoli ed influenti espressioni di questa concezione, nella cultura costituzionale progressista italiana, si deve come noto a P. CALAMANDREI, del quale v. ad es. *L’avvenire dei diritti di libertà*, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968. Ma si tratta, com’è altrettanto noto, di una linea di pensiero classica, che è riemersa prepotentemente anche in tempi recenti nel dibattito sulla Costituzione europea, a sostegno, ad esempio, della necessità di una netta differenziazione – poi effettivamente introdotta nel testo dell’art. II-112 del Trattato costituzionale – tra veri e propri diritti (civili e politici) e semplici principi (sociali). Ed infatti – così suona la classica argomentazione – “mentre l’alta forza normativa dei diritti fondamentali negativi è dovuta al fatto che essi, in quanto divieti di condotta, non conoscono altro modo di attuazione che l’omissione”, al contrario, per adempiere ad uno scopo connesso ad un principio sociale, ci si deve affidare alla interposizione legislativa; con la conseguenza che, se “tale interposizione viene a mancare, i principi non sono in grado di assicurare le pretese del singolo e di conseguenza neppure la loro attuazione in tribunale” (così D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER [a cura di], *Il futuro della costituzione*, Torino, 2003, qui p. 161). Avremo modo di ricordare che tale categorizzazione non può pretendere di avere validità assoluta, in quanto molti diritti sociali possono essere (e sono) concretamente strutturati dal legislatore costituzionale come pretese incondizionate o vere e proprie libertà. E ciò a prescindere dall’argomento – ormai pacifico – che la stessa effettiva attuazione dei diritti di libertà esige la predisposizione di un qualche minimo apparato, di qualche forma di organizzazione pubblica o, comunque, di qualche tipo di prestazione positiva da parte dello Stato (in dottrina cfr., tra i tanti, S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, trad. it., Bologna, 2000; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000/14, p. 15 ss.).

(6) BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 168.

(7) La prima espressione è di M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, p. 87; la seconda è di W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, in part. p. 788, nota 9, che la deve a sua volta a J. Isensee.

(8) V., da ultimo, in questo senso A. APOSTOLI, *L’ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, spec. p. 71 ss.

privilegiato sulle trasformazioni del ruolo dello Stato e sulla influenza – sempre più marcata – che su di esso ha esercitato, ed esercita, il processo di integrazione europea.

2. – Nel diritto al lavoro si rintraccia in qualche modo paradigmaticamente tutta la complessità e la ambivalenza di significati che è propria dei diritti sociali come diritti costituzionali. Il primo dei diritti sociali – l’emblema di quelli che Carl Schmitt definiva come “diritti socialisti” (9), per negarne in radice il connotato stesso della giuridicità in polemica con i fragili postulati della Costituzione di Weimar – rimane, infatti, anche il più controverso ed ambiguo di essi, per l’oggettiva molteplicità di significati, talvolta dissonanti, che gli sono stati ascritti, ed è anche “quello che ha maggiormente subito il peso della storicità” (10).

La dottrina costituzionalistica italiana – ma si tratta di posizioni ormai largamente acquisite nella stessa giurisprudenza del giudice delle leggi (11) – propone da tempo un’analisi tipologica dei diritti sociali del tutto coerente con il loro *status* di diritti fondamentali. Alla stregua della più accreditata impostazione (12), i diritti sociali possono essere distinti, a seconda della loro specifica configurazione costituzionale, in libertà sociali (o diritti sociali di autonomia), diritti incondizionati e diritti condizionati (13). I primi (si pensi al diritto di sciopero e al diritto di associazione sindacale) esibiscono una struttura giuridica per molti aspetti del tutto assimilabile a quella dei classici diritti di libertà, laddove attribuiscono ai rispettivi titolari una sfera di *agere licere*, uno spazio di autonomia e di libertà di azione del soggetto al riparo da interventi limitativi di poteri pubblici o privati. I secondi (si pensi al già citato diritto alla retribuzione sufficiente di cui all’art 36 Cost. oppure al diritto alle ferie retribuite) presuppongono, per la loro immediata operatività, unicamente la costituzione del rapporto contrattuale cui ineriscono, con la conseguenza che una volta che il rapporto di lavoro sia sorto, la prestazione positiva oggetto del diritto può essere senz’altro fatta valere dinanzi al giudice. Solo gli ultimi risultano

(9) C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, spec. p. 50 ss.

(10) M. D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell’ordinamento comunitario*, ora in Id., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, p. 265. E v. da ultimo nello stesso senso R. SCOGNAMIGLIO, *La “storicità” del diritto al lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, p. 209 ss.

(11) Un esempio particolarmente eloquente dell’accoglimento di tale impostazione da parte della Corte costituzionale si ha nella giurisprudenza sul diritto alla salute ex art. 32 Cost.; v. diffusamente SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., p. 95 ss. Cfr. ad ogni modo più in generale F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 65 ss.

(12) Cfr. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., p. 159 ss.

(13) Sostanzialmente assimilabile a questa ci sembra la tassonomia proposta da GIORGIS, *La costituzionalizzazione*, cit., p. 8 ss., che distingue tra diritti sociali all’autonomia, diritti all’uguaglianza commutativa nell’ambito del processo produttivo e diritti in funzione della uguaglianza distributiva. Per una ricostruzione parzialmente diversa v. invece LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 100 ss.

condizionati, nel loro esercizio, alla predisposizione, da parte del legislatore ordinario, delle strutture organizzative e prestazionali necessarie al loro effettivo soddisfacimento. In mancanza della *interpositio legislatoris* ai soggetti costituzionalmente designati come titolari di siffatti diritti a prestazione pubblica è preclusa la possibilità di azionare la relativa pretesa in via giudiziaria: “prima dell’attuazione di tali presupposti di effettività, i diritti sociali di questa categoria sono efficaci soltanto oggettivamente, come norme fondamentali che impartiscono un compito al legislatore” (14).

L’enunciazione costituzionale del diritto al lavoro racchiude in qualche misura in sé tutti i significati ascrivibili alla nozione polisensa di diritto sociale. Il diritto al lavoro non è infatti racchiudibile nella sola dimensione propria dei diritti “condizionati” (15): l’art. 4 Cost. non si limita a porre un principio fondamentale di tipo finalistico, come (mera) norma programmatica o di scopo, ma riconosce “un fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell’attività lavorativa” (16). Anche se è innegabile come sull’affinamento del significato programmatico del diritto al lavoro – quale vincolo ad “indirizzare l’attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l’impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro” (17) – si sia svolta la parte forse più significativa, almeno sul piano storico, della vicenda interpretativa dell’art. 4 Cost. (18).

3. – Il primitivo nucleo semantico del diritto al lavoro – come capostipite dei diritti sociali – è, come si potrà meglio argomentare tra breve allargando lo sguardo agli sviluppi comunitari, anche quello che ha maggiormente risentito dei profondi e sempre più rapidi cambiamenti storici del secondo Novecento, ed in particolare della “crisi” del modello classico del *Welfare State* e delle radicali trasformazioni del ruolo economico dello Stato nazionale, che hanno caratterizzato soprattutto gli ultimi due decenni (19).

Da questo primo punto di vista, il diritto al lavoro viene, infatti, in considerazione come norma ad un tempo di principio e programmatica (20), e segnatamente

(14) MENGONI, *I diritti sociali*, cit., p. 132.

(15) V. ad esempio C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, p. 115.

(16) Corte costituzionale, sentenza n. 45 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 655 ss., con commento di V. CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*.

(17) Sono ancora parole della testé citata sentenza costituzionale.

(18) Oltre allo studio di MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, *supra* cit., cfr. solo le classiche pagine di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, p. 161 ss.; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, p. 148 ss. (ora ripubblicato a cura di L. GAETA in *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Milano, 2005, con un saggio di U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, p. 105 ss.); G. F. MANCINI, *Commento all’articolo 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione (articoli 1-12)*, Bologna e Roma, 1975.

(19) Si sviluppano qui considerazioni inizialmente esposte in F. BORGOGELLI, S. GIUBBONI, *Il lavoro come diritto sociale. Appunti per una voce di enciclopedia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 327 ss.

(20) Sullo sfuggente confine tra i due significati v. LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., pp. 112-113.

come direttiva costituzionale in materia di politica occupazionale, “come pretesa dei cittadini ad un comportamento dei pubblici poteri che, svolgendo il programma previsto dalla norma, realizzino condizioni di pieno impiego” (21). Il diritto al lavoro – in questa sua “proto-tipica” dimensione di diritto sociale a prestazione pubblica – vale unicamente come pretesa rivolta ai pubblici poteri affinché questi pongano in essere, ai rispettivi livelli di competenza e responsabilità, un’appropriata politica del lavoro; ma non può valere, evidentemente, come situazione giuridica immediatamente azionabile nei confronti dello Stato o, *a fortiori*, nei rapporti interprivati: “come non garantisce a ciascuno il diritto al conseguimento di un’occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall’esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così [l’art. 4 Cost.] non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto” (22). In questo senso, il diritto al lavoro si risolve perciò essenzialmente nella pretesa ad un’azione dello Stato e dei pubblici poteri diretta alla promozione e, nella concezione tradizionale, alla massimizzazione dell’occupazione attraverso politiche adeguate sia sul piano della offerta che – e diremmo soprattutto – su quello della domanda.

È questo anche il primo significato che il diritto al lavoro assume negli ordinamenti costituzionali ove viene espressamente riconosciuto, come anche nelle principali fonti internazionali in materia. È, ad esempio, assai significativo che nell’art. 1 della Carta sociale europea (anche dopo la revisione del 1996) si affermi che, per assicurare l’effettivo esercizio del diritto al lavoro, le parti contraenti si impegnano a riconoscere come uno dei loro principali obiettivi e responsabilità la realizzazione ed il mantenimento di un livello di occupazione il più elevato e stabile possibile, col fine esplicito della piena occupazione.

Nella concezione tradizionale, dominante sino a tutti gli anni Settanta dello scorso secolo, l’azione politica dello Stato, implicata dalla suddetta direttiva costituzionale, avrebbe dovuto necessariamente svolgersi su di un duplice piano: da un lato, mediante misure intese a realizzare un efficiente servizio di collocamento e rivolte, quindi, a regolare e favorire l’incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro già esistenti nel mercato; dall’altro, secondo la classica “ricetta keynesiana”, attraverso l’adozione “di programmi di spesa in investimenti sociali idonei ad espandere la domanda aggregata” (23), espressamente finalizzati, dunque, ad una politica espansiva di pieno impiego.

L’idea di fondo, sottesa alla previsione costituzionale in quella che potremmo chiamare la sua concezione classica (del resto conforme ad una più generale visione dei compiti e della stessa “identità” del diritto del lavoro) (24), è che allo Stato incomba la primaria responsabilità di creare le condizioni affinché tutti i cittadini

(21) MANCINI, *Commento*, cit., p. 209.

(22) Così, nell’ambito d’una giurisprudenza rimasta costante, la già citata sentenza n. 45 del 1965 della Corte costituzionale.

(23) MANCINI, *Commento*, cit., p. 220.

(24) Cfr. soprattutto M. D’ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Id.*, *Opere*, vol. I, cit., p. 311 ss.

abbiano la concreta opportunità di vivere dignitosamente ed al riparo dal bisogno grazie, in particolare, all'occupazione stabile nel lavoro subordinato, quale veicolo privilegiato di costruzione della stessa cittadinanza sociale (25).

Si comprende in quest'ottica l'idea che l'intervento del sistema previdenziale per il rischio sociale della disoccupazione abbia natura riparatoria e che l'indennità prevista dalle legge assuma il "carattere di risarcimento per il mancato ottenimento del lavoro" (26), costituendo una sorta di compensazione per il fallimento dell'azione dello Stato (27). E sempre nella stessa ottica si spiega lo speciale attaccamento all'idea del collocamento come funzione pubblica deputata a fini di carattere eminentemente redistributivo delle occasioni d'impiego esistenti sul mercato. Ancora a metà degli anni Ottanta la Corte costituzionale – giustamente criticata per il carattere sperimentalmente astratto del ragionamento, appunto del tutto avulso dalla concreta lancinante ineffettività del sistema vincolistico del collocamento pubblico (28) – poteva dichiarare la piena conformità a Costituzione del sistema della lista numerica in quanto volto ad attuare "una equa ripartizione delle occasioni di lavoro", nell'interesse dei lavoratori ad "una tutela certa e imparziale" (29).

Questa concezione è entrata irreversibilmente in crisi nel corso degli anni Ottanta, ed anche in Italia un impulso decisivo al suo superamento è venuto, come si dirà meglio fra breve, dagli sviluppi maturati al livello del diritto e delle politiche comunitarie. L'intera strategia europea dell'occupazione, con poche differenze tra la fase *pre* e *post* Lisbona (30), è basata su una diversa idea di responsabilità pubblica, prevalentemente centrata sullo stimolo alla impiegabilità dei lavoratori con misure dal lato dell'offerta, piuttosto che da quello della domanda, e su istanze di solidarietà di tipo "competitivo", piuttosto che "distributivo", per usare la nota terminologia di Streeck (31).

4. – Profondamente diversa è la natura giuridica della situazione soggettiva cui dà vita il diritto al lavoro nel secondo dei significati ascrivibili alla previsione contenuta nell'art. 4 Cost. In tale seconda accezione, il diritto al lavoro viene, infatti, in rilievo, non già come pretesa ad un intervento sociale dello Stato, ma come vero e proprio diritto costituzionale di libertà (32). Esso si concretizza in una situazione

(25) Si tratta, come noto, di una concezione largamente diffusa non solo in Italia e caratterizzante un'intera fase storica dello sviluppo di quello che oggi si chiamerebbe il "modello sociale europeo"; cfr. B. STRATH (a cura di), *After Full Employment. European Discourses on Work and Flexibility*, Bruxelles, 2000.

(26) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, p. 1031; in senso analogo, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 106-107.

(27) V. LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 8, anche per ulteriori rilievi nello stesso senso.

(28) Cfr. soprattutto P. ICHINO, *Il collocamento impossibile. Problemi e obiettivi della riforma del mercato del lavoro*, Bari, 1982.

(29) Corte costituzionale, sentenza n. 248 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 2113 ss.

(30) Cfr. in particolare D. ASHIAGBOR, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, 2005, spec. p. 72 ss.

(31) W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000, p. 3 ss.

(32) V., da ultimo e per tutti, APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 107 ss.

giuridica (immediatamente azionabile) di libertà (negativa) da interferenze o imposizioni esterne, provenienti indifferentemente da poteri pubblici o privati, nell'accesso al lavoro.

La Corte costituzionale non ha tardato a riconoscere nella previsione dell'art. 4 tale immediato nucleo precettivo, capace di fondare il diritto del cittadino "alla scelta dell'attività lavorativa e del modo di esercitarla come mezzo fondamentale di attuazione dell'interesse della sua personalità" (33). L'immediata affermazione di un siffatto diritto non è andata peraltro disgiunta – in un'ottica di bilanciamento degli interessi – dalla ponderazione di situazioni idonee a giustificare l'apposizione di limiti all'esercizio della libertà in tal senso riconosciuta. Nel riconoscere una libertà di accesso al lavoro come di libertà da irragionevoli limitazioni o barriere all'ingresso nel settore professionale prescelto, la Corte ha così ritenuto ammissibili limiti diretti ad esempio ad accertare – nell'interesse generale – determinati requisiti di idoneità e professionalità. La Corte costituzionale ha invero complessivamente dimostrato una certa cautela nel condurre siffatti esercizi di bilanciamento o ponderazione degli interessi in gioco (34), tendendo – come è stato osservato – per lo più a convalidare le scelte del legislatore e ad escludere la legittimità dei soli "vincoli che intacchino il contenuto essenziale di quella libertà o introducano logiche o privilegi di tipo corporativo" (35).

Non è allora un caso che – sotto il profilo ora in esame – l'ordinamento comunitario abbia dimostrato un dinamismo sconosciuto al diritto nazionale, in una più generale ottica di promozione della libertà economica dei soggetti. Anche se è forse riduttiva l'idea, pure assai diffusa (36), che il diritto comunitario conosca soltanto la dimensione negativa del diritto al lavoro come libertà da vincoli nell'autonoma scelta di un lavoro o di una professione, non può negarsi che sia questo il profilo più sviluppato, non solo a livello di enunciati normativi espressi, ma soprattutto nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Come libertà di svolgere un lavoro o una professione autonomamente scelti, il diritto al lavoro è espressamente riconosciuto, a livello comunitario, da ultimo con l'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quale "trasfuso" nell'art. II-75 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Nell'ottica comunitaria, il diritto di guadagnarsi la vita in una occupazione liberamente accettata si carica, del resto, di uno specifico, importante significato ulteriore, in quanto implica la garanzia (pure immediatamente azionabile) della libertà di circolazione nel territorio dell'Unione ai fini della ricerca e dell'esercizio, in forma stabile o transitoria, di un'attività di lavoro subordinato o autonomo in condizioni di piena

(33) Sempre la citata Corte cost., n. 45 del 1965, le cui affermazioni sarebbero state costantemente ripetute nella successiva giurisprudenza (v. ad es. le sentenze n. 81 del 1969 e 41 del 1971).

(34) Cfr. APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 155.

(35) Ivi, p. 149.

(36) Cfr. G. DELLA CANANEA, *Il lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Studi urbinati*, n. 53/54 del 2001/2002, p. 403 ss.; G. DEMURO, *Commento all'art. 15*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 127; D. ASHAGBOR, *The Right to Work*, in G. DE BÚRCA, B. DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, p. 241 ss.

parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro ospitante (v. gli artt. 39 e seguenti del Trattato CE).

È anzi nell'ambito della ricchissima giurisprudenza sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi nel mercato comune (37), ed in particolare nel principio, ormai in essa consolidato, per cui sono in linea di massima preclusi anche gli ostacoli di carattere non discriminatorio all'esercizio di tali libertà, che va individuato l'impulso più rilevante alla affermazione della libertà di lavoro nell'ordinamento sopranazionale. Sennonché, è pure evidente come, in quest'accezione, seppur non scevro da ovvi profili di rilevanza sociale, il "diritto al lavoro" finisca per venire in considerazione principalmente come forma di libertà economica. E se nell'impianto costituzionale italiano è netta la linea di demarcazione tra la libertà in tal senso riconosciuta dall'art. 4 ai lavoratori dipendenti ed autonomi, da una parte, e la libertà d'iniziativa economica ex art. 41 Cost., dall'altra (38), senza dubbio meno evidente, o meglio meno rilevante, in presenza di una disciplina sostanzialmente omogenea, risulta viceversa il confine tra le fattispecie in questione nella prospettiva comunitaria della libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato interno. Appare significativa di questa diversa impostazione la già citata disposizione contenuta nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, dopo aver riconosciuto ad ogni individuo il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente accettata (par. 1), appunto senz'altro accomuna la libertà di cercare un lavoro e di lavorare a quella di stabilirsi o di prestare servizi in qualunque Stato membro (par. 2).

5. – È infine analiticamente individuabile un terzo significato costituzionale del diritto al lavoro, in qualche modo intermedio rispetto ai primi due, nel quale lo stesso viene in rilievo come diritto sociale di libertà *positiva*, ovvero – secondo la suggestiva prospettazione di Massimo D'Antona – come “un diritto di”, il diritto di lavorare, ossia di accedere al lavoro e di mantenere il lavoro ottenuto senza subire l'interferenza abusiva o discriminatoria di poteri pubblici o privati”. In questo senso, il diritto al lavoro, come “diritto di lavorare”, è “un diritto della persona, intesa come persona sociale” (39), che va evidentemente al di là di quella mera dimensione di libertà negativa (ovvero di “libertà da”), che si è appena sopra considerata (40). In questa prospettiva, esso – per riprendere ancora le parole di D'Antona – “consiste piuttosto nella garanzia dell'uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un'uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone e sicurezza rispetto ad abusi legati a qualità personali, sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto di lavoro” (41).

(37) Su di essa v., da ultimo e per tutti, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, 2004, p. 231 ss.

(38) V, per tutti LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 26 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 374.

(39) D'ANTONA, *Il diritto al lavoro*, cit., p. 268.

(40) Cfr. anche D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Bari, 2004, p. 75 ss.

(41) D'ANTONA, *op. loc. ult. cit.*

È certamente ascrivibile a questo significato del diritto al lavoro, l'implicazione – ormai ricavata, dopo un iniziale orientamento in senso contrario, anche dalla Corte costituzionale – che esso comporti il diritto dei lavoratori (subordinati) a non essere arbitrariamente licenziati, ovvero il principio che in tanto il licenziamento possa essere legittimamente intimato, in quanto sia sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo. Tale diritto – cui la Carta sociale europea rivista (all'art. 24) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (all'art. 30) dedicano un'autonoma enunciazione – deve ovviamente potersi risolvere in quello ad una tutela adeguata in caso di licenziamento “ingiusto”. Va tuttavia riconosciuto come siffatta tutela – nella quale si è autorevolmente scorta la più importante concretizzazione normativa dell'art. 4 Cost. nell'ordinamento italiano (42) – non debba necessariamente consistere nella tutela “reale” del posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Tale forma di tutela non concreta, infatti, “l'unico possibile paradigma attuativo” dei principi di cui alla norma costituzionale, rappresentando solo “uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro” (43). Il legislatore – purché ovviamente si muova nel rispetto del principio di uguaglianza e di ragionevolezza – dispone, dunque, di un'ampia discrezionalità, non solo nella scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione delle garanzie e di concreta configurazione delle forme di tutela contro i licenziamenti illegittimi (44).

È ancora in quest'accezione positiva della libertà di lavoro che vanno collocati gli strumenti di tutela antidiscriminatoria, operanti sia nel momento dell'accesso al lavoro sia in quello dello svolgimento e della cessazione del rapporto, come pure le misure di riequilibrio delle (diverse) opportunità di individui e gruppi nella forma, ad esempio, delle azioni positive. In tale contesto si può inoltre collocare il diritto ad una formazione professionale – ed in particolare il diritto ad una formazione continua durante tutto l'arco della vita lavorativa – che consenta di migliorare la qualità dell'offerta di lavoro secondo modalità adeguate, non solo alle esigenze del mercato, ma alle prospettive di auto-realizzazione professionale del soggetto (45).

L'idea del diritto al lavoro come libertà “positiva” evoca, infine, inevitabilmente, la dibattuta questione della configurabilità “di un vero e proprio diritto del

(42) V. G. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, p. 47 ss., spec. p. 60.

(43) Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 699, con nota di R. ROMBOLI, ed ancora *ivi*, c. 1401, con commento di M. DE LUCA.

(44) In tal senso, tra le numerose pronunce della Corte costituzionale, oltre a quella appena citata, v. la sentenza n. 2 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, p. 9 (ed *ivi*, p. 235, il commento di G. PERA, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*); in dottrina, anche per ulteriori riferimenti, cfr. da ultimo APOSTOLI, *L'ambivalenza*, cit., p. 187 ss.

(45) Cfr. ora B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, relazione al congresso AIDLASS di Cagliari, 1-3 giugno 2006, per la configurazione del diritto alla formazione continua come diritto sociale fondamentale di libertà, che dovrebbe di per sé assumere una piena ed effettiva portata universalistica. V. inoltre GAROFALO, *Formazione*, cit., p. 309 ss.

lavoratore all'esecuzione della prestazione" (46); questione che tende oggi a colorarsi di nuovi significati anche in relazione alle forte espansione registratasi in questi ultimi anni nell'uso delle tecniche di tutela risarcitoria delle lesioni della dignità professionale e della personalità morale del prestatore di lavoro (47).

6. – È soprattutto con riguardo alla prima delle accezioni sopra passate in rassegna, che il diritto al lavoro ha – come si accennava – maggiormente risentito delle decisive trasformazioni del ruolo economico e sociale dello Stato nel contesto del processo d'integrazione europea. Se si guarda agli sviluppi comunitari – ed in particolare al processo di coordinamento delle politiche del lavoro degli Stati membri avviato a livello sopranazionale nella seconda metà degli anni Novanta – ci si avvede facilmente del senso del radicale cambiamento di prospettiva progressivamente consumatosi nella configurazione, sia teorica che pratica, di quella pretesa sociale all'azione dei pubblici poteri, che appunto si trova primariamente incorporata nell'art. 4 Cost.

Con un'inevitabile dose di semplificazione ed approssimazione, il senso di tale profondo mutamento può essere sintetizzato nella crisi, e poi nel sostanziale superamento, evidente nell'approccio comunitario della strategia europea dell'occupazione, del paradigma classico della piena occupazione come responsabilità primaria cui lo Stato sociale nazionale provvede agendo, con appropriate politiche espansive e d'investimento, sul lato della domanda, oltre (e prima) che con la costruzione di efficienti servizi dell'impiego su quello dell'offerta. All'interno del processo di coordinamento aperto delle politiche dell'occupazione degli Stati membri, anche nei termini in cui esso è stato rilanciato nel celebre vertice di Lisbona del marzo 2000, l'enfasi è, infatti, posta essenzialmente sulle misure dal lato dell'offerta, in linea, del resto, con l'espressa previsione contenuta nell'art. 125 del Trattato CE, alla cui stregua lo sviluppo dell'occupazione passa attraverso la "promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici". Come è stato osservato, "l'orientamento sul lato della offerta della politica europea del lavoro lascia assai poco spazio all'idea che lo Stato debba garantire il diritto al lavoro sostenendo la sicurezza del reddito o del lavoro" (48).

Con una forte accelerazione dagli anni Ottanta dello scorso secolo, non è entrato in crisi solo il postulato – fondamentale nell'edificazione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro – della centralità (se non del monopolio) regolativo dello Stato (49). Ad entrare in crisi – almeno in una certa prospettiva interpretativa – è stato lo stesso paradigma del costituzionalismo sociale del secondo dopoguerra,

(46) C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, 2004, p. 3.

(47) Tanto da far evocare il rischio – forse sovrastimato – di vere e proprie "derive risarcitorie": v. L. NOGLER, *La "deriva" risarcitoria dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 29, Mobbing, organizzazione, malattia professionale, Torino, 2006, p. 63 ss.

(48) ASHIAGBOR, *The Right to Work*, cit., p. 249.

(49) V. ancora D'ANTONA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 223 ss.

centrato sulla “preminenza normativa” dei diritti sociali in quanto diritti eminentemente “distributivi” e sull’idea della “prevalenza della solidarietà sociale sul funzionamento del mercato e del sistema economico” (50).

Le trasformazioni della costituzione economica comunitaria sono in qualche modo un effetto e allo stesso tempo un fattore determinante, una causa, di questo processo. Ciò è evidente – per tornare al nostro tema – proprio in materia di politiche occupazionali. Anche grazie all’impulso comunitario – è stato efficacemente osservato – “gli anni ’80 e ’90 emergono come un fondamentale spartiacque per la nozione di Paml [politiche attive del mercato del lavoro: n. d. r.] e per il bilanciamento tra diritti e doveri nella *vita attiva* dei cittadini” (51). E ciò in una duplice, complementare direzione, in quanto: da un lato, “le Paml si sono progressivamente distaccate dalla nozione originale di “misure sul lato della domanda” miranti a fornire *impiego* – anche se talvolta sotto forme assistite o extramercantili – per trasformarsi in misure dal lato dell’offerta” miranti come tali a conferire *impiegabilità* ai lavoratori”; d’altro lato, “vi è stato poi un contestuale inasprimento degli aspetti condizionali e sanzionatori delle Paml e una riduzione della capacità dei lavoratori disoccupati di rifiutare offerte di lavoro, al fine di ridurne la dipendenza dagli aiuti del *welfare state*” (52).

I legislatori nazionali hanno ovviamente fornito risposte significativamente diverse, per lo più senza sovvertire le tradizioni regolative dei rispettivi sistemi di diritto del lavoro (53), onde sarebbe errato evocare modelli uniformi, o anche solo linearmente convergenti di misure di “attivazione” delle politiche occupazionali o di flessibilizzazione delle forme di impiego (54). È tuttavia innegabile come – anche su sollecitazione degli orientamenti europei – si siano registrate significative convergenze, ad esempio nella direzione di un generalizzato inasprimento dei doveri (sempre più spesso contrattualmente definiti) di “attivazione” dei disoccupati, con una forte accentuazione delle componenti di responsabilità individuale nella ricerca dell’occupazione e di “costrittività” delle associate misure di sostegno del reddito (55).

Rileggendo l’art. 4 Cost. alla luce della vicenda europea e degli impulsi del livello di governo comunitario, potrebbe dirsi che il diritto al lavoro – nel suo primo significato di pretesa nei confronti dello Stato – oggi si risolva essenzialmente, anche in Italia, nel diritto a servizi per l’impiego regolati e organizzati secondo *standard* di efficienza e qualità, rispetto ai quali lo Stato assume per lo più un ruolo

(50) Così G. MAESTRO BUELGA, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, p. 89 ss., qui p. 93; in termini analoghi cfr. pure A. CANTARO, *Il secolo lungo. Lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, 2006, spec. p. 79 ss.

(51) M. R. FREEDLAND, N. COUNTOURIS, *Diritti e doveri nel rapporto tra disoccupati e servizi per l’impiego in Europa*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 557 ss., qui p. 559.

(52) *Ibidem*.

(53) Cfr. S. SCIARRA, *The Evolution of Labour Law 1992-2003. General Report*, Bruxelles, 2005.

(54) Cfr. quanto osserva E. GHERA, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, p. 121 ss.

(55) Cfr. ancora FREEDLAND, COUNTOURIS, *Diritti e doveri*, cit., spec. p. 582, cui si rimanda anche per una vigorosa critica delle tendenze workfaristiche in atto in Europa.

di garanzia, affidandone la concreta attuazione ad un sistema “pluralistico”, “multipolare”, “misto” (56), in cui soggetti pubblici (locali) ed agenzie private operano in un regime di concorrenza temperato da momenti di cooperazione (57). Il legislatore italiano si è mosso con crescente intensità in questa direzione, secondo un disegno portato a compimento dal d. lgs. n. 276 del 2003 ma largamente avviato a partire almeno dal 1997.

I concetti di “impiegabilità” e di “adattabilità” – già assunti come autonomi “pilastri” della strategia europea dell’occupazione e più di recente accorpati nell’ambito degli orientamenti integrati per la crescita e l’occupazione – racchiuderebbero, peraltro, in una certa prospettiva di analisi, trasformazioni ancor più radicali del ruolo del diritto del lavoro. Ponendo la propria enfasi sulle pari opportunità degli individui nell’accesso e nella competizione in un mercato del lavoro che si presenta sempre più flessibile e frammentato, tali concetti si porrebbero, infatti, in tendenziale rottura con un modello di attuazione del diritto al lavoro tradizionalmente centrato sulla tutela (rigida) degli occupati (stabili), che soprattutto in Italia ha lasciato ai margini inoccupati e *outsiders*, perpetuandone l’esclusione dal mercato del lavoro. La diversa impostazione di fondo delle politiche comunitarie metterebbe così a nudo la latente contraddizione tra la tutela rigida degli occupati, garantita appunto all’interno della “cittadella” protetta dal diritto del lavoro, e le effettive *chances* di inclusione e di garanzia del diritto al lavoro degli inoccupati. La rigida protezione degli *insiders* ridurrebbe automaticamente la possibilità dei senza lavoro, degli *outsiders* appunto, di prendere parte alla produzione, “in contrasto con i principi costituzionali che obbligano la Repubblica a operare per la rimozione degli ostacoli all’uguaglianza sostanziale tra i cittadini e per rendere effettivo il diritto al lavoro di tutti (artt. 3 e 4)” (58).

Si tratta di una prospettiva teorica che ha esercitato un’indubbia influenza sugli sviluppi più recenti del diritto del lavoro italiano e di cui sarebbe sbagliato negare ancoraggi solidi nel discorso comunitario in materia di politiche del lavoro e dell’occupazione. Le si può, tuttavia, fondatamente rimproverare di enfatizzare in maniera unilaterale solo alcuni dei “messaggi” veicolati dalla strategia europea dell’occupazione e di offrire una visione parziale dello stesso diritto comunitario del

(56) Cfr. soprattutto M. RUSCIANO, *Il lavoro come diritto: servizi per l’impiego e decentramento amministrativo*, in *Riv. giur. lav.*, suppl. al n. 3 del 1999, p. 25 ss.; A. ALAIMO, *I servizi all’impiego e l’art. 4 Cost. dopo le recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 249 ss., ove anche una discussione della controversa ed innovativa questione della configurabilità di garanzie di tipo anche risarcitorio per il caso di inadempimento da parte dell’amministrazione dei doveri connessi alla efficiente erogazione del servizio. Sul tema della azionabilità delle pretese nascenti dal cosiddetto “rapporto giuridico per il lavoro” v. inoltre LA MACCHIA, *La pretesa*, cit., p. 152 ss.; GAROFALO, *Formazione*, cit., p. 297 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Introduzione a ID. (a cura di), I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Padova, 2004, in part. p. XXXVII ss.

(57) CARUSO, *Occupabilità*, p. 8 del testo provvisorio della relazione, parla al riguardo di “ibridazione” di modelli di regolazione pubblicistici e privatistici, secondo una logica pluralistica e multipolare di intervento regolativo.

(58) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2000, p. 12.

lavoro (59). La graduale – seppur incerta, e per nulla lineare – costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali al livello dell’Unione europea (60), dimostra, infatti, che lo stesso ordinamento comunitario si mantiene assai lontano dall’idea che, per superare le distanze tra *insiders* e *outsiders*, sia necessario procedere ad un sostanziale smantellamento delle tutele di cui godono i primi per ridistribuirle nell’area dei secondi, ricomponendo così la frattura tra garantiti e non garantiti in una sorta di “*eguaglianza nell’insicurezza*” (61).

8. – Resta, peraltro, tutta l’oggettiva difficoltà di individuare – anche in ambito europeo – direttrici di riforma dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, ad un tempo rispettose dei fondamenti solidaristici degli stessi ed ispirate ad una rimodulazione delle tutele secondo criteri socialmente equi. Un temperato allargamento del raggio di incidenza delle tutele oltre i confini del lavoro giuridicamente subordinato, per abbracciare il campo in espansione del lavoro economicamente dipendente (62), è sempre più auspicato come possibile linea di sviluppo della stessa politica sociale comunitaria (63), con prime timide aperture da parte dei legislatori nazionali.

Ancora più ampia appare poi la prospettiva di riforma indicata nel celebre *Rapporto* di Alain Supiot sul futuro del diritto del lavoro in Europa (64), come anche quella – assai vicina sul piano metodologico – che si basa sulla idea di rafforzare le *capabilities* e le opportunità di auto-realizzazione professionale e di vita delle persone. La distribuzione per cerchi concentrici – dal più ampio, di segno universalistico, al più ristretto, ritagliato sui rapporti di lavoro in senso proprio subordinato – delle garanzie e dei diritti sociali “di prelievo” potrebbe in effetti costituire un modo di rivisitazione dei valori costituzionali di eguaglianza sostanziale e di solidarietà, e dello stesso diritto al lavoro, adeguato alle grandi trasformazioni della nostra epoca (65).

(59) Laddove, in particolare, si argomenta una supposta diversità di fondo del modello europeo, dovuta al fatto che da sempre il diritto comunitario del lavoro avrebbe avuto di mira – diversamente dal diritto di fonte OIL e dagli stessi diritti nazionali – l’obiettivo di correggere forme di “monopsonio dinamico”, e non strutturale, nel mercato del lavoro; cfr. P. ICHINO, *Diversità di ispirazione e contenuti normativi fra l’Organizzazione internazionale del lavoro e l’ordinamento comunitario europeo*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 295 ss.

(60) Sia consentito un rinvio a S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2006.

(61) U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d’eguaglianza*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione*, cit., p. 15 ss., qui p. 33.

(62) V. l’analisi comparata offerta da A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica*, oggi, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 221 ss.

(63) V. SCIARRA, *The Evolution*, cit., p. 22 ss.

(64) V. A. SUPIOT, *Il futuro del lavoro*, edizione italiana a cura di P. Barbieri ed E. Mingione, Roma, 2003.

(65) Per interessanti proposte di analisi del sistema di protezione sociale italiano in questa prospettiva v. P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2005; e cfr., *si vis*, pure M. CINELLI, S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, 2005. V. inoltre G. BRONZINI, *Generalizzare i diritti o la subordinazione? Appunti per un rilancio del diritto del lavoro in Italia*, in *Dem. dir.*, n. 2 del 2005, p. 133 ss.

Ed anche la prospettiva – eminentemente teorica e metodologica - delle *capabilities*, nel concepire i diritti sociali in termini non oppositivi rispetto alle logiche del mercato (66), potrebbe indicare una sorta di nuova “terza via” tra un diritto del lavoro tradizionalmente inteso come “diritto della distribuzione” delle tutele tra gli occupati in posizione di subordinazione (stabile) ed un diritto del lavoro incline invece a smarrire la sua identità facendosi *tout court* “diritto della produzione” (67).

Quel che sembra certo, è che le risposte ai nuovi bisogni di sicurezza creati dalle trasformazioni sociali ed economiche in corso difficilmente potranno nascere da una sterile contrapposizione tra diritto *al* lavoro e diritto *del* lavoro.

(66) Cfr. S. DEAKIN, F. WILKINSON, “*Capabilities*”, *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, p. 317 ss., nonché, in un’ampia prospettiva di indagine interdisciplinare con interessanti studi di caso, il volume curato da R. SALAIS e R. VILLENEUVE, *Europe and the Politics of Capabilities*, Cambridge, 2004, ed ivi spec. l’introduzione dei curatori, p. 1 ss.

(67) CARUSO, *Occupabilità*, cit., spec. pp. 20-21 e 46 del testo provvisorio della relazione; ma v. già F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro*, 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998 (quarta ed.), pp. 4-5.

GIOVANNI B. NARDECCHIA

Magistrato in Como

INSINUAZIONE TARDIVA

Sommario: I. La riforma del 2006 - II. Natura ed oggetto della domanda. - III. Legittimazione - IV. Il procedimento. Forma e termini della domanda - V. Segue. Instaurazione del contraddittorio e decisione - VI. Effetti dell'ammissione.

1. – Natura ed oggetto della domanda

1. L'esigenza di assicurare celerità e speditezza al procedimento fallimentare costituisce uno dei principi cardine della legge delega. Principio che nella fase di accertamento del passivo comporta innanzitutto la fissazione di un limite per la presentazione delle domande di ammissione al passivo. Limite reso più stringente dal legislatore, al fine di evitare tutte le problematiche inevitabilmente derivanti dall'esame di domande depositate nell'imminenza o al momento dell'udienza fissata per la verifica dello stato passivo (1). Il termine per il deposito delle domande tempestive si ricava dal combinato disposto degli articoli 16 (con la sentenza di fallimento il tribunale assegna a creditori e terzi che vantano diritti su beni immobili e mobili in possesso del fallito "il termine perentorio di trenta giorni prima dell'udienza (di verifica) per la presentazione in cancelleria della domanda di insinuazione") e 93 l.f. secondo cui le domande di ammissione si propongono con ricorso "da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo". Al fine di consentire il rispetto di tale termine, il legislatore ha mantenuto nell'art. 92 l'obbligo del curatore di comunicare ai creditori e terzi la data entro cui far pervenire le domande. Limite quest'ultimo che tuttavia non preclude la proposizione di una domanda tardiva sottoposta alla diversa disciplina dell'art. 101 l.f. che, in caso di accoglimento, produce i medesimi effetti sostanziali della domanda di ammissione svolta tempestivamente, fermi restando gli effetti già prodotti dalle operazioni di liquidazione dell'attivo.

2. La domanda di insinuazione tardiva del credito produce gli effetti della **domanda giudiziale** per tutto il corso del fallimento, così come affermato dall'art. 94 l.f., espressamente richiamato dall'art. 101 l.f. Essa produce gli effetti di una domanda diretta ad ottenere un provvedimento giurisdizionale che accerti il diritto

(1) In questi termini G. Bozza *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, p. 72.

del creditore a partecipare al concorso. Provvedimento giurisdizionale che produce effetti soltanto ai fini del concorso, così come previsto dall'art. 96 ultimo comma l.f. con riferimento ai giudizi di cui all'articolo 99 l.f., articolo a sua volta richiamato dall'art. 101 l.f. L'effetto preclusivo della declaratoria di esecutività dello stato passivo determina ancora l'oggetto della domanda tardiva. Per questo motivo si rimanda alle considerazioni già svolte in relazione al rapporto tra dichiarazione presentata ai sensi dell'art. 101 l.f. e precedenti accertamenti compiuti in sede di formazione del passivo davanti al giudice delegato e, quindi, al valore di giudicato interno – endofallimentare – delle pregresse decisioni riguardanti l'insinuazione ordinaria. Considerazioni tuttora valide costituendo ammissione tardiva ed ordinaria fasi di uno stesso accertamento giurisdizionale. Affermazione quest'ultima che ha trovato un valido supporto testuale a fronte dell'identità sia del procedimento di accertamento dei crediti tempestivi e di quelli tardivi sia dell'efficacia, ai soli fini del concorso, del decreto che rende esecutivo lo stato passivo e di quello emesso a seguito del deposito di domande tardive. L'ammissibilità della insinuazione di cui all'art. 101 l.f. è quindi condizionata dalla assoluta novità della domanda rispetto a qualunque domanda che sia stata proposta tempestivamente, cioè nel termine di trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Pertanto, un credito, per potere essere insinuato tardivamente, deve essere diverso (in base ai criteri del *petitum* e della *causa petendi*) da quello fatto valere nell'insinuazione ordinaria, fermo restando che ad integrare la diversità della domanda non è sufficiente il mero dato quantitativo e neanche una diversa connotazione del medesimo credito. La modifica del procedimento di insinuazione aiuta comunque a risolvere alcune questioni controverse, quale ad esempio quella secondo cui il creditore non era tenuto a domandare espressamente il riconoscimento della prelazione essendo sufficiente l'indicazione dei fatti costitutivi della stessa, essendo la qualificazione del credito e l'indicazione del grado del privilegio di competenza del giudice in forza del principio *iura novit curia*.

Invero l'espressa previsione secondo cui, ai sensi del novellato art. 93 l.f., il ricorso deve contenere "l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, anche in relazione alla graduazione del credito, nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita" rende evidente come la prelazione non possa più esser riconosciuta al di fuori di un'esplicita e specifica richiesta del creditore. In applicazione del principio di necessaria novità e diversità della dichiarazione tardiva di credito rispetto a quanto già richiesto in sede di ammissione ordinaria e del fatto che, come visto l'indicazione specifica della prelazione richiesta, anche in relazione alla graduazione del credito, costituisce un elemento necessario della domanda, va quindi negato il successivo riconoscimento del privilegio ad un credito già ammesso in via chirografaria (salvo che l'attribuzione della natura privilegiata al credito fosse successiva al provvedimento di ammissione per effetto di modificazioni normative sopravvenute).

3. Ai sensi dell'art. 52 anche i crediti trattati ai sensi dell'articolo 111 n.1 devono essere accertati secondo le norme stabilite dal Capo V.

Il legislatore per favorire una uniformità applicativa della ripartizione dell'attivo, ha previsto espressamente nel primo comma dell'articolo 111 bis l.f., che i crediti **prededucibili** debbono essere accertati con le modalità dell'accertamento del passivo, ad esclusione di quelli non contestati per ammontare e per collocazione,

anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di liquidazione di compensi (in quest'ultimo caso, essi andranno accertati con le modalità del procedimento camerale ex articolo 26, previsto in tema di reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale). In particolare i crediti prededucibili sorti dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo ovvero dopo l'udienza alla quale essa sia stata differita devono essere accertati secondo il procedimento del secondo comma dell'art. 101.

Singolare e priva di qualsiasi giustificazione appare la fissazione di termini diversi da quelli previsti per i crediti concorsuali. I crediti prededucibili divengono infatti tardivi solo se sorti dopo l'adunanza di verifica dello stato passivo. I crediti sorti prima di tale data dovranno essere quindi assoggettati al regime proprio delle domande tempestive, con la differenza, rispetto ai crediti concorsuali, che la relativa domanda di insinuazione potrà essere depositata sino all'udienza (e non trenta giorni prima). Ciò comporterà la reviviscenza di tutti i problemi, che si sono voluti evitare con riferimento ai crediti concorsuali, con la fissazione di un termine anteriore rispetto all'adunanza dei creditori, problemi rappresentati dal rischio di domande presentate all'ultimo momento utile, confidando su un loro esame meno approfondito per la necessità di provvedere con urgenza alla chiusura dell'udienza per depositare lo stato passivo.

La disciplina dei crediti prededucibili dettata dalla norma codifica l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui anche il debito cd. "di massa" che sia controverso, per non essere stato contratto direttamente dagli organi della procedura, deve essere verificato attraverso il procedimento previsto dagli artt. 93 e ss. l.f. come l'unico idoneo ad assicurare il principio della concorsualità anche nella fase di cognizione. Nel secondo comma viene introdotto il principio, già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui i crediti prededucibili devono essere soddisfatti per capitale, spese e interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, secondo un criterio proporzionale, ma con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori muniti di garanzia reale sui beni alienati. Viene altresì mantenuta ferma la diversa soluzione, costituente *ius receptum*, secondo cui tale priorità non esiste nel solo caso in cui i crediti prededucibili si riferiscano ad attività incrementative del valore dei beni medesimi, pignorati o ipotecati, o che, comunque, abbia arrecato beneficio ai creditori *de quibus*. A fini acceleratori viene disposto che i crediti prededucibili, sorti nel corso del fallimento, liquidi, esigibili e non contestati, possono essere soddisfatti al di fuori del procedimento di riparto se l'attivo è presumibilmente sufficiente a soddisfare tutti i titolari di tali crediti. In quest'ultima ipotesi viene, altresì, introdotta la disposizione di garanzia secondo cui detto pagamento, superiore ad un importo di 25.000,00 euro, deve essere autorizzato dal comitato dei creditori.

2. – Legittimazione

4. La legittimazione a proporre domanda tardiva di credito risponde, in via generale, alle stesse regole che governano l'insinuazione ordinaria, con la conseguenza che la **legittimazione attiva** spetta a chiunque si affermi titolare di una pre-

tesa creditoria nei confronti del fallito. Nella vigenza della passata disciplina la problematica più dibattuta aveva trovato una sua definizione attraverso univoche decisioni della Corte di Cassazione, secondo le quali, in caso di successione nel diritto fatto valere nei confronti del fallito e cioè, in particolare, nei casi di cessione del credito già ammesso definitivamente al passivo o di **surroga**, volontaria o legale, nello stesso, il nuovo creditore non era dispensato dall'onere di presentare domanda di insinuazione *ex art. 101 l.f.*, a prescindere dalla causa del subingresso (cessione di credito ovvero surrogazione *ex lege* in favore del terzo che abbia eseguito il pagamento). Invero, secondo tale impostazione, la definitiva ammissione al passivo fallimentare, risultando finalizzata alla realizzazione del concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, postula una valutazione del credito non nella sua astratta oggettività, ma riferita ad un ben determinato soggetto, la cui concreta individuazione non è irrilevante per il debitore che, in caso di errore, è esposto al rischio della mancata liberazione dall'obbligazione.

Tale interpretazione appare sconfessata dal nuovo art. 115 l.f. secondo cui "se prima della ripartizione i crediti ammessi sono stati ceduti, il curatore attribuisce le quote di riparto ai cessionari, qualora la cessione sia stata tempestivamente comunicata, unitamente alla documentazione che attesti, con atto recante le sottoscrizioni autenticate di cedente e cessionario, l'intervenuta cessione. In questo caso il curatore provvede alla rettifica formale dello stato passivo. Norma dalla quale si desume un principio generale applicabile a tutti i casi di successione nel lato attivo del rapporto creditorio, secondo il quale il nuovo creditore non deve necessariamente presentare domanda di insinuazione per partecipare al riparto, purché la successione nel credito sia adeguatamente documentata (con atto recante le sottoscrizioni autenticate di cedente e cessionario) e, quindi, come tale, opponibile al curatore. **Onere probatorio evidentemente superfluo nel caso di surrogazione *ex lege* in favore del terzo che abbia eseguito il pagamento.**

5. La riforma non ha risolto la questione sull'individuazione dello strumento processuale che il creditore deve adottare per far valere le proprie ragioni in caso di omessa pronuncia da parte del g.d. sulla domanda o su parte di essa: se necessariamente l'opposizione allo stato passivo (2) ovvero anche la riproposizione della domanda nelle forme dell'insinuazione tardiva (3). Quest'ultimo orientamento appare tuttora preferibile alla luce della natura di impugnazione dell'opposizione allo stato passivo. Ne deriva che l'omessa pronuncia della domanda determinerebbe la necessità del riesame della stessa nelle stesse forme previste per le domande

(2) In questo senso G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998 p. 382; G. BOZZA-G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fall. e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 111; L.A. RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fall.*, Milano, 1995, p. 265; C 3924/99 in una fattispecie in cui è stata sollevata una questione relativa all'ammissione del credito per gli interessi, su cui il g.d. aveva omesso ogni pronuncia, in sede di ripartizione dell'attivo.

(3) In questo senso C 2566/96; A Milano 20.5.69 ed in dottrina M. MONTANARI, *Dell'accertamento del passivo e dei crediti reali mobiliari dei terzi*, in *Le procedure concorsuali* a cura di G.U. Tedeschi, Torino, 1996, p. 805; G. PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, p. 372.

insinuate tempestivamente, dato che il legislatore ha esteso all'accertamento dei crediti tardivi le stesse modalità previste per la fase sommaria. Circostanza quest'ultima che evidenzia ancor più la correttezza di tale soluzione interpretativa dato che il legislatore attraverso la predisposizione di un unico modello di accertamento dei crediti ha ritenuto evidentemente indifferibile un procedimento di accertamento collettivo del credito, un accertamento sottoposto al controllo incrociato degli altri creditori. Dall'applicabilità dell'art. 93 l.f. si ricava che la domanda tardiva è proponibile anche dalla parte personalmente, senza che sia più necessaria quindi l'assistenza tecnica di un avvocato. Esclusa la **legittimazione passiva** del fallito, deve ritenersi esclusiva e necessaria la legittimazione passiva del curatore il quale per stare in giudizio non necessita della preventiva autorizzazione del g.d.

3. – Il procedimento. Forma e termini della domanda

6. L'art. 101 l.f. richiama espressamente l'art. 93 l.f. con la conseguenza che la domanda di insinuazione tardiva deve avere gli stessi requisiti oggi richiesti per la domanda tempestiva. L'articolo indica dettagliatamente il contenuto dell'istanza di insinuazione imponendo, a pena di inammissibilità della domanda, che debbano essere indicati precisamente la procedura cui si intende partecipare, le generalità del creditore, la *causa petendi* (la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda) ed il *petitum* (la determinazione della somma da insinuare ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione). La norma impone altresì al creditore di indicare il titolo di prelazione ed il bene su cui si vuole far valere il privilegio ove si tratti di privilegio speciale, dovendosi, in mancanza o nell'incertezza di tale requisito, considerare il credito insinuato in via chirografaria. L'articolo evidenzia una vera e propria contrarietà ai principi direttivi dettati dal legislatore delegante, con specifico riferimento alla semplificazione delle modalità di presentazione delle relative domande di ammissione.

7. Ai sensi dell'art. 101 l.f. comma 1 tutte le domande depositate in cancelleria oltre il **termine** di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo sono considerate tardive. A tal proposito il legislatore nulla dice su cosa succeda in caso di differimento dell'udienza di verifica dello stato passivo, non specifica da quale udienza, in caso di rinvio, decorra tale termine.

Si può ritenere, in analogia con quanto stabilito nell'art. 111 bis l.f. per la definizione del momento in cui crediti prededucibili devono essere accertati secondo le modalità proprie delle insinuazioni tardive, che tale termine decorra dall'udienza alla quale sia stata eventualmente differita l'adunanza di verifica dello stato passivo. L'unico profilo che appare davvero conforme al principio direttivo della delega che, ricordiamo, imponeva l'adozione di misure che abbreviassero i tempi della procedura è quello relativo alla fissazione di un termine finale per la presentazione delle domande tardive: dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, termine prorogabile fino a diciotto mesi. La proroga può essere disposta in caso di "particolare complessità della procedura", formula assai vaga che dovrà essere di volta in

volta “riempita” avuto riguardo al singolo fallimento (4). Poiché le ragioni della proroga devono essere oggetto di specifica motivazione, poco convincente appare la possibilità di elevare il termine ordinario di dodici mesi (sino ad un massimo di diciotto mesi) esclusivamente con la sentenza che dichiara il fallimento, momento in cui sarà ben difficile effettuare, a esempio, un adeguato giudizio prognostico sia sul numero dei creditori sia sulle eventuali difficoltà che incontrerà il curatore nel ricostruire la situazione debitoria del fallito. Termine decadenziale il cui spirare impedisce la partecipazione al concorso, a meno che il creditore provi che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile. La nozione di **causa non imputabile** era già contenuta nell’ultimo comma del previgente art. 101 l. fall. secondo cui “**il creditore sopporta le spese** conseguenti al ritardo della domanda, salvo che il ritardo sia dipeso da causa a lui non imputabile”. Nozione che era stata identificata con quella di cui all’**art. 1218 c.c.** (5). L’ipotesi più dibattuta di ritardo imputabile al creditore con conseguente addebito delle spese era quella relativa alla omessa o tardiva comunicazione al creditore medesimo dell’avviso ex art. 92 l.f. In analogia con quanto già sostenuto da giurisprudenza e dottrina maggioritarie con riferimento alla disciplina delle spese (6) può sostenersi che il creditore cui non sia stato fatto l’avviso ex art. 92 l.f. può proporre domanda di insinuazione tardiva al passivo senza esser pregiudicato dal termine decadenziale il cui spirare impedisce altrimenti la partecipazione al concorso, fatta salva la possibilità per il curatore di provare l’avvenuta conoscenza da parte del creditore del fallimento indipendentemente dalla ricezione dell’avviso. Problematica appare l’individuazione del procedimento nel quale accertare l’eventuale sussistenza della causa non imputabile, accertamento da effettuare in contraddittorio tra le parti, all’esito quindi della fissazione di un’udienza ove vengano convocati il creditore istante ed il curatore (7). Procedimento che si concluderà con un provvedimento del giudice delegato reclamabile ex art. 26 l.f. L’art. 101 l.f. non contiene più il richiamato riferimento all’imputazione delle spese del giudizio tardivo, omissione giustificata dall’eliminazione dell’ordine della rappresentanza tecnica e dell’iscrizione della causa al ruolo.

4. – *Segue. Instaurazione del contraddittorio e decisione*

8. Ai sensi del secondo comma il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda della data dell’udienza in cui tutte le domande saranno esami-

(4) Sull’argomento vedi M. MONTANARI, *Art. 101 Domande tardive di crediti*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006, che, a titolo esemplificativo, individua tali ragioni, nell’elevato numero dei creditori potenzialmente coinvolti, nella residenza oltre i confini nazionali di una congrua parte dei medesimi, nelle difficoltà tecniche connesse, per i più svariati motivi, all’accertamento di una determinata serie di ragioni creditorie

(5) A Torino 11.6.85.

(6) in questi termini C 11969/99; C 4735/79; T Genova 19.11.02; T Torino 23.4.90; in dottrina PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1998, p. 415; S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964, p. 259.

(7) In questi termini APRILE F. - GHEDINI A., *L’accertamento del passivo e dei diritti reali dei terzi*, in *La riforma del fallimento*, Milano, 2006, p. 107.

nate contestualmente dal giudice delegato. Dalla lettera della norma sembra potersi dedurre che tutte le insinuazioni tardive di una certa procedura fallimentare debbano essere trattate congiuntamente allo spirare del termine decadenziale di 12 o 18 mesi. Soluzione in linea con le esigenze di economia processuale sottese alla riforma che potrebbe però presentare profili penalizzanti per quei creditori tardivi che vedrebbero preclusa la loro possibilità di partecipare ai riparti eventualmente disposti tra il momento del deposito della loro domanda e quello dell'udienza di verifica, necessariamente successivo, in questa prospettiva, allo scadere del termine per il deposito di tutte le insinuazioni tardive.

Secondo un autore la soluzione più appropriata sarebbe quella di prevedere "una *serie di verifiche periodiche*, con cadenza puntualmente determinata di centoventi giorni l'una dall'altra, atte a coinvolgere tutte le domande tardive proposte entro quella specifica fascia temporale" (8). Non essendo più prevista la notificazione della domanda al curatore, ma solo il suo deposito in cancelleria, a quest'ultimo adempimento deve essere riconosciuto l'effetto di interrompere la **prescrizione**, effetto precedentemente ricollegato alla notifica della domanda (9). Limitare l'avviso ai soli creditori tardivi e non agli altri creditori già insinuati appare una grave lesione del diritto di questi ultimi, i quali potrebbero avere validi motivi per opporsi all'ammissione. L'articolo fa riferimento ad un'udienza senza che vi sia alcun riferimento alle modalità di fissazione della stessa. Nel silenzio della norma è incerto se l'udienza debba essere fissata dal giudice delegato o dal tribunale e se (ove si ritenga che tale potere spetti all'organo collegiale, cui compete in via esclusiva, ricordiamo, sia il potere di fissare il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procede all'esame dello stato passivo sia quello di ampliare il termine di decadenza per la presentazione di queste domande) l'udienza debba essere fissata necessariamente nella sentenza che dichiara il fallimento o anche successivamente, con separato provvedimento. Il procedimento si svolge poi secondo le stesse regole dettate per l'esame delle domande tempestive (10). Il curatore esaminerà quindi congiuntamente le domande e depositerà il progetto di stato passivo (tardivo) nella cancelleria del tribunale almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata, dandone comunicazione ai soli creditori tardivi ed al fallito, ed avvertendoli che possono esaminare il progetto e presentare osservazioni scritte sino a cinque giorni prima dell'udienza medesima. All'udienza fissata per l'esame delle domande tardive il giudice delegato deciderà su ciascuna domanda "anche in assenza delle parti e nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati". L'espressione "altri interessati" è evidentemente riferita agli altri creditori tardivi, i soli destinatari dell'avviso della fissazione dell'udienza. Terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato formerà lo stato passivo (tardivo) e lo renderà esecutivo con

(8) Così M. Montanari *Art. 101 Domande tardive di crediti*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2006.

(9) C 4304/92; T Torre Annunziata 31.3.98.

(10) Sul punto vedi F. SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 469.

decreto depositato in cancelleria. In caso di accoglimento il giudice inserirà le nuove ammissioni nello stato passivo. Il contenuto del decreto di ammissione del g.d. è identico a quello del decreto che rende esecutivo lo stato passivo formato ai sensi degli artt. 92-97 l.f., con la conseguenza che deve reputarsi legittima e consentita **l'ammissione "con riserva" dei crediti condizionali**, anche di quelli ammessi "con riserva" di presentazione dei documenti giustificativi (oggi riferita, con infelice formulazione, alla "mancata produzione del titolo"). Avverso il decreto del giudice, che ai sensi dell'art. 96 l. fall., produce effetti soltanto ai fini del concorso, saranno ammesse le stesse impugnazioni previste per lo stato passivo originario. Il curatore, a completamento delle sue nuove funzioni, è legittimato ad impugnare i crediti ammessi in difformità della sua proposta.

5. – Effetti dell'ammissione

9. Il creditore ammesso ha diritto di concorrere sulle somme già distribuite nei limiti di quanto stabilito dall'art. 112. Ai sensi dell'articolo 112 l. fall. "i creditori ammessi a norma dell'articolo 101 concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili". Secondo la relazione illustrativa la modifica dell'articolo in commento si limita a riformulare la disposizione in tema di modalità di partecipazione dei creditori ammessi tardivamente senza alterarne nella sostanza la struttura previgente. In primo luogo va rilevato che il legislatore ha quindi ribadito il principio per cui il creditore può partecipare solo alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito. Ai fini della partecipazione del creditore ammesso tardivamente alla successiva ripartizione dell'attivo (art. 112 l.f.) gli effetti dell'ammissione tardiva del credito si verificano nel momento in cui il giudice delegato rende esecutivo lo stato passivo (tardivo) con decreto depositato in cancelleria. Sino a quel momento il creditore non ha alcun diritto ad accantonamenti in favore del suo credito nelle more del giudizio (11). Infatti "il principio di cui all'art. 112 l.f., che esclude il creditore tardivo dai riparti anteriori non solo alla sua domanda di insinuazione ma anche all'ammissione al passivo del suo credito, comporta che il detto creditore assume su di sé il doppio rischio della tardività della domanda e della durata del processo tardivamente iniziato, processo che non blocca i riparti parziali o finali verificatisi nel corso della sua pendenza" (12). Ne deriva che è anche ammessa la **chiusura del fallimento** in pendenza di giudizi su crediti insinuati al passivo, escludendosi ogni diritto del creditore all'accantonamento di somme (13). L'art. 112 l. fall. enuncia due eccezioni al principio testé enunciato in

(11) C 9506/95; T Cassino 8.2.90; in dottrina L. PANZANI, *L'accertamento del passivo*, in *D. fall. Lo Cascio*; G., p. 893.

(12) C 1391/99.

(13) C 8575/98; C 4529/98; C 9506/95; A Roma 7.5.03.

favore dei creditori muniti di titolo di prelazione (quindi ipotecari, pignoratizi e privilegiati) e di quelli chirografari che si siano insinuati tardivamente per causa a loro non imputabile. Entrambi infatti possono prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni, sempre quindi nei limiti delle disponibilità residue nel senso che il creditore tardivo-privilegiato o chirografario, non colpevole del ritardo, non può pretendere di incrementare le disponibilità residue del riparto cui partecipa mediante la riduzione dei riparti ricevuti dagli altri creditori, né pretendere, a seguito della presentazione della domanda tardiva, accantonamenti (14). In altre parole, nel primo riparto successivo all'ammissione di tali creditori, va effettuata una preventiva ed autonoma assegnazione della quota eventualmente assegnata ai creditori di pari grado nei riparti precedenti all'insinuazione tardiva, e poi vanno inseriti, per la parte residua, nel riparto in corso nel grado di competenza (15). Il titolare di diritti su beni mobili o immobili, se prova che il ritardo è dipeso da causa non imputabile, può chiedere che siano sospese le attività di liquidazione del bene sino all'accertamento del diritto.

(14) Così G. Bozza, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, p. 99.

(15) Così G. Bozza, *Commento breve alla riforma fallimentare*, Lodi, 2006, p. 99.

ANGELA LAGANÀ

Avvocato Inps

IL CONTRATTO A PROGETTO NELLA LEGGE BIAGI

Sommario: 1. *Inquadramento normativo.* - 2. *I requisiti qualificanti della fattispecie.* - 3. *Il regime delle esclusioni.* - 4. *La forma del contratto.* - 5. *Obblighi del collaboratore e il corrispettivo.* - 6. *Le tutele.* - 7. *La risoluzione del rapporto.* - 8. *Rinunzie e transazioni.* - 9. *La conversione del contratto.* - 10. *Le misure transitorie.*

1. – Inquadramento normativo

Le disposizioni sul contratto a progetto, disciplinato dagli artt. 61 e ss del D. Lgs. n. 276/03, come modificato dal D.Lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, rappresentano una delle novità più significative attuate in esecuzione della legge n. 30/2003 di delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro.

Con tale normativa il legislatore ha inteso tipizzare una nuova fattispecie contrattuale (1), prima rimessa all'autonomia privata, escludendola espressamente dall'area del lavoro subordinato (2). Nello stesso tempo non ha del tutto circoscritto lo spettro dei rapporti riconducibili al più ampio genus delle collaborazioni non subordinate (3).

Con circolare n.1/2004 (4), il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha dettato le prime modalità operative relative ai nuovi contratti a progetto disciplinati dagli artt. 61- 69 del D. Lgs. n. 276/03.

La disciplina dettata in materia di lavoro a progetto risponde all'intento di pervenire ad una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro, oltre che a prevenire l'utilizzo improprio delle collaborazioni coordinate e continuative (5).

(1) V. PINTO, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004.

(2) M. LOVO, *La difficile transizione delle collaborazioni coordinate e continuative al lavoro a progetto*, in *Lav. giur.*, n. 99/04, pagg. 844-855.

(3) V. PINTO, cit.

(4) Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 8 gennaio 2004, n. 1, pubblicata in <http://www.unicz.it/lavoro/NOVITA.htm>

(5) R. DE LUCA TAMAJO, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 25/2003.

Il disegno ispiratore della riforma è enunciato sia nel documento preparatore (il c.d. Libro Bianco sul mercato del lavoro) (6), sia nelle relazioni di accompagnamento al disegno di legge delega e allo schema di decreto legislativo (7).

Il Libro Bianco, da cui nasce l'idea del lavoro a progetto, ha messo in evidenza la necessità di "evitare l'utilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative in funzione elusiva e frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato" (8).

La relazione al d.d.l. delega ha riprodotto sul punto il contenuto del Libro Bianco (9).

Nella relazione al d.d.l. di accompagnamento al D.Lgs. n. 276 del 2004 si è evidenziato che le collaborazioni coordinate e continuative "hanno rappresentato un modo con cui la realtà ha individuato nelle pieghe della legge le strade per superare rigidità e insufficienze delle regole del lavoro".

La circolare ministeriale rileva che al di fuori del campo di applicazione dell'art. 61 si collocano, con tutta evidenza, fattispecie che non presentano significativi rischi di elusione della normativa inderogabile del diritto del lavoro.

La disciplina sul lavoro a progetto nasce, dunque, con intenzioni tipicamente antielusive (10) delle tutele inderogabili previste dalla legge per il lavoro subordinato, aggirate attraverso l'utilizzo improprio delle collaborazioni coordinate e continuative.

L'effettivo raggiungimento dello scopo dichiarato dal legislatore dipenderà molto dall'interpretazione giurisprudenziale più o meno restrittiva della disciplina (11).

La corretta individuazione degli elementi costitutivi che identificano e qualificano il contratto a progetto, consentirà infatti di circoscrivere il divieto posto dall'art. 69 di creare contratti atipici in cui sia dedotta una collaborazione coordinata e continuativa.

Si avrà modo di riscontrare, come già constatato da autorevoli commentatori, il discutibile tecnicismo del testo normativo, che è farcito di imprecisioni, antinomie e incoerenze (12).

(6) Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità, Roma, ottobre 2001.

(7) Relazione di accompagnamento allo schema delegato di decreto legislativo del 6 giugno 2003, in <http://www.welfare.gov.it>

(8) L. DE ANGELIS, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in Lav. giur., n. 3/04, 247 ss; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in Lav. Giur. N. 9/04, 812 ss; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, CEDAM 2004.

(9) M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in Riv. giur. lav., 2003, I, 372.

(10) M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto e le collaborazioni occasionali*, in Guida al lav. 2003, inserto, n. 4; M. LOVO, cit.

(11) G. SANTORO PASSARELLI, *Prime chiose alla disciplina del lavoro a progetto*, in ADL, 2004, fasc. 1.

(12) P. G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in <http://www.cgil.it/giuridico>, 22; M. LOVO, cit.

Ciò non impedisce tuttavia il tentativo di fornire un quadro ricostruttivo della fattispecie, destinato a trovare un sicuro banco di prova nell'esperienza giurisprudenziale, che tenga conto della struttura sintattico-grammaticale delle norme, della loro collocazione sistematica e della finalizzazione espressamente dichiarata della normativa.

Il campo di applicazione del "lavoro a progetto" è definito dall'articolo 61, il quale al comma 1 stabilisce che *"ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa"*.

2. – I requisiti qualificanti della fattispecie

I rapporti che, secondo la definizione dell'art. 61, comma 1, debbono essere riconducibili ad uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, sono quelli caratterizzati dalla continuità, coordinazione e personalità, secondo il paradigma scandito dall'art. 409 n. 3 del c.p.c.

Il legislatore riformula la norma di rito, attribuendo così un rilievo sostanziale ad una serie di rapporti che la disposizione processuale aveva preso in considerazione al solo fine di estendere alle relative controversie la competenza funzionale del Giudice del lavoro, nonché le più ampie tutele connesse all'applicazione del rito del lavoro, prescindendo dalla fonte disciplinatrice degli stessi (13).

Nel delimitare ulteriormente la fattispecie, l'art. 61 aggiunge inoltre che i rapporti indicati dall'art. 409 n. 3 del c.p.c. e caratterizzati dal requisito della continuità, coordinazione e carattere prevalentemente personale della prestazione, devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso, determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa.

Quanto all'autonomia del lavoratore, non vi è dubbio che essa rappresenti un elemento costitutivo, strutturale e qualificante la fattispecie.

(13) L. CASTELVETRI, *Genesi e struttura del lavoro a progetto*, Relazione al convegno "Il Lavoro a Progetto", Como, 21.5.2004, dattiloscritto; M. LOVO, cit.; V. PINTO, cit.; contra P. BELLOCCHI in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, IPSOA, 2003 p. 209 secondo cui la nuova fattispecie non ha alcun rapporto con quella disegnata dall'art. 409 n. 3 c.p.c.

Più precisamente, l'autonomia gestionale del collaboratore riguarda sia la definizione dei tempi di lavoro che delle relative modalità di esecuzione del progetto, come confermato dalla circolare ministeriale che chiarisce come *nell'ambito del progetto o del programma la definizione dei tempi di lavoro e delle relative modalità deve essere rimessa al collaboratore*.

L'autonomia del lavoratore a progetto inoltre si deve coordinare con le esigenze produttive dell'azienda. Sotto questo profilo il contratto a progetto si atteggia come un contratto di collaborazione caratterizzato dal collegamento funzionale con la organizzazione del committente (14).

Si rileva inoltre che nel lavoro a progetto le forme di coordinamento non sono suscettibili di modifica durante l'esecuzione del contratto, poiché l'art. 62 lett. d) le considera elementi pattuiti tra le parti al momento del perfezionamento dell'accordo.

Come chiarisce la circolare, *il collaboratore a progetto può operare all'interno del ciclo produttivo del committente e, per questo, deve necessariamente coordinare la propria prestazione con le esigenze dell'organizzazione del committente*.

Il coordinamento può essere riferito sia ai tempi di lavoro che alle modalità di esecuzione del progetto o del programma di lavoro, ferma restando, ovviamente, l'impossibilità del committente di richiedere una prestazione o un'attività esulante dal progetto o programma di lavoro originariamente convenuto.

La circolare ricorda che l'art. 62, comma 1, lett. d), del decreto legislativo, prevede che tra le forme di coordinamento dell'esecuzione della prestazione del collaboratore a progetto all'organizzazione del committente sono comprese anche forme di coordinamento temporale. Ond'è che l'autonomia del collaboratore a progetto si esplicherà pienamente, quanto al tempo impiegato per l'esecuzione della prestazione, all'interno delle pattuizioni intervenute tra le parti su dette forme di coordinamento.

Il committente ha il potere di conformare la prestazione dovuta mediante la determinazione del progetto, programma o fase, mentre le modalità di esecuzione possono essere determinate di comune accordo senza pregiudizio dell'autonomia dell'esecuzione (15).

Va dunque ricercato, nell'ambito della contrattazione individuale, un punto di equilibrio tra l'autonomia gestionale del collaboratore e l'organizzazione del committente.

L'elemento di novità risiede dunque nel progetto, che assume una assoluta centralità nell'economia del contratto, quale elemento caratterizzante la nuova disciplina e punto di discriminare tra le diverse ipotesi contrattuali.

Dal punto di vista lessicale, i diversi testi legislativi si esprimono in termini non del tutto uguali.

(14) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

(15) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

Il Libro Bianco (16) tratta del *progetto o programma di lavoro o fase di esso*; la legge n. 30/2003 fa riferimento a *uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso*; il decreto legislativo richiama *uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso*.

Il legislatore delegato ha distinto tra “progetto”, “programma” e “fase di esso”.

La circolare chiarisce che *il progetto consiste in un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione*.

Il progetto può essere connesso all'attività principale od accessoria dell'impresa.

L'individuazione del progetto da dedurre nel contratto compete al committente.

Le valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive sottese al progetto sono insindacabili.

Il programma di lavoro consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale.

Il programma di lavoro o la fase di esso si caratterizzano, infatti, per la produzione di un risultato solo parziale destinato ad essere integrato, in vista di un risultato finale, da altre lavorazioni e risultati parziali.

La circolare, riprendendo la distinzione del legislatore, chiarisce che il progetto consiste in una attività produttiva ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale, che segna peraltro il termine della collaborazione per l'avvenuto raggiungimento dello stesso. In quest'ottica il termine, determinato o determinabile fa tutt'uno con il programma (17). Infatti la circolare precisa che *le collaborazioni coordinate e continuative nella modalità a progetto hanno una durata determinata o determinabile, in funzione della durata e delle caratteristiche del progetto, del programma di lavoro o della fase di esso*.

Il programma di lavoro consiste in un tipo di attività cui non è direttamente riconducibile un risultato finale, in quanto produce un risultato parziale destinato ad essere integrato da altre lavorazioni o risultati parziali in vista del risultato finale.

La circolare chiarisce che *nel caso di programma di lavoro la determinabilità della durata può dipendere dalla persistenza dell'interesse del committente alla esecuzione del progetto, programma di lavoro o fase di esso. La determinabilità del termine è dunque funzionale ad un avvenimento futuro, certo nell'an ma non anche necessariamente nel quando*

Il legislatore individua alcuni requisiti connotativi caratterizzanti il progetto, programma o fase di esso.

I progetti debbono essere “specifici”, cioè si devono riferire ad un'attività non generica, debbono inoltre essere determinati al momento della stipulazione del contratto e assumere carattere temporaneo.

(16) M. RUSCIANO, *A proposito del Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, in Dir. del lavoro on line www.unicz.it/lavoro.

(17) M. MAGNANI - S. SPATARO, *Il lavoro a progetto*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 27/04.

Il vincolo della temporaneità è desumibile dall'espressa richiesta di "indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro" (art. 62 lett. a) nonché, implicitamente, dal riferimento "a progetti specifici o programmi di lavoro" che esclude una collaborazione priva di un predeterminato risultato (e termine) finale (18).

Pertanto il contratto di lavoro a progetto dovrà avere una durata o implicitamente desumibile, per relationem, dalla durata del progetto, oppure espressamente indicata nel contratto sempre in connessione con il progetto che il collaboratore deve realizzare e dunque risulta inammissibile un contratto di collaborazione coordinata e continuativa a tempo indeterminato (19).

Trattasi di contratto a tempo determinato o indirettamente determinato (20).

La circolare ministeriale precisa inoltre che il progetto può essere connesso all'attività principale o accessoria dell'impresa: ciò consente di allargare il campo applicativo del contratto ben oltre l'attività tipica dell'impresa, anche se va rispettato comunque il coordinamento con l'organizzazione del committente, che è un connotato qualificante il contratto a progetto.

La disposizione normativa prevede che i "progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso", pur "determinati dal committente", siano "gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato" e ciò "indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa" (art. 61, co. 1).

I richiami espressi al risultato configura l'obbligazione del lavoratore non come mera prestazione lavorativa, bensì come attività qualificata dal risultato (21).

La norma lascia intendere che il "tempo" sia nella disponibilità del debitore (22).

L'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa non va confusa con il termine necessario entro il quale deve concludersi la prestazione stabilito espressamente o per relationem, ma si riferisce al tempo impiegato per la realizzazione del progetto, nell'arco temporale di riferimento: pertanto, posto il termine di durata del contratto, il collaboratore gestirà autonomamente anche i tempi effettivi della sua prestazione, fatte salve le esigenze di coordinamento con l'attività del committente, senza che la scelta dei tempi di esecuzione della prestazione incida sulla qualificazione del rapporto.

La stessa circolare ribadisce che nel contratto a progetto *la durata del rapporto è funzionale alla realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, in regime di totale autonomia.*

(18) R. DE LUCA TAMAJO, cit; contra P. TULLINI, *La riforma dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa ed il lavoro a progetto*, Relazione al convegno Newton Centro studi, Bologna 25-26 novembre 2003, dattiloscritto, secondo cui il termine finale non è elemento essenziale e svolge una funzione meramente probatoria circa l'esistenza del progetto.

(19) M. LOVO, cit.

(20) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

(21) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

(22) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

In tal senso, infatti, è significativo che ai sensi dell'art. 61, comma 1, il collaboratore deve gestire il progetto in funzione del risultato, che assume rilevanza giuridica indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa.

Del tutto coerentemente, del resto, ai sensi dell'art. 67, comma 1, il contratto si risolve al momento della realizzazione del progetto o del programma di lavoro o della fase di esso.

Ciò perché l'interesse del creditore è relativo al perfezionamento del risultato convenuto e non, come avviene nel lavoro subordinato, alla disponibilità di una prestazione di lavoro eterodiretta.

La circolare prosegue, con particolare riguardo al lavoro a tempo determinato, ove la prestazione è resa con vincolo di subordinazione ed il termine delimita pertanto esclusivamente il periodo in cui il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro per lo svolgimento delle mansioni contrattualmente individuate, il lavoro a progetto si differenzia per ciò che la durata del rapporto è funzionale alla realizzazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, in regime di totale autonomia.

La circolare ministeriale chiarisce come il fattore termine apposto al contratto assume un connotato diverso rispetto a quello apposto al contratto di lavoro dipendente. In quest'ultimo caso il termine sta a significare l'arco temporale entro il quale il lavoratore è a disposizione del datore di lavoro. Nel contratto a progetto, il termine è funzionale alla realizzazione del progetto, programma o fase di esso.

La norma configura la nuova fattispecie come un contratto di durata (23).

A differenza del contratto d'opera, la prestazione lavorativa necessaria per ottenere il risultato, rileva però per la determinazione del compenso della collaborazione, che deve essere "proporzionato alla qualità e quantità del lavoro" (art. 63) e che viene espressamente qualificato dal legislatore in termini di corrispettivo.

Il corrispettivo poi, pare sinallagmaticamente collegato alla esecuzione della prestazione lavorativa, dal momento che la gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto vengono considerate dal legislatore come causa di inesigibilità della prestazione che non consentono la maturazione del compenso (arg. ex art. 66, co. 1).

Pertanto ai fini della determinazione del corrispettivo rileva non soltanto il raggiungimento del risultato, ma anche la qualità e la quantità della prestazione, misurata in termini di tempo (24).

Ai sensi dell'art. 66 il contratto si risolve al momento della realizzazione del progetto o del programma di lavoro o della fase di esso.

La circolare chiarisce che, nel caso in cui il progetto venga ultimato prima della scadenza del termine previsto e il contratto debba intendersi risolto, *il compenso determinato nel contratto sarà dovuto comunque per l'intero.*

(23) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

(24) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

Rispetto all'art. 409 n. 3 del c.p.c., l'elemento giuridico caratterizzante del tutto nuovo è la doverosa riconducibilità della prestazione del collaboratore "a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso".

La norma pone dunque un nesso funzionale tra la specifica prestazione e il progetto specifico, che qualifica la fattispecie astratta, distinguendola rispetto ad altre ipotesi di collaborazioni senza progetto.

Tale nesso restringe la portata della norma, con finalità antifraudolente.

Tali indici inducono a ritenere che il progetto entri a far parte della fattispecie.

La circolare ministeriale non affronta il nodo interpretativo emerso nel dibattito dottrinario, circa la qualificazione del progetto, in rapporto alla fattispecie contrattuale (25).

Non chiarisce se il progetto sia solo un requisito formale (26) del contratto che caratterizza il tipo negoziale, ovvero elemento costitutivo, e dunque se la necessaria individuazione di un programma o progetto o fase di lavoro ai quali ricondurre la prestazione lavorativa assuma un rilievo esterno (27), ovvero entri a far parte della fattispecie.

3. – Il regime delle esclusioni

Il legislatore delimita dall'esterno la fattispecie, escludendo dall'applicazione della nuova disciplina alcune collaborazioni.

La legge delega aveva previsto che "con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative" il legislatore delegato dovesse prevedere la "stipulazione dei relativi contratti mediante un atto scritto", dal quale risultassero "la durata, determinata o determinabile, della collaborazione, la riconducibilità di questa a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso, resi con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione, nonché l'indicazione di un corrispettivo che deve essere proporzionato alla qualità e quantità del lavoro" (art. 4, co. 1, lett. c, n. 1); nonché a differenziarle "rispetto ai rapporti di lavoro meramente occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivo per lo svolgimento della prestazione sia superiore a 5.000 euro" (art. 4, co. 1, lett. c, n. 2); riconduzione della fattispecie a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso (art. 4, co. 1, lett. c, n. 3)

Il legislatore delegato ha inoltre previsto che un'ampia serie di rapporti (28), pur qualificabili in termini di collaborazioni coordinate e continuative, non debbano essere caratterizzati dalla predeterminazione negoziale dello specifico segmento

(25) M. LOVO, cit.

(26) L. DE ANGELIS, cit.

(27) A. MARESCA, *La nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative: profili generali*, in Guida al lav., 1/2004, suppl. al n. 4, 6 ss.

(28) P. G. ALLEVA, cit.

dell'attività del committente in cui la prestazione lavorativa è destinata ad inserirsi e, così facendo, ha reso il progetto o programma di lavoro (o fase di esso) elemento tipizzante di una soltanto delle species riconducibili al genus delle collaborazioni non subordinate.

I commi 2 e 3 dell'articolo definiscono in negativo (29) il campo di applicazione del lavoro a progetto, stabilendo espressamente che:

“dalla disposizione di cui al comma 1 sono escluse le prestazioni occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro, nel qual caso trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo.

Sono escluse dal campo di applicazione del presente capo le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, esistenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, nonché i rapporti e le attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I., come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. Sono altresì esclusi dal campo di applicazione del presente capo i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni, nonché coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia”.

L'elencazione di tali rapporti esclusi dal campo di applicazione della normativa merita alcune riflessioni, sia sulla base della disciplina di riferimento che alla luce dell'interpretazione ministeriale.

Il legislatore ha dunque previsto che il contratto a progetto non esaurisce la vasta gamma della c.d. parasubordinazione (30), prevedendo una ampia serie di rapporti, che pur qualificabili in termini di collaborazioni coordinate e continuative, non vengono assoggettati alla disciplina specifica del lavoro a progetto:

1) le prestazioni occasionali. Il legislatore considera occasionali i rapporti di lavoro di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare sempre che non siano retribuiti con un compenso annuo (sempre considerando l'anno solare) superiore ai 5 mila euro. La circolare 1/04 chiarisce che per il computo sia della durata che del compenso annuo deve aversi riguardo allo stesso committente. Ciò comporta che il lavoratore potrebbe rimanere occasionale svolgendo attività a favore di più committenti.

La citata circolare aggiunge inoltre che *si tratta di collaborazioni coordinate e continuative per le quali, data la loro limitata “portata”, si è ritenuto non fosse necessario il riferimento al progetto e, dunque, di sottrarle dall'ambito di applicazione della nuova disciplina; tali rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si distinguono sia dalle prestazioni occasionali di tipo accessorio rese da*

(29) L. DE ANGELIS, cit; M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.

(30) V. PINTO, cit.

particolari soggetti di cui agli articoli 70 e seguenti del decreto legislativo, sia dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio, ossia dove non si riscontra un coordinamento ed una continuità nelle prestazioni e che proprio per questa loro natura non sono soggette agli obblighi contributivi previsti per le collaborazioni coordinate e continuative bensì a quelli di cui all'articolo 44, comma 2, del decreto-legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

La circolare richiama alcune prestazioni di carattere accessorio rese in forma non subordinata, e disciplinate in via sperimentale, dagli artt. 70/73 del D. L.vo n. 276/2003, come modificati dal decreto legislativo del 6 ottobre 2004 n. 251, da alcuni soggetti a rischio di esclusione sociale o che non sono ancora entrati nel mercato del lavoro o stanno per uscirne. Si tratta di piccoli lavori domestici, giardinaggio, insegnamento privato complementare, pulizia e manutenzione di monumenti, partecipazione a manifestazioni culturali, sportive sociali o caritatevoli, lavori di emergenza, ecc., resi per un massimo di trenta giorni nell'anno solare e per un compenso complessivo, non soggetto ad imposizione fiscale, non superiore a 5 mila euro. La norma si rivolge a casalinghe, studenti, disoccupati da oltre un anno, pensionati, disabili, soggetti in recupero, lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro. La disposizione contemplerà a regime, un sistema di pagamento delle prestazioni e della contribuzione alla gestione separata dell'Inps, attraverso dei buoni acquistati dal datore, il cui valore nominale è fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da adottarsi entro trenta giorni e periodicamente aggiornato e scambiati presso soggetti autorizzati.

La circolare ribadisce inoltre che *sia l'introduzione nel nostro ordinamento della fattispecie dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nella modalità a progetto sia la previsione di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa a carattere occasionale ex art. 61, comma 2, del d. lgs. n. 276/03, non hanno certamente comportato l'abrogazione delle disposizioni del contratto d'opera di cui all'art. 2222 e ss. del codice civile. Ne consegue che, ad esempio, nel caso di un prestatore d'opera che superi, nei rapporti con uno stesso committente, uno dei due limiti previsti dall'art. 61, comma 2, del d. lgs. n. 276/03, non necessariamente dovrà veder qualificato il proprio rapporto come collaborazione a progetto o a programma, ben potendosi verificare il caso che quel prestatore abbia reso una o più prestazioni d'opera ai sensi dell'art. 2222 e seguenti del codice civile.*

2) le professioni intellettuali per le quali è richiesta dalla legge l'iscrizione in appositi albi professionali esistenti alla data di entrata in vigore del decreto legislativo in commento e cioè il 24 ottobre 2003;

3) le collaborazioni rese nei confronti delle associazioni e società sportive dilettantistiche. La circolare fornisce una ulteriore riflessione in merito alla prestazione sportiva resa nella forma del contratto autonomo.

L'articolo 3 della legge n. 91 del 23 marzo 1981 ha previsto, al secondo comma, talune ipotesi in cui la prestazione sportiva dell'atleta è resa nella forma del contratto di lavoro autonomo; lavoro autonomo che può anche svolgersi, qualora ne ricorrano i presupposti, in forma di collaborazione coordinata e continua-

tiva. Deve ritenersi che in quest'ultimo caso, trattandosi di attività tipiche contemplate espressamente dal legislatore, non si applichi la disposizione che prevede la necessità dell'indicazione di un progetto.

- 4) i componenti di organi di amministrazione e controllo di società;
- 5) i partecipanti a collegi e commissioni delle società, inclusi gli organismi aventi natura tecnica, come chiarito in senso estensivo dalla citata circolare;
- 6) i collaboratori che percepiscono la pensione di vecchiaia.

La norma non contempla i soggetti percettori di altri trattamenti pensionistici quali la pensione di anzianità o di invalidità. La circolare chiarisce che costoro, al compimento del 65° anno di età, con la trasformazione del trattamento goduto in pensione di vecchiaia, saranno assoggettati alla suddetta esclusione.

- 7) gli agenti ed i rappresentanti di commercio continuano ad essere regolati dalle discipline speciali.

Si rileva inoltre che, ai sensi dell'art. 1 del decreto legislativo n. 276/03, la pubblica amministrazione può continuare a stipulare contratti di collaborazione senza tener conto dei limiti introdotti dalla novella, mantenendo il riferimento all'art. 409 n. 3 c.p.c. la cui previsione, per i rapporti che vedano una parte pubblica, non ha subito modificazioni in attesa delle eventuali future determinazioni da adottarsi, ai sensi del comma 8 dell'art. 86 del decreto legislativo n. 276/03, da parte del Ministro per la Funzione pubblica e delle organizzazioni sindacali, in sede di armonizzazione dei profili conseguenti all'entrata in vigore del decreto legislativo in argomento.

Ciò è espressamente previsto dall'art. 1, comma 2, della legge delegata, in attuazione dell'art. 6 della legge delega.

Giova rammentare che il Dicastero della Funzione Pubblica, con circolare (31) del 18 novembre 2003 ha ricordato a tutti gli enti del settore pubblico allargato (Amministrazioni dello Stato centrali e periferiche, Regioni, Province, Comuni, ecc.), che le collaborazioni coordinate e continuative, per espressa disposizione di legge (art. 7, comma 6, del D. Lvo n. 151/2001 e art. 110 del D. Lvo n. 267/2000) possono essere istituite soltanto per prestazioni ad alto contenuto professionale o per posizioni non rinvenibili nella dotazione organica.

Sebbene in via transitoria, tutte le collaborazioni in atto al momento dell'entrata in vigore del decreto legislativo che, appunto, non possano essere ricondotte "a un progetto o a una fase di esso", fuoriescono dal campo di applicazione della normativa per un periodo che non può superare il 24 ottobre 2004 o, se viene stipulato un accordo aziendale di transizione, non oltre il 25 ottobre 2005 (art. 86).

Pertanto la collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza progetto non è stata espunta del tutto dall'ordinamento, permanendo una ampia serie di ipotesi cui la nuova disciplina non si applica.

(31) Nota del Dipartimento della Funzione pubblica 18 novembre 2003 in Lav. giur., 2004, 94 ss.

4. – La forma del contratto

L'art. 62 tratta della forma del contratto e prescrive una serie di elementi indicati con elencazione tassativa.

Il contratto di lavoro a progetto è stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi:

a) indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro;

b) indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto;

c) il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese;

d) le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa;

e) le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto, fermo restando quanto disposto dall'articolo 66, comma 4.

La norma non chiarisce se la forma è prescritta ad substantiam o ad probationem (32).

C'è chi distingue tra forma del contratto e forma degli elementi del contratto (33), la prima richiesta ad substantiam, la seconda ad probationem.

Se la fosse prevista ad substantiam, in mancanza di essa, si dovrebbe comminare la nullità del contratto.

Se invece la forma è prescritta ai soli fini della prova e non della validità del contratto, la norma non chiarisce quali sono gli effetti della mancanza di forma scritta, quando non sia possibile dare una prova alternativa (34).

In concreto si può presumere che in mancanza della forma scritta manchi un vero e proprio progetto, non essendo concepibile un progetto o programma in forma orale, con tutte le caratteristiche che la legge richiede.

Si prospetta dunque un intervento del giudice integrativo della fattispecie.

La circolare ministeriale, nel ribadire che trattasi di forma scritta prescritta ad probationem e non ad substantiam, osserva che, *seppure la forma scritta sia richiesta solo ai fini della prova, quest'ultima sembra assumere valore decisivo rispetto alla individuazione del progetto, del programma o della fase di esso in quanto in assenza di forma scritta non sarà agevole per le parti contrattuali dimostrare la riconducibilità della prestazione lavorativa appunto a un progetto, programma di lavoro o fase di esso.*

Il testo ministeriale inoltre chiarisce che *analogo progetto o programma di*

(32) L. CASTELVETRI, cit.

(33) L. DE ANGELIS, cit.

(34) M. MISCIONE, cit.

lavoro può essere oggetto di successivi contratti di lavoro con lo stesso collaboratore.

Quest'ultimo può essere a maggior ragione impiegato successivamente anche per diversi progetti o programmi aventi contenuto del tutto diverso.

Tuttavia i rinnovi, così come i nuovi progetti in cui sia impiegato lo stesso collaboratore, non devono costituire strumenti elusivi dell'attuale disciplina.

Ciascun contratto di lavoro a progetto deve pertanto presentare, autonomamente considerato, i requisiti di legge.

Lo stesso collaboratore potrà essere impegnato per lo stesso progetto o programma con contratti successivi o per progetto programmi aventi contenuto diverso, tanto con lo stesso quanto con altro committente.

In ciascun contratto distintamente considerato dovranno necessariamente essere contenuti tutti i requisiti di legge.

Tale possibilità di rinnovo viene dedotta in via interpretativa, non essendo prevista dalla legge delegata.

5. – Obblighi del collaboratore e il corrispettivo

Ai sensi dell'art. 64, salvo diverso accordo tra le parti il collaboratore a progetto può svolgere la sua attività a favore di più committenti ma, il comma 2 del citato articolo prescrive che non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti nè, in ogni caso, diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazione di essi, nè compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi.

Si ritiene che, in mancanza di ulteriori precisazioni, il patto di esclusiva possa essere sia contestuale che successivo all'instaurazione del rapporto.

Ciò comporta che non è necessaria la forma scritta, né ai fini della validità né ai fini della prova del patto.

Quanto ai rapporti tra committente e collaboratore, la norma include l'obbligo di non concorrenza, l'obbligo di riservatezza e, con espressione onnicomprensiva, atta a ricomprendere i comportamenti non assorbiti dalle previsioni precedenti, di non pregiudizio in qualsiasi modo dell'attività dei committenti.

Quanto alle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione degli obblighi appena descritti, pare sostenibile che essa possa giustificare il recesso immediato del committente dal contratto di lavoro a progetto, oltre al risarcimento del danno (35).

Ai sensi dell'art. 65, nel caso in cui il lavoratore a progetto, nell'esecuzione della prestazione lavorativa, dovesse fare delle invenzioni, ha diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione fatta nello svolgimento del rapporto. I diritti e gli

(35) V. PINTO, cit.

obblighi delle parti sono regolati dalle leggi speciali, compreso quanto previsto dall'articolo 12-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni.

Si rileva che il decreto legislativo richiama le norme speciali in materia di invenzioni e, nel fare ciò, considera "compreso" nel rinvio il disposto dell'art. 12-bis riguardante la titolarità del diritto esclusivo del datore di lavoro, salvo accordo contrario, di utilizzazione economica del programma per elaboratore o della banca dati creata dal lavoratore dipendente nella esecuzione delle sue mansioni o su istruzioni impartite dallo stesso datore di lavoro. Si osserva che tale norma si riferisce al rapporto di lavoro subordinato.

Il compenso corrisposto al lavoratore a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tener conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto (Art. 63 D.Lgs. n. 276/03).

La norma riecheggia il contenuto dell'art. 36 della costituzione: si prevede la proporzionalità del compenso rispetto al lavoro eseguito, non invece la regola della c.d. retribuzione sufficiente, adottandosi invece il parametro dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo (36). Peraltro l'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 36 Cost. è stata nel senso della sua applicabilità al solo lavoro subordinato.

La circolare chiarisce che essendo *il parametro individuato dal legislatore costituito dai compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto, stante la lettera della legge (art. 63), non potranno essere in alcun modo utilizzate le disposizioni in materia di retribuzione stabilite nella contrattazione collettiva per i lavoratori subordinati.*

La quantificazione del compenso deve avvenire in considerazione della natura e durata del progetto o del programma di lavoro, e, cioè, in funzione del risultato che il collaboratore deve produrre.

Il decreto legislativo pone una regola di giudizio circa l'adeguatezza del compenso pattuito alla qualità e quantità del lavoro eseguito (37). Il problema applicativo consisterà nell'accertare quali siano i "compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto", quando il collaboratore contesti l'adeguatezza del compenso (38).

Si rileva che peraltro l'art. 4, co. 1, lett. c, n. 1 della legge delega n. 30/2003 prevedeva quale unico criterio per la determinazione del compenso quello della proporzionalità alla qualità e quantità di lavoro.

La circolare aggiunge che *le parti del rapporto potranno, quindi, disciplinare nel contratto anche i criteri attraverso i quali sia possibile escludere o ridurre il*

(36) L. DE ANGELIS, cit.; R. DE LUCA TAMAJO, cit.

(37) V. PINTO, cit.

(38) R. DE LUCA TAMAJO, cit..

compenso pattuito nel caso in cui il risultato non sia stato perseguito o la qualità del medesimo sia tale da comprometterne l'utilità.

Quanto a quest'ultima possibilità, va segnalato che essa non è prevista espressamente nel testo legislativo ed è dedotta dal testo ministeriale in via interpretativa.

Si evidenzia comunque l'ampia libertà rimessa all'autonomia privata in tema di corrispettivo (39).

Tuttavia l'art.62, comma 1, lett.c) impone alle parti di inserire nel contratto, ai fini della prova, il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonché i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese.

6. – Le tutele

L'art. 66 enuclea una serie di tutele (40) con particolare riferimento alla gravidanza, alla malattia e all'infortunio, eventi durante i quali il rapporto contrattuale rimane sospeso senza erogazione del corrispettivo.

1. La gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto non comportano l'estinzione del rapporto contrattuale, che rimane sospeso, senza erogazione del corrispettivo.

2. Salva diversa previsione del contratto individuale, in caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza. Il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile.

3. In caso di gravidanza, la durata del rapporto è prorogata per un periodo di centottanta giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale.

4. Oltre alle disposizioni di cui alla legge 11 agosto 1973, n. 533, e successive modificazioni e integrazioni, sul processo del lavoro e di cui all'articolo 64 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo si applicano le norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, quando la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente, nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le norme di cui all'articolo 51, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e del decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale in data 12 gennaio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 2001.

Il testo ministeriale ribadisce che *tra gli scopi dichiarati dal Legislatore era espressamente individuato l'incremento delle tutele per i collaboratori.*

(39) M. LOVO, cit.

(40) G. PROIA, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro* in ADL, n. 1/2004.

La circolare del ministero pone a carico dei collaboratori in malattia o in infortunio l'invio di idonea certificazione scritta.

Analogamente la circolare prescrive l'invio di idonea certificazione in caso di gravidanza.

La malattia, l'infortunio e la gravidanza non comportano l'estinzione del rapporto, ma la sua sospensione.

La gravidanza comporta de iure la proroga del contratto per 180 giorni, salvo che le parti non abbiano concordato una clausola più favorevole.

In caso di malattia e infortunio la sospensione non comporta la proroga del rapporto, salvo che le parti lo abbiano espressamente previsto.

Il decreto delegato prevede un periodo di comporto (41): sancisce la facoltà di recesso del committente per l'ipotesi in cui la sospensione si protragga "per un periodo superiore ad un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile" (art. 66, co. 2, seconda parte).

Il recesso del committente è pertanto giustificato a prescindere da qualsiasi inadempimento del collaboratore a progetto e per il solo fatto che la sospensione del rapporto si protragga per un certo periodo (42).

Tale circostanza conduce a ritenere che l'interesse del committente sia quello della coordinazione continua di una prestazione di lavoro autonomo.

Il testo ministeriale rimanda ad una futura attuazione di una specifica delega in materia di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, osservando che, *riguardo in particolare alla protezione contro i rischi lavorativi, occorrerà naturalmente considerare che, stante la ratio del d.lgs. n. 626 – principalmente orientata alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori subordinati, ed alla corrispondente responsabilizzazione dei datori di lavoro – non poche prescrizioni di tale provvedimento (per lo più sanzionate penalmente) risultano di problematica applicazione nei confronti di figure, come quelle dei collaboratori, fortemente connotate da una componente di autonomia nello svolgimento della prestazione (in funzione del risultato, ancorchè nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente). Non a caso, per i lavoratori autonomi (figure, sotto questo profilo, assai prossime ai collaboratori) lo stesso d.lgs. 626 ha previsto uno specifico regime di tutela (art. 7). In proposito, l'attuazione della delega (di cui all'articolo 3 della legge di semplificazione 2001, n. 229 del 2003) per il riassetto normativo in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro costituisce l'occasione per un adattamento dei principi generali di tutela prevenzionistica alle oggettive peculiarità del lavoro a progetto.*

(41) M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.

(42) V. PINTO, cit.

7. – La risoluzione del rapporto

L'art. 66 prevede che *i contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto.*

Le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale.

Pertanto di norma il contratto si risolve alla scadenza del termine o per la realizzazione del progetto.

La disposizione conferma la natura a termine del contratto in questione (43).

Prima della scadenza del termine o della realizzazione del progetto, il recesso è ammesso solo per giusta causa. In difetto di giusta causa il recedente è tenuto al risarcimento del danno nei confronti dell'altra parte.

La norma, con ogni evidenza, è formulata in modo giuridicamente impreciso, perché qualifica in termini di "risoluzione del contratto" ciò che, invece, appare più correttamente qualificabile come una "estinzione del rapporto per scadenza del termine" (44), posto che il contratto di lavoro a progetto è sempre un contratto a termine (sia questo determinato o determinabile: arg. *ex* art. 62, co. 1, lett. a).

Nel significato civilistico del termine, la risoluzione implica un vizio funzionale del contratto che altera l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni durante l'esecuzione dello stesso.

Si evidenzia che, analogamente a quanto avviene per le eventuali ipotesi di proroga del contratto possibili in caso di malattia, infortunio e gravidanza, è riconosciuta alla volontà delle parti la possibilità di tracciare una disciplina derogatoria rispetto al modello legale.

Non è chiaro se, in tema di estinzione, le parti rimangano sostanzialmente libere di rafforzare il minimo legale di tutela o al contrario di renderlo più debole, infrangendo lo schema consueto della derogabilità in *melius* (45), richiamato anche dall'art. 61, comma 4.

Residua il dubbio se sia possibile concordare un regime di libera recedibilità acausale. In senso positivo milita il rilievo letterale che la norma consente la patteggiamento non soltanto di ulteriori "causali", ma anche di altre "modalità"; in senso negativo depone una tradizione sistematica che riferisce il recesso ad *nutum* ai soli contratti a tempo indeterminato, anche in omaggio alla storica avversione nei confronti della perpetuità dei vincoli giuridici (46).

(43) M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.; G. SANTORO PASSERELLI, cit.

(44) V. PINTO, cit.

(45) M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.

(46) R. DE LUCA TAMAJO, cit.

8. – Rinunzie e transazioni

Il testo dell'articolo 68, prima della riscrittura apportata dal decreto legislativo 6 ottobre 2004 n. 251 così recitava: *i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo.*

Tale norma aveva suscitato notevoli perplessità in quanto non si riteneva ammissibile che le parti avrebbero potuto effettuare la rinuncia dei diritti derivanti dalle disposizioni derivanti dall'applicazione della disciplina del lavoro a progetto in sede di certificazione del rapporto di lavoro, in quanto tali diritti non erano ancora sorti (47).

La sede della certificazione infatti farebbe propendere per la disciplina iniziale del rapporto laddove i diritti non sono maturati e dunque non sono ancora entrate nel patrimonio delle parti. La rinuncia di diritti futuri sarebbe radicalmente nulla.

Il significato della norma, se inteso come una ipotesi di derogabilità assistita della disciplina del lavoro a progetto, nel senso che avrebbe consentito alle parti di derogare in peius la disciplina legale (48), sarebbe stato in contrasto con quanto previsto dalla legge delega, per la quale la certificazione assolve meramente una funzione di deflazione del contenzioso (49), oltre che difficilmente conciliabile con l'art. 61, comma 4, che prevede la possibilità di una deroga da parte del contratto individuale o di accordi collettivi, ma soltanto in melius.

Inoltre la norma conteneva un errore materiale, facendo riferimento al titolo V e non al titolo VII che disciplina la certificazione (50).

A fronte di tali ambiguità il testo normativo è stato opportunamente riscritto come appresso: *nella riconduzione a un progetto, programma di lavoro o fase di esso dei contratti di cui all'articolo 61, comma 1, i diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo VIII secondo lo schema dell'articolo 2113 del codice civile.*

Il senso che emerge dalla nuova norma è quello della disponibilità dei diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere disciplinato ai sensi della disciplina vigente al momento di entrata in vigore del decreto, e che debba essere ricondotto a progetto programma di lavoro o fase di esso in base alla nuova normativa o a seguito delle successive vicende dei contratti a progetto posti in essere.

(47) P. G. ALLEVA, cit.; R. DE LUCA TAMAJO cit.; M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.

(48) A. MARESCA, cit.; M. MISCIONE, cit.

(49) L. De ANGELIS, cit.

(50) L. De ANGELIS, cit.; R. DE LUCA TAMAJO, cit.

I diritti possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto, secondo lo schema dell'art. 2113 del codice civile.

La nuova formulazione chiarisce che la rinunziabilità si riferisce a diritti entrati a far parte del patrimonio delle parti e corregge l'errore materiale circa il riferimento al capo relativo alle certificazioni del rapporto.

9. – La conversione del contratto

L'art. 69 sancisce il divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici.

I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

La prima impressione che si ricava dalla formulazione della norma è che la conversione in rapporto di lavoro subordinato sia una sanzione (51) conseguente automaticamente alla mancata indicazione del progetto o programma di lavoro o fasi di esso al momento della stipulazione del contratto.

Tale rimedio tuttavia impingerebbe nei principi generali che non consentono di disattendere la volontà delle parti, tutte le volte che le stesse hanno voluto rapporti autenticamente autonomi.

Questa lettura proietterebbe sulla norma un dubbio di costituzionalità (52), dal momento che farebbe dipendere la natura del rapporto di lavoro e la fruizione o meno di una serie di diritti di rilevanza costituzionale da un requisito puramente formale e cioè dalla mancata indicazione di uno specifico progetto.

La lettura più ragionevole della norma conduce a ritenere che essa contenga una presunzione di lavoro subordinato, anziché una sanzione.

Dunque il primo comma della norma pone una presunzione di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato nel caso in cui non venga preventivamente individuato il progetto, programma o fase (53).

La norma fa riferimento alla mancata indicazione del progetto o programma di lavoro o fasi di esso, che costituisce uno dei requisiti formali previsti a fini probatori dall'art. 62, anche se in realtà non richiama l'art. 62, sulla forma, bensì l'art. 61 sulla fattispecie.

La circolare chiarisce che trattasi di presunzione relativa, *che può essere superata qualora il committente fornisca in giudizio prova della esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo.*

(51) M. LOVO cit.; R. DE LUCA TAMAJO cit.; L. DE ANGELIS, cit.; V. PINTO, cit.; A. VALLEBONA, cit.

(52) L. DE ANGELIS, cit.

(53) M. MISCIONE cit.; G. SANTORO PASSARELLI, cit.

Trattasi di una presunzione a vantaggio del lavoratore, essendo posto a carico del committente l'onere di provare l'esistenza di un progetto, inteso quale oggetto sostanziale del contratto.

Il secondo comma guarda al momento della esecuzione del rapporto (54) e consente al giudice di verificare lo scostamento tra programma negoziale e sua attuazione al fine di accertare la reale natura subordinata del rapporto, nonostante l'esistenza del progetto, programma o fase.

La circolare ribadisce che qualora *in corso di rapporto, venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato sia venuto a configurare un contratto di lavoro subordinato per difetto del requisito dell'autonomia, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzata tra le parti.*

Il terzo comma prevede che il controllo giudiziale dovrà essere finalizzato esclusivamente alla verifica dell'esistenza del progetto inteso in senso sostanziale, senza estendersi al merito dello stesso.

Analogamente la circolare recita che *il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente.*

La norma non tocca dunque i poteri qualificatori del giudice, in ossequio al principio giurisprudenziale dell'indisponibilità del tipo.

In realtà il sindacato sul merito va tenuto ben distinto dalla qualificazione del contratto dedotto in giudizio (55).

La circolare chiarisce che *detto controllo, inoltre, concerne in entrambi i casi l'esistenza nei fatti di un progetto e non la sua mera deduzione nel contratto.*

La mancata deduzione del progetto nel contratto, infatti, preclude solo la possibilità di dimostrarne l'esistenza e la consistenza con prova testimoniale.

Infatti non va confusa l'esistenza del progetto come elemento costitutivo della fattispecie con l'individuazione preventiva del progetto/programma/fase, quale requisito formale del contratto, di cui si richiede la forma scritta ad probationem, (art. 62) (56).

10. – Le misure transitorie

L'art. 86, comma 1, prevede che *le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente, che non possono essere ricondotte a un*

(54) M. MAGNANI - S. SPATARO, cit.

(55) G. SANTORO PASSARELLI, cit.

(56) L. CASTELVETRI, cit.

progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del presente provvedimento. Termini diversi, comunque non superiori al 24 ottobre 2005, di efficacia delle collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente potranno essere stabiliti nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime di cui al presente decreto, stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale.

Il legislatore nell'approntare la norma transitoria si riferisce alle collaborazioni atipiche, che cioè non contengono l'elemento qualificatorio del progetto inteso quale nesso funzionale tra collaborazione e progetto.

L'obiettivo della normativa, come si evince dalla disciplina transitoria e dai principi dettati per il futuro in materia di conversione dal cit. art. 69, è quello di ridurre le collaborazioni coordinate e continuative, specie quelle che nascondono veri e propri rapporti di lavoro subordinato.

Al fine di attenuare gli effetti della loro immediata estinzione, il legislatore detta una apposita disciplina transitoria.

Sulla base del regime transitorio, dunque, i contratti non scaduti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati prima del 24 ottobre 2003, data di entrata in vigore della legge, laddove non siano riconducibili ad un progetto, cesseranno di essere efficaci a decorrere dal 24 ottobre 2004.

Alla contrattazione collettiva di livello aziendale dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, è rimessa la possibilità di prorogarne il termine di efficacia oltre la scadenza legale, ma non oltre il 25 ottobre 2005, nell'ambito di accordi sindacali di transizione al nuovo regime.

Alla luce della modifica introdotta dal D.Lvo 6 ottobre 2004, n. 251 questi accordi possono anche prevedere un termine di efficacia più ampio di quello del 24 ottobre 2004, ma comunque non superiore al 24 ottobre 2005.

L'accordo sindacale produce un effetto di autorizzazione per le parti individuali al mantenimento in vita dei contratti in essere: saranno poi le stesse a decidere se avvalersi o meno di tale dilazione (57).

Sembra di poter desumere che le parti sindacali potranno differire soltanto il termine annuale, disposto ex lege, e non quello previsto dalle parti individuali.

Inoltre dalla natura transitoria della disciplina, si desume che il rinvio non possa comportare, sia pure nell'arco temporale fissato dal legislatore, soluzione di continuità, con impossibilità di ripensamenti, una volta applicato il nuovo regime.

Si evidenzia che il testo originario del decreto legislativo non prevedeva alcun termine di efficacia per i contratti prorogati dall'autonomia collettiva. Il termine del 25 ottobre 2005 è stato apposto dal decreto legislativo 6 ottobre 2004.

(57) M. Lovo, cit.

Non era sfuggito che sarebbe stato incongruo prevedere a regime la conversione legale dei rapporti di collaborazione non riconducibili a un progetto in contratti di lavoro subordinati (art. 69) e nello stesso tempo consentire che i preesistenti contratti di collaborazione non riconducibili a un progetto potessero rimanere in essere a tempo indeterminato in base agli accordi aziendali di transizione (58).

Inoltre la deroga da parte della contrattazione sindacale aziendale ammessa senza limiti temporali, avrebbe comportato una esclusione pressochè generalizzata della disciplina.

La circolare ministeriale, anteriore alla modifica approtata dal D.Lgs. n. 251/2004, così riporta il senso della norma.

L'art. 86, comma 1, prevede che le collaborazioni coordinate e continuative stipulate ai sensi della disciplina vigente al momento di entrata in vigore del decreto e che non possono essere ricondotte ad un progetto o a una fase di esso, mantengono efficacia fino alla scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo medesimo, ossia non oltre il 24 ottobre 2004. Sempre per le collaborazioni in atto che non possono essere ricondotte ad un progetto o a una fase di esso è prevista la facoltà di stabilire termini più lunghi di efficacia transitoria, purché ciò sia stabilito nell'ambito di un accordo aziendale con il quale il datore di lavoro contratta con i sindacati interni la transizione di questi collaboratori o verso il lavoro a progetto, così come disciplinato dal decreto legislativo n. 276/03, o verso una forma di rapporto di lavoro subordinato che può essere individuata fra quelle disciplinate dal "nuovo regime" dei rapporti di lavoro previsti dal medesimo d. lgs. (job on call, job sharing, distacco, somministrazione, appalto), ma anche già disciplinate (contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, a termine, a tempo parziale, ecc.).

(58) M. MISCIONE, cit.

NOTE A SENTENZA

Indennità di maternità - Inadempimento dell'obbligo di anticipazione da parte del datore di lavoro - Responsabilità - Mancata corresponsione da parte dell'INPS - Responsabilità - Risarcimento del danno subito dal lavoratore - Danno esistenziale - Liquidazione.

Tribunale di Lecce - 18.04.06 - Dott. Buffa - R. (Avv. De Matteis) - Ditta EOS srl (Avv. Gabellone) - INPS (Avv. Petrucci)

Il pagamento della indennità di maternità al lavoratore dipendente è oggetto di un obbligo che ha contenuto patrimoniale, ma il cui adempimento esatto ha una funzione anche non patrimoniale, in quanto il lavoratore trae normalmente dalla detta indennità il mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia in via di ampliamento.

Ne consegue che il mancato pagamento della indennità di maternità da parte dell'ente previdenziale e la mancata anticipazione da parte del datore di lavoro espongono tali soggetti al risarcimento del danno esistenziale subito dalla lavoratrice per il grave peggioramento della qualità della vita a causa del detto inadempimento.

FATTO E DIRITTO – Con ricorso depositato il 9.12.02, la ricorrente, premesso di essere operaia calzolaia della ditta EOS srl (formalmente assunta dal 9.4.02 ma di fatto molto tempo prima), chiedeva in via cautelare ordinarsi al proprio datore di lavoro il pagamento dell'indennità di maternità per astensione dal lavoro; a seguito delle contestazioni del datore che aveva eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, il giudice del lavoro del tribunale di Lecce dr. Sodo, accogliendo l'eccezione del convenuto e ritenendo legittimato in via esclusiva l'INPS, rigettava il ricorso cautelare.

Con successivo ricorso del 25.3.03, la ricorrente adiva nuovamente il giudice reiterando la domanda cautelare e convenendo questa volta sia il datore che l'Inps, ed invocando tutela cautelare essendovi periculum in mora connesso con l'essere separata legalmente dal marito, convivente con compagno disoccupato e madre di figlia nata da quest'ultimo il 2.9.02, non avendo reddito alcuno per provvedere al mantenimento di sé e della propria famiglia ed al pagamento delle spese ordinarie, tanto più che aveva accumulato debiti nel periodo di astensione dal lavoro non essendole stata pagata l'indennità di maternità né ovviamente la retribuzione (il cui diritto era sospeso per legge). Anche tale ricorso veniva rigettato con provvedimento del 9.5.03 del giudice del lavoro di Lecce dr.ssa Ferreri per carenza del *periculum in mora*, ritenuto non ravvisabile nella mera mancata corresponsione dell'indennità di maternità per un periodo di astensione peraltro appena decorso.

Con nuovo ricorso del 11.5.04, la ricorrente reiterava la medesima istanza cautelare deducendo l'aggravamento del periculum, dovuto alla mancata corresponsione, oltre che dell'indennità per astensione obbligatoria, anche dell'indennità per astensione facoltativa dal lavoro fruita (fino al marzo 2003), ed al fatto che si era dimessa dal lavoro nel settembre 2003 in quanto non retribuita, nonché alla circostanza che il proprio compagno, già agli arresti domiciliari, stava scontando una pena detentiva, e rilevando di non essere più in grado di far fronte ai propri bisogni quotidiani avendo accumulato una ingente somma di debito arretrato per l'affitto dell'abitazione e per le altre spese (cui si erano aggiunte anche quelle legali per il proprio compagno). Deduceva che la domanda di pagamento diretto della indennità di maternità rivolta in sede amministrativa all'Inps non era stata accolta per "carezza dei relativi presupposti".

Il datore si costituiva in giudizio deducendo, oltre a quanto già indicato nelle precedenti comparse, di aver chiesto il pagamento diretto all'Inps con reiterate missive (ben nove), ricevendo risposta negativa (non riconoscendo l'INPS rilevanza al periodo di crisi denunciato dalla ditta), e provvedendo al pagamento della quota a proprio carico del 10% dell'indennità in questione; deduceva l'assenza di periculum in mora desumibile dal fatto che la ricorrente era andata in astensione facoltativa, rinunciando di fatto indirettamente a percepire la retribuzione piena.

L'Inps si costituiva in giudizio deducendo che la parte non aveva interposto ricorso amministrativo avverso il rigetto della domanda e che il ricorso d'urgenza era inammissibile considerato il tempo trascorso dalla richiesta della prestazione, ed eccependo decadenza e prescrizione del diritto.

La domanda veniva accolta in via cautelare dallo scrivente con provvedimento del 21.4.04, rilevando che dalla documentazione prodotta (canone per asilo della bambina, canone dell'affitto, bollette di luce, acqua e gas, bollettini di pagamento dei mobili, verbali di pignoramento subiti, note relative alle spese di giustizia del compagno detenuto) sussisteva il periculum in mora, aggravato dal decorso nelle more del giudizio del termine decadenziale (già eccepito dall'Inps, in via preventiva rispetto al suo spirare), e che vi era la sopravvenienza di nuove ragioni di urgenza che giustificavano la riproposizione del ricorso cautelare (altrimenti preclusa dal codice di rito). Tanto premesso, ritenuta l'irrilevanza in sede cautelare della mancata proposizione del ricorso amministrativo cui la legge subordina la sola procedibilità del giudizio previdenziale ordinario, veniva ordinato ai convenuti, ciascuno per la propria parte, di corrispondere immediatamente alla ricorrente le somme indicate in ricorso a titolo di indennità di maternità.

Con ricorso del 22.5.04, la ricorrente chiedeva nei confronti del datore e dell'ente previdenziale la conferma del provvedimento cautelare, l'accertamento del suo diritto all'indennità di maternità e la condanna dei convenuti, ciascuno per la propria competenza, al pagamento della prestazione; premesso il grave inadempimento dei convenuti al pagamento dell'indennità nonché il comportamento extra-processuale e processuale degli stessi a fronte dei gravissimi danni patiti, chiedeva inoltre la condanna dei convenuti del risarcimento del danno esistenziale subito, che quantificava in € 50 mila, ovvero da liquidarsi nella somma maggiore o minore di giustizia secondo l'equo apprezzamento del giudice.

L'I.N.P.S. si costituiva in giudizio contestando le avverse pretese, deducendo che la ditta era ancora operante ed erogava le retribuzioni ai dipendenti, sicché era alla stessa che andava chiesto il pagamento (mentre il datore poi ne poteva chiedere il conguaglio, nei limiti peraltro dell'80% della retribuzione), onde il ricorso andava rigettato.

Il datore di lavoro si costituiva in giudizio reiterando le difese già esposte ed aggiungendo che la indennità era stata erogata dall'Inps nelle more del giudizio di merito; deduceva infine quanto alla richiesta risarcitoria del danno esistenziale che nessun illecito era stato posto in essere con conseguente assenza dei presupposti ex art. 2043 c.c. della tutela invocata.

All'odierna udienza le parti facevano presente che era cessata la materia del contendere quanto al pagamento dell'indennità, pagamento avvenuto in esecuzione del provvedimento cautelare di questo giudice, e che la causa proseguiva per il risarcimento del danno.

All'esito della discussione orale delle parti sul punto, la causa veniva decisa come da dispositivo.

Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Deve dichiararsi cessata la materia del contendere quanto al pagamento dell'indennità di maternità, essendo divenuto pacifica la sua spettanza ed essendo stato effettuata la corresponsione della stessa da parte dell'Inps senza riserva alcuna.

Quanto alla domanda risarcitoria, deve preliminarmente rilevarsi che il comportamento dei convenuti è stato gravemente inadempiente: il datore di lavoro non ha adempiuto all'obbligo -previsto dalla legge- di anticipare l'indennità in questione richiesta dalla dipendente; l'Istituto non ha pagato -venendo meno alla propria funzione istituzionale- la prestazione richiesta pur in presenza dell'inadempimento datoriale -risultante univocamente in tutti i vari giudizi intentati dalla lavoratrice e comunque facilmente accertabile- al detto obbligo.

Ai sensi dell'inderogabile disciplina sancita dall'art. 1 della legge 33/80, l'INPS è l'unico soggetto obbligato ad erogare l'indennità di maternità (come pure di malattia), mentre il datore di lavoro è tenuto ad anticiparla, salvo conguaglio con i contributi e le altre somme dovute all'istituto (Cass. 6190/00, 6659/94, 7607/91, fra le tante).

È sempre stato pacifico del resto la spettanza del diritto della ricorrente, essendo documentato ai convenuti anche stragiudizialmente la gravidanza ed il parto della ricorrente ed il periodo di interdizione dal lavoro, come pure la sussistenza dei requisiti di copertura assicurativa; nessun convenuto ha mai contestato, in sede giudiziale, il diritto azionato, limitandosi l'INPS a far presente che il datore di lavoro anticipa di norma la prestazione (senza però dimostrare che nel caso ciò fosse avvenuto, restando obbligato in proprio conseguentemente), e limitandosi il datore ad invocare la natura previdenziale della prestazione e la responsabilità dell'ente.

La violazione dei detti obblighi è stata macroscopica e resa con la consapevolezza (maturata con i ricorsi cautelare se non già stragiudizialmente) oltre che dell'esistenza del diritto soggettivo perfetto alla prestazione, della natura previdenziale della stessa (essendo volta a sostenere la donna proprio nel periodo di maggior delicatezza in relazione alla sua funzione familiare essenziale costituzionalmente

riconosciuta e tutelata e nel momento del bisogno determinato dalla sospensione del rapporto di lavoro – e di percezione della retribuzione – obbligatoriamente imposta dalla legge), nonché delle difficoltà economiche – gravi, eccezionali e sempre puntualmente documentate – in cui versavano la ricorrente e la sua bambina.

Mentre i convenuti eccepivano reciprocamente – e reiteratamente in relazione a tutte le varie istanze giudiziali della ricorrente – il proprio difetto di legittimazione passiva per sottrarsi agli obblighi patrimoniali inderogabili previsti dalla legge, la ricorrente accumulava debiti per cercare di far fronte tra innumerevoli difficoltà (documentate tutte in atti) alle esigenze quotidiane, e, a tacere delle esigenze economiche della stessa ricorrente, la figlia intanto nasceva, cresceva, doveva mangiare, vestirsi, forse avere i primi giocattoli, andare all'asilo, avere le proprie esigenze, economicamente relevantissime.

Non vi è chi non veda che dall'immotivato inadempimento di entrambi i convenuti sia derivato alla ricorrente un danno gravissimo, essendo stata violata la sua dignità di persona umana, oltre che i suoi diritti di donna e di madre in particolare.

Il tipo di danno che la ricorrente ha subito è senza dubbio non patrimoniale, e di tipo esistenziale.

Il pagamento della indennità di maternità al lavoratore dipendente è oggetto sì di un obbligo che ha contenuto patrimoniale, ma il cui adempimento esatto ha una funzione anche non patrimoniale, in quanto il lavoratore trae normalmente dalla detta indennità il mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia.

Il danno esistenziale da mancato pagamento di emolumenti economici può avere il suo referente costituzionale oltre che negli artt. 36, che tutela la retribuzione in sé, 37, che tutela la donna lavoratrice e prevede una protezione speciale nel periodo in cui è madre, nonché 38 che tutela forme assistenziali di chi non può lavorare, anche nell'art. 2, che tutela la qualità dignitosa della vita nelle formazioni sociali.

Certo, si tratta di provare le privazioni "esistenziali" patite per la mancata percezione di emolumenti garantiti dalla legge, ma queste spesso sono facilmente immaginabili: è la qualità scemata della vita con il telefono o gas o luce staccata perché non si è pagata la bolletta o con le minacce di sfratto del locatore per morosità o ancora per la rinuncia all'acquisto di beni voluttuari o infine la lesione della dignità della persona che deve chiedere prestiti a parenti amici e conoscenti, o deve subire pignoramenti che avrebbe altrimenti evitato, situazioni queste spesso, come nel caso, casualmente riconducibili al mancato o ritardato pagamento di somme spettanti al lavoratore.

Diviene dunque risarcibile nei detti casi il danno esistenziale, connesso con la lesione della dignità della persona del lavoratore e altresì con la diversa qualità della vita del lavoratore in seguito a tutte le conseguenze che derivano dalla mancata percezione dei mezzi di sostentamento.

Si tratta non solo dei danni diretti derivanti dall'inadempimento, ma anche dei danni indiretti e mediati, ma collegati da un nesso di regolarità causale con l'inadempimento. Al riguardo, occorre tenere in considerazione l'interpretazione che la giurisprudenza ha dato dell'art. 1223 cod.civ., norma che letteralmente sembra contenere il risarcimento ai danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'ina-

dempimento. Infatti, secondo la giurisprudenza, il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguiti in via diretta ed immediata dall'inadempimento deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da ricomprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale dell'inadempimento, secondo il principio di regolarità causale; in conseguenza, mentre sono da escludere i danni verificatisi per l'intervento di cause e circostanze estranee al comportamento dell'obbligato, vi rientrano invece gli altri quanto, pur non producendo il fatto di per sé quel determinato evento, abbia tuttavia prodotto uno stato di cose tali che senza di esso non si sarebbe verificato (Cass. 18.7.87, n. 6325; Cass. 20.5.86, n. 3353; Cass. 19.5.74, n. 1474; 9.12.74, n. 4135). Peraltro, il principio della causalità regolare va inteso non già nel senso che il danno sia risarcibile solo quando sia proporzionato alla gravità del fatto che vi ha dato origine, bensì nel senso che, se si tratta di danno mediato e indiretto, è risarcibile solo quando costituisce una normale e naturale conseguenza del fatto stesso, e non è risarcibile quando la sua gravità sia stata determinata, piuttosto che dal fatto, da altre ed eccezionali concause. Diventa in relazione a ciò fondamentale individuare il nesso causale, ed in particolare il nesso di regolarità causale, che va riguardato in relazione all'*id quod plerunque accidit* in casi omogenei: così, diverse saranno le conseguenze normali dell'inadempimento ove la famiglia del lavoratore sia monoreddito e numerosa, da quella in cui vi sia altri redditi in famiglia; il lavoratore, dovrà quindi, volta per volta, dimostrare la riconducibilità causale del danno subito all'inadempimento e dunque, ove si tratta di danni indiretti, la impossibilità di prevenire gli stessi in altro modo.

Nel caso, tale prova risulta essere data con la documentazione in atti, dalla quale risultano pienamente le difficoltà incontrate dalla ricorrente a seguito del mancato pagamento dell'indennità di maternità e della sua mancata anticipazione da parte del datore.

Con riferimento al tipo di danno (non patrimoniale) ed alla sua risarcibilità, come noto, due sentenze della Corte di Cassazione (Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), ed una della Corte Costituzionale (Corte costituzionale, 11 luglio 2003, n. 233) hanno rivoluzionato il sistema della responsabilità civile in relazione al danno alla persona, affermando la risarcibilità del danno esistenziale, inteso come danno alla persona, di carattere non patrimoniale e che attinge a beni ed interessi costituzionalmente tutelati, inerenti l'esistenza dei singoli e la qualità della vita o comportanti la lesione di vari beni immateriali.

Più in particolare, la giurisprudenza delle supreme magistrature si è oggi orientata verso una nozione ampia, costituzionalmente orientata, del danno non patrimoniale, esorbitante non solo da una visione penalistica (del resto i casi di legge ormai riguardano in via maggioritaria fattispecie extrapenali), ma anche da una impostazione limitativa del risarcimento ai casi previsti dalla legge: nel perdurante vigore dell'art. 2059 cod.civ., si è ritenuto che, allorquando vengano in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 cod.civ., sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge (tanto più se correlata all'art. 185 c.p.), e si è affermato che ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 cod.civ., è l'ingiusta lesione di un interesse alla persona, dal quale conseguano pre-

giudizi non suscettibili di valutazione economica, in quanto una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite, se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti, come nel caso di specie il diritto al lavoro e al dignità professionale ed umana della lavoratrice.

Quanto alla liquidazione del danno, essa può avvenire soltanto in termini equitativi che debbono avere riguardo alla natura, all'intensità e alla durata delle compromissioni esistenziali derivate ed all'importanza del bene giuridicamente rilevante che è stato leso; peraltro, se è vero che il danno ha carattere non patrimoniale sicché la sua liquidazione potrebbe assai meglio basarsi su parametri diversi dalla retribuzione, in difetto della allegazione di tali diversi parametri, non può che farsi riferimento al valore economico del lavoro della ricorrente e dunque alla retribuzione della stessa (dagli atti si evince una retribuzione mensile della ricorrente pari ad € 840 mensili nette) commisurando ad essa il risarcimento dovuto dal lavoratore, in difetto della prova di danni di tipo o entità diversa, secondo una percentuale che tenga conto dei criteri sopra richiamati: quanto a tale percentuale della retribuzione, la gravità della situazione della ricorrente consente di far riferimento alla misura del 100% della retribuzione.

Conseguentemente, con riferimento alla retribuzione spettante alla ricorrente ed alla durata della lesione, che nel caso è di cinque mensilità (che è la durata dell'indennità di maternità per astensione obbligatoria), si perviene in applicazione della percentuale del 100% della retribuzione mensile alla somma complessiva di € 4.200.

Tale somma deve essere aumentata di rivalutazione ed interessi dalla data in cui la prestazione avrebbe dovuto essere corrisposta e si è verificata la lesione dell'illecito al soddisfo.

Il danno non può invece superare la misura sopra indicata, non potendosi addebitare ai convenuti le difficoltà economiche e di vita della ricorrente che neppure la corresponsione tempestiva della indennità di maternità avrebbe potuto colmare.

I convenuti rispondono in solido del danno, e delle spese di lite che seguono la soccombenza e che si liquidano, per la cautela ed il merito, come da dispositivo.
(*Omissis*)

LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE PREVIDENZIALE PER IL RISARCIMENTO DEL DANNO ESISTENZIALE

La pronuncia in commento si segnala per la sua originalità nel panorama delle decisioni della giurisprudenza di merito relative alla materia del danno esistenziale: si trattava, in particolare, di una lavoratrice alla quale il datore di lavoro non aveva corrisposto l'indennità di maternità e che conseguentemente si era rivolta, anche questa volta senza successo, all'INPS per avere il pagamento diretto; dai reiterati rifiuti del datore di lavoro e dell'Inps era poi nato un contenzioso reiterato basato essenzialmente su istanze cautelari della lavoratrice, con alterne vicende giudiziarie. Da ultimo, la decisione in epigrafe ha ristabilisce il diritto della ricorrente e appronta soddisfacimento alla domanda della stessa di tutela giurisdizionale.

La decisione, in particolare, rileva che il pagamento della indennità di maternità al lavoratore dipendente è oggetto di un obbligo che ha contenuto patrimoniale, ma – osserva acutamente il giudice – il cui adempimento esatto ha una funzione anche non patrimoniale, in quanto il lavoratore trae normalmente dalla detta indennità il mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia in via di ampliamento.

Ne consegue, prosegue la accurata ed ineccepibile decisione, che il mancato pagamento della indennità di maternità da parte dell'ente previdenziale e la mancata anticipazione da parte del datore di lavoro espongono tali soggetti al risarcimento del danno esistenziale subito dalla lavoratrice per il grave peggioramento della qualità della vita a causa del detto inadempimento.

A quanto consta, si tratta del primo caso di giurisprudenza che condanna l'ente previdenziale al risarcimento del danno esistenziale correlato all'inadempimento o all'inesatto adempimento di obblighi istituzionali dell'ente previdenziale medesimo inerenti l'indennità di maternità. Peraltro, va rilevato che in altro settore previdenziale si registrano pure pronunciamenti condannatori per l'ente previdenziale: così, ad esempio, in relazione al danno esistenziale cagionato da erronea informazione dell'ente previdenziale che abbia causato le dimissioni del lavoratore sul presupposto, indotto dalla erronea informazione resa dall'ente e rivelatosi poi fallace a rapporto di lavoro irrimediabilmente cessato, della sufficienza della contribuzione versata ai fini della maturazione di prestazione pensionistica; ovvero, all'opposto, in relazione al caso in cui l'amministrazione previdenziale per errore abbia escluso il diritto del lavoratore al collocamento a riposo pur in presenza dei relativi requisiti ed il privato abbia così continuato ad espletare la prestazione lavorativa pur potendo invece andare in pensione.

In particolare, in relazione alla prima fattispecie, Cass. n. 19340/03 ha riconosciuto il risarcimento del danno nel caso di perdita del posto di lavoro lasciato a seguito del conseguimento dall'ente previdenziale di informazioni in ordine alla propria posizione contributiva (che viene erroneamente dichiarata come idonea a consentire al lavoratore di fruire dei benefici previdenziali).

Con riferimento alla seconda fattispecie, Corte d'appello di Genova 27 aprile 2005, in *Danno e resp.* 2006, 5, 557, con nota di Palmerini, ha ritenuto che il diniego illegittimo alla richiesta di esercizio dei diritti previdenziali ed il conseguente prolungato ritardo del pensionamento programmato ledono l'interesse a realizzare una personale scelta di vita e sono fonte di pregiudizio non patrimoniale. In dottrina, per un esame delle fattispecie in discorso, sia consentito il rinvio a Buffa - Cassano, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, Utet, Torino, 2005, ed ivi ampi richiami bibliografici, ove diffusamente è analizzato il tema.

Il caso in commento evidenzia tuttavia non un mero errore dell'ente previdenziale ma un inadempimento voluto dell'obbligo previdenziale (pur sulla base di osservazioni giuridiche ritenute dal giudicante poi infondate).

La pronuncia bene sottolinea come nessun convenuto nel caso concreto abbia sostanzialmente mai contestato, in sede giudiziale, il diritto azionato, limitandosi in particolare l'INPS a far presente che il datore di lavoro anticipa di norma la prestazione (senza però dimostrare che nel caso ciò fosse avvenuto, restando obbligato in proprio conseguentemente), e limitandosi il datore ad invocare la natura previdenziale della prestazione e la responsabilità dell'ente.

La violazione dei rispettivi obblighi, asserendo ciascun convenuto dovuta la prestazione dall'altro, è stata posta in essere nella pacifica esistenza del diritto soggettivo perfetto alla prestazione, prestazione peraltro di natura previdenziale e dunque importantissima, essendo volta – come rimarca l'importante e condivisibile decisione – a sostenere la donna proprio nel periodo di maggior delicatezza in relazione alla sua funzione familiare essenziale costituzionalmente riconosciuta e tutelata e nel momento del bisogno determinato dalla sospensione del rapporto di lavoro – e di percezione della retribuzione – obbligatoriamente imposta dalla legge.

Nella fattispecie, dunque, proprio dalla condotta dell'ente previdenziale è derivato un danno consistente di tipo non patrimoniale, ed in particolare, esistenziale.

Si tratta di un danno della cui risarcibilità ormai non si dubita sostanzialmente in giurisprudenza, ora che anche la giurisprudenza delle supreme magistrature si è oggi orientata verso una nozione ampia, costituzionalmente orientata, del danno non patrimoniale, esorbitante non solo da una visione penalistica, ma anche da una impostazione limitativa del risarcimento ai casi previsti dalla legge: nel perdurante vigore dell'art. 2059 cod.civ., si è ritenuto che, allorquando vengano in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 cod.civ., sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge (tanto più se correlata all'art. 185 c.p.), e si è affermato che ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059 cod.civ., è l'ingiusta lesione di un interesse alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, in quanto una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite, se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti, come nel caso di specie il diritto al lavoro e al dignità professionale ed umana della lavoratrice.

Significativamente la decisione evidenzia, facendo apparire in controluce la sensibilità culturale dell'estensore, come, mentre i convenuti eccepivano reciprocamente – e reiteratamente in relazione a tutte le varie istanze giudiziali della ricorrente – il proprio difetto di legittimazione passiva per sottrarsi agli obblighi patrimoniali inderogabili previsti dalla legge, la ricorrente accumulava debiti per cercare di far fronte tra innumerevoli difficoltà alle esigenze quotidiane e, a tacere delle esigenze economiche della stessa ricorrente, la figlia intanto nasceva, cresceva, doveva mangiare, vestirsi, forse avere i primi giocattoli, andare all'asilo, avere le proprie esigenze, economicamente relevantissime.

In somma, per concludere, va detto che il caso è emblematico proprio perché evidenzia come, alla delicatezza delle funzioni pubbliche commesse all'ente previdenziale e all'importanza – anche sociale – delle relative provvidenze fa da pendant l'entità dei pregiudizi – ed il tipo del danno (che attinge direttamente la sfera esistenziale della persona) – che il cittadino può subire dall'erroneo o mancato esercizio di quelle importanti prerogative, risultando in tal modo l'azione amministrativa particolarmente delicata ed importante per i cittadini.

Giuseppe Cassano

*Già Docente di Diritto Privato
nell'Università Luiss di Roma*

Contratti della P.A. - Gara d'appalto - Bando - Requisiti di partecipazione - Dichiarazione di correntezza contributiva - Regolarizzazione successiva alla presentazione - Inammissibilità - Ragioni.

Consiglio di Stato - Sezione IV - 30.01.2006, n. 288 - Pres. Saltelli - Est. Cacace - Ricorsi riuniti: - C.E.S.I. S. r. l. (Avv. ti Maccaferri, Piselli) c. Provincia Autonoma di Trento (Avv. ti Mastragostino, Manzi) - Impresa F.lli Gadotti S.r.l. (Avv. ti De Pretis, Pafundi) - Provincia Autonoma di Trento (Avv. ti Mastragostino, Manzi) c. C.E.S.I. S. r. l. (Avv. ti Maccaferri, Piselli) - Impresa F.lli Gadotti S.r.l. (n.c.)

Nei contratti ad evidenza pubblica, laddove il bando di gara richieda l'assolvimento degli obblighi contributivi tra i requisiti di partecipazione, tale requisito deve essere posseduto al momento della presentazione della domanda, non essendo ammessa una regolarizzazione successiva. Né contestualmente all'impugnazione del provvedimento che dispone l'annullamento dell'aggiudicazione in favore dell'impresa che non risulti in regola con il pagamento dei contributi previdenziali può essere chiesto l'annullamento della clausola del bando di gara che richiede la dichiarazione di correntezza degli obblighi previdenziali. Trattasi infatti di clausola potenzialmente lesiva per i partecipanti alla gara, la cui illegittimità deve essere fatta valere ex se, non contestualmente all'impugnazione del provvedimento che ne fa applicazione.

FATTO e DIRITTO – Con la sentenza appellata il primo Giudice, adito per l'annullamento della determinazione n. 15 del 13.4.2004 (con la quale il dirigente del servizio Appalti della Provincia Autonoma di Trento annullava l'aggiudicazione in favore della CESI Srl della licitazione privata per l'affidamento dei lavori di costruzione del collettore intercomunale di fognatura nera “Le Sarche – Lago di Cavedine”, disponendo che l'affidamento dei lavori avvenisse a favore della F.lli Gadotti Srl, nonché l'incameramento della cauzione provvisoria presentata dalla CESI e la sua sospensione per tre mesi dalla partecipazione alle gare indette dalla PAT) e della successiva nota del 22.4.2004, con la quale l'amministrazione provinciale inviava all'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici la “comunicazione ai fini dell'inserimento nel casellario informativo ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 di dati per l'individuazione della impresa nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554...”:

a) ha dichiarato irricevibili le censure dedotte col secondo motivo avverso il bando – il quale prevedeva, al paragrafo 5.2, che le domande di invito alla gara dovessero essere, pena la non ammissione, corredate di dichiarazione attestante, tra l'altro (punto c. 5) “di essere in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia contributiva e assicurativa ... devono essere indicate tutte le posizioni assicurative e contributive esistenti in capo all'impresa con riferimento all'INPS, INAIL e Cassa Edile ...” – nonché avverso l'art. 22, comma 2, del regolamento di attuazione della l.p. 26/93 (DPGP 30.9.94 n. 12-10/Leg.), il quale prevede che prima della stipula del contratto l'amministrazione

procede d'ufficio alla verifica, qualora i requisiti risultino da sola dichiarazione, "della regolarità contributiva e assicurativa mediante acquisizione delle apposite certificazioni rilasciate dall'INPS, INAIL e Cassa Edile";

b) ha respinto, in quanto infondato, il primo motivo, rivolto avverso il provvedimento del 13.4.2004, nella parte in cui dispone l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della ricorrente, in quanto, "pacifico che la ricorrente ha versato alla Cassa Edile di Trento quanto dovuto per accantonamenti e contributi relativi ai mesi di maggio, giugno e luglio 2003 in data 15.9.2003, anziché alle singole precedenti scadenze stabilite il 25° giorno successivo al periodo di paga cui si riferiva", così reputando "infondata ... la tesi dell'inconfigurabilità nella specie della situazione di irregolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile assunta quale presupposto del provvedimento" (pagg. 12 – 13 sent.);

c) ha accolto il terzo e quarto motivo di ricorso, ritenendo illegittimi tanto l'incameramento della cauzione provvisoria pure disposta col provvedimento impugnato ("atteso che tale sanzione è prevista dall'art. 34, co. 7, l.p. 26/93 a fronte del rifiuto della aggiudicataria di stipulare il contratto – e così come sanzione di un comportamento che può comportare ritardi nell'inizio dei lavori da parte dell'aggiudicatario – caso cui non può equipararsi, trattandosi di norma di stretta interpretazione, il diverso caso di annullamento dell'aggiudicazione": pag. 13 sent.), quanto la disposta temporanea esclusione dell'Impresa ricorrente dalle gare future indette dalla Provincia, sulla base dell'assorbente considerazione che "le sanzioni previste per l'ipotesi di falsità di alcune delle dichiarazioni presentate non possono applicarsi sulla base di un mero riscontro della non corrispondenza alla realtà di quanto dichiarato proprio perchè l'espressione falsità implica il positivo riscontro della consapevolezza di rendere una dichiarazione non conforme al vero e dunque della sua intenzionalità", mentre nella fattispecie "le sanzioni aggiuntive sono state applicate quasi la falsità sussistesse in re ipsa senza alcun riferimento al compimento di verifiche al riguardo" (pag. 14 sent.);

d) con riguardo alla domanda di risarcimento del danno, "escluso che compete alla ricorrente un risarcimento a seguito dell'annullamento della aggiudicazione, facendo difetto il presupposto di un danno ingiustamente patito", ha "liquidato con criterio equitativo, in mancanza di puntuali parametri di riferimento, e viene determinato nella somma, che pare congrua, di € 4.000,00, il risarcimento per il danno risentito dalla ricorrente – nel breve tempo precedente l'accoglimento sul punto della istanza cautelare con ordinanza del 27 maggio 2004 – a seguito dell'illegittima determinazione di temporanea esclusione da ulteriori gare indette dalla Provincia" (pagg. 14 – 15 sent.).

La CESI Srl appella, impugnando prima il dispositivo della sentenza *de qua* e poi compiutamente articolando successivi motivi di appello, ivi contestando sia gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di cui alle sopraindicate lettere a) e b), che la quantificazione del risarcimento riconosciuto dal T.R.G.A., ritenuto "modesto" e "simbolico".

La Provincia Autonoma di Trento, con distinto atto di appello, contesta invece le statuizioni di cui alla sopraindicata lettera c), affermando inoltre la insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'accoglimento della domanda risarcitoria, operato dal primo Giudice.

Resiste, in ciascuno dei ricorsi, la parte avversa.

Resiste altresì, nell'appello proposto da C.E.S.I. s.r.l., la controinteressata Impresa F.lli GADOTTI s.r.l.

Le parti hanno poi affidato al deposito di memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive. Le cause sono state congiuntamente chiamate e trattate in decisione alla udienza pubblica del 18 novembre 2005.

2. – I due ricorsi, in quanto proposti contro la stessa sentenza, debbono essere riuniti (art. 335 c.p.c.).

3. – L'appello proposto da C.E.S.I. s.r.l. è infondato.

3.1 – Giovi rammentare in punto di fatto che l'aggiudicazione della gara di cui trattasi in favore della società odierna appellante è stata annullata, con i provvedimenti in primo grado impugnati, con riferimento alla accertata situazione di irregolarità contributiva dell'impresa alla data del 12 settembre 2003, nei confronti della Cassa Edile della Provincia di Trento.

Sulla base, infatti, degli elementi a sua disposizione, l'Amministrazione è giunta "alla conclusione che l'impresa CESI S.R.L., alla scadenza del termine per la partecipazione alla gara (12 settembre 2003), non possedeva i requisiti di partecipazione previsti dall'art. 35, comma 1, lett. e) della L.P. 26/93, con precipuo riferimento alla regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile della Provincia di Trento, sia in quanto, solo in data 15 settembre 2003 ha provveduto, di fatto, alla regolarizzazione della propria posizione contributiva con riferimento peraltro solo ai mesi di maggio, giugno e luglio 2003, sia perché il versamento relativo al mese di agosto è avvenuto solo in data 14 novembre 2003, anziché entro il termine ultimo del 25 settembre 2003" (così il preambolo della determinazione dirigenziale n. 15 in data 13 aprile 2004).

Orbene, dalla documentazione in atti, si ricava che senza dubbio, all'epoca della richiesta di invito alla gara *de qua* (datata 8 settembre 2003 e pervenuta alla Provincia il successivo 11 settembre), l'impresa in questione non risultava in regola con le disposizioni in materia di obblighi contributivi (vedansi le non contestate risultanze della nota della Cassa Edile della Provincia di Trento in data 1 marzo 2004, cui fa riferimento l'atto impugnato).

Pacifico, invero, che, a detta data, l'impresa stessa non aveva adempiuto agli obblighi in discorso nei confronti della predetta Cassa, che la correttezza contributiva era richiesta, alle ditte partecipanti alla selezione in discorso, come requisito indispensabile non per la stipulazione del contratto bensì per la partecipazione alla gara (v. par. 5.2 del Bando) e che, trattandosi di procedura selettiva contemplante una fase di prequalificazione (che tende proprio a verificare il possesso dei richiesti requisiti al fine della individuazione delle ditte da invitare), la dichiarazione attestante il rispetto degli obblighi predetti andava presentata, assieme alla domanda di invito, in quella fase, il Collegio ritiene che senza dubbio, alla stregua della *lex specialis* in considerazione, ai fini della valida partecipazione alla selezione, l'impresa dovesse essere in regola con gli obblighi previdenziali ed assistenziali sulla stessa gravanti fin dal momento della presentazione della domanda e conservare la correttezza contributiva per tutto lo svolgimento della gara, fino alla aggiudicazione.

Resta così irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione

contributiva (se pure intervenuto, come appunto accaduto nella fattispecie, anteriormente alla aggiudicazione), quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento, rilevando un tale tardivo adempimento solo nelle reciproche relazioni di credito e di debito tra i soggetti del rapporto obbligatorio e non nei confronti dell'Amministrazione appaltante, che, nel procedimento per l'affidamento dell'appalto, abbia richiesto, quale requisito di ammissione alla procedura di selezione, la correttezza contributiva, la cui sussistenza, che non può che essere riferita al momento della partecipazione alla gara, non rileva invero più quale espressione di un mero rapporto obbligatorio tra due soggetti estranei all'Amministrazione, ma come qualificazione soggettiva dell'impresa, ritenuta nel caso di specie imprescindibile dalla legge di gara, in termini di rispetto degli obblighi sulla stessa incombenti per effetto di parametri normativi e/o contrattuali e dunque, in definitiva, quale espressione di affidabilità dell'impresa stessa, costituente presupposto per la partecipazione alla procedura concorsuale indetta dalla stazione appaltante; con la conseguenza che una acquisizione tardiva, rispetto al predetto momento della richiesta di invito alla gara, della "correttezza contributiva" diviene inevitabilmente circostanza idonea ad escludere l'obbligo, per la stazione appaltante, anche in sede di sub procedimento volto a verificare la correttezza contributiva dei partecipanti ed in particolare dell'aggiudicatario, di disporre la non ammissione dell'impresa inadempiente, pena una palese violazione della regola della *par condicio* tra i concorrenti, giacché ad opinare diversamente si consentirebbe ad un soggetto non in possesso di uno dei requisiti richiesti dal bando (quale indubbiamente si configura, come s'è visto, nella fattispecie, il requisito della correttezza contributiva) di sanare *ex post* tale mancanza, con evidente disparità di trattamento nei confronti di quelle imprese, che, conformemente alle disposizioni normative (ivi comprese quelle della *lex specialis*), quei requisiti invece possedevano alla data individuata dalle regole di gara.

Irrilevante, in definitiva, al fine di escludere la situazione di irregolarità contributiva dell'impresa C.E.S.I., si rivela la circostanza ch'essa si sia posta in regola con gli adempimenti contributivi sulla stessa gravanti nei confronti della C.A.P.E. di Trento solo successivamente alla richiesta di invito alla gara di cui si tratta, giacché, come s'è già precisato, la "regolarità" e/o la "correttezza" della posizione del partecipante quanto agli obblighi fiscali e/o contributivi (ivi compresi espressamente quelli nei confronti della CASSA EDILE) costituiva requisito di ammissione alla gara in argomento (la cui assenza comportava causa di esclusione: v. par. 10.2 della lettera di invito) e dunque condizione ineludibile per la partecipazione alla gara, che deve, quindi, sussistere (già) in tale momento (nella fattispecie individuabile nel momento di presentazione della richiesta di invito), sia come situazione di fatto che come evento giuridico; non potendosi poi in alcun modo ammettere, una volta chiarito che il momento della scadenza del termine di presentazione della citata richiesta di invito costituisce quello della verificabilità dei requisiti soggettivi di ammissione (prevista nel caso di specie, con riguardo all'aggiudicatario, dal citato par. 10), che la sola astratta possibilità di "regolarizzazione" postuma (pur eventualmente consentita dall'ordinamento e quand'anche con effetti *ex tunc*) valga (salvo che l'impresa abbia sostenuto la

propria offerta con una documentata procedura di sanatoria relativa agli adempimenti contributivi ovvero con la dimostrazione di avere contestato in sede giudiziaria il loro asserito inadempimento) né ad integrare il possesso del requisito, né a consentire all'interessato di poter legittimamente dichiarare, come avvenuto nella fattispecie, "di essere in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia contributiva e assicurativa secondo la legislazione italiana ... Cassa Edile 3471" (v. istanza di partecipazione in data 8 settembre 2003).

3.2 – Tali essendo le coordinate fattuali e di diritto della vicenda che ne occupa, il Collegio reputa che il provvedimento impugnato, nel disporre il contestato annullamento dell'aggiudicazione della gara in argomento, abbia fatto buon governo non solo, e non tanto, delle disposizioni che subordinano l'aggiudicazione delle gare in materia di lavori pubblici al rispetto delle disposizioni in tema di obblighi contributivi gravanti sui datori di lavoro, quanto, soprattutto, delle regole dalla Amministrazione stessa dettate, con il bando e con l'invito a licitazione, laddove fissano determinati requisiti di partecipazione alla gara stessa (fra i quali chiaramente risulta la regolarità della posizione dell'impresa nei riguardi degli obblighi assicurativi, contributivi ed antinfortunistici, anche con specifico riferimento alla Cassa Edile: v. par. 5.2 1) c.5 del bando e par. 10.2.3 della lettera di invito), prevedono la successiva verifica da parte dell'Amministrazione delle dichiarazioni rese ai sensi del par. 5.2 del Bando da parte della impresa aggiudicataria (par. 5.3 del Bando e par. 10 lettera d'invito) e statuiscano, infine, che "qualora dalla verifica della documentazione di cui al presente paragrafo 10 l'amministrazione rilevi la non veridicità delle dichiarazioni rese dal concorrente dichiarato aggiudicatario, procederà all'annullamento con atto motivato dell'aggiudicazione dei lavori" (lettera di invito, par. 10 cit.).

La *lex specialis* di gara offre, dunque, già di per sé all'interprete un sistema compiuto di regole per valutare oggettivamente la fattispecie all'esame e per ritenere, in particolare, che la accertata carenza di regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile integri la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara stessa, il cui accertamento, in sede di verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa risultata aggiudicataria in sede di richiesta di invito alla selezione, non poteva che condurre l'Amministrazione a disporre l'annullamento dell'aggiudicazione.

Alle obiezioni mosse in sede di appello dall'impresa C.E.S.I. (secondo cui il requisito della regolarità contributiva nei confronti delle Casse Edili non sarebbe previsto in fonti normative né statali né provinciali e, con espresso richiamo all'orientamento eguito da questa Sezione con decisione 31 marzo 2000, n. 880, nessuna disposizione normativa prescrive, allo stato, la regolarità contributiva nei confronti delle Casse edili come requisito di partecipazione alle gare di appalto) è dunque agevole replicare che la verifica della legittimità del contestato atto di annullamento va operata alla stregua dell'indicata *lex specialis*, che ha statuito, in modo di per sé assolutamente chiaro e, dunque, immediatamente lesivo della sfera giuridica atorea, il carattere di requisito di ammissione alla procedura di selezione dell'elemento in discorso (la regolarità della posizione nei confronti della Cassa Edile), sì che del tutto in linea con le prescrizioni di gara risulta la disposta esclusione una volta che, in sede di verifica successiva alla aggiudica-

zione, di detto requisito si è accertata (come s'è visto del tutto correttamente) la mancanza.

Pertanto, posto che, per principio assolutamente pacifico, in carenza di annullamento (giurisdizionale od in autotutela), il bando della gara, quand'anche per avventura illegittimo, ne costituisce la *lex specialis* e non può non essere applicato, si deve concludere per la legittimità, nella fattispecie, del disposto annullamento della aggiudicazione.

Ogni tentativo dell'appellante di rimettere poi in discussione la legittimità dell'anzidetta *lex specialis* si rivela invero vano, dovendosi in proposito condividere la declaratoria di irricevibilità delle relative censure pronunciata dal Giudice di primo grado.

Come già accennato, infatti, l'indicata *lex specialis* (la cui piena conoscenza può dirsi acquisita dall'appellante C.E.S.I. perlomeno alla data, da essa stessa apposta alla richiesta di invito alla gara, dell'8 settembre 2003) ha statuito, in modo di per sé assolutamente chiaro e dunque immediatamente lesivo della sfera giuridica attorea, il carattere di requisito di ammissione alla procedura di selezione dell'elemento in discorso (la regolarità della posizione nei confronti della Cassa Edile), frustrando all'origine, anche in mancanza di atti applicativi, l'aspirazione della C.E.S.I. alla partecipazione al procedimento di gara; in tal modo s'è verificata fin da allora la lesione del prioritario interesse attoreo alla eliminazione della clausola di gara *de qua*, prima ed indipendentemente dall'esclusione ad opera dell'Amministrazione in esecuzione della stessa.

E che l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis* (quanto alle regole che fissano determinati requisiti di partecipazione alla gara), in presenza di un interesse immediato alla loro eliminazione dal mondo del diritto, sussistesse nella specie sin dall'indicata data (o al massimo dal successivo 12 settembre 2003), non par dubbio, solo che si consideri che in tale ultima data alla C.E.S.I., come risulta dagli atti di causa, venne negato, da parte della Cassa Edile, il rilascio di un certificato di regolarità contributiva; sì che essa non poteva non sapere di non versare, nei confronti della predetta Cassa, in una situazione di regolarità, così come essa non poteva legittimamente presumere che tale situazione di irregolarità, inizialmente sussistente, essa avrebbe potuto eliminare con una successiva regolarizzazione, vertendosi in materia di requisiti per la partecipazione, che del tutto pacificamente vanno valutati con esclusivo riferimento al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara.

4. – Venendo, ora, all'appello della Provincia Autonoma di Trento, con il quale la stessa contesta le statuizioni del Giudice di primo grado circa la illegittimità dell'incameramento della cauzione e della temporanea esclusione della C.E.S.I. dalle gare future dalla stessa indette (nonché della connessa segnalazione all'A.V.L.P., avverso la quale non risultano con l'originario ricorso sviluppati autonomi motivi), con i provvedimenti in primo grado impugnati disposti, l'appello medesimo si appalesa fondato.

4.1 – Per ciò che attiene al primo aspetto, rileva il Collegio che, come è noto, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il

caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. art. 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; artt. 2 e 4 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063; art. 30, comma 1, della legge n. 109/94 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara, che refluisce sulla serietà e correttezza dell'intero procedimento di gara (v. Cons. St., V: 18 maggio 1998, n. 124; 15 novembre 2001, n. 5843; 28 giugno 2004, n. 4789).

Essa rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.

L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso (Cons. St., V, 30 ottobre 2003, n. 6769).

Così l'escussione della cauzione è possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogniquale volta che, non essendo state le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa dalla procedura ed all'annullamento della aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto.

Nel caso di specie, peraltro, va messo in evidenza che correttamente l'incameramento della cauzione provvisoria è stato disposto facendo applicazione dell'art. 34, comma 7, della citata legge provinciale n. 26 del 1993 (a norma del quale, nella versione *ratione temporis* qui applicabile, la cauzione prestata a corredo dell'offerta "copre la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario"), ritenendo il Collegio (a differenza di quanto invece opinato dalla sezione V di questo Consiglio con la decisione 1 luglio 2002, n. 3601) che la norma non miri tanto, o solo, a garantire l'Amministrazione da inadempimenti successivi alla aggiudicazione, quanto piuttosto a soddisfare l'esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell'opera, che ben può essere messa in pericolo da comportamenti del soggetto risultato aggiudicatario anteriori alla aggiudicazione, sempre che questi risultino riferibili alla sua cosciente e consapevole sfera di determinazione ed autonomia; sì che tra essi non possono non ricomprendersi quei comportamenti (quale quello di cui al caso di specie), che, anteriori alla aggiudicazione (in quanto riferibili ad un momento della procedura, i cui esiti condizionano l'aggiudicazione e la stipula del contratto), abbiano portato all'annullamento dell'aggiudicazione stessa, così impedendo la formale conclusione del contratto, che della stessa costituisce il naturale e necessario sviluppo.

4.2 – Quanto al secondo degli aspetti investiti dall'appello della Provincia

Autonoma (quello della disposta temporanea esclusione della C.E.S.I. dalle gare future dalla stessa indette), ritiene il Collegio, a differenza del T.R.G.A., che l'esclusione stessa consegua, a norma dell'art. 35, comma 1, lett. h), della L.P. n. 26/1993, al mero accertamento della difformità, nella fattispecie non più in discussione, tra dichiarazioni rese dall'aggiudicatario circa il possesso dei requisiti per partecipare alla gara e la prova del relativo contenuto; pertanto, alla dichiarazione non veritiera (quale indubbiamente risulta quella resa dall'Impresa C.E.S.I. ai fini della partecipazione alla gara de qua), consegue necessariamente la sanzione della esclusione "dalle future gare d'appalto indette dall'Amministrazione procedente" espressamente e testualmente prevista dall'ultimo capoverso del par. 10 della lettera di invito della gara stessa.

E tale giudizio di disvalore delle dichiarazioni mendaci in ordine al possesso dei requisiti richiesti non abbisogna certo di ulteriori indagini da parte della P.A., una volta che sia incontestata la riferibilità della dichiarazione resa e che la stessa non risulti, come non è risultata nel caso di specie, confermata dai successivi riscontri; non essendo, in definitiva, di certo rimesso all'apprezzamento soggettivo né dell'Amministrazione né del Giudice la rilevanza dell'elemento psicologico in sede di dichiarazione dei fatti incidenti sul detto possesso.

Né bastano, ad avvalorare la tesi dell'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione:

- le tesi di C.E.S.I., secondo cui la disposizione dell'art. 35 della l.p. n. 26/1993 "prevede unicamente la possibilità di procedere alla esclusione dell'impresa dalla procedura di affidamento in itinere, senza attribuire ulteriori poteri sanzionatori (tanto meno con efficacia differita nel tempo) in capo alla Stazione appaltante" (pag. 19 mem. Del 21 febbraio 2005) e "posto che la regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile non costituisce un requisito di partecipazione generale alle gare di appalto, è da escludere altresì che l'eventuale rilascio di dichiarazioni non veritiere in merito a tale aspetto possa integrare la causa di esclusione di cui alla lettera h) dell'art. 35" (pag. 25 mem. Cit.), atteso, da un lato, che il citato ultimo periodo del par. 10 della lettera di invito alla gara in argomento ha espressamente previsto, come s'è già visto, che "l'aver reso false dichiarazioni in merito ai requisiti per concorrere ad appalti, comporta l'esclusione dalle future gare d'appalto indette dall'Amministrazione" e che, come pure s'è già visto, non può dubitarsi, alla stregua delle regole della gara in argomento, che la regolarità contributiva nei confronti della Cassa Edile costituisse requisito di partecipazione alla gara di cui si tratta; orbene, non avendo la C.E.S.I. riproposto in appello, neppure con semplice memoria, le censure già dedotte in primo grado avverso la specifica disciplina recata dalla lettera di invito quanto al potere di esclusione di cui si tratta (censure assorbite dal primo Giudice sulla base della veduta, inconsistente, considerazione circa la necessità del compimento di verifiche riguardo alla falsità), il provvedimento di esclusione della cui legittimità si discute, in quanto meramente esecutivo della inoppugnata disciplina di gara risulta alla stessa pienamente conforme e dunque legittimo;

- i richiami di C.E.S.I. medesima ai casi previsti dall'art. 24, primo comma, della direttiva 93/37/CEE (tra i quali non rientrerebbe quello da essa tenuto, che non sarebbe pertanto sanzionabile), posto che, da un lato, si versa nella fattispecie in

ipotesi di appalto sotto-soglia (in relazione al quale non rileva la disciplina comunitaria) e, dall'altro, il potere esercitato dall'Amministrazione si fonda non tanto sulla disposizione di cui all'art. 8, comma 7, della legge n. 109/94 (pure richiamata dall'Amministrazione nel contesto del provvedimento impugnato), quanto piuttosto sulla espressa, ed autonoma, veduta disciplina di gara.

4.3 – L'intervenuto accertamento, sulla base delle considerazioni di cui sopra, della legittimità dell'intera serie provvedimentoale posta in essere dalla Provincia Autonoma di Trento nei riguardi di C.E.S.I. s.r.l. consente di ritenere insussistenti i presupposti ravvisati dal T.R.G.A. per affermare la responsabilità risarcitoria della prima, non ravvisandosi, nel caso all'esame, l'esistenza di una lesione ingiusta di una situazione giuridica soggettiva, di cui la seconda sia titolare. Ne conseguono:

- in accoglimento del corrispondente motivo di appello formulato dalla Provincia, l'annullamento della sentenza impugnata anche per il capo recante la condanna della Provincia stessa al risarcimento del danno;

- la reiezione del motivo dell'appello di C.E.S.I. relativo alla pretesa insufficienza del quantum, di cui alla condanna medesima.

5. – In conclusione, il ricorso proposto dalla Provincia Autonoma di Trento va integralmente accolto, mentre quello proposto da C.E.S.I. s.r.l. va integralmente respinto.

Ne consegue, in riforma della sentenza impugnata, la totale reiezione del ricorso di primo grado.

Dalla natura delle questioni prospettate derivano giuste ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

(Omissis)

ASSOLVIMENTO DEGLI OBBLIGHI PREVIDENZIALI E TUTELA DELLA CONCORRENZA.

1. I fatti della sentenza che si annota sono così sintetizzabili.

La CESI s.r.l. ha partecipato ad una licitazione privata indetta dalla Provincia autonoma di Trento per l'affidamento dei lavori di costruzione del collettore intercomunale della fognatura, ottenendo l'aggiudicazione. Tuttavia, in sede di verifica dei requisiti richiesti dal bando di gara per la stipula del contratto, l'amministrazione accerta che l'impresa aggiudicataria, al momento della partecipazione alla gara, non era in regola con l'assolvimento degli obblighi contributivi, in particolare con il versamento dei contributi presso la Cassa Edile. Pertanto, con determinazione del dirigente, dispone l'annullamento della aggiudicazione medesima, nonché l'escusione della cauzione versata dalla CESI, la sospensione per tre mesi dalla partecipazione alle gare indette dall'amministrazione provinciale e la comunicazione all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ai fini della inclusione dell'impresa non in regola nel casellario informatico, di cui all'art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Presso il casellario, infatti, vanno inseriti i dati per l'individuazione delle imprese nei confronti delle quali sussistono cause di esclusione dalle gare d'appalto, ex art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, secondo il quale non possono partecipare ad una procedura concorsuale i soggetti che «hanno commesso

gravi infrazioni *debitamente* accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro»; ovvero che abbiano commesso «irregolarità, *definitivamente* accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse».

La CESI ricorre al Tar, impugnando il bando di gara, nella parte in cui prevede che le imprese devono dichiarare, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, di essere in regola con gli obblighi concernenti la materia contributiva e assicurativa, indicando «le posizioni assicurative e contributive esistenti in capo all'impresa con riferimento all'INPS, INAIL e Cassa Edile»; e impugnando altresì il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, in quanto la stessa impresa avrebbe provveduto a regolarizzare la propria posizione presso la Cassa Edile di Trento, versando quanto dovuto per accantonamenti e contributi immediatamente dopo la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Il Tar dichiara irricevibili le censure dedotte avverso il bando, poiché, eventualmente, la CESI avrebbe dovuto impugnare direttamente la norma del bando immediatamente lesiva; giudica legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione, ma ritiene fondate le ulteriori censure prospettate dalla ricorrente, sicché annulla la determinazione dirigenziale nella parte in cui dispone l'escussione della cauzione versata dalla CESI e la sospensione per tre mesi dalla partecipazione ad altre gare indette dalla Provincia di Trento.

Sia la CESI s.r.l., sia la Provincia di Trento presentano appello avverso la sentenza di I grado: la prima contestando il rigetto del ricorso nella parte in cui si chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione; la seconda censurando la decisione nella parte in cui annullava il provvedimento di escussione della cauzione versata e della conseguente sospensione dalla partecipazione ad altre gare.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, conferma la decisione del Tar riguardo alla legittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma la riforma per ciò che attiene agli altri due capi della sentenza, impugnati dalla Provincia di Trento.

2. La decisione del Consiglio di Stato offre interessanti spunti di riflessione, soprattutto con riguardo al mancato assolvimento degli obblighi contributivi e alla possibilità di una regolarizzazione successiva.

Sul punto si deve registrare un orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, che da sempre ha negato la possibilità che le imprese potessero regolarizzare la propria posizione contributiva in un momento successivo alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Tale orientamento si fonda prevalentemente sull'art. 75 del D.P.R. 54 del 1999, nonché sulle disposizioni contenute nei bandi di gara delle relative procedure concorsuali (che, però, riproducono la norma citata) e che, secondo il Consiglio di Stato, «individuano *chiaramente* nella presentazione della domanda di partecipazione la fase procedimentale nella quale va attestato il possesso del titolo» (1).

(1) Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2005, n. 341; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817.

La norma, in realtà, non è così chiara, poiché dispone semplicemente che sono escluse «dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti» le imprese che «hanno commesso gravi infrazioni *debitamente* accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro»; ovvero, che abbiano commesso «irregolarità, *definitivamente* accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse». Ma nulla dice in ordine al momento in cui l'impresa ha l'onere di certificare la propria posizione contributiva, eventualmente sanando determinate irregolarità. A loro volta, i bandi di gara richiamano espressamente tale disposizione, richiedendo tra i requisiti di partecipazione la dichiarazione delle imprese di non trovarsi in una delle condizioni di cui all'art. 75 e rimettendo alla stazione appaltante il potere di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti.

Secondo il Consiglio di Stato, poiché quello della regolarità contributiva è un requisito *soggettivo* per prendere parte alla procedura concorsuale dell'evidenza pubblica, la sua esistenza deve essere accertata sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione alla stessa procedura, a pena di esclusione (2).

Sull'argomento si è di recente pronunciata la Corte di giustizia comunitaria, la quale ha per vero affermato un principio che in parte si discosta da quello contenuto nelle pronunce del Consiglio di Stato. Secondo la Corte di giustizia, infatti, negli appalti di pubblici servizi *deve* essere riconosciuta all'impresa che partecipa alla gara e che non ha adempiuto integralmente i suoi obblighi di contribuzione sociale la possibilità di regolarizzare la propria situazione anche in corso di gara, «in forza di misure di sanatoria o di un concordato fiscale ... o mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale» (3).

La decisione riguarda un caso parzialmente diverso da quello oggetto della sentenza in commento. Dinanzi alla CGCE il giudice nazionale ha posto una questione pregiudiziale relativa alla corretta interpretazione dell'art. 29 della direttiva comunitaria 92/50, recepita nel nostro ordinamento con il D. lgs. n. 157/95 (4): la prima norma prevede che siano esclusi dalla procedura concorsuale, tra gli altri, i soggetti che *non abbiano adempiuto* gli obblighi riguardanti il «pagamento dei contributi di sicurezza sociale»; il nostro decreto di recepimento prevede l'esclusione dalla gare per quei soggetti che *non sono in regola* con l'assolvimento degli oneri predetti. La Corte ha chiarito che non v'è differenza sostanziale tra le due formule utilizzate, ma che a garanzia della trasparenza e della certezza delle situazioni giuridiche ciò che conta è che sia fissato un termine chiaro e preciso, entro il quale il prestatore di servizi adempia «i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali». Termine che a discrezione del legislatore nazionale, ma in mancanza di un'esatta previsione devono essere le amministrazioni aggiudicatrici a provvedere in tal

(2) In tale senso si è espressa la stessa sentenza in commento.

(3) CGCE 9 febbraio 2006, C-226/04.

(4) Il D. lgs. N. 157 del 1995 ha ad oggetto la disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, mentre il D.P.R. n. 554 del 1999 è il regolamento attuativo della l. n. 109 del 1994 in materia di appalti di lavori pubblici: nonostante il diverso ambito di applicazione le normative in discorso hanno un contenuto pressoché identico.

senso, può coincidere con la data di presentazione delle offerte, «ovvero in epoca comunque anteriore all'aggiudicazione della gara». Infine, a presidio di un principio centrale nella giurisprudenza della Corte comunitaria, che è il principio della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, la Corte precisa che la legislazione nazionale deve comunque garantire l'ammissione alla gara di quei soggetti per i quali sia pendente un ricorso amministrativo o giurisdizionale (ovvero una misura in sanatoria o un concordato fiscale) avente ad oggetto la regolarità della loro posizione contributiva. Purché il ricorso sia presentato entro il termine di presentazione delle offerte.

3. La sentenza della Corte di giustizia fa luce su due questioni centrali rispetto alle quali la legislazione interna non è sufficientemente chiara e la giurisprudenza mantiene un orientamento assai rigoroso.

La prima questione è quella relativa alla certezza del termine entro il quale un'impresa può regolarizzare la propria posizione contributiva.

Osserva la Corte che «i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici» ... «richiedono che questo termine sia determinato con una certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente tutti gli obblighi procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi obblighi valgano per tutti i concorrenti». Sicché, precisa la Corte, «tale termine può essere fissato dalla normativa nazionale oppure questa può affidare tale compito alle amministrazioni aggiudicatrici».

La normativa nazionale cui fare riferimento, come già precisato, è l'art. 75 del D.P.R. 34 del 1999, che prevede, anche questo sì è già sottolineato, che non possano partecipare alla gara i soggetti che «hanno commesso gravi infrazioni *debitamente* accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro»; ovvero che abbiano commesso «irregolarità, *definitivamente* accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse».

La questione riguarda cosa debba intendersi, esattamente, per irregolarità *debitamente* o *definitivamente* accertata. La norma sembra fare riferimento ad una situazione che non sia più sanabile, per due diversi ordini di ragioni. Da una parte l'esigenza di escludere dalla gara quelle imprese che non offrono adeguate garanzie, anche e soprattutto sul piano della tutela dei lavoratori; ma al tempo stesso l'esigenza di garantire quelle imprese, la cui irregolarità contributiva sia ancora risolvibile, di essere poste nelle condizioni di partecipare alla procedura concorsuale. Ragionando diversamente, si rischierebbe di escludere da una gara di appalto anche quelle imprese che non risultino in regola con gli obblighi previdenziali, ma per un errore dell'INPS: il quale potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni cagionati all'impresa conseguenti all'esclusione dalla procedura concorsuale.

La *ratio* della norma citata, secondo chi scrive, è così duplice: essa tende a tutelare la pubblica amministrazione e l'interesse pubblico che la stessa persegue, e pertanto prescrive l'esclusione dalla gara per quei soggetti che per le peculiari condizioni in cui si trovino, non offrano adeguate garanzie di affidabilità per lo svolgimento dei lavori; dall'altro lato, la disposizione richiamata mira a garantire l'impresa, consentendole di partecipare ad una procedura concorsuale, laddove la contestazione in ordine al mancato assolvimento degli obblighi relativi al pagamento di imposte e

tasse sia solo all'inizio. La semplice esistenza di un contenzioso in atto con l'istituto di previdenza non può pregiudicare la libertà di iniziativa economica dell'impresa.

Ancora una volta la certezza del termine entro cui l'impresa deve regolarizzare la propria posizione contributiva risulta essenziale, al fine di garantire la libertà di iniziativa economica dell'impresa medesima e consentirle di partecipare alla gara, assolvendo in un secondo momento i propri obblighi contributivi. D'altra parte, se c'è tempo per una regolarizzazione successiva della posizione contributiva, ciò vuol dire che l'irregolarità non è stata *debitamente* o *definitivamente* accertata al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Con la conseguenza che siamo fuori dal dettato dell'art. 75.

Detto diversamente, se l'irregolarità contributiva non è stata debitamente o definitivamente accertata, vuol dire che la stessa irregolarità può ancora essere sanata, e l'impresa deve poter prendere parte alla gara, in quanto non si è ancora verificato il presupposto dell'art. 75.

La seconda questione posta dalla Corte di Giustizia è quella della garanzia della *par condicio*. L'esigenza di prevedere un termine certo entro il quale le imprese devono regolarizzare la propria posizione contributiva è finalizzata ad assicurare una parità nella posizione di partenza di tutte le imprese che partecipano ad una procedura concorsuale.

Riprendendo le osservazioni svolte dalla Corte di giustizia, la certezza del termine consente di salvaguardare il diritto delle imprese di partecipare ad una gara, regolarizzando in un secondo momento (da individuare con certezza, appunto) la propria posizione contributiva; ma al tempo stesso assolve alla funzione di porre tutte le imprese nella stessa condizione: tutte devono avere il diritto, ma anche il dovere, di regolarizzare entro quel dato tempo la propria posizione nei confronti dell'Istituto di previdenza. Senza incorrere nel rischio, paventato dal Consiglio di Stato nella sentenza che si commenta, di violare la regola della *par condicio* poiché «si consentirebbe ad un soggetto non in possesso di uno dei requisiti richiesti dal bando (quale indubbiamente si configura il requisito della correttezza contributiva) di sanare *ex post* tale mancanza, con evidente disparità di trattamento nei confronti di quelle imprese, che, conformemente alle disposizioni normative quei requisiti invece possedevano alla data individuata dalle regole di gara».

È chiaro, infatti, che in assenza di una chiara disposizione normativa che individui con certezza il termine entro il quale l'impresa deve trovarsi in una situazione di correttezza contributiva (e come si è tentato di dimostrare l'art. 75 non individua un termine esatto), deve essere l'amministrazione aggiudicatrice, secondo quanto osservato dalla Corte di giustizia, a fissare nel bando di gara un termine certo, valevole per tutte le imprese partecipanti entro il quale le stesse imprese regolarizzare la propria posizione contributiva. Tale termine può coincidere con la data di presentazione delle offerte, «ovvero in epoca comunque anteriore all'aggiudicazione della gara».

L'auspicio, pertanto, potrebbe essere nel senso che i bandi di gara, piuttosto che riprodurre il contenuto dell'art. 75 del D.P.R. 554 del 1999, individuino in un momento preciso, successivo alla presentazione della domanda di partecipazione, ma antecedente all'aggiudicazione, la circostanza che l'impresa regolarizzi la propria posizione contributiva.

4. Qualche considerazione finale sul delicato rapporto tra tutela dell'interesse pubblico, tutela del lavoratore e libera concorrenza.

Tradizionalmente, nel nostro sistema giuridico, il contratto ad evidenza pubblica (5) assolve alla funzione di consentire la migliore gestione delle risorse pubbliche (6); a questa tradizionale funzione si è aggiunta, a seguito dell'influenza del diritto europeo, la funzione di tutelare la libera concorrenza: per il diritto dell'Unione europea, la procedura concorsuale serve a garantire il rispetto della *par condicio* tra tutte le imprese che intendono aggiudicarsi un appalto di lavori, o di fornitura o di servizi (7).

Rispetto alla necessità di tutelare la libera concorrenza, il requisito della correttezza contributiva è e rimane un requisito irrinunciabile. Sembrerebbe, infatti, che l'assolvimento degli oneri contributivi costituisca un aggravio economico per un'impresa che intende porsi in competizione sul mercato. Invero, come mostra efficacemente la letteratura in materia di concorrenza (8), il principio della libera concorrenza incontra dei limiti, volti ad assicurare la tutela dei consumatori, ai quali il bene prodotto dall'impresa è destinato; ma anche e soprattutto la tutela dei lavoratori, che prestano la propria manodopera all'interno dell'impresa (9).

D'altra parte, il principio della libertà della concorrenza, come formulato in ambito comunitario, non ha «una accezione puramente mercantile, connessa unicamente allo statuto dell'impresa», ma presenta «chiari accenti solidaristici» (10).

In tale prospettiva è evidente che il requisito della correttezza contributiva assolve ad una duplice funzione: da un lato, l'esigenza di garantire il lavoratore e di assicurargli la tutela contributiva, senza che ciò comporti un aggravio per l'impresa, la quale deve poter competere sul mercato nel rispetto delle garanzie per i propri lavoratori dipendenti; dall'altro lato, la necessità di assicurare una piena parità tra tutte le imprese che concorrono sul mercato.

Ove, infatti, la regolarità contributiva non fosse requisito necessario ai fini della partecipazione alla gara, si potrebbe avere l'iniqua situazione per la quale

(5) Secondo la felice espressione coniata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, p. 797.

(6) Non a caso la disciplina originaria della scelta del contraente nei contratti ad evidenza pubblica era contenuta nella legge contabile n. 2440/1923 e nel regolamento generale di contabilità, n. 827/1924.

(7) Sull'argomento si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2006, 346.

(8) La bibliografia sulla libertà di iniziativa economica è sterminata. Si veda a titolo esemplificativo M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.* 2005, 1429; G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.* 2002, 981; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 2004, 348; più in generale si veda S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma Bari 2000.

(9) G. ALPA – M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo* Milano 2005, 579.

(10) Tar Palermo, sez. III, 1° febbraio 2006, n. 291, ove si sostiene che l'influenza del diritto dell'Unione europea ha determinato un mutamento nella causa del potere di scelta del contraente, non più indirizzato soltanto alla «tutela dell'interesse patrimoniale dell'amministrazione aggiudicatrice», ma altresì funzionale alla tutela della concorrenza.

un'impresa, che non è in regola con il pagamento dei contributi previdenziali, risulti più competitiva, in quanto riesce a praticare prezzi più convenienti, di quelle imprese che invece assolvono con regolarità al pagamento degli oneri contributivi. Con la conseguenza che, ad essere danneggiato sarebbe non solo il lavoratore che presta la propria manodopera presso l'impresa non in regola con il pagamento degli oneri previdenziali, ma anche l'intero mercato, i cui meccanismi concorrenziali sarebbero inevitabilmente alterati.

Tutto ciò, però, nel rispetto di un altro principio centrale nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che è il principio della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive: l'eventuale accertamento dell'irregolarità contributiva non può penalizzare a tal punto l'impresa, sino ad escluderla dalla gara, anche nel caso in cui sia pendente un ricorso in sede giurisdizionale o amministrativa, ovvero siano aperti i termini per una sanatoria o un concordato fiscale.

In tal caso, precisa la Corte, deve essere comunque garantita l'ammissione alla gara, in quanto «una legislazione nazionale che ignorasse gli effetti della presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale sulla possibilità di partecipare ad una procedura di aggiudicazione di appalto rischierebbe di violare i diritti fondamentali degli interessati» (11).

Maria Cristina Cavallaro

*Professore associato di Diritto Amministrativo
c/o la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università
degli Studi di Palermo*

(11) CGCE 9 febbraio 2006, C-226/04.

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni Civili

Lavoro (Rapporto di) - Licenziamento - Riforma nel giudizio di rinvio della sentenza dichiarativa della illegittimità di un licenziamento e ripristinatoria del rapporto di lavoro - Estinzione del rapporto di lavoro - Decorrenza - Dalla data dell'originaria intimazione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 23.08.2006, n. 18380 - Pres. Mileo - Rel. Miani Canevari -P.M. Nardi - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - B. (Avv. Sorbello) - Banco di Sicilia (Avv. Tosi).

La riforma della sentenza che abbia accertato l'illegittimità di un licenziamento e ordinato la reintegrazione del lavoratore comporta non soltanto la caducazione dell'accertamento e dell'ordine ripristinatorio, ma altresì il venir meno della ricostituzione del rapporto di lavoro provvisoriamente riaffermata da quell'ordine e la restituzione al licenziamento della sua piena efficacia estintiva fin dalla data della sua intimazione.

FATTO – S.B., dipendente del Banco di Sicilia sospeso dal servizio il 6 aprile 1979 e lic. 11/11/85, ha ottenuto la reintegrazione nel posto di lavoro prima con provvedimento cautelare e poi con sentenza di primo grado del 29 ottobre 1986, confermata in appello con decisione annullata dalla Corte di Cassazione; il giudice del rinvio con sentenza del 29.11.96 ha rigettato le domande del B. dichiarando la legittimità del licenziamento.

L'Istituto datore di lavoro non ha adempiuto all'ordine di reintegrazione, ma ha corrisposto al B. le retribuzioni per il periodo dal licenziamento del 1985 alla pronuncia del Tribunale di Messina del 29.11.96.

Il B. ha convenuto in giudizio il Banco di Sicilia e l'INPS chiedendo nei confronti del primo il pagamento della indennità di anzianità e del T.F.R.; nei confronti del secondo, la riliquidazione del trattamento pensionistico, ragguagliato al periodo dal 6 aprile 1979 al 29 novembre 1996. La domanda è stata accolta dal giudice adito, con decisione che la Corte di Appello di Messina ha confermato con la sentenza oggi impugnata, rigettando il gravame proposto dall'INPS.

Ad avviso del giudice dell'appello, il rapporto di lavoro è proseguito fino alla data della sentenza del giudice di rinvio con cui è stata dichiarata la legittimità del licenziamento, essendo irripetibili le somme corrisposte a titolo di retribuzione nel periodo intercorrente tra l'ordine di reintegra e la sentenza di accertamento della legittimità del licenziamento.

In relazione alla disciplina dell'art. 1 d.lgs. 357/1990, la Corte di Appello ha ritenuto che il trattamento pensionistico del B. dovesse far carico all'INPS perché

il medesimo doveva essere considerato in servizio alla data del 1 gennaio 1991; ha ritenuto irrilevante la circostanza dell'avvenuta restituzione da parte dell'INPS dei contributi previdenziali versati dal Banco.

Avverso questa sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione affidato ad unico motivo; B. e il Banco di Sicilia resistono con controricorso, e il primo ha depositato memoria.

DIRITTO – Con l'unico motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 2118 cod. civ., dell'art. 18 legge n. 300/1970 e dell'art. 1 d.lgs. 20 novembre 1990 n. 357.

L'Istituto ricorrente censura la decisione con cui è stata affermata la continuità del rapporto di lavoro – anche ai fini pensionistici – per il periodo intercorrente tra la data di licenziamento e la data della sentenza che ha definitivamente stabilito la legittimità del recesso del datore di lavoro (periodo nel quale la S.P.A. Banco di Sicilia ha regolarmente corrisposto la retribuzione, senza eseguire l'ordine di reintegra emesso ai sensi dell'art. 18 legge n. 300/1970). Ad avviso della Corte territoriale, il rapporto di lavoro è effettivamente cessato alla data della sentenza del giudice di rinvio (29 novembre 1996).

L'Istituto ricorrente osserva che la declaratoria di legittimità del licenziamento, intervenuta a seguito della riforma della sentenza di reintegrazione, comporta la riacquistata idoneità dell'originario atto di recesso a produrre tutti gli effetti che gli sono propri e derivanti dalla effettiva e giuridica cessazione del vincolo di subordinazione; il ripristino della funzionalità del rapporto in esecuzione dell'ordine di reintegrazione, o la corresponsione della retribuzione senza ottemperanza di tale ordine, vanno riferiti ad uno svolgimento di fatto del vincolo negoziale tutelato dal legislatore.

Data la caducazione dell'ordine ripristinatorio, con il venir meno della ricostituzione del rapporto di lavoro riaffermata provvisoriamente da quell'ordine, a seguito della sentenza di riforma che comporta la piena efficacia del licenziamento fin dalla sua intimazione, il B. non poteva essere considerato in servizio alla data del 31 dicembre 1990 ai fini dell'erogazione del trattamento pensionistico a carico dell'Istituto previdenziale, secondo la previsione dell'art. 1 d.lgs. n. 357/1990.

Il motivo merita accoglimento. La questione sottoposta all'esame di questa Corte riguarda la determinazione della data di effettiva cessazione del rapporto, in relazione alla pronuncia del Tribunale di Messina che in sede di giudizio di rinvio ha definitivamente accertato la legittimità del licenziamento intimato in data 11 novembre 1985. Dalla soluzione di tale questione dipende la decisione sulla sussistenza o meno del diritto del B. alla erogazione del trattamento pensionistico da parte dell'INPS, in base al disposto dell'art. 1 del d.lgs. 20 novembre 1990 n. 357, che ha previsto il passaggio all'assicurazione generale obbligatoria (e quindi la liquidazione dei trattamenti pensionistici a carico dell'apposita gestione dell'INPS) dei dipendenti degli enti creditizi pubblici in servizio alla data del 31 dicembre 1990, prima iscritti a fondi esonerativi.

Ai fini della decisione non rileva la circostanza che in altro giudizio tra il Banco di Sicilia e il B. sia stata esclusa con sentenza definitiva la ripetibilità delle somme erogate dal Banco in esecuzione dell'ordine di reintegrazione: tale statui-

zione non può spiegare effetti nei confronti dell'INPS, rimasto estraneo a tale procedimento.

Non rileva neppure il dato dell'avvenuto versamento dei contributi previdenziali da parte del Banco di Sicilia per il periodo dal 1 gennaio 1991 al 31 ottobre 1996 (contributi che la difesa dell'istituto datore di lavoro assume essere stati restituiti allo stesso Banco).

Si deve infatti applicare il principio secondo cui la riforma della sentenza che abbia accertato l'illegittimità di un licenziamento e ordinato la reintegrazione del lavoratore comporta non soltanto la caducazione dell'accertamento e dell'ordine ripristinatorio, ma altresì il venir meno della ricostituzione del rapporto di lavoro provvisoriamente riaffermata da quell'ordine e la restituzione al licenziamento della sua piena efficacia estintiva fin dalla data della sua intimazione (Cass. 27 giugno 2000 n. 8745, 14 gennaio 2005 n. 637).

Sull'accertamento definitivo della estinzione del rapporto per effetto del licenziamento intimato non può incidere la considerazione relativa alla sorte delle attribuzioni patrimoniali spettanti al lavoratore per il periodo decorrente dalla pronuncia contenente l'ordine di reintegrazione fino alla riforma della stessa, con il richiamo dell'orientamento giurisprudenziale espresso con riferimento alla tutela dell'art. 18 Stat. Lav. nel testo vigente prima delle modifiche introdotte dalla legge n. 108/1990, ed applicabile nella specie *ratione temporis* - che prospetta per tale periodo il diritto del lavoratore alla retribuzione, anche in assenza di reintegrazione, sul rilievo della ininterrotta continuità del rapporto di lavoro e della ritenuta applicabilità della regola di cui all'art. 2126 cod. civ., in ragione dell'equiparabilità della mera utilizzabilità delle prestazioni lavorative alla loro effettiva utilizzazione (v. Cass. Sez. Un. 13 aprile 1988 n. 2925) (1).

Tale impostazione non può essere seguita per la soluzione del problema ora in esame, in relazione a quanto rilevato sull'efficacia estintiva del licenziamento di cui sia stata definitivamente accertata la legittimità; ciò esclude anche la possibilità di far riferimento, ai fini della ricostruzione della fattispecie, alla previsione dell'art. 2126 cod. civ. (pur in assenza di effettivo svolgimento di prestazioni lavorative) atteso che la mera utilizzabilità delle stesse può aver rilievo, necessariamente, solo nei limiti degli effetti della pronuncia riformata.

La Corte territoriale non si è attenuta al principio, sopra richiamato, secondo cui la riforma della sentenza che ordina la reintegrazione del lavoratore licenziato, con l'accertamento della legittimità del recesso del datore di lavoro, comporta il riconoscimento dell'efficacia estintiva del licenziamento dal momento della sua intimazione.

La sentenza impugnata deve essere annullata con il rinvio della causa ad altro giudice, designato come in dispositivo, che si atterrà al suddetto principio e provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

(*Omissis*)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 1657.

Processo civile - Appello - Documenti - Produzione - Certificazioni formate successivamente all'instaurazione del giudizio - Divieto - Sussistenza - Condizioni.

Consulenza tecnica in materia civile - Poteri del giudice - Valutazione della consulenza - Adesione alle conclusioni della stessa - Obbligo di motivazione dettagliata – Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 27.07.2006, n. 17178 - Pres. Mattone - Rel. De Luca - P.M. Sorrentino - T. (Avv. Angelozzi) - Ministero dell'Interno e Ministero dell'Economia e Finanze (Avv. Generale dello Stato) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi)

Non sono ammissibili in appello le prove documentali che, pure essendo formate solo in epoca successiva all'instaurazione del giudizio, abbiano tuttavia ad oggetto circostanze di fatto (quali i requisiti socio economici necessari all'accesso all'assegno di invalidità civile) preesistenti a tale momento.

Il giudice del merito non è tenuto a giustificare diffusamente le ragioni della propria adesione alle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio potendo limitarsi a riconoscere quelle conclusioni come giustificate dalle indagini svolte dal perito.

FATTO – Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Potenza confermava la sentenza del Tribunale della stessa sede – che aveva rigettato la domanda proposta da A.T. contro il Ministero dell'interno, il Ministero del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze) e l'INPS, per ottenere rassegnò di invalidità civile, previa declaratoria del difetto di legittimazione passiva del Ministero del tesoro – essenzialmente in base al rilievo che la prova documentale del requisito reddituale era stata prodotta – tardivamente – nel corso del giudizio d'appello e, comunque, “*il c.t.u. di primo grado ha pienamente valutato le infermità dell'appellante (T.) con un giudizio ampiamente e congruamente motivato alla stregua degli accertamenti in atti, che appaiono esaurienti, persuasivi e condotti con rotti criteri tecnici*”.

Avverso la sentenza d'appello A.T. propone ricorso per cassazione, affidato ad un motivo.

Soltanto l'intimato Ministero del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze) resiste con controricorso.

DIRITTO – 1. Con l'unico motivo di ricorso – denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 420, 437 c.p.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) – A.T. censura la sentenza impugnata – per avere confermato il rigetto della propria domanda, diretta ad ottenere l'assegno di invalidità civile, in base ai rilievi che, da un lato, i certificati attestanti il possesso dei requisiti socio-economici erano stati prodotti tardivamente, nel corso del giudizio d'appello, senza indicarli nel ricorso introduttivo dello stesso giudizio e che, dall'altro,

la consulenza tecnica di primo grado era condivisibile – sebbene tali documenti non fossero disponibili, al momento del deposito del ricorso d'appello, il giudice ne potesse autorizzare la produzione, avvalendosi dei propri poteri ufficiosi, e, peraltro, *“le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio di prime cure (fossero) fatte oggetto di (proprie) specifiche censure”*.

Il ricorso deve essere rigettato.

2. Componendo il contrasto di giurisprudenza – nell'ambito della sezione lavoro – le sezioni unite di questa Corte (sentenza n. 8202/2005) hanno enunciato il seguente principio di diritto:

Nel rito del lavoro, in base al combinato disposto della norma (di cui all'art. 416, comma 3, c.p.c.) – che stabilisce che il convenuto deve indicare, a pena di decadenza, i mezzi di prova, dei quali intende avvalersi, ed, in particolare modo, i documenti, che deve contestualmente depositare (onere probatorio gravante anche sull'attore, per il principio di reciprocità fissato dalla Corte così, con la sentenza n. 13 del 1977) – e della norma (art. 437, comma 2, c.p.c.) – che, a sua volta, pone il divieto di ammissione in grado di appello di nuovi mezzi di prova, fra i quali devono annoverarsi anche i documenti – l'omessa indicazione, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dei documenti, e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza dal diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evolversi della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o chiamata in causa del terzo); e la irreversibilità della estinzione del diritto di produrre i documenti, dovuta al mancato rispetto di termini perentori e decadenziali, rende il diritto stesso insuscettibile di reviviscenza in grado di appello. Tale rigoroso sistema di preclusioni trova un temperamento – ispirato alla esigenza della ricerca della “verità materiale”, cui è doverosamente funzionalizzato il rito del lavoro, teso a garantire una tutela differenziata in ragione della natura dei diritti che nel giudizio devono trovare riconoscimento – nei poteri d'ufficio del giudice in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova (ai sensi del citato art. 437, comma 2, c.p.c.), ove essi siano indispensabili ai fini della decisione della causa, poteri, peraltro, da esercitare pur sempre con riferimento a fatti allegati dalle parti ed emersi nel processo a seguito del contraddittorio delle parti stesse.

3. Il principio di diritto enunciato, tuttavia, non consente – come si ricava agevolmente, anche dalla motivazione della stessa sentenza (n. 8202/2005, cit.) – la ammissibilità, d'ufficio, di prove (anche) documentali – *indispensabili* per la decisione della causa – ove la preesistenza di altri mezzi istruttori ritualmente acquisiti e meritevoli di integrazione – che ne costituisce la *condizione* indefettibile – si esaurisca negli stessi mezzi istruttori, che risultino definitivamente preclusi per le parti.

In altri termini, i mezzi istruttori – preclusi alle parti – possono essere, bensì, ammessi d'ufficio, ma suppongono, tuttavia, la preesistenza di altri mezzi istruttori – ritualmente acquisiti – che siano meritevoli della integrazione, affidata, appunto, alle *prove ufficiose*.

Peraltro la *indispensabilità* – che consente la produzione *tardiva* – di docu-

menti suppone che – al momento fissato, a pena di preclusione o decadenza, per la loro produzione – fosse oggettivamente impossibile disporre, trattandosi di documenti, la cui formazione risulti – necessariamente – successiva a quel momento.

Ne esulano, pertanto, le certificazioni che – pure avendo, per oggetto, circostanze di fatto (quale, nella specie, i requisiti socio-economici dell'attuale ricorrente, al fine dell'accesso all'assegno di invalidità civile) preesistenti a quel momento – siano state formate, tuttavia, solo successivamente.

Alla luce del principio di diritto enunciato – e dei relativi *corollari* – la sentenza impugnata – laddove ritiene che la prova documentale (circa il possesso, da parte dell'attuale ricorrente, dei requisiti socio-economici al fine dell'accesso all'assegno di invalidità civile) è stata prodotta, tardivamente, nel corso del giudizio d'appello – non merita la censura che, sul punto, le viene mossa dalla ricorre.

Parimenti infondata risulta, tuttavia, anche l'altra censura che la ricorrente muove alla sentenza impugnata.

4. Invero, nelle controversie in materia di prestazioni previdenziali o, come nella specie, assistenziali – relative al requisito sanitario per l'accesso alle prestazioni (lo stato invalidante, appunto) – la consulenza tecnica d'ufficio integra, *per relationem* (vedi, per tutte, Cass. n. 9929/94 (1)), la motivazione in fatto della sentenza impugnata – che la richiami, a sostegno dell'accertamento di detto requisito – con la conseguenza che – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 125/2003, 12466, 3492/2002, 3557, 9300/2004, 10668/2005) – il giudice, in tale caso, è dispensato da qualsiasi motivazione ulteriore, e l'accertamento dello stesso requisito può essere sindacato, in sede di legittimità, soltanto sotto il profilo del vizio di motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.) – con onere, per il ricorrente, di denunciare specificamente lacune obiettive o logiche contraddizioni della motivazione (anche *per relationem*) – mentre risulta inammissibile la mera prospettazione – sia pure motivata – del dissenso del ricorrente rispetto alle conclusioni del consulente, condivise dalla sentenza.

Coerentemente, le conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio – che la sentenza, investita da ricorso per cassazione, ponga a fondamento del proprio accertamento circa lo *stato invalidante* – non possono essere contestate utilmente, in sede di legittimità, mediante la mera contrapposizione di conclusioni diverse, in quanto contestazioni e censure siffatte si rivelano dirette – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte le sentenze n. 83/2001, 15796/2004) – ad una valutazione diversa delle risultanze processuali – all'evidenza, inammissibile – e non già ad un riscontro circa la correttezza giuridica del giudizio formulato dal giudice di appello, che conosce della controversia – sia pure entro i limiti dell'effetto devolutivo dei motivi di gravame – negli stessi termini e con gli stessi poteri di cognizione e decisione del giudice di primo grado.

Alla luce del principio di diritto ora enunciato, la sentenza impugnata – laddove conferma la negazione del possesso, da parte dell'attuale ricorrente, del requisito sanitario al fine dell'accesso all'assegno di invalidità civile – non merita la censura che, sul punto, le viene mossa dalla ricorre.

(1) V. in q. Riv. 1994, p. 1384.

Tanto basta per rigettare il ricorso, perché infondato.

5. Il ricorso, pertanto deve essere rigettato.

La ricorrente non può essere condannata, tuttavia, alla rifusione delle spese di questo giudizio di cassazione (ai sensi dell'ari 152 disp. att. c.p.c., applicabile *ratione temporis* a questo giudizio).

(Omissis)

Prestazioni - Integrazione salariale straordinaria - Provvedimento di concessione tardivo - Interessi legali e rivalutazione monetaria - Obbligazione dell'INPS - Insussistenza.

Corte di Cassazione - Sez. Lav. - 18.07.2006, n. 16416 - Pres. Ravagnani - Rel. Lupi - M. ed altri (Avv. Miscione) - INPS (Avv. Fabiani, Triolo, Stumpo).

Nella fase anteriore all'emanazione del provvedimento di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale, il datore di lavoro resta obbligato al pagamento delle retribuzioni e, pertanto, il ritardo nella concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale rispetto al periodo di sospensione del lavoro non comporta per l'Istituto previdenziale il pagamento ai lavoratori delle obbligazioni accessorie degli interessi legali e della rivalutazione monetaria, poiché l'obbligo di corrispondere detto trattamento sorge per l'INPS con il provvedimento di concessione e, pertanto, non è configurabile una mora anteriore alla nascita del diritto alla prestazione previdenziale.

conferma App. Ancona 14 giugno 2004, n. 236, in Informazione previdenziale nn. 5 - 6 del settembre - dicembre 2004, p. 1171

FATTO E DIRITTO – Premesso che M. ed altri lavoratori hanno proposto ricorso per cassazione nei confronti dell'INPS ed avverso l'indicata sentenza della Corte di Appello di Ancona;

che l'INPS si è costituito con controricorso;

Avendo la Corte ritenuto ricorrere i presupposti per il procedimento in camera di consiglio ex art. 375 c.p.c. , ha acquisito le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Massimo Fedeli che ha concluso per il rigetto del ricorso perché manifestamente infondato. I ricorrenti hanno depositato memorie.

Nella camera di consiglio odierna il ricorso è stato deciso.

La sentenza impugnata ha ritenuto che per il periodo anteriore alla ammissio-

ne alla Cassa integrazione il datore di lavoro resta obbligato al pagamento delle retribuzioni con la conseguenza che il risarcimento del danno dovuto al ritardo della ammissione alla cassa integrazione grava sul datore di lavoro, il quale non corrispondendo le retribuzioni lo ha determinato ed ha conseguentemente escluso che l'INPS debba risarcirlo.

I ricorrenti censurano la decisione sul rilievo che l'INPS è obbligata al pagamento della indennità e Conseguentemente, ex art. 429 c.p.c. è tenuto anche senza sua colpa al pagamento degli accessori. La censura è manifestamente infondata perché, come ha ritenuto questa Corte con le sentenze nn.11650 del 1997, 6111 del 1998 e 4531 del 1999 citate in sentenza, l'obbligazione per l'INPS sorge con il provvedimento di ammissione alla cassa integrazione e non può essere tenuta a risarcire un danno verificatosi anteriormente al sorgere della sua obbligazione e cagionato dal datore di lavoro.

Non si deve provvedere sulle spese, perché i ricorrenti non sono tenuti al rimborso delle spese del giudizio di legittimità nei confronti del controricorrente ex art.152 disp.att. c.p.c., non essendo applicabile *ratione temporis* la modifica ad esso apportata dall'undicesimo comma dell'art.42 d.l. n.269 del 2003 convertito con modificazioni con l.n.326 del 2003.

(*Omissis*)

Lavoro (Rapporto di) - Contratto integrativo di ente - Accordo sindacale che prevede l'indennità c.d. salario di professionalità, da corrispondere a decorrere dal 1° gennaio 1998 al personale in servizio alla stessa data - Diritto dei lavoratori assunti successivamente alla predetta data alla percezione dell'indennità - Esclusione - Assegno INPS denominato "indennità garanzia stipendio" - Assegno *ad personam* ex art. 3, comma 57, legge 24 dicembre 1993 n. 537 - Differenza.

Corte di Cassazione - Sez. Lavoro, 07.07.2006, n. 16185 - Pres. Sciarelli - Rel. Picone - P.M. Finocchi Gherzi - I.N.P.S. (avv. Mercanti) – B. e altri (avv. Stacul)

L'indennità denominata "salario di professionalità" prevista dai contratti integrativi di ente per il 1997 e per il 1998, successivamente trasformata in "assegno di garanzia della retribuzione" con accordo sindacale del 1999, mirante a premiare il personale partecipante alla riorganizzazione dell'INPS, non spetta ai lavoratori che non erano in servizio presso l'Istituto alla data del 1° gennaio 1998.

L'assegno denominato "indennità garanzia stipendio", che consente la conservazione del maggiore trattamento retributivo goduto dal per-

sonale del comparto scuola transitato all'INPS ex Ord. Min n. 217/98, è soggetto al principio generale del riassorbimento in caso di successivi aumenti retributivi a differenza dell'indennità denominata "assegno ad personam" prevista dall'art. 3, comma 57, legge 24 dicembre 1993 n. 537.

FATTO – 1. Con la sentenza sopra specificata la Corte di appello di Firenze ha definito il giudizio sugli appelli, rispettivamente, principale e incidentale, degli attuali resistenti-ricorrenti incidentali e dell'Inps contro la sentenza del Tribunale della stessa sede, con la parziale riforma della decisione di primo grado.

2. La domanda giudiziale era stata proposta da ex docenti del comparto scuola, transitati alle dipendenze dell'Inps nel settembre 1998 a seguito della procedura di mobilità volontaria disciplinata dal decreto ministeriale n. 135 del 19 marzo 1998 e dall'ordinanza dello stesso Ministero dell'istruzione pubblica n. 217 in data 6 maggio 1998, per ottenere, limitatamente a quanto ancora rileva: a) il riconoscimento del diritto a conservare, senza riassorbimento, il trattamento di miglior favore già goduto presso l'amministrazione di provenienza e attribuito, a titolo di "assegno garanzia stipendio", all'atto del trasferimento all'Inps; b) il diritto a percepire il cosiddetto salario di professionalità previsto, a favore dei dipendenti dell'Istituto, dalla contrattazione collettiva di ente; c) l'adeguamento delle retribuzioni alla tabella allegata all'O.M. n. 217 del 1998.

3. Quanto alla prima pretesa, la Corte di Firenze ne ha riconosciuto la fondatezza perché il differenziale retributivo era stato determinato dall'anzianità di servizio, anzianità che doveva essere conservata presso il nuovo datore di lavoro, e l'assegno "garanzia stipendio" costituiva, appunto, componente del livello retributivo attribuito in ragione del riconoscimento della detta anzianità; quanto alla seconda, l'esito favorevole ai lavoratori è stato giustificato con la considerazione che le fonti negoziali attributive del salario di professionalità, poi trasformato in "assegno di garanzia della retribuzione", andavano interpretate nel senso che destinatari dell'attribuzione patrimoniale erano tutti i dipendenti dell'Inps, indipendentemente dall'epoca di assunzione, siccome la data del 1° gennaio 1998 indicava la decorrenza della prestazione, non la limitazione ai dipendenti in servizio alla stessa data; la terza pretesa è stata, invece, rigettata perché la tabella dei possibili livelli retributivi presso l'Inps era basata sulla specificazione di circostanze di fatto (funzioni, raggiungimento di obiettivi, lavoro straordinario, turni, incentivazioni speciali) neppure allegate dai lavoratori.

4. La cassazione della sentenza è domandata dall'Inps con ricorso principale per quattro motivi: resistono i dipendenti con controricorso, proponendo ricorso incidentale per un unico motivo. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art.378 c.p.c.

DIRITTO – 1. Preliminarmente, la Corte riunisce i ricorsi proposti contro la stessa sentenza (art. 335 c.p.c.).

2. È palesemente destituita di fondamento l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per mancanza dell'esposizione del fatto: il ricorso riproduce la narrativa contenuta nella sentenza impugnata, narrativa che descrive sufficiente-

mente le circostanze di fatto e lo svolgimento del processo (così Cass. 10 gennaio 2006, n. 164).

3. Con il primo motivo del ricorso principale è denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 80 del 1998, ora art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, e vizio di contraddittoria motivazione su punto decisivo (in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.).

Si sostiene, con una pluralità di argomentazioni, che la sentenza ha enunciato la regola della non riassorbimento della maggiore retribuzione di provenienza in violazione del contrario principio generale espresso dall'ordinamento, non riscontrandosi alcuna deroga specifica al suddetto principio.

3.1. Il motivo di ricorso è fondato nel suo nucleo essenziale di censura.

Il passaggio da uno ad altro datore di lavoro comporta sempre l'inserimento del dipendente in una diversa realtà organizzativa e in un mutato contesto di regole normative e retributive, ancorché sia conservata l'anzianità pregressa in quanto non si è presenza di una nuova assunzione. Ne discende che, salva l'esistenza di regole diverse, il trattamento economico e normativo applicabile è, per principio generale, quello in atto presso il nuovo datore di lavoro (si veda Part. 2112 c.c.).

Per i dipendenti pubblici, del resto, la regola è confermata dall'art. 30 d.lgs. 165/2001, il quale, nel testo attuale (come modificato dall'art. 16, comma 1, della l. 28 novembre 2005, n. 246, con efficacia indubbiamente interpretativa del testo precedente), riconduce il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse alla fattispecie della "cessione del contratto" (art. 1406 c.c.), così abbandonando definitivamente, per il lavoro pubblico contrattuale, la prospettiva del "passaggio di carriera", e stabilisce altresì la regola generale dell'applicazione del trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto dell'amministrazione cessionaria.

3.2. Nel caso di specie, peraltro, non si discute circa il diritto alla conservazione del maggiore trattamento retributivo goduto all'atto del passaggio all'Inps, trattamento che questo ente ha riconosciuto con l'attribuzione dell'assegno denominato "indennità garanzia stipendio", bensì, esclusivamente sul tema della riassorbibilità negli aumenti retributivi successivi e, dunque, sull'esistenza di un'ulteriore, specifica, deroga delle regole generali.

La Corte di Firenze ha affermato la non riassorbibilità dell'assegno con argomenti privi di consistenza giuridica: il silenzio serbato al riguardo dall'ordinanza ministeriale, anche prescindendo dal problema della possibilità per questa fonte normativa di derogare alla regola legislativa, avrebbe dovuto indurre piuttosto a ritenere confermato il principio generale del riassorbimento; rassicurata conservazione dell'anzianità di servizio non significa niente di più che riconoscimento della continuità giuridica del rapporto e dell'anzianità fin dall'assunzione presso l'amministrazione di provenienza; del tutto priva di significato si palesava la circostanza che il maggiore livello retributivo dei docenti fosse stato determinato esclusivamente dall'anzianità, non dai livelli di professionalità raggiunti (come nell'Inps), siccome la regola della non *reformatio in peius* assume a presupposto esclusivamente il differenziale quantitativo, non le cause, cosicché la conservazione dell'anzianità pregressa non implicava certamente, in contrasto con i principi sopra richiamati, che il rilievo che l'anzianità aveva nella precedente regolamentazione (nel

caso, sistema degli scatti di anzianità) dovesse continuare ad essere mantenuto alle dipendenze del nuovo datore di lavoro.

Conclusivamente, con l'inserimento della nuova organizzazione, l'applicazione del nuovo regime in essa vigente è integrale, non giustificandosi diversità di trattamento (salvo l'assegno *ad personam*) tra dipendenti dello stesso ente a seconda della provenienza.

3.3. Deve. Invece, indagarsi, sebbene non abbia formato oggetto di dibattito tra le parti e di esame nei giudizi di merito, sul significato da attribuire al disposto dell'art. 3, comma 57, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, che recita: "*Nei casi di passaggio di carriera di cui all'art. 202 del citato testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957 n. 3, ed alle altre analoghe disposizioni, al personale con stipendio o retribuzione pensionabile superiore a quello spettante nella nuova posizione è attribuito un assegno personale pensionabile, non riassorbibile e non rivalutabile, pari alla differenza fra lo stipendio o retribuzione pensionabile in godimento all'atto del passaggio e quello spettante nella nuova posizione*". Il successivo comma 58 precisa che l'assegno personale di cui al comma 57 non è cumulabile con indennità fisse e continuative, anche se non pensionabili, spettanti nella nuova posizione, salvo che per la parte eventualmente eccedente. Con l'articolo unico, comma 226, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, è stata dettata l'interpretazione autentica dell'art. 3, comma 57, nel senso che alla determinazione dell'assegno personale non riassorbibile e non rivalutabile concorre il trattamento, fisso e continuativo, con esclusione della retribuzione di risultato e di altre voci retributive comunque collegate al raggiungimento di specifici risultati o obiettivi.

Deve escludersi, peraltro, che la norma invocata possa trovare applicazione alla fattispecie, secondo quanto già ritenuto dalla giurisprudenza della Corte sulla questione (Cass. 8389/2006, 10449/2006).

3.4. La giurisprudenza, risalente ed univoca del giudice amministrativo (unito all'epoca di giurisdizione esclusiva sulle controversie di lavoro pubblico), che la Corte ha ritenuto di condividere, ha escluso che l'art. 202 d.P.R. 3/1957 costituisse espressione di un principio generale, applicabile a tutti i dipendenti pubblici, interpretando la norma nel senso che la disciplina relativa all'assegno *ad personam*, utile a pensione, attribuibile agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova posizione lavorativa, concerneva esclusivamente i casi di passaggio di carriera presso la stessa amministrazione statale o anche diversa amministrazione, purché statale, non i passaggi nell'ambito di amministrazione non statale, ovvero tra diverse amministrazioni non statali, o da una di esse allo Stato e viceversa (per tutte, vedi Cons. Stato, ad. plen, 16 marzo 1992, n. 8).

Infatti, la norma risponde alla precipua finalità che il mutamento di carriera nell'ambito dell'organizzazione burocratica dello Stato non comporti, per gli interessati, un regresso nel trattamento economico raggiunto, ma di "regresso" può parlarsi soltanto confrontando posizioni omogenee nel contesto di un sistema burocratico unitario, entro il quale il dipendente statale si sposti con le modalità previste per il "passaggio" ad altra amministrazione statale o ad altra carriera (v. artt. 199 e 200 del d.p.r. n. 3 del 1957). Sussistono, dunque, limiti soggettivi ed oggettivi all'applicabilità della norma, che inducono di per sé ad escludere che alla stessa

possa essere attribuita una portata estensiva e che il legislatore abbia inteso, con tale disposizione, porre un principio di ordine generale, da valere per ogni tipo di passaggio ed indipendentemente dalla natura statale o meno delle organizzazioni nel cui ambito si verifica la mobilità.

Ne soccorre il richiamo al successivo art. 12 del d.p.r. 28 dicembre 1970 n. 1079, che al citato art. 202 si riconnette, e di cui ripete le finalità e limiti, solo aggiungendo il riferimento alle “disposizioni analoghe”, ma pur sempre concernenti l’impiego statale, esclusivo destinatario della normativa recata dal decreto.

3.5. Discende con evidenza dalle considerazioni svolte che l’art. 3, comma 57, della legge n. 537 del 1993, siccome dichiaratamente inteso ad innovare la disciplina dell’assegno *ad personam* di cui all’art. 202 d.p.r. n. 3 del 1957 e altre analoghe disposizioni, resta estraneo alla regolamentazione di assegni contemplati da altre fonti normative.

Sempre secondo la richiamata giurisprudenza, infatti, il diritto alla conservazione di un determinato trattamento retributivo già spettante presso l’amministrazione di provenienza, senza riassorbimento nel trattamento complessivo dovuto dall’ente di destinazione, presuppone la presenza di “disposizioni speciali” – di legge, di regolamento o di atti amministrativi – che espressamente e specificamente lo definiscano come non riassorbibile o, comunque, ne prevedano la continuità di corresponsione indipendentemente dalle dinamiche retributive del nuovo comparto.

Ed è a queste “disposizioni speciali” – attributive di trattamenti cosiddetti “di privilegio”, in quanto non riconducibili alle fonti negoziali collettive applicabili presso l’amministrazione di destinazione (nella specie, quelle disciplinanti il personale dell’INPS) – che si ricollega l’ipotesi contemplata nell’art. 2, comma terzo, del d.lgs n. 80 del 1998 (ora art. 2, comma terzo, d.lgs. n. 165 del 2001), nella parte in cui stabilisce che le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall’entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale, aggiungendo che i trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi (vedi, ancora, Cass. 12956/05); con la conseguenza che la norma anzidetta non viene in rilievo nella presente controversia, una volta escluso, come già riferito, che siano applicabili le “disposizioni speciali”, nel senso precisato, di cui all’art. 3, comma 57, della legge n. 537 del 1993, come pure le previsioni dell’ordinanza ministeriale n. 217/98, anche da queste non derivando alcun diritto del personale statale transitato all’INPS a un trattamento retributivo in qualche modo “privilegiato” e “aggiuntivo”, rispetto a quello contemplato dalla contrattazione collettiva del settore.

4. Con il secondo motivo del ricorso principale si pi denuncia violazione dell’art. 1362 cod. civ. nonché vizio di carente e contraddittoria motivazione (in relazione all’art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.), con riferimento all’affermata sussistenza del diritto alla percezione del cd “salario di professionalità”. Si sostiene che la sentenza impugnata, nell’interpretare i contratti integrativi di ente 1997 e 1998, non avrebbe compiuto un’accurata indagine sulla effettiva volontà delle parti, le quali intendevano premiare, con il compenso suddetto, il personale partecipante alla

riorganizzazione dell'INPS ed escludere dalla corresponsione dell'emolumento tutti i dipendenti che non avevano in precedenza percepito il salario di professionalità.

4.1. Anche questo motivo è fondato.

Questa Corte si è già pronunciata sulla questione relativa al significato della clausola del contratto integrativo INPS per l'anno 1998 – la quale, riproducendo analoga disposizione contenuta nel precedente contratto integrativo per l'anno 1997 – stabiliva che “// *salario di professionalità è corrisposto a decorrere dal 1° gennaio 1998 al personale in servizio alla stessa data*” – e ha osservato che una interpretazione coerente con il dato testuale non può prescindere dal rilievo che essa conteneva un duplice (ancorché coincidente) riferimento temporale, in quanto prevedeva che: a) il 1° gennaio 1998 fosse il *dies a quo* della decorrenza del beneficio contemplato nell'accordo integrativo stilato l'8 luglio 1998; b) il 1° gennaio 1998 fosse anche il giorno in cui verificare che il personale beneficiario del salario di professionalità fosse in servizio (vedi, in senso conforme, fra tante, Cass. 17 agosto 2004 n. 16059, 26 agosto 2004 n. 16981, 20 dicembre 2005 n. 28401, n. 8289 del 2006, cit.). Sarebbe, quindi, censurabile, secondo le richiamate sentenze, alla stregua del criterio di cui all'art. 1362 c.c., un'opzione esegetica la quale si limitasse ad affermare che la data del 1° gennaio 1998 valeva unicamente a chiarire la decorrenza retroattiva del beneficio (questa essendo la funzione già inequivocamente assolta dal primo riferimento temporale sub a), pretermettendo del tutto il secondo riferimento temporale (sub b), ossia considerandolo *tamquam non esset*.

4.2. Pertanto, la sentenza impugnata è incorsa nella dedotta violazione delle regole di interpretazione del contratto – dal momento che il giudice di appello ha ommesso di indagare sul significato anche del secondo degli indicati riferimenti temporali, onde verificare l'intento negoziale di operare una distinzione tra personale dell'INPS che fosse già in servizio alla data del 1° gennaio 1998 e il restante personale, indipendentemente dalla funzione del salario professionale. D'altra parte nulla di diverso emerge dall'ordinanza ministeriale posta a base del trasferimento (in particolare, dall'art. 6), che, nel garantire i medesimi trattamenti accessori attribuiti ai dipendenti dell'INPS, non poteva che riferirsi alla loro regolamentazione negoziale.

Nè l'esclusione dei dipendenti non in servizio alla data predetta determinerebbe una violazione della regola di parità, dovendosi in base ad essa attribuire il medesimo trattamento a tutti coloro che ne abbiano diritto, mentre, nel caso di specie, è in questione il riconoscimento del diritto in forza di una diversa situazione del personale.

4.3. È da rilevare, infine, che, nelle recenti sentenze n. 18500 del 20 settembre 2005 e n. 18568 del 21 settembre 2005, e n. 8289 del 2006, *cst*, questa Corte ha esaminato fattispecie in tutto analoghe a quella controversa (si trattava, anche in quei casi, di docenti di ruolo alle dipendenze del Ministero della pubblica istruzione transitati all'INPS dal 1° settembre 1998) e ha ritenuto incensurabile l'opzione ermeneutica delle sentenze impugnate, nella parte in cui avevano rilevato che l'ordinanza ministeriale n. 217/98 attribuiva ai dipendenti trasferiti i trattamenti accessori per il personale dell'INPS alle medesime condizioni in presenza delle quali essi spettavano al detto personale, così subordinandone la riconoscibilità alla circostanza

za decisiva secondo il contratto collettivo integrativo per l'anno 1998 e, nella specie, non soddisfatta dell'essere in servizio presso l'Istituto alla data del 1° gennaio 1998.

Da queste conclusioni non vi è ragione di discostarsi, poiché le indicazioni contenute in sentenza non fanno emergere elementi che non siano già stati scrutinati nelle ricordate occasioni, ne propongono aspetti di tale gravità da esonerare la Corte dal dovere di fedeltà ai propri precedenti, sul quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione, di rilevanza costituzionale, di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, e il cui rispetto si impone anche in tema di interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune, ove si consideri che le clausole delle suddette fonti negoziali, per la loro riferibilità ad una serie indeterminata di destinatari e per il loro carattere sostanzialmente normativo non sono assimilabili completamente a quelle di qualsivoglia contratto o accordo; si che, neanche con riguardo ad esse, è trascurabile il fine di assicurare ai potenziali interessati – per quanto possibile e per quanto non influenzato dalla insopprimibili peculiarità di ciascuna fattispecie – quella reale parità di trattamento che si fonda sulla stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, specialmente sollecitata quando, come nella specie, siano simili i percorsi logici seguiti nelle decisioni progressivamente portate all'esame dei giudici di legittimità e i contesti difensivi nei quali tali decisioni risultino calate (Cass. 4 luglio 2003 n. 10615, 15 aprile 2003 n. 5994 e, da ultimo, in particolare, 29 luglio 2005 n. 15969).

5. L'accoglimento dei due primi motivi del ricorso principale comporta la mancanza di interesse del ricorrente principale (cd. "assorbimento") all'esame del terzo (nullità dei contratti integrativi, se interpretati nel senso estensivo della platea degli aventi diritto al salario di professionalità, in violazione dei vincoli economici posti dal contratto nazionale) e del quarto motivo (attribuzione della rivalutazione sui crediti riconosciuti).

6. Con l'unico motivo del ricorso incidentale si denuncia violazione di norme di diritto (dell'art. 1362 ss. c.c., dell'ordinanza ministeriale n. 217 del 1998, di circolari ministeriale e di altre disposizioni di legge), unitamente a vizi della motivazione.

La sentenza impugnata è censurata per non aver riconosciuto il diritto ai maggiori importi retributivi risultanti dalla tabella allegata all'ordinanza ministeriale, di provenienza dello stesso Inps, che avevano indotto i dipendenti alla mobilità e rappresentavano la *lex specialis* dei rapporti di lavoro oggetto della lite.

6.1. Il motivo non ha fondamento in diritto nella parte in cui pretenderebbe l'applicazione di un trattamento retributivo perché, in un certo, senso, "promesso", siccome, in materia di diritti economici di lavoratori pubblici, le fonti possono essere soltanto quelle previste dalla legge (vedi l'art. 45 d.lgs. 165/2001).

È inammissibile nella parte in cui non censura specificamente la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, fondata sul rilievo che i livelli retribuiti in atto presso l'Inps erano stati indicati con riferimento a specifiche realtà professionali e concrete situazioni lavorative, quali massimi raggiungibili e non certo minimi garantiti, mentre la pretesa dei dipendenti prescindeva dall'allegazione di situazioni individuali e di crediti determinati nei fatti costitutivi,

7. Conclusivamente, sulla base delle considerazioni svolte, vanno accolti i

due primi motivi del ricorso principale, con assorbimento degli altri due motivi dello stesso ricorso, mentre va rigettato il ricorso incidentale. In relazione all'accoglimento del ricorso principale, con specifico riguardo al secondo motivo, la sentenza impugnata va cassata con rinvio ad altra Corte di appello (designata in quella di Bologna) che dovrà procedere ad una nuova interpretazione delle fonti contrattuali relativi al cd. "salario di professionalità" secondo i principi di diritto enunciati *sub* n. 4, provvedendo altresì a regolare le spese del giudizio di cassazione.

(*Omissis*)

Pensioni - Lavoratori del settore dell'amianto - Esposizione al rischio per oltre dieci anni - Benefici pensionistici *ex art.* 13, comma 8, legge n. 257 del 1992 - Attribuzione - Presupposti - Valori di rischio di cui al d.lg. n. 277 del 1991 - Sussistenza - Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 11.07.2006, n. 15679 - Pres. ed est. De Luca - P.M. Gaeta - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - M., S., DR. (Avv. Vacirca)

La esposizione all'amianto per un periodo superiore a dieci anni è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'accesso del lavoratore al beneficio previsto dall'articolo 13, comma 8°, della legge 257/1992 dovendo con essa concorrere una esposizione al rischio morbigeno qualificata dal superamento della soglia limite di cui al decreto legislativo 15 agosto 1991 n. 277 e successive modifiche.

FATTO – Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Milano – in riforma della sentenza del Pretore della stessa sede n. 3662/1999 – dichiarava "il diritto alla rivalutazione della contribuzione con il coefficiente 1,5" (ai sensi dell'art. 13, comma 8, legge 27 marzo 1992 n. 257) nei confronti dell'INPS – in favore di M.DR. nonché, ai fini dell'adeguamento della pensione, di cui era titolare F.M., in favore dei suoi eredi N.M. e G.S. – essenzialmente in base ai rilievi che il beneficio preteso spetta a "tutti i lavoratori dei quali sia stata provata una qualunque esposizione ultradecennale alla fibra di amianto" e che la disposta istruttoria "ha confermato l'esposizione alle fibre di amianto sia di M.F., sia di DR. M."

Avverso la sentenza d'appello, l'INPS propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

Gli intimati M.DR. e N.M. e G.S., quali eredi di F.M., resistono con controricorso.

DIRITTO – 1. Con il primo motivo di ricorso – denunciando (ai sensi dell’art. 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 13, comma 8, legge 27 marzo 1992 n. 257, 24 e 31 decreto legislativo n. 277/1991, 2697 c.c., 115 e 116 c.p.c.) – l’INPS censura la sentenza impugnata – per avere ritenuto che “il diritto alla rivalutazione della contribuzione con il coefficiente 1,5” (ai sensi dell’art. 13, comma 8, legge 27 marzo 1992 n. 257, cit.) spetti a “tutti i lavoratori dei quali sia stata provata una qualunque esposizione ultradecennale alla fibra di amianto” – sebbene, per l’accesso al beneficio preteso, sia necessaria una concentrazione di fibre di amianto “quantitativamente rilevante”.

Il primo motivo di ricorso è fondato e l’accoglimento – che ne consegue – assorbe gli altri motivi.

2. Invero la disposizione (articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1982, n. 257, Norme relative alla cessazione dell’impiego dell’amianto come sostituito dall’art. 1, comma 1, decreto-legge 5 giugno 1993 n. 169, convertito, con modificazioni, nella legge 4 agosto 1993, n. 271. Disposizioni urgenti per i lavoratori del settore dell’amianto) – che disciplina la dedotta fattispecie – sancisce testualmente:

“Per i lavoratori che siano stati esposti all’amianto per un periodo superiore a dieci anni, finterò periodo lavorativo soggetto all’assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall’esposizione all’amianto, gestita dall’INAIL, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5”.

3. Allo scopo (ratio legis) di offrire – ai lavoratori esposti all’amianto per un apprezzabile periodo di tempo (superiore a dieci anni) – un beneficio correlato alla possibile incidenza invalidante di lavorazioni che presentano potenzialità morbigene – quale si evince (anche) dalla storia interna e dagli atti preparatori della disposizione in esame (per la ricostruzione della vicenda normativa, vedi Corte cost. n. 5 del 2000) (1) – ne risulta, quindi, stabilito che la esposizione all’amianto – per un periodo superiore a dieci anni, appunto – è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l’accesso del lavoratore al beneficio contestualmente previsto (rivalutazione del periodo di esposizione, con il coefficiente 1,5, al fini delle prestazioni pensionistiche) – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine le sentenze n. 5/2000, cit, 127/2002 e n. 369/2003) e di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 16119, 16118, 8718/2005, 21862, 2849/2004, 997/2003, 10185, 10114/2002, 4913/2001) (2) – dovendo con essa concorrere una esposizione qualificata al rischio morbigeno – fatta palese, tra l’altro, dall’esplicito collegamento (contemplato dallo stesso art. 13, comma 8 della legge n. 257 del 1982. cit.) al sistema generale di assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali, derivanti dall’esposizione all’amianto, gestita dall’INAIL – con la conseguenza che la esposizione ultradecennale costituisce titolo – per l’accesso al beneficio – solo se il lavoratore abbia prestato la propria opera in ambienti di lavoro, nei quali la concentrazione di amianto abbia supera-

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 84.

(2) Idem, 2001, p. 772.

to la soglia limite del rischio di esposizione (di cui al decreto legislativo 15 agosto 1991, n. 277 e successive modifiche).

4. La prospettata disciplina (di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1982, n. 257, come sostituito dall'art. 1, comma 1, decreto-legge 5 giugno 1993 n. 169, convertito, con modificazioni, nella legge 4 agosto 1993, n. 271, cit.), poi, è fatta salva (ai sensi dell'art. 3, comma 132, della legge 24 dicembre 2003 n. 350) – nonostante l'entrata in vigore della nuova disciplina in materia (di cui all'articolo 47, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003 n. 326) – per i lavoratori che, alla data del 2 ottobre 2003, si trovino in una delle condizioni alternativamente previste (abbiano già avanzato, cioè, domanda di riconoscimento all'Inail od ottenuto sentenze favorevoli, per cause avviate entro la medesima data), condizioni da interpretare – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 15008/2005, 21862/2004) nel senso che: a) per maturazione del diritto deve intendersi la maturazione del diritto a pensione; b) tra coloro che non hanno ancora maturato il diritto a pensione, la salvezza concerne esclusivamente gli assicurati che, alla data indicata, abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva.

5. Alla luce del principio di diritto enunciato, la sentenza impugnata – laddove ritiene che “il diritto alla rivalutazione della contribuzione con il coefficiente 1,5” (ai sensi dell'art 13, comma 8, legge 27 marzo 1992 n. 257, cit.) spetti a “tutti i lavoratori dei quali sia stata provata una qualunque esposizione ultradecennale alla fibra di amianto” – merita le censure, che le vengono mosse con il primo motivo di ricorso.

Tanto basta per accogliere lo stesso motivo di ricorso e per ritenerne assorbiti il secondo – in quanto subordinato al rigetto del primo – nonché il terzo, in quanto invoca – parimenti in subordine – lo *ius superveniens* nella soggetta materia (di cui all'articolo 47, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, nella legge 24 novembre 2003 n. 326, cit.), che, peraltro, non è applicabile – per quanto si è detto – alla dedotta fattispecie.

6. Pertanto deve essere accolto il primo motivo di ricorso, dichiarandone assorbiti gli altri motivi.

Per l'effetto, la sentenza impugnata va cassata – in relazione al motivo accolto – con rinvio ad altro giudice d'appello – designato in dispositivo – perché proceda al riesame della controversia – uniformandosi al principio di diritto enunciato – e provveda, contestualmente, al regolamento delle spese di questo giudizio di cassazione (art. 385, 3° comma, c.p.c.).

(*Omissis*)

Pensioni - Assegno ordinario di invalidità - Requisito contributivo - Perfezionamento in virtù di contribuzione volontaria - Decorrenza della prestazione - Dal primo giorno del mese successivo al versamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 06.07.2006, n. 15399 - Pres. Sciarelli - Rel. Picone - P.M. Sgroi - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - T.

In tema di assegno ordinario di invalidità, ove il requisito contributivo sia integrato in virtù di versamenti volontari, la prestazione decorre dal primo giorno del mese successivo a quello in cui è effettuato il versamento stesso.

FATTO – Il Pretore di Palmi, in accoglimento parziale della domanda, ha accertato il diritto dell'attuale intimato all'assegno di invalidità con decorrenza 1° dicembre 1994, con la condanna dell'Inps al pagamento dei ratei scaduti e al rimborso della metà delle spese del giudizio. La sentenza è stata confermata dal Tribunale di Palmi che ha rigettato l'appello dell'Inps.

Il Tribunale, limitatamente a quanto ancora rileva, ha ritenuto che l'assicurato fosse in possesso del requisito contributivo alla data di decorrenza della prestazione. Ha osservato al riguardo che era stato provato documentalmente il versamento di contribuzione volontaria per i periodi necessari.

La cassazione della sentenza è domandata dall'Inps con ricorso per un unico motivo; non ha svolto attività di resistenza l'assicurato.

Disposta la trattazione della causa in camera di consiglio, il Pubblico ministero, con le conclusioni scritte, ha chiesto l'accoglimento del ricorso per manifesta fondatezza.

DIRITTO – Con l'unico motivo di ricorso l'Inps denuncia violazione degli artt. 1 e 4 della legge 12 giugno 1984, n. 222, e vizio della motivazione, per avere il Tribunale erroneamente fissato la decorrenza della prestazione al 1° dicembre 1994, sebbene fosse stato accertato che il requisito contributivo si era perfezionato soltanto con il versamento effettuato a titolo di contribuzione volontaria in data 2 gennaio 2003, cosicché l'assegno di invalidità doveva essere riconosciuto solo con decorrenza 1° febbraio 2003.

Il motivo è manifestamente fondato.

Nell'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti, allorché non operi la regola dell'automaticità delle prestazioni per i contributi dovuti e non pagati dal debitore di lavoro (come per i versamenti effettuati a seguito di ammissione alla contribuzione volontaria), in caso di versamento di contributi relativi ad un periodo precedente, ove solo con il detto versamento si perfezioni il requisito contributivo necessario per ottenere la prestazione, è solo dal primo giorno del mese successivo a quello del versamento che può decorrere la prestazione stessa (cfr. Cass. 16 febbraio 2004, n. 2913; 22 settembre 2004, n. 19017).

La giurisprudenza di questa Corte, invero, ha precisato che, in tema di assegno ordinario di invalidità, ha diritto alla prestazione l'assicurato che, avendo maturato il requisito contributivo cosiddetto relativo (il numero minimo di versa-

menti settimanali nell'ultimo quinquennio) al momento della presentazione della domanda amministrativa, abbia successivamente perfezionato il requisito cosiddetto assoluto (il numero di contributi complessivi), a nulla rilevando che, rispetto al momento di perfezionamento del requisito assoluto, il termine iniziale del requisito relativo risulti temporalmente sfasato, in quanto decorrente da un periodo anteriore all'ultimo quinquennio (Cass. 19 dicembre 1997, n. 12880, e altre successive).

Questa interpretazione, evidentemente, si limita ad escludere che per ultimo quinquennio debba intendersi quello anteriore all'insorgenza del diritto con il perfezionamento del requisito contributivo assoluto, dovendo invece restare riferito, conformemente alla lettera della legge, alla data della domanda, ma certamente non tocca il principio della decorrenza della prestazione dal primo giorno del mese successivo a quello del perfezionamento di tutti i requisiti di legge (sanitari e contributivi).

Tale principio, a seguito della sentenza costituzionale n. 355 del 1989, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 18 d.P.R. 27 aprile 1968, n. 488, nella parte in cui escludeva che, ai fini del conseguimento delle prestazioni di invalidità da parte dei lavoratori dipendenti, il requisito contributivo potesse essere perfezionato anche posteriormente alla domanda di pensione, nel corso non solo del successivo procedimento amministrativo, ma anche di quello giudiziario, è stato esteso dalla giurisprudenza di legittimità a tutti i lavoratori, sia autonomi che dipendenti.

E in effetti, proprio nel caso deciso dal precedente richiamato (Cass. 1997/12880, cit.) il diritto era stato riconosciuto a decorrere dal completamento dei versamenti contributivi (eseguiti sulla base di prosecuzione volontaria), non certo dalla domanda amministrativa; del resto, è sulla base di questo principio di diritto che si doveva tener conto della regolarizzazione contributiva e riconoscere sì il diritto all'assegno di invalidità – dovendosi l'ultimo quinquennio riferire soltanto alla domanda amministrativa – ma solo a decorrere dal mese successivo al pagamento. Tuttavia, sebbene l'Inps abbia precisato la data del versamento contributivo, siffatto accertamento non è contenuto nella sentenza. Ne consegue che, in accoglimento del ricorso la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio ad altro giudice (che si designa nella Corte di appello di Reggio Calabria) che procederà agli accertamenti di fatto necessari per applicare il principio di diritto enunciato, ed inoltre provvedere a regolare anche le spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

Pensioni - Trattamento liquidato in regime di convenzione bilaterale - Integrazione al minimo - Anzianità contributiva minima di 10 anni in

costanza di rapporto di lavoro svolto in Italia - Equiparazione del lavoro svolto in Paesi membri dell'Unione Europea - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 11.05.2006, n. 10860 - Pres. Mileo - Rel. Curcuruto - P.M. Sepe - F. (Avv. Di Celmo) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi)

Ai fini della maturazione dell'anzianità contributiva imposta dall'articolo 8 della legge 30 aprile 1969 numero 153 per il perfezionamento del diritto alla integrazione al minimo del trattamento di pensione erogato in virtù del cumulo dei periodi assicurativi e contributivi previsto da convenzioni bilaterali (nella specie, fra l'Italia e la Svizzera), deve escludersi la equiparazione del lavoro svolto in Paesi membri dell'Unione Europea a quello prestato in Italia.

FATTO – I.F. ha proposto ricorso al tribunale di Verbania per ottenere l'integrazione al trattamento minimo della pensione di reversibilità, liquidata in regime di convenzione bilaterale italo-svizzera e del pro-rata liquidato dall'Inps. La domanda è stata rigettata con sentenza successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Torino.

Il giudice della gravame nella motivazione premette in linea di fatto che la F. è titolare di pensione di reversibilità con decorrenza 1° dicembre 1996 a carico dell'Inps; la prestazione è stata liquidata in regime di convenzione bilaterale italo-svizzera, posto che i periodi assicurativi compiuti in Germania ed in Italia non erano sufficienti per acquisire diritto alla pensione; il dante causa della F. aveva una posizione assicurativa di 355 settimane in Italia, 402 in Svizzera e 381 in Germania; la F. era anche titolare di pensione ai superstiti liquidata dall'ente previdenziale tedesco.

La Corte territoriale mette in rilievo che la pensione di reversibilità era stata liquidata in base alla totalizzazione dei contributi versati in Svizzera, e non sulla base del cumulo di quelli versati in Germania ed in Italia.

Ciò premesso la Corte, in accordo con il primo giudice, osserva che l'articolo 8 della legge 153/69 nella parte in cui prevede il requisito dell'anzianità contributiva minima di 10 anni in costanza di rapporto svolto in Italia, non è suscettibile di interpretazione estensiva nel senso che esso possa comprendere anche l'anzianità contributiva in area comunitaria, trattandosi di trattamento previdenziale liquidato in base alla convenzione bilaterale con la Svizzera e non derivante dal cumulo dei contributi maturati in ambito comunitario. Né, secondo il giudice di merito, è ipotizzabile un contrasto tra la previsione di anzianità contributiva italiana minima contenuta nel citato articolo 8 della legge 153/69 con il diritto di libera circolazione dei cittadini comunitari sancito dagli articoli 48-51 del Trattato. Infatti senza l'apporto determinante dei contributi versati in Svizzera, la F. non sarebbe neppure titolare della pensione ai superstiti, non essendo i contributi "comunitari" sufficienti per il riconoscimento della pensione medesima e quindi non sarebbe neppure prospettabile l'eventuale diritto all'integrazione al minimo, costituendo questa accessorio della pensione in relazione alla quale sarebbe in astratto dovuta. Di conse-

guenza, non può essere utilmente invocato il principio di equiparazione vigente nel sistema comunitario in relazione ad una prestazione pensionistica che in tanto è stata riconosciuta in quanto esistevano contributi versati in un paese extracomunitario.

Secondo la Corte territoriale argomenti ulteriori a sostegno di tale interpretazione discendono dal tenore dell'accordo di libera circolazione UE-Svizzera, sulla cui applicazione al caso di specie peraltro la Corte non si pronunzia poiché l'interessato aveva circoscritto la propria pretesa al periodo antecedente al 1° giugno 2002. La Corte sottolinea che l'accordo menzionato ha previsto l'applicazione dei regolamenti comunitari anche nei rapporti con la Svizzera per alcune pensioni e la correlativa inapplicabilità delle disposizioni contenute negli accordi bilaterali tra Italia e Svizzera, con ciò rendendo evidente l'inapplicabilità dei regolamenti comunitari per il periodo precedente. Infine, premesso che la questione in oggetto non riguarda l'applicazione del diritto comunitario ma i rapporti tra tale diritto e quello di uno Stato extracomunitario, la Corte ha ritenuto inammissibile la richiesta di rimessione della causa alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

I.F. chiede la cassazione di questa sentenza sulla base di un unico complesso motivo.

L'Inps ha depositato procura.

DIRITTO – Con l'unico motivo di ricorso, unitamente a motivazione omessa/ insufficiente e contraddittoria, è denunciata violazione e falsa applicazione degli articoli 50 e 10/bis del Regolamento 1408/71, dell'articolo 8 della legge 153/69, dell'articolo 8 del Trattato di Maastricht (articolo 17 del trattato di Amsterdam), dell'articolo 39 del Trattato di Maastricht (già articolo 48), dell'articolo 7 del Regolamento 1612/68, dell'articolo 7 della legge 407/90, dell'articolo 38 Cost.

La ricorrente previa una diffusa analisi delle vicende della normativa interna in materia, con numerosi riferimenti alla normativa comunitaria ed alla giurisprudenza della Corte di giustizia della Unione Europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, prospetta comunque, per l'essenziale, la tesi secondo cui la Corte di merito aveva errato nel non considerare equiparabile, ai fini del perfezionamento al maggior requisito previsto dall'articolo 8 della legge 153/69, il periodo lavorativo contributivo svolto dal dante causa della F. in Germania al periodo svolto in Italia e nel non considerare comunque che il problema di tale equiparabilità si risolveva in una questione di interpretazione di norme comunitarie da rimettere alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il ricorso è infondato.

Il trattamento di reversibilità di cui gode la F. è stato liquidato in base alla convenzione bilaterale con la Svizzera e non deriva dal cumulo di contributi in ambito comunitario. Ciò premesso va detto che la sentenza di merito si è sostanzialmente conformata al principio, affermato da questa Corte in una fattispecie analoga, secondo cui in tema di integrazione del requisito contributivo ai fini del conseguimento della pensione di anzianità, la totalizzazione, prevista e disciplinata dall'ordinamento comunitario (art. 45 e 46 del Regolamento CEE del Consiglio

n. 1408 del 1971, in attuazione della delega conferita dall'art. 51 del Trattato) consente il cumulo dei periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione dei soli Paesi membri dell'Unione europea, intendendosi per tale, secondo l'art. 1 del citato Regolamento CEE, il complesso di leggi, regolamenti, disposizioni statutarie ed ogni altra misura di applicazione concernenti i regimi di sicurezza sociale, i con esclusione, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (v. sent. 2 agosto 1993, causa n. 23/92) (1), delle disposizioni di convenzioni internazionali in materia previdenziale tra un solo Stato membro ed uno Stato terzo, anche se recepite, con legge, nell'ordinamento giuridico nazionale dello Stato membro interessato. Pertanto, non è ammessa la totalizzazione con riguardo a periodi di assicurazione compiuti da un lavoratore sotto la legislazione nazionale di Italia e Germania ed al periodo compiuto dallo stesso lavoratore in Australia, pur essendo quest'ultimo cumulabile in forza di una convenzione italo - australiana ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 225 del 1988. (Cass. 10 settembre 2003 n. 13273) (2). È anche opportuno ricordare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, la disciplina in materia di "totalizzazione" (ovvero di cumulo dei periodi di assicurazione sociale relativi a periodi di lavoro compiuti sotto la legislazione di diversi stati) dettata da fonti dell'Unione Europea o da convenzioni internazionali, non trova applicazione, analogica o estensiva/ al di fuori dalle fattispecie per le quali è prevista, impegna soltanto i paesi che ne sono vincolati e si applica soltanto nell'ambito del territorio di tali paesi (Cass. 5 maggio 2004 n. 6637) (3).

Orbene, una volta che, come esattamente ricordato dalla Corte di merito, la prestazione pensionistica sulla base della quale la F. ha chiesto l'integrazione non si fonda sulla totalizzazione di contributi comunitari, comunque insufficiente per il diritto alla prestazione base, la prospettazione sottostante alla tesi della ricorrente (valutazione sotto il profilo del diritto comunitario della contribuzione maturata in Germania) finisce anche con il mutare, se non i dati di fatto della controversia nella loro materialità, il valore che essi hanno assunto ai fini del sorgere del diritto alla anzidetta prestazione. Quindi, per quanto la ricorrente si sforzi di ricondurre la vicenda ad un problema di interpretazione del diritto comunitario, la circostanza appena evidenziata impedisce di riconoscere un siffatto problema e rende impercorribile, come esattamente ritenuto in sostanza dal giudice di merito, la strada della rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato. Nulla per le spese in assenza di attività difensiva dell'INPS che ha depositato procura senza intervenire all'udienza.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 1534.

(2) Idem, 2004, p. 875.

(3) Idem, 2004, p. 1149.

Pensioni - Trattamento liquidato in regime di pro-rata internazionale - Integrazione al minimo - Quota di pensione corrisposta dall'ente estero - Qualificazione in termini di "reddito" per gli effetti dell'articolo 6 del d.l. 463/1983 - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 03.05.2006, n. 10205 - Pres. Ravagnani - Rel. Toffoli - P.M. Nardi - M. (Avv.ti De Benedictis, Allegra) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente)

Ai fini della integrazione al minimo dei trattamenti pensionistici erogati in virtù del cumulo dei periodi assicurativi e contributivi previsto da convenzioni ed accordi internazionali si deve tenere conto del pro-rata corrisposto dall'ente assicuratore estero anche nel periodo di vigenza dell'articolo 9 bis del decreto legge 12 settembre 1983 n. 463, a termini del quale i limiti reddituali, ostativi al perfezionamento del diritto alla integrazione al minimo, non erano applicabili ai lavoratori ed ai pensionati residenti all'estero.

FATTO – La Corte d'appello di Roma, confermando la appellata sentenza del Tribunale della stessa sede, rigettava la domanda proposta dall'attuale ricorrente contro l'Inps, diretta a conseguire l'integrazione al minimo» per un periodo compreso nel periodo di vigenza dell'art. 9-bis del d.l. 12 settembre 1983 n. 463 – introdotto dalla legge di conversione 11 novembre 1983 n. 638 (onde l'improprio riferimento nella sentenza e negli atti di parte all'articolo 9-bis "della legge n. 638/1983") e abrogato dall'art. 7, comma 2, della legge 29 dicembre 1990 n. 407 –, di una prestazione pensionistica in godimento dall'istante e concessa, con il meccanismo tecnico del c.d. pro-rata, sulla base del cumulo di periodi assicurativi e contributivi previsti dai accordi o convenzioni internazionali.

La Corte di merito con ampie argomentazioni sosteneva l'infondatezza della tesi, alla base della domanda, secondo cui il citato art. 9-bis aveva reso inapplicabile la disposizione dell'art. 8, 3° comma, della legge 30 aprile 1969 n. 153, secondo cui, ai fini del diritto all'integrazione al minimo e della sua misura, deve essere computato anche il pro-rata corrisposto dal competente organismo estero.

Contro questa sentenza la parte interessata ha proposto ricorso per cassazione per un unico motivo.

L'Inps ha resistito con controricorso. La parte ricorrente ha depositato note d'udienza (redatte cumulativamente per gli analoghi ricorsi da n. 19 a n. 28 del ruolo d'udienza).

DIRITTO – Il ricorso denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 8, commi secondo, terzo e quarto, della legge n. 153/1969 e degli artt. 6 e 9-bis della legge n. 638/1983 (*recto*, del decreto legge n. 463/1983, convertito da detta legge), unitamente ad erronea, insufficiente e contraddittoria motivazione.

Richiamata l'evoluzione normativa in materia di integrazione al minimo delle pensioni, con particolare riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità

delle norme che (senza riferimento all'entità delle pensioni e dei redditi degli interessati) escludevano il diritto all'integrazione al minimo in presenza di più pensioni, e alla successiva disciplina di cui alla legge n. 638/1983, con la relativa subordinazione del diritto al trattamento minimo al non superamento di determinati limiti reddituali e la previsione del diritto all'integrazione su una sola pensione, in caso di titolarità di più pensioni, si osserva come la situazione reddituale perda ogni rilevanza per i pensionati residenti all'estero, in base al citato art. 9-bis, con cui il legislatore aveva inteso favorire la categoria degli emigrati, in quanto più bisognosa e sfortunata. In tale quadro anche la pensione concessa in regime di convenzione internazionale costituiva elemento reddituale, che per i residenti all'estero era escluso dal computo. L'art. 9-bis aveva segnato il superamento del previgente regime e abrogato (o reso inapplicabile) il terzo comma dell'art. 8, la cui disposizione aveva una funzione armonica nella previgente disciplina che conteneva il divieto dell'integrazione al minimo in base alla pura e semplice esistenza di altre pensioni. Nella nuova situazione le altre pensioni, e tra questa quella a carico dello Stato estero, vengono in rilievo in quanto reddito e come tali non vi è dubbio che, se percepite all'estero, sono escluse dal computo in base all'art. 9-bis.

Il ricorso non è fondato.

In realtà la questione interpretativa in esame è stata correttamente e convincentemente esaminata dalla Corte d'appello di Roma e le argomentazioni articolate nel ricorso suggeriscono opzioni interpretative che non trovano alcuna effettiva convalida nei dati normativi, come ricostruibili sulla base del tenore delle disposizioni rilevanti e della loro *ratio*.

L'art. 8 della legge n. 153/1969, dopo avere previsto l'integrazione al minimo a favore di cittadini italiani le cui posizioni assicurative erano state trasferite al competente istituto assicurativo libico (primo comma), ha esteso, con la medesima decorrenza, il diritto all'integrazione al minimo a favore dei soggetti che fruiscono di trattamenti pensionistici sulla base del cumulo dei periodi assicurativi e contributivi in virtù di accordi o convenzioni internazionali (commi terzo, quarto e quinto). In particolare il terzo comma, nel prevedere che "ai fini dell'attribuzione dei suddetti trattamenti minimi si tiene conto dell'eventuale pro-rata di pensione corrisposto, per effetto di tale cumulo, da organismi assicuratori esteri", ha inteso enunciare il principio che, ai fini del diritto all'integrazione al minimo e della misura in concreto di questa integrazione, il pro-rata corrisposto dall'ente italiano e quello corrisposto dall'ente estero (devono essere considerati una prestazioni unitaria e si cumulano). Tale interpretazione, che trova conferma anche nel tenore del quarto comma, che disciplinando la stessa materia da un punto di vista procedimentale, prevede il riassorbimento dell'integrazione al minimo "in relazione agli importi di pro-rata eventualmente corrisposti da organismi assicuratori esteri", trova preciso riscontro sia nella giurisprudenza costituzionale che in quella di questa Corte. Precisamente, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 503 del 1988 (1), dichiarativa dell'illegittimità costituzio-

(1) V. in q. Riv., 1988, p.1184

nale dell'art. 8, ultimo comma, della legge n. 153/1969, nella parte in cui prevedeva come ostativo del diritto all'integrazione al minimo del pro-rata la titolarità di un altro trattamento pensionistico (italiano), ha osservato che, in realtà, ai fini dell'integrazione al minimo, i soggetti che godono (in base alle convenzioni internazionali) trattamenti pensionistici sulla base di contributi versati in paesi diversi, "vanno astrattamente riguardati come titolari di un'unica pensione", e ha sottolineato che la emanata pronuncia di illegittimità costituzionale non faceva venire meno il meccanismo del riassorbimento dell'integrazione al minimo in relazione all'erogazione del pro-rata estero. Cass. 19 luglio 2005 n. 15175, d'altra parte, ha osservato che "per accertare il diritto alla integrazione, la pensione a calcolo da prendere in considerazione non è costituita solo dal pro-rata erogato dallo Stato italiano, ma anche dal pro-rata erogato dall'organismo assicuratore estero".

La *ratio* della disciplina in esame è evidente: nel momento in cui le convenzioni internazionali istituiscono un trattamento pensionistico coordinato, basato su una sorta di riunificazione ideale della contribuzione versata presso ordinamenti pensionistici di Stati diversi, è equo che questa considerazione unitaria valga anche nel momento in cui si deve valutare l'adeguatezza del trattamento pensionistico di cui il lavoratore viene a fruire.

Tanto precisato circa la portata e la giustificazione dei meccanismi di cui all'art. 8 della legge n. 153/1969, risulta evidente che con gli stessi non interferisce minimamente la disciplina di cui all'art. 6 del d.l. n. 463/1983, convertito dalla legge n. 638/1983, che ha previsto dei livelli di reddito (verificati sulla base dei redditi assoggettabili ad imposta sul reddito delle persone fisiche) che precludono il diritto all'integrazione della pensione al minimo e che ha anche escluso il godimento di detta integrazione su più di una pensione. Ne consegue anche che, analogamente, non rileva neanche l'art 9-bis, aggiunto al citato decreto legge dalla legge di conversione (e poi abrogato dall'art. 7, comma 2, della legge 29 dicembre 1990 n. 407), il quale ha escluso l'applicabilità delle disposizioni dell'art 6 (oltre che di quelle dell'art 8, relative alle pensioni di invalidità), "ai lavoratori, dipendenti o autonomi, e ai pensionati, residenti all'estero". Infatti il limite reddituale alla fruizione dell'integrazione della pensione al minimo è un istituto diverso, anche per *ratio*, rispetto alla regola, specifica dei trattamenti erogati sulla base di totalizzazione dei periodi assicurativi dei lavoratori migranti, del computo come un unico trattamento, ai fini dell'integrazione al minimo, dei pro-rata erogati dalle varie istituzioni pensionistiche. In particolare, il pro-rata estero rileva, appunto, come parte di un trattamento idealmente unitario e non come reddito ai fini del superamento dei relativi limiti.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Non deve disporsi per le spese del giudizio, ex art. 152 disp att. c.p.c. nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, e 11, del d.l. n. 269/2003, convertito con modificazioni dalla l. n. 326/2003, non applicabile *ratione temporis*.

(Omissis)

Contributi - Retribuzione imponibile - Settore edile - “Minimale contributivo” - Ipotesi tassative previste dall’art. 29, d.l. n. 244 del 1995, conv. nella legge n. 341 del 1995 - Sospensione consensuale rapporto lavoro - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 24.01.2006, n. 1301 - Pres. Mercurio - Rel. De Luca - P.M. Nardi (Conf.) - S. (Avv.ti Lembo, Margiotta) - INPS (avv.ti Sgroi, Fonzo).

Nel settore dell’edilizia la retribuzione da assumere a base di calcolo della contribuzione (ed. retribuzione imponibile) è fissata dall’art. 29 del d.l. 23.6.1995, n. 244 conv. in legge 8.8.1995, n. 341. Tale disposizione prevede che i datori di lavoro sono tenuti ad assolvere la contribuzione previdenziale ed assistenziale su una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all’orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione (ed. minimale contributivo), con l’esclusione delle assenze dal lavoro per uno dei motivi individuati in via tassativa dal legislatore (malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell’attività lavorativa, etc.) oppure, su delega della legge, con decreto ministeriale (permessi non retribuiti, ferie collettive, frequenza di corsi professionali). Con la sentenza n. 1301 del 2006 la Cassazione ha precisato che le ipotesi di sospensione consensuale dal rapporto di lavoro non rientrano tra le ipotesi di esclusione in quanto in tale ipotesi il lavoratore non ha l’obbligo di ricevere alcuna retribuzione, né l’obbligo di prestare la propria attività lavorativa.

FATTO – Con la sentenza ora denunciata, la Corte d’appello di Campobasso, pronunciando sull’appello proposto da M.S. contro l’INPS, per la riforma della sentenza del Tribunale della stessa sede – che aveva rigettato le opposizioni del S. a decreti ingiuntivi e ad all’ordinanza-ingiunzione, per il pagamento di quanto dovuto, in favore dell’Istituto, per contributi omessi (oltre sanzioni ed accessori relativi) sul *minimale* di retribuzione imponibile per *datori di lavoro esercenti attività edile* (di cui all’articolo 29 del decreto- legge 23 giugno 1995. n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341) – accoglieva, parzialmente, l’appello, essenzialmente sulla base dei rilievi seguenti:

- le “*assenze concordate tra le parti*” non rientrano “*nella tipologia di quelle considerate deducibili dal monte- ore su cui va commisurata la retribuzione imponibile*” (ai sensi dell’articolo 29 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.);

- “*tale esclusione rinviene fa sua ratio nella esigenza di porre il sistema contributivo, nei termini disciplinati dalla suddetta norma per il settore dell’edilizia artigianale, al riparo da condotte elusive di difficile controllo repressivo, non essendo agevole accertare, a distanza di anni, se nel periodo della sospensione consensuale l’attività lavorativa sia rimasta effettivamente sospesa*”;

- *“il fatto, poi, che le ore di assenza concordata siano state, singolarmente o globalmente, inferiori alle ore di assenza retribuita (ferie, riposi compensativi, festività soppresse ed altro) non consente di teorizzare una sorta di fungibilità delle assenze, diverso essendo il loro titolo giustificativo, non senza aggiungere, ad esempio, che le ferie possono non essere godute in luogo dell’indennità sostitutiva, mentre i permessi potrebbero non essere richiesti, (in quanto) le assenze remunerate sono suscettibili di fare diminuire il monte-ore solo se e nella misura in cui si verificano e non siano spendibili, ai medesimi effetti, con imputazione ad assenze di altra natura”;*

- *“ne consegue che il minimo imponibile mensile, mensilmente dovendo essere assolti gli obblighi contributivi ed assistenziali, deve essere calcolato sulla base dell’orario settimanale di lavoro stabilito dal c.c.n.I., decurtato delle ore di assenza, se verificatesi, ammesse in deduzione, e non di quelle non verificatesi, che in proporzione sarebbero state spettanti, giaché – ripetesi – l’obbligazione retributiva e quella contributiva hanno cadenza e scadenza mensile”;*

- *“la denuncia con DM/10 di retribuzioni inferiori al minimo imponibile, seppure virtuale, essendo strumento di parziale evasione contributiva, costituisce violazione della normativa in materia di previdenza e di luogo, quindi, alla decadenza dai benefici degli sgravi e della fiscalizzazione”;*

- *“non reputa la Corte che la norma (di cui all’articolo 29 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, cit.) sia sospettabile di incostituzionalità, (in quanto) si ritiene in sostanza che, per la parte virtuale, l’obbligazione contributiva gravi esclusivamente sui datori di lavoro, per i quali, peraltro, essa altro non è che un costo predeterminabile che può essere traslato sulla committenza” ;*

- *“l’appello va dunque rigettato, per quel che concerne l’evasione contributiva, merita invece accoglimento per quel che concerne le somme aggiuntive, che devono essere rideterminate ai sensi dell’art. 116, 18° comma, legge 186/2000, mentre l’ordinanza ingiunzione va annullata, essendo state le sanzioni amministrative correlate alla violazione in materia di previdenza abolite dalla predetta legge”.*

Avverso la sentenza d’appello, M.S. propone ricorso per cassazione – affidato ad un motivo principale ed a quattro motivi subordinati – al quale resiste L’INPS con controricorso.

L’INPS propone, a sua volta, separato ricorso – affidato a due motivi – al quale M.S. resiste con controricorso e contestualmente propone, parimenti in subordine, ricorso incidentale - affidato ad un motivo - al quale resiste l’INPS con controricorso.

M.S. ha presentato memoria.

DIRITTO – 1. Preliminarmente, va disposta la riunione dei ricorsi, in quanto proposti separatamente contro la stessa sentenza (art. 335 c.p.c.).

2. Con il primo motivo del proprio ricorso – denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (articolo 29 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341), nonché vizio di motivazione (articolo 360, n. 3 e 5. c.p.c.) – M.S. censura la sentenza impugnata per avere ritenuto dovuta la contribuzione, sulla *retribuzione minima* (di cui all’articolo 29 del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.),

durante i periodi di *sospensione consensuale* dei rapporti di lavoro con propri dipendenti sebbene i lavoratori non avessero diritto, durante gli stessi periodi, ad alcuna retribuzione.

Il primo motivo del ricorso di M.S. – ora in esame – risulta fondato.

L'accoglimento – che ne consegue – assorbe gli altri motivi dello stesso ricorso ed il ricorso incidentale di M.S. – in quanto espressamente proposti in subordine – nonché il ricorso dell'INPS, che – “supponendo il rigetto del motivo accolto – ne investe le pronunce consequenziali”.

3. Invero la disposizione (articolo 29, intitolato *Retribuzione minima imponibile nel settore edile*, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, misure dirette ad accelerare il completamento degli interventi pubblici e la realizzazione dei nuovi interventi nelle aree depresse, nonché disposizioni in materia di lavoro e di occupazione) che disciplina la dedotta fattispecie sancisce testualmente (al comma 1):

- “I datori di lavoro esercenti attività edile anche se in economia operanti sul territorio nazionale, individuati dai codici ISTAT 1991, dal 45.1 al 45.45.2, sono tenuti ad assolvere la contribuzione previdenziale ed assistenziale su di una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione, con esclusione delle assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili. Altri eventi potranno essere individuati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, sentite le organizzazioni sindacali predette. Restano ferme le disposizioni in materia di retribuzione imponibile dettate dall'articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni, in materia di minimali di retribuzione ai fini contributivi e quelle di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto- legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389. Nella retribuzione imponibile di cui a quest'ultima norma rientrano, secondo le misure previste dall'articolo 9 del decreto-legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° giugno 1991, n. 166, anche gli accantonamenti e le contribuzioni alle casse edili”.

Ne risulta, quindi, stabilito – con riferimento ai “datori di lavoro, esercenti attività edile anche se in economia operanti sul territorio nazionale, individuati dai codici ISTAT 1991, dal 45.1 al 45.45” – che “l'Importo della retribuzione, da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali, non può essere inferiore all'importo di quella che ai lavoratori sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dei relativi contratti integrativi territoriali di attuazione (c.d. “minimale contributivo”), (...), con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale” – come questa Corte ha già avuto occasione di affermare (vedine la sentenza n. 16873 dell'11 agosto 2005) – contestualmente elencando, altresì, “i casi, da considerarsi tassativi, in cui la suddetta regola del minimale è esclusa”, e delegando “l'individuazione di altri casi ad un decreto ministeriale (decreto ministeriale 16 dicembre

1996), che rinvia a sua volta alle previsioni dei contratti (collettivi)”, con la conseguenza che “stante il carattere tassativo delle eccezioni e il richiamo che il suddetto decreto effettua alla contrattazione collettiva, è onere del datore di lavoro – che invoca la ricorrenza di una deroga al minimale – indicare la disposizione contrattuale che la prevede”.

Esplicitamente fatte salve (“restano ferme”) risultano, poi, la nozione di retribuzione imponibile a fini contributivi (di cui all’articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153 e successive modificazioni) e la previsione di minimale contributivo (di cui all’articolo 1, comma 1, del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389).

Al pari della retribuzione imponibile a fini contributivi e del minimale contributivo – esplicitamente fatti salvi – la previsione, in esame, di minimale contributivo per il settore dell’edilizia (di cui all’articolo 29, comma 1, del decreto legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.) – che trova applicazione alla dedotta fattispecie – non costituisce, tuttavia, fonte di obbligazione retributiva autonoma, sia pure ai soli fini previdenziali, ma incide esclusivamente sulla misura della retribuzione – che il lavoratore riceve o, comunque, ha diritto di ricevere *in dipendenza del rapporto di lavoro* – per verificarne, agli stessi fini, il rispetto del *minimale di retribuzione imponibile* e, quindi, di *contribuzione*.

In altri termini, la retribuzione – che il lavoratore riceve o, comunque, ha diritto di ricevere *in dipendenza del rapporto di lavoro* – è presupposto indefettibile, in ogni caso, non solo ai fini della sua *qualificazione giuridica* – come *retribuzione imponibile a fini contributivi* (ai sensi dell’articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153 e successive modificazioni, cit.) – ma anche per *conformarne*, se necessario, la misura ai *minimali* (di cui all’articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341 ed all’articolo 1, comma 1, del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, cit.).

4. Infatti la *nozione di retribuzione imponibile a fini contributivi* (di cui all’articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, *Revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale*, e successive modificazioni) è più ampia rispetto alla nozione civilistica (art. 2099 e seguenti c.c.), di generale applicazione, della retribuzione – secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte vedine, per tutte (e sentenze n. 4563, 13065, 17136/2005, 14845, 15930, 21985/2004, 16060, 12505 (1), 9155/2003 (2), 15813/2002 (3), 4262/2001, 7552/99, 576/1990, n. 828 (4), 5004/1989, 61/87) – in quanto non comprende soltanto il corrispettivo della prestazione lavorativa, ma tutto ciò che il lavoratore “riceve” (così, testualmente, l’articolo 12 della legge n. 153/69, cit.) – oppure “ha

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1064.

(2) Idem, idem, p. 802.

(3) Idem, idem, p. 270.

(4) Idem, 1989, p. 934.

diritto di ricevere” (in tal senso, vedi, per tutte, Cass. n. 677 (5), 5547/93 (6), 1898/97 (7), 3630, 5002. 11148, 12122/99, 7951/2000 (8), nonché n. 4563, 13065, 17136/2005, 14845, 15930, 21985/2004, cit.) – dal datore di lavoro, in danaro o in natura, “*in dipendenza del rapporto di lavoro*”.

Dalla *retribuzione imponibile* – quale risulta dalla prospettata *nozione causale* (che ha sostituito la *nozione corrispettiva*, di cui alle disposizioni precedenti in materia) – sono escluse, tuttavia, soltanto le voci elencate espressamente, quanto tassativamente (dallo stesso art. 12, 2° comma, della legge n. 153/69, cit.), la cui esclusione esplicita, peraltro, implicitamente suppone – almeno in alcuni casi (quale quello del “rimborso spese”, di cui al n. 2 del citato elenco, che all’evidenza non ha natura corrispettiva) – e, perciò, conferma quell’ampia nozione.

La natura giuridica, poi, di ciascuna delle erogazioni del datore di lavoro – al fine della loro inclusione o meno nella *retribuzione imponibile a fini contributivi* – va accertata, in base alla funzione obiettiva ed alla disciplina concreta rispettiva, a prescindere, tra l’altro, dall’eventuale *autoqualificazione* delle parti, trattandosi di materia – previdenziale, appunto – che è sottratta alla loro disponibilità, essendo riservata alla legge (in tal senso, vedi, per tutte, Cass. n. 2991/85, nonché n. 4563, 13065, 17136/2005, 14845, 15930. 21985/2004, cit.).

Pertanto la *nozione*, in esame, di *retribuzione imponibile a fini contributivi* (di cui all’articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni, cit.) risulta, all’evidenza, funzionale alla *qualificazione giuridica* – come *retribuzione imponibile o meno*, a detti fini, appunto – soltanto di tutto ciò che il lavoratore riceva oppure abbia “*diritto di ricevere*”, dal datore di lavoro, in danaro o in natura, “*in dipendenza del rapporto di lavoro*”.

Alla stessa *retribuzione imponibile a fini contributivi*, poi, si applicano – per conformarne la misura – le previsioni di *minimali* (di cui all’articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341 – che qui interessa – ed all’articolo 1, comma 1, del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, cit.).

5. Infatti – componendo il contrasto di giurisprudenza insorto nell’ambito della sezione lavoro – le sezioni unite di questa Corte (sentenza n. 11199 del 2002) hanno enunciato il seguente principio di diritto:

“*L’importo della retribuzione, da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali, non può essere inferiore all’importo di quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (c.d. “minimale contributivo”), secondo il riferimento ad essi fatto (dall’art. 1 decreto legge 9 ottobre 1989 n. 338, convertito il legge 7 dicembre 1989 n. 389, Disposizioni urgenti in materia di evasione contributiva, di fiscalizzazione degli oneri sociali, di sgravi contributivi nel Mezzogiorno e di finanziamento dei patro-*

(5) Idem, 1993, p. 396.

(6) Idem, idem, p. 796.

(7) Idem, 2000, p. 60.

(8) Idem, idem, p. 1057.

nati) – con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale – senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 cost. (c.d. "minimo retributivo costituzionale"), che sono rilevanti solo quando a detti contratti si ricorre – con incidenza sul distinto rapporto di lavoro – ai fini della determinazione della giusta retribuzione".

Coerente con la costituzione (articoli 3, 24 e 39) risulta, poi, la prospettata imposizione di un "minimale contributivo" – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine la sentenza 20 luglio 1992, n. 342) – in quanto, da un lato, il "bilanciamento di interessi (può essere) assicurato dalla utilizzazione di contratti collettivi come modelli generali o parametri validi per la generalità dei datori di lavoro – il che è possibile anche allo stato della vigente legislazione e dell'indirizzo giurisprudenziale, secondo cui i detti contratti hanno natura di diritto privato – e, dall'altro, "una retribuzione (...) imponibile non inferiore a quella minima (è) necessaria per l'assolvimento degli oneri contributivi e per la realizzazione delle finalità assicurative e previdenziali (in quanto), se si dovesse prendere in considerazione una retribuzione imponibile inferiore, i contributi determinati in base ad essa risulterebbero tali da non poter in alcun modo soddisfare le suddette esigenze" (così, testualmente, Corte cost. n. 342 del 1992, cit.).

Ora il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite (sentenza n. 11199 del 2002, cit.) risulta condiviso dalla consolidata giurisprudenza successiva della sezione lavoro (vedine le sentenze n. 3494 (9), 3899, 7842, 7848, 7850, 8358, 11788, 14833, 16762, 19263/2003, 2733, 2843, 9761, 14845, 15930, 21985/2004, 4563, 13065, 17136/2005 (10)).

Coerente sviluppo dello stesso principio e della ratio ad esso sottesa – che lo *legittima*, per quanto si è detto, (anche) sul piano costituzionale – risulta, poi, la necessità che la *retribuzione* – parametro per il calcolo del *minimale contributivo* sia stabilita, in ogni caso, da un *contratto collettivo stipulato da associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*, con la conseguenza che – ove non sia stato stipulato un contratto siffatto, per il settore produttivo (ed, in genere, per la *categoria contrattuale*, peraltro *autodefinita* nel *regime post-corporativo*, ora vigente) di appartenenza del datore di lavoro interessato – deve farsi riferimento alla contrattazione collettiva, per un settore produttivo (ed, in genere, per una *categoria contrattuale*) *affine*, che può essere individuata dall'ente previdenziale, fatto salvo, tuttavia, l'onere – a carico del datore di lavoro – di allegare e provare l'esistenza di un contratto collettivo, a lui più favorevole, che riguardi un settore produttivo (ed, in genere, una *categoria contrattuale*) *maggiormente affine* (in tal senso, vedi Cass. n. 19308 del 2004).

Tuttavia la *retribuzione-parametro* per il calcolo del *minimale contributivo* suppone la *retribuzione-corrispettivo* – dovuta *in dipendenza del rapporto di lavoro* – e si limita ad elevarla, se inferiore, fino al raggiungimento del *minimale contributivo*, sia pure ai soli fini previdenziali.

6. A conclusioni non dissimili deve pervenirsi, tuttavia, anche con riferimento

(9) Idem, 2003, p. 538.

(10) Idem, idem, p. 1588.

al *minimale* (di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.) che trova applicazione – per quanto si è detto – nella dedotta fattispecie.

Con disposizione parimenti destinata ad operare soltanto sul piano previdenziale, in funzione della medesima ratio di “assicurare la necessaria provvista e garantire così l'equilibrio finanziario della gestione” (così, testualmente, Cass. n. 16873/2005, cit.) ne risulta imposta, infatti, una *retribuzione-parametro* – da assumere a base di calcolo della contribuzione – non inferiore alla “retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione”.

Ne risultano espressamente escluse, tuttavia, le assenze dal lavoro per uno dei motivi individuati – tassativamente (in tal senso, vedi Cass. n. 16873/2005, cit.) – dalla stessa legge (*malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili*) oppure – su delega della legge – da decreto ministeriale (quali: *permessi non retribuiti, ferie collettive, frequenza di corsi professionali*).

Pertanto – quale che sia l'orario di lavoro, effettivamente osservato nel caso concreto – la contribuzione deve essere commisurata alla retribuzione dovuta per l'orario normale, stabilito dai *contratti collettivi nazionali* – stipulati dagli agenti contrattuali, contestualmente individuati (*organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*) – oppure dai *relativi contratti integrativi territoriali di attuazione*.

Le prospettate ipotesi di *esclusione* – dal *minimale*, previsto contestualmente – incidono, poi, soltanto sull'importo del *minimale* stesso.

Ne risulta, quindi, una *retribuzione-parametro* – da assumere a base di calcolo del *minimale contributivo* – che può essere, all'evidenza, superiore rispetto alla *retribuzione-corrispettivo*, dovuta, nello stesso caso concreto, quale compenso della prestazione resa durante l'orario effettivamente osservato ove questo sia, in ipotesi, inferiore rispetto all'orario normale, stabilito, appunto, dai *contratti collettivi nazionali* – stipulati dagli agenti contrattuali, contestualmente previsti (*organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*) – oppure dai *relativi contratti integrativi territoriali di attuazione*.

7. Coerentemente, lo stesso *minimale contributivo* (di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.) non trova applicazione nelle ipotesi in cui non sia dovuta – in dipendenza del rapporto di lavoro – alcuna prestazione lavorativa, né alcuna *retribuzione-corrispettivo*.

All'evidenza, non si tratta delle ipotesi di *esclusione* dal prospettato orario normale contrattuale (*assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili*, nonché per altri motivi indivi-

duati da decreto ministeriale, appunto), che incidono – per quanto si è detto – soltanto sull'importo del *minimale*, previsto contestualmente.

Si tratta, invece, di ipotesi affatto diverse – che esulano, quindi, dalla elencazione tassativa degli stessi *casi di esclusione* dal prospettato *orario normale contrattuale* – nelle quali, sia pure temporaneamente, non sorge – *in dipendenza del rapporto di lavoro*, appunto – né l'obbligazione di prestare lavoro, né l'obbligazione di corrispondere la retribuzione.

In tali ipotesi, non può sorgere, quindi, alcun problema circa la qualificazione giuridica della inesistente *retribuzione-corrispettivo* – come *retribuzione imponibile a fini contributivi* o meno, appunto – né circa la *conformazione* – che ne consegue – della stessa retribuzione al *minimale* (di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.).

È, proprio, questo il caso – che ricorre nella specie – della *sospensione consensuale* del rapporto di lavoro.

8. Nell'ipotesi di *sospensione consensuale* del rapporto di lavoro, infatti, il lavoratore non ha *diritto di ricevere* alcuna retribuzione – *in dipendenza del rapporto di lavoro* – né obbligo di prestare la propria opera – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, la sentenza n. 2334/91 (11) delle sezioni unite – che configura detta *sospensione*, appunto, con riferimento agli *intervalli non lavorati* tra rapporti di lavoro con apposizione del termine affetta da nullità – nonché la giurisprudenza successiva, sostanzialmente conforme: sentenze n. 14381/2002 delle stesse sezioni unite, n. 8734, 15331/2004, 8352, 4051, 11699/2003, 9962, 17524/2002, 12697/2001, 5821, 10782, 14882/2000, 5932/1998, 9278/95 ed altre della sezione lavoro; vedine altresì, le sentenze n. 1761/2001 (12), 3436, 3437, 3438, 3693/1990 parimenti della sezione lavoro) esulando, in tale ipotesi, il *sinallagma genetico* (in tal senso, vedi la sentenza n. 2334/91 delle sezioni unite, cit.) – non già soltanto il *sinallagma funzionale* – tra la prestazione e la controprestazione prospettate (lavorativa, appunto, e retributiva), che formano oggetto delle obbligazioni principati, derivanti, appunto, dal rapporto di lavoro e, come questo, temporaneamente sospese.

Coerentemente esula, nella stessa ipotesi (di *sospensione consensuale* del rapporto di lavoro, appunto), qualsiasi retribuzione, per la quale risulti possibile – previa qualificazione giuridica, come *retribuzione imponibile a fini contributivi* – la *conformazione* al *minimale* (di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.).

Affatto diverse – anche sotto questo profilo – risultano, quindi, le ipotesi che – per quanto si è detto – sono esplicitamente escluse (ai sensi dello stesso articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.) dall'*orario contrattuale normale* prospettato, in funzione del *minimale contributivo* previsto contestualmente (assenze per *malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa*

(11) Idem, 1991, p. 424.

(12) Idem, 2001, p. 1071.

integrazione guadagni, di altri eventi indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili, nonché per altri motivi individuati da decreto ministeriale).

In tali ipotesi, infatti, restano, bensì, dovute – *in dipendenza del rapporto di lavoro* – sia la prestazione lavorativa, sia la *retribuzione-corrispettivo*, ma esula, tuttavia, il reciproco *sinallagma funzionale*, non già *genetico* (in tal senso, vedi la sentenza n. 2334/91 delle sezioni unite, cit.) – in dipendenza della sospensione temporanea della prestazione lavorativa – pur essendo, talora prevista, da legge o da contratto, la corresponsione della *retribuzione corrispettivo* oppure *altra fonte di reddito sostitutiva* (quali indennità di malattia o infortunio, integrazioni salariali).

Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata – laddove ritiene dovuto il *minimale contributivo* (di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto-legge 23 giugno 1995, n. 244, convertito in legge 8 agosto 1995, n. 341, cit.), per il periodo di *sospensione consensuale* del rapporto di lavoro, intercorso tra l'attuale ricorrente M.S. ed alcuni dipendenti – merita, quindi, le censure che le vengono mosse con il primo motivo di ricorso dello stesso S.

Tanto basta per accogliere tale motivo di ricorso e per dichiarare assorbite – per quanto si è detto – tutte le altre censure, che sono state mosse – da entrambe le parti – alla sentenza impugnata.

9. Previa riunione dei ricorsi, deve essere, quindi, accolto il primo motivo del ricorso di M.S., mentre vanno dichiarati assorbiti gli altri motivi dello stesso ricorso ed il ricorso incidentale di M.S., nonché il ricorso dell'INPS.

Di conseguenza, la sentenza impugnata va cassata senza rinvio (ai sensi dell'articolo 384, 1° comma, ultimo periodo), in relazione al motivo di ricorso accolto, in quanto la causa può essere decisa nel merito, sulla base del principio di diritto enunciato senza che siano necessari all'uopo accertamenti di fatto ulteriori accogliendo le opposizioni di M.S. a decreti ingiuntivi e ad ordinanza-ingiunzione e, per l'effetto, revocando i decreti ingiuntivi opposti ed annullando l'ordinanza-ingiunzione parimenti opposta.

Sussistono *giusti motivi* (articolo 92 c.p.c.), tuttavia, per compensare integralmente tra le parti le spese dell'intero processo (articolo 385, 2° comma, c.p.c.).

(Omissis)

CORTE DI APPELLO

Sezioni Civili

Contributi - Ramo edile - Contribuzione cd. virtuale - Derogabilità oltre i casi tassativamente previsti *ex lege* - Inammissibilità.

Corte di Appello di Ancona - 09.12.2005/03.01.2006 n. 619/05 - Pres. Taglienti - Rel. Bandini - INPS (Avv.ti Augelletta, Luzi) - Genius s.r.l. (Avv.ti Costantini, Gambitta).

È principio di diritto acquisito quello per cui, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge o regolamentare sia sufficiente ad individuare il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non debba ricorrere a criteri ermeneutici sussidiari: l'art. 29, comma 1, del d.l. n. 244/1995 (convertito in l. n. 341/1995), nonché il conseguente d.m. 16.12.1996, individuano senza possibilità di estensione i casi in cui, in edilizia, venga meno l'obbligo di raggugliare la contribuzione ad un numero comunque non inferiore all'orario di lavoro stabilito dal CCNL di settore.

FATTO – Con ricorso depositato in data 25.1.2001 avanti al Tribunale di Pesaro – Giudice del Lavoro la Genius s.r.l. propose opposizione avverso la cartella esattoriale n. 082 2000 00244568 65 della Serit s.p.a., notificata il 19.12.2000, relativamente al credito (lire 26.438.730) vantato dall'Inail per omissioni contributive.

Con successivo ricorso depositato in data 7.3.2001 avanti al Tribunale di Pesaro – Giudice del Lavoro la Genius s.r.l. propose opposizione avverso la cartella esattoriale n. 082 2000 00303362 83 della Serit s.p.a., notificata il 1.2.2001, relativamente al credito (lire 256.363.468) vantato dall'Inps per omissioni contributive e sanzioni. Entrambe le pretese di cui alle cartelle esattoriali opposte avevano tratto origine da un verbale di accertamento dell'Inps, in data 26.11.1997, con il quale era stato contestato che:

1. la Società, esercente attività edile, aveva versato i contributi, nel periodo dall'1.7.1995 al 30.6.1997, in misura inferiore al dovuto, perché, in violazione dell'art. 29 di n. 244/95, aveva commisurato le retribuzioni imponibili dei dipendenti ad un numero di ore settimanali inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dal contratto collettivo di categoria;

2. la Società non aveva assoggettato a contribuzione le maggiori retribuzioni erogate al dipendente C. G. per le mansioni di capo cantiere svolte dal 17.4.1996 al 31.3.1997 e le maggiori retribuzioni spettanti al suddetto e agli altri dipendenti, elencati nell'allegato prospetto B, per prestazioni di lavoro straordinario effettuate dal 17.4.1996 al 31.3.1997;

3. la Società aveva indebitamente conguagliato la somma di lire 4.647.000 per prestazioni di CIG nel periodo dall'1.3.1996 al 30.9.1997 riferite ai dipendenti elencati nell'allegato prospetto B;

4. la Società aveva indebitamente conguagliato, in relazione alle omissioni di cui ai punti 1 e 2, la somma di lire 1.757.000, relativa ai benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali e della riduzione contributiva prevista dall'art. 29, comma 2 di n. 244/95, che venivano revocati.

L'Inail e l'Inps si costituirono nei rispettivi procedimenti, resistendo all'opposizione.

La Serit s.p.a. non si costituì.

A seguito di istanza dell'Inps venne disposta la chiamata in causa dei lavoratori interessati, CG, PV, BC, CG, LG, MF, VF, PT, FA, ME e TB, che non si costituirono.

Infine il Tribunale di Pesaro – Giudice del Lavoro, previa riunione dei procedimenti, con sentenza non definitiva in data 13.2 - 1.3.2004, osservato che:

i fatti contestati dall'Inps dovevano ritenersi pienamente provati;

in ordine alla contestazione di avvenuto versamento di contributi in misura inferiore al dovuto in violazione dell'art. 29 di n. 244/95, le assenze dei lavoratori C. e B. non potevano considerarsi rilevanti, ancorché, secondo l'Inps, non fossero sempre adeguatamente documentate e giustificate da una certificazione di malattia, perché la norma anzidetta dovrebbe essere letta “nel senso di non gravare le imprese edili di contribuzioni calcolate su una prestazione lavorativa virtuale ma invece sulla base di una prestazione lavorativa prestata effettivamente a favore della azienda”, ciò ritenuto:

- annullò le cartelle esattoriali opposte “relativamente alla ingiunzione di somme per contributi e sanzioni con riguardo alle posizioni CG e BC”;

- rigettò il ricorso relativamente alle pretese contributive e alle sanzioni con riguardo alla posizione di CG, PV, BC, LG, MF, VF, PT e FA;

- confermò le sanzioni relative al minor versamento di contributi per intervento CIG;

- dispose il ricalcolo della fiscalizzazione in ragione di quanto sopra;

- dispose la liquidazione delle spese processuali al momento della rideterminazione del quantum.

Avverso l'anzidetta sentenza, notificata l'11.5.2004, l'Inps, con ricorso depositato in data 10.6.2004, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno l'erroneità dell'interpretazione data dal primo Giudice alla normativa di riferimento, essendo state arbitrariamente ampliate le ipotesi per le quali le imprese edili sono autorizzate a non applicare le regole della cosiddetta contribuzione virtuale.

La Genius s.r.l. si è costituita in giudizio resistendo al gravame.

Con ordinanza in data 23.9.2005 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di BC e di CG.

Radicatisi il contraddittorio, i predetti non si sono costituiti e ne è stata dichiarata la contumacia.

La Marcheriscossioni s.p.a. (già Serit s.p.a.) non si è costituita e ne è stata dichiarata la contumacia.

Con ricorso depositato il 25.2.2005 anche l'Inail ha proposto appello avverso l'anzidetta sentenza, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno l'erroneità dell'interpretazione data dal primo Giudice alla normativa di riferimento.

La Genius s.r.l. si è costituita in giudizio resistendo al gravame.

Con ordinanza in data 23.9.2005 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di BC e di CG.

Radicatesi il contraddittorio, i predetti non si sono costituiti e ne è stata dichiarata la contumacia.

La Marcheriscossioni s.p.a. (già Serit s.p.a.) non si è costituita e ne è stata dichiarata la contumacia.

Previa riunione dei procedimenti, le cause riunite sono state decise sulle conclusioni delle parti 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.

Va inoltre rilevato che la sentenza impugnata è stata notificata in data 11.5.2004 all'avv. Riccardo Breschi, quale procuratore dell'Inail, a mani dell'impiiegato incaricato a ricevere le notificazioni.

Benché il nome dell'avv. Breschi risulti indicato nell'intestazione della sentenza impugnata, l'Inail, nel giudizio di primo grado, è stata in giudizio a ministero dell'avv. Vittorio Ceccarini (cfr. la relativa comparsa di costituzione); ne, in difetto di sua successiva formale costituzione in giudizio, può ritenersi che l'avv. Breschi, per avere partecipato alle udienze, sia subentrato all'avv. Ceccarini (o, comunque, che lo abbia affiancato) nella rappresentanza dell'Istituto. Trovando applicazione il combinato disposto degli artt. 285 e 170, comma 1, epe, la notificazione della sentenza, al fine della decorrenza del termine per l'impugnazione, avrebbe dovuto essere effettuata al difensore costituito avv. Ceccarini. La notifica effettuata a diverso difensore risulta quindi viziata e, come tale, inidonea a far decorrere il termine breve per l'impugnazione, dovendosi altresì rilevare che, stante l'inequivoca disposizione dell'art. 285 epe, non può ritenersi sufficiente, per la decorrenza di detto termine, che la notifica abbia consentito alla parte di venire a conoscenza dell'atto.

Poiché peraltro l'Inail ha proposto appello entro il termine di un anno dal deposito della sentenza, il gravame deve ritenersi tempestivo ed ammissibile e deve quindi disattendersi l'eccezione formulata al riguardo dalla difesa della Genius s.r.l..

2. L'art. 29, comma 1, di n. 244/95, convenite in legge n. 341/95, per quanto qui di rilievo prevede che "I datori di lavoro esercenti attività edile anche se in economia operanti sul territorio nazionale, sono tenuti ad assolvere la contribuzione previdenziale ed assistenziale su di una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione, con esclusione delle assenze per malattia, infortuni, scioperi, sospensione o riduzione dell'attività lavorativa, con intervento della cassa integrazione guadagni, di altri even-

ti indennizzati e degli eventi per i quali il trattamento economico è assolto mediante accantonamento presso le casse edili. Altri eventi potranno essere individuati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, sentite le organizzazioni sindacali predette.....”.

Il dm 16.12.1996, emanato in attuazione della norma anzidetta, individua a sua volta i seguenti ulteriori eventi:

- 1) permessi individuali non retribuiti nel limite massimo di 40 ore annue;
- 2) eventuali anticipazioni effettuate dal datore di lavoro di somme corrispondenti agli importi della cassa integrazione guadagni per i periodi per i quali è stata richiesta ed in pendenza di istanza di concessione;
- 3) periodi di assenza dal lavoro per ferie collettive, per i lavoratori che non le hanno maturate;
- 4) periodi di assenza per la frequenza di corsi di formazione professionale non retribuiti dal datore di lavoro e svolti presso gli Enti scuola edili, anche se indennizzati dagli Enti medesimi.

La Genius s.r.l. ha inoltre invocato, già in primo grado, la circolare Inps n. 296/95, laddove, in particolare, richiama le cause “legalmente previste” in presenza delle quali non si determina l’obbligo di contribuzione (sono citate al riguardo l’aspettativa per servizio militare, per ricoprire cariche sindacali o funzioni elettive, i permessi sindacali non retribuiti, le assenze per malattia del bambino fino a tre anni di età, l’aspettativa in base alle norme per i tossicodipendenti) e prevede poi che “...non si fa luogo al versamento di contribuzione virtuale in caso di sospensione significativa ed oggettivamente rilevabile del rapporto di lavoro derivante da previsione contrattuale o da fatti impeditivi della prestazione lavorativa inequivocabilmente comprovabili”.

La stessa circolare, peraltro, specifica testualmente quali siano dette fattispecie: aspettative per motivi privati previsti dal contratto collettivo; giorni di assenza ingiustificata con perdita della retribuzione sanzionata secondo le procedure di legge e della contrattazione collettiva e giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione derivanti da provvedimenti disciplinari; giorni non retribuiti causa la mancata prestazione lavorativa dovuta a provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati dall’Autorità giudiziaria.

Il primo Giudice, a fronte del rilievo dell’Inps secondo cui le assenze dei lavoratori C. e B., così come specificate nel ricorso introduttivo, non erano previste dalla normativa anzidetta (cfr. la memoria difensiva di primo grado dell’Istituto), ha ritenuto che lo spirito della norma sia “quello di introdurre dei benefici contributivi, a fronte di un minor numero di ore retribuite di lavoro effettivo, piuttosto che quello di limitare i benefici a dei casi tassativi”, cosicché “l’art. 29 dovrebbe essere letto nel senso di non gravare le imprese edili di contribuzioni calcolate su una prestazione lavorativa virtuale ma invece sulla base di una prestazione lavorativa prestata effettivamente a favore della azienda”, osservando altresì che una “diversa interpretazione vanificherebbe lo spirito della norma che perderebbe in tal modo la sua funzione di agevolare le aree depresse e favorire il lavoro e la occupazione”.

Secondo la Genius s.r.l., inoltre, non potrebbe ritenersi che, al di fuori dei casi elencati dalla norma, non possano esservi eccezioni alla regola del minimale contributivo, bensì semplicemente un’inversione dell’onere probatorio, essendo a cari-

co del datore di lavoro la dimostrazione dell'effettiva esistenza di fatti o circostanze impeditive della prestazione lavorativa e non essendo peraltro necessario che detta prova debba essere data in forma documentale.

Osserva la Corte che, secondo il disposto dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, nell'applicare la legge non può esserle attribuito "altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore".

Secondo il condiviso insegnamento della giurisprudenza di legittimità, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge o regolamentare sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessione portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della "mens legis", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore; soltanto qualora la lettera della norma medesima risulti ambigua (e si appalesi altresì infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, sì che il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa (cfr. Cass., n. 5128/2001).

Nel caso che ne occupa l'interpretazione letterale dell'art. 29 di n. 244/1995 non lascia adito a possibili dubbi, essendo stato prima enunciato il principio generale di assolvimento della contribuzione previdenziale ed assistenziale su di una retribuzione commisurata ad un numero di ore settimanali non inferiore all'orario di lavoro normale (quale stabilito dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale e dai relativi contratti integrativi territoriali di attuazione) e previsto poi le relative eccezioni ("con esclusione"), individuate dalla stessa norma o dalla contemplata normativa secondaria.

Ne consegue che gli eventi in presenza dei quali non trova applicazione il generale criterio di assolvimento degli obblighi contributivi sono soltanto quelli previsti dalla legge medesima o dalla normazione secondaria.

Il ricorso ad una pretesa ratio legis che consentirebbe di estendere ad altre ipotesi la non applicazione della cosiddetta contribuzione virtuale non può dunque ritenersi consentito nella fattispecie, tanto meno quando con ciò si verrebbe addirittura a stravolgere la portata del precetto legislativo, finendo per commisurare l'obbligazione contributiva alle prestazioni lavorative effettivamente rese anche se per numero di ore inferiore all'orario di lavoro normale.

Corollario di quanto teste osservato è che neppure potrebbero essere prese in considerazione eventuali diverse ipotesi di esclusione previste da altre fonti normative secondarie, quali le circolari Inps, che, in parte qua, andrebbero senz'altro disapplicate siccome contra legem.

Nel caso all'esame la Genius s.r.l., con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ha specificato che:

- CG, a causa dell'età avanzata e delle precarie condizioni di salute, si assentava di frequente, anche per lunghi periodi, non sempre producendo una certificazione di malattia, riconoscendo con ciò la formale mancata giustificazione delle assenze;

- BC, avendo il padre affetto da malattia terminale ricoverato in un ospedale belga, si assentava frequentemente, con partenze improvvise e permanenze, in Belgio, anche lunghe e, comunque, non programmabili.

Il teste F. ha dichiarato di non sapere che malattia avesse il C. e di essere unicamente a conoscenza del fatto che "anche per lunghi periodi non era presente al lavoro"; ha altresì riferito di avere saputo che il B., "avendo il padre molto malato e ricoverato in Belgio, era partito lasciando il lavoro per un lungo periodo e non si sapeva quando sarebbe tornato".

Il teste V. ha dichiarato che il C., "risentendo degli ambienti polverosi, si assentava di frequente dal lavoro" e che il B. stava assente dal lavoro "15 gg, un mese o anche di più per assistere il padre malato in Belgio" e che "Talvolta non era in grado di avvisare prima dell'assenza".

È di piana evidenza che le ragioni addotte a spiegazione delle assenze dei lavoratori anzidetti (per quanto, relativamente al C., non comprovate da certificazione di malattia) non sono ricomprese fra gli eventi comportanti l'esclusione dall'applicazione della cosiddetta contribuzione virtuale quali previsti dall'art 29 di n. 244/95 e dalla normativa secondaria ivi contemplata.

3. Ne consegue, anzitutto, la fondatezza del gravame dell'Inps, in riferimento al quale devono riconoscersi dovuti, anche in relazione alle posizioni dei lavoratori CG e BC, gli importi per contributi iscritti a ruolo per le omissioni indicate al punto 1 del verbale di accertamento ispettivo Inps del 26.11.1997, nonché, relativamente a tali omissioni, quelli iscritti a ruolo per indebito conguaglio dei benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali e della riduzione contributiva prevista dall'art. 29, comma 2 di n. 244/95.

4. Quanto all'appello dell'Inail, per il quale comunque valgono le considerazioni in fatto e in diritto sopra svolte, devono essere altresì esaminate le specifiche eccezioni riproposte in questo grado dalla Genius s.r.l. e sulle quali il primo Giudice non si è esplicitamente pronunciato (onde l'Istituto non era tenuto a svolgere appello incidentale al riguardo, spettando piuttosto all'appellata Genius s.r.l., vittoriosa in prime cure, riproporre a pena di decadenza tali eccezioni).

4.1 Quella relativa alla pretesa inapplicabilità ai premi assicurativi Inail della disciplina sulla retribuzione imponibile minima in edilizia non ha fondamento, poiché detti premi assicurativi hanno natura previdenziale e, pertanto, rientrano nell'ambito della contribuzione previdenziale prevista dall'art. 29, comma 1, di n. 244/95 convertito in legge n. 341/95 (lo stesso art. 29, al comma 2, contempla del resto espressamente anche l'Inail fra gli Enti a cui sono dovute le "contribuzioni previdenziali ed assistenziali diverse da quelle di pertinenza del fondo pensioni lavoratori dipendenti").

4.2 La cartella opposta indica come anno di riferimento il 1995, benché l'Inail abbia chiarito con la sua memoria di costituzione di primo grado che il periodo rela-

tivo alle omissioni contributive non riguarda solo tale anno, bensì un periodo intercorrente tra l'1.7.1995 e il 30.6.1997.

Tale irregolarità formale non si traduce tuttavia in un vizio radicale della cartella opposta, poiché la stessa contiene altresì l'indicazione, sotto la colonna "estremi dell'atto", del n. 0007628135, lo stesso (corrispondente alla posizione assicurativa) che contraddistingue anche le 4 comunicazioni inviate dall'Inail alla Genius s.r.l. e prodotte dall'Istituto in prime cure, in tre delle quali sono indicate le retribuzioni presunte relative rispettivamente ai periodi contributivi dall'1.1 al 31.12.1995, dall'1.1 al 31.12.1996 e dall'1.1 al 31.12.1997, mentre nella quarta, alla riga "importo dovuto per periodi non indicati sopra" è indicata la cifra (da intendersi in lire) di 26.438.721, sostanzialmente corrispondente all'importo di lire 26.438.730 richiesto con la cartella impugnata; deve quindi ritenersi che, in base al complesso dei dati identificativi della cartella, – la contribuente fosse in grado di rendersi conto delle ragioni della pretesa anche con riferimento al quantum.

Anche l'eccezione in parola deve quindi essere disattesa.

4.3 La Genius s.r.l. ha infine riproposto l'eccezione di prescrizione quinquennale del credito vantato.

La cartella esattoriale opposta è stata notificata il 19.12.2000; è quindi di piana evidenza che a tale data il termine prescrizionale non era ancora decorso per le pretese relative agli anni 1996 e 1997; stante l'effetto interruttivo della notifica della cartella, deve perciò senz'altro escludersi che la pretesa creditizia afferente a tali periodi sia prescritta.

Ad analoghe conclusioni deve peraltro pervenirsi anche per le pretese inerenti al 1995; infatti, se è vero che in base all'art. 28 dpr n. 1124/65 il pagamento dei contributi è effettuato anticipatamente (cfr. il comma 1), va anche considerato che il datore di lavoro deve comunicare all'istituto assicuratore, nel termine di trenta giorni successivi alla scadenza del periodo assicurativo, l'ammontare delle retribuzioni effettivamente pagate durante detto periodo (comma 4), calcolando la regolazione del premio alla scadenza del periodo assicurativo in base alle retribuzioni effettivamente corrisposte durante l'anno (comma 5); a sua volta l'Inail, secondo quanto previsto al comma 8, in caso di mancato invio della dichiarazione delle retribuzioni entro i termini di cui al comma 4, può o procedere direttamente all'accertamento delle retribuzioni, addebitando al datore di lavoro le spese sostenute per l'accertamento stesso, o effettuare la liquidazione del premio dovuto, sia per la regolazione sia per la rata anticipata, in base al doppio delle retribuzioni presunte dell'ultimo periodo assicurativo.

Dal complesso di tali disposizioni discende che è con lo spirare del termine previsto per la comunicazione dell'ammontare delle retribuzioni effettivamente pagate che vengono definiti la base imponibile e, quindi, l'esatto ammontare dei contributi dovuti (salvi ovviamente i controlli che l'Istituto può disporre, anche nel corso del periodo assicurativo); da tale data, in relazione al disposto dell'art. 2935 cc, deve quindi ritenersi che decorra il termine di prescrizione.

Dunque, per i contributi afferenti al 1995, tale termine iniziale va individuato (in difetto di prova della eventualmente diversa data di invio della dichiarazione da parte della Genius s.r.l.) nel 30 gennaio 1996; ne consegue che, anche per tali contributi, la prescrizione non si era ancora compiuta al momento della notificazione della cartella opposta, venendo quindi interrotta con tale atto.

Ferme le considerazioni che precedono, di per sé esaustive, deve comunque osservarsi, per completezza di motivazione, che con la nota datata 19.3.1999, inviata all'Inail dalla Genius s.r.l. (la sottoscrizione, non disconosciuta, è apposta in corrispondenza dell'indicazione della Società ed a quest'ultima il contenuto della nota è quindi direttamente riferibile) e prodotta in prime cure dall'Istituto, venne richiesta la sospensione, in attesa dell'esito della memoria difensiva presentata all'Inps, della "...Vs richieste di premio redatta 17/2/99 a seguito verbale di accertamento Inps"; deve quindi desumersi che, alla predetta data, l'Inail avesse richiesto il pagamento dei contributi di che trattasi, con conseguente effetto interruttivo della prescrizione.

4.4 Conseguie, pertanto, che anche il gravame proposto dall'Inail deve essere accolto.

5. Con la sentenza impugnata le opposizioni sono state accolte soltanto con riferimento alle posizioni dei lavoratori CG e BC, con reiezione del ricorso relativamente alle pretese contributive afferenti agli altri lavoratori; la Genius s.r.l., d'altra parte, non ha svolto appello incidentale avverso i capi della sentenza di prime cure a lei sfavorevoli.

Pertanto l'accoglimento degli appelli comporta anche il venir meno dell'esigenza del ricalcolo della fiscalizzazione e dell'annullamento delle cartelle esattoriali opposte; deve quindi pronunciarsi, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, la reiezione delle opposizioni svolte con i ricorsi introduttivi del giudizio.

6. Trattandosi di gravi avverso sentenza non definitiva, deve procedersi alla liquidazione delle spese limitatamente a quelle afferenti al presente grado di giudizio.

Seguendo il criterio della soccombenza, la Genius s.r.l. deve rifondere agli appellanti Inps e Inail dette spese, liquidate come in dispositivo.

Non è luogo invece a provvedere sulle spese di lite afferenti al presente grado di giudizio in ordine alle altre parti, attesa la loro mancata costituzione.

(Omissis)

Contributi - Cartella di pagamento - Opposizione - Termine - Perentorietà.

Corte di Appello di Ancona - 25.11/06.12.2005 n. 593, Pres. Rel. Taglienti - SMA s.p.a. (Avv. Cinelli) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Vittori).

// termine previsto dall'art. 24 del D.lgs. n. 46/1999 per l'opposizione alla cartella di pagamento deve ritenersi perentorio.

FATTO – 1. Ricorreva al Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ancona la SMAFIN. Srl., in persona del procuratore speciale e legale rappresentante dott. E. T., con atto depositato il 5.9.2001.

1.1 Impugnava la cartella di pagamento, notificata alla Dharma Cannella Srl. il 10.7.2001 e relativa ad iscrizione a ruolo eseguita nei confronti di quest'ultima società per l'importo di £. 16.438.051, quale recupero contributivo da parte dell'INPS. per un'asseritamente indebita fiscalizzazione degli oneri sociali riguardanti contratti di formazione e lavoro.

1.2 Deduceva in via preliminare:

- l'illegittimità del ruolo e della cartella perché emessi nei confronti di un soggetto giuridico non più esistente, quale la Srl. Dharma Cannella, incorporata nella Srl. SMAFIN;

- la nullità della cartella medesima, in quanto formata da un concessionario incompetente per territorio, quale quello di Ancona – poiché essa opponente aveva sede in Rozzano (MI) –, ed altresì priva di firma dello stesso, nonché di idonea motivazione.

1.3 Nel merito sosteneva l'infondatezza della pretesa e l'illegittimità della norma di cui all'art. 68, comma 5, L. n° 388/2000 su cui essa si fondava, nella parte in cui, in via retroattiva, disponeva la sottrazione alla fiscalizzazione degli oneri sociali dei contratti di formazione, con palese lesione del principio costituzionale di eguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione, del principio di non retroattività delle disposizioni tributarie nel momento in cui vadano a gravare il soggetto per una capacità contributiva non più esistente al momento dell'imposizione (art. 53 Così), nonché del principio della libertà dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

1.4 Notificava il ricorso, nonché all'Istituto, alla SpA. ANCONA TRIBUTI, concessionaria per la riscossione che aveva emesso la cartella.

2. L'INPS., nel costituirsi, concludeva chiedendo:

- l'inammissibilità dell'opposizione, per essere stata proposta oltre il termine di quaranta giorni, previsto dall'art. 24 D.L.vo n° 46/1999, dalla notifica dell'atto impugnato;

- comunque il suo rigetto nel merito, anche perché la questione di illegittimità dell'art. 68, comma 5°, L. n° 388/2000 era stata di recente disattesa dalla Corte Costituzionale.

3. Si costituiva altresì l'ANCONA TRIBUTI SpA., allegando che ogni pretesa nullità sollevata *ex adverso* doveva ritenersi sanata *ex art.* 156 CPC. dalla costituzione della ricorrente.

4. Con sentenza emessa il 19.11.2003 e depositata il 19.12 seguente il Tribunale, ritenuta la perentorietà del termine di opposizione non rispettato dalla ricorrente, dichiarava inammissibile il ricorso da questa proposto, con addebito alla medesima delle spese nei confronti dell'Istituto.

Dichiarava invece non dovute le spese verso l'ANCONA TRIBUTI SpA., che si era costituita senza avanzare alcuna richiesta in ordine al merito della controversia.

5. Avverso tale decisione, notificata il 2.7.2004, ha interposto rituale appello dinanzi a questa Corte la SpA. SMA (già SMAFIN Srl.), in persona del procuratore e legale rappresentante Daniele Genovali.

5.1 Ha sostenuto che, in difetto di esplicite indicazioni testuali – non contenute nella norma in argomento, né nella legge delega (art. 1 L. n° 337/1998) –, non poteva ritenersi la natura perentoria del termine di quaranta giorni dalla notifica

della cartella, indicato dall'art. 24, comma 5°, D.L.vo n° 46/1999 per la proposizione dell'opposizione avverso l'iscrizione a ruolo.

Del resto, a dire dell'appellante, non avrebbe senso ritenere che, trascorso il termine detto, divenga *“incontestabile l'accertamento [titolo alla iscrizione a ruolo] dal punto di vista sostanziale”*, quando l'art. 29 del medesimo D.L.vo n° 46/1999 esclude che, nella specifica materia, valgano le limitazioni alla proposizione delle opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi stabilite in ambito fiscale, con ciò consentendo' la proposizione incondizionata dei rimedi previsti dagli artt. 615 e 617 CPC.

“Inoltre – prosegue l'appellante – sarebbe assolutamente contraddittorio consentire sempre l'opposizione alla esecuzione di merito (...) e precludere, fuori dai limiti di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, l'accertamento negativo della pretesa posta a fondamento della iscrizione a ruolo, a prescindere dalla prosecuzione e dal compimento del procedimento di riscossione fondato sulla iscrizione a ruolo”.

Le esposte considerazioni consentirebbero, ad avviso della difesa appellante, *“d'inquadrare correttamente la opposizione di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999, come sintesi delle possibili azioni esperibili contro l'iscrizione a ruolo (azione di accertamento negativo, opposizione alla esecuzione ed agli atti esecutivi), con l'estensione dell'ordinario termine per proporre opposizione agli atti esecutivi sino a quaranta giorni, stanti le peculiarità del procedimento al quale va rapportata e nel quale la conoscenza della iscrizione a ruolo da parte del contribuente, e dunque, ... della formazione del titolo esecutivo è rinviata al momento della notifica della cartella di pagamento”*.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui dovesse essere ritenuta la natura perentoria del termine in argomento, *“il giudice adito non si sarebbe potuto esimere dall'esaminare la domanda limitatamente all'accertamento negativo del credito e quale mezzo idoneo a garantire la tutela di cui all'art. 615 CPC., almeno relativamente al merito ed alle eccezioni pregiudiziali attinenti alla stessa esistenza del titolo esecutivo (formazione dello stesso nei confronti di soggetto inesistente, da parte di concessionario incompetente, senza la sottoscrizione del competente funzionario ed adeguata motivazione)”*.

5.2 Ha quindi specificamente riproposto, vuoi le cennate eccezioni pregiudiziali, vuoi la doglianza di merito, con richiesta di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per la soluzione del quesito relativo alla legittimità dell'art. 68, comma 5°, L. n° 388/2000, alla stregua degli indicati parametri.

5.3 In estremo subordine ha invocato la determinazione delle somme aggiuntive nella misura minima di legge, *“di cui all'art. 1, comma 218, o, in subordine, comma 217, lett. a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662, come richiamate dall'art. 116, comma 18, della legge n. 3238 del 2000 ...”*.

6. L'INPS. si è costituito resistendo al gravame sotto ogni profilo.

7. L'ANCONA TRIBUTI SpA. è rimasta contumace.

8. La causa è stata quindi decisa all'esito dell'odierna udienza di discussione, sulle conclusioni delle parti costituite, quali trascritte in epigrafe.

DIRITTO – 9. L'art. 24 D.L.vo n° 46/1999, in tema di *“iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali”*, per la parte che qui interessa, così recita:

“1. I contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo, unitamente alle sanzioni ed alle somme aggiuntive calcolate fino alla data di notifica della cartella di pagamento, al netto dei pagamenti effettuati spontaneamente dal debitore.

2. L'ente ha facoltà di richiedere il pagamento mediante avviso bonario al debitore. L'iscrizione a ruolo non è eseguita, in tutto o in parte, se il debitore provvede a pagare le somme dovute entro trenta giorni dalla data di ricezione del predetto avviso. Se, a seguito della ricezione di tale avviso, il contribuente presenta domanda di rateazione, questa viene definita secondo la normativa in vigore e si procede all'iscrizione a ruolo delle rate dovute. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 25, l'iscrizione a ruolo è eseguita nei sei mesi successivi alla data prevista per il versamento.

3. Se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice.

4. 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.

5. Contro l'iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento. Il ricorso va notificato all'ente impositore ed al concessionario.

6. Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile.... *omissis* ...”.

Il pregiudiziale problema esegetico sollevato dal sodalizio appellante riguarda la natura del termine posto per la proposizione dell'opposizione, sostenendo esso la sua non perentorietà, in difetto di qualsiasi indicazione normativa al riguardo, silente essendo sul punto anche la legge delega.

9.1 A sostegno della natura non perentoria di detto termine pare militare l'argomento lessicale, sostenuto da quello di logica formale, secondo cui *ubi lex voluit dixit*, posto che ne l'esaminata norma del decreto legislativo, ne quella della legge delega, rammentata dall'appellante, sancisce espressamente l'inammissibilità dell'opposizione quale conseguenza del mancato rispetto del termine stesso.

Nel caso un simile argomento trarrebbe maggior vigore dal disposto dell'art. 152 cpv. CPC., laddove si prevede una sorta di presunzione di ordinarietà dei termini processuali, *“tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori”*.

9.2 Tale considerazione è peraltro destinata a perdere forza ove si consideri che – per unanime indirizzo della giurisprudenza di legittimità investita del problema e nonostante il tenore letterale della disposizione ora richiamata – al Giudice non è precluso di indagare se, indipendentemente dal dettato letterale della norma, un termine, per la funzione che adempie e per lo scopo che persegue, debba essere osservato o meno a pena di decadenza (in questi termini: Cass. Sez. I 6.6.1997 n° 5074; 27.5.1995 n° 5908; 13.1.1988 n° 177).

In questa indagine soccorre innanzi tutto il criterio di interpretazione storica.

In forza del quale va considerato che il legislatore, fin dall'art. 13 L. n°

448/1998, in tema di giudizi di merito e di opposizione all'esecuzione avverso i ruoli, richiamava l'art. 2, commi 4 e 6, DL. n° 338/1989, conv. nella legge n° 389/1989, ove il termine per proporre le cerniate azioni veniva espressamente indicato come perentorio.

Tale natura era perciò indiscussa prima dell'entrata in vigore del D.L.vo n° 46/1999 (si veda al riguardo Cass. Sez. Lav. 11.8.1993 n° 8624) (1). Ne si ravvisano ragioni per individuare oggi, in presenza di identiche esigenze, una diversa volontà del legislatore: il quale, se è vero che all'art. 37 di tale decreto ha certamente abrogato quasi del tutto il predetto art. 2 DL. n° 338/1989 convertito (e perciò anche i richiamati commi 4 e 6), ciò ha fatto al solo fine di superare la facoltatività dell'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, siccome si legge nella relazione allo stesso decreto legislativo: che non contiene invece il minimo cenno (neppure ad esplicazione dell'art. 24) ad un intento innovativo quanto alla natura del termine per proporre opposizione avverso il ruolo.

La natura non perentoria del medesimo appare poi contraria alla *ratio* che ha ispirato anche l'attuale normativa, pur essa finalizzata – come la precedente – ad assicurare la sollecita soddisfazione dei crediti degli enti previdenziali, permettendo la rapida formazione di un titolo incontrovertibile.

Il che introduce l'esposizione dell'argomento basato sul criterio di esegesi sistematica. Secondo il quale, la disposizione oggetto di esame, pur riguardando nello specifico i crediti previdenziali, è inserita in un corpo normativo che ribadisce l'omologazione della disciplina di riscossione, attraverso il meccanismo dell'iscrizione a ruolo, di vari crediti, compresi quelli tributari, per i quali un simile sistema era già da tempo in vigore.

Orbene, non è dubbio che in ordine ai crediti tributari il ricorso avverso qualsiasi atto di imposizione (compresi *“il ruolo e la cartella di pagamento”*, che ne costituisce l'estratto individuale) è ammesso dall'art. 19° D.L.vo n° 546/1992, con le forme previste dal successivo art. 20 – attraverso il richiamo al precedente art. 16 – e nel termine di *“sessanta giorni dalla data di notificazione dell'atto impugnato”*, espressamente sancito *“a pena di inammissibilità”* del ricorso stesso (= art. 21, comma 1°).

Sembrerebbe perciò del tutto incoerente che il minor termine fissato per opporre l'iscrizione a ruolo dei crediti contributivi non sia assistito da analoga sanzione processuale in caso di inosservanza.

Ma oltre al cennato argomento, fondato su evidenti esigenze di simmetria concettuale e di uniformità di disciplina, non si vede quale altra funzione dovrebbe svolgere il termine detto, fissato per la proposizione dell'opposizione avverso il ruolo, se non quello di rendere tale titolo di riscossione irretrattabile in caso di mancata osservanza dello stesso. Si dovrebbe altrimenti concludere per l'inutilità della previsione del termine se all'inottemperanza di esso non seguisse alcuna sanzione di ordine processuale (cd. **argomento teleologico**).

Pertanto, anche ammessa – per mera ipotesi di ragionamento – la natura meramente ordinatoria del termine *“de quo”*, questo sarebbe comunque soggetto alla

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 1162.

disciplina generale prevista dal codice di procedura in ordine ai termini processuali – tale essendo anche quello utile ad introdurre il giudizio di opposizione di cui qui si tratta (a dimostrazione di ciò può rammentarsi che la sospensione nel periodo feriale prevista dalla legge n° 742/1969, ancorché esclusa dall'art. 3 quanto alle controversie di cui all'art. 442 CPC., riguarda comunque anche i termini per introdurre i giudizi, ove questi siano previsti, come ad esempio per proporre opposizione a decreto ingiuntivo: v. Cass. Sez. I° 4.6.1997 n° 4987; Sez. III 30.5.1978 n° 2745).

Orbene, al riguardo l'art. 154 CPC. prevede in ordine al termine ordinatorio la sua prorogabilità, *“prima della scadenza”* e ad opera del Giudice, ponendo poi limiti alla durata della proroga stessa. Ma è ovvio che, se il termine ordinatorio non viene prorogato, l'inosservanza di esso comporta gli stessi effetti preclusivi che derivano dal mancato rispetto del termine perentorio (si vedano, in proposito, Cass. Sez. III 20.2.2004 n° 3406; Sez. II 29.1.1999 n° 808; Sez. I 21.11.1998 n° 11774). Sicché in tal caso l'atto per il cui compimento esso è stato previsto non può più essere validamente posto in essere dopo la scadenza del medesimo.

Nella specie – com'è pacifico in atti – nessuna proroga del termine per proporre opposizione è stata concessa dal Giudice che sarebbe stato competente per l'opposizione stessa – e che non è stato del resto adito al riguardo. Per cui anche la – pur improbabile – natura ordinatoria del termine di cui si tratta non gioverebbe comunque all'originario opponente.

Che se poi si dovesse dubitare invece della natura processuale di tale termine, verrebbe allora meno addirittura la presunzione di ordinarietà del medesimo, ove non ne sia espressamente sancita la perentorietà, posta dal rammentato art. 152 cpv. CPC.

10. Ma la difesa della società ha sostenuto altresì che, anche a voler ammettere la natura perentoria del termine di cui si discute, ciononostante il primo Giudice non si sarebbe potuto sottrarre dall'esame della domanda, quantomeno in ordine all'aspetto relativo all'esistenza del titolo esecutivo. Ciò perché l'art. 29 dello stesso D.L.vo n° 46/1999 ha escluso l'applicazione, nella soggetta materia, delle *“limitazioni alla proposizione delle opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi stabilite in ambito 12 fiscale”*, permettendo quindi l'opposizione all'esecuzione, fondata sull'inesistenza del titolo, senza limiti di tempo – par di capire.

Anche per l'esame di tale profilo di doglianza si rende necessaria una breve ricognizione delle fonti.

Art. 29 D.L.vo n° 46/1999, in tema di *“garanzie giurisdizionali per entrate non devolute alle commissioni tributarie”*;

“1. Per le entrate tributarie diverse da quelle elencate dall'art. 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e per quelle non tributarie, il giudice competente a conoscere le controversie concernenti il ruolo può sospendere la riscossione se ricorrono giusti motivi.

2. Alle entrate indicate nel comma 1 non si applica la disposizione del comma 1 dell'art. 57 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'art. 16 del presente decreto e le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle/orme ordinarie ...”.

La norma di cui si è qui sancita l'inapplicabilità è quella per cui, in sede di riscossione tributaria, *“non sono ammesse:*

a) le opposizioni regolate dall'art. 615 del codice di procedura civile, fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni;

b) le opposizioni regolate dall'art. 617 del codice di procedura civile relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo...".

È peraltro precisa opinione della Corte che una simile disciplina non conduca agli approdi auspicati dalla difesa appellante.

Invero l'opposizione all'esecuzione nel caso esperibile non è quella, senza termine, così come prevista dall'art. 615 CPC, ma è invece quella disciplinata dalla normativa di settore: vale a dire proprio dall'art. 24 dello stesso D.L.vo n° 46/1999, tali essendo *"le forme ordinarie"* nella soggetta materia. Le quali pongono comunque il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento relativa alla iscrizione a ruolo – e della natura del quale si è sopra discusso.

Può perciò concludersi che solo opposizioni all'esecuzione fondate su fatti sopravvenuti alla formazione del ruolo ed alla notifica della cartella potrebbero essere fatte valere oltre il termine medesimo – a simiglianza di quanto si verifica nelle opposizioni avverso i titoli di formazione giudiziale.

Va infatti rammentato che il richiamato art. 24 – come appare evidente dalla sua lettura – disciplina sia i giudizi di accertamento negativo (anche nelle forme di opposizione all'accertamento) contro la pretesa contributiva, sia quelli di opposizione avverso l'iscrizione a ruolo. Che nel caso svolge anche la funzione di titolo da opporre: per cui anche le doglianze relative alla sua pretesa inesistenza o invalidità vanno fatte valere esclusivamente in tali forme ed entro il ridetto termine.

Ciò – si ritiene – in osservanza dei criteri di *"revisione delle specie dei ruoli e semplificazione della procedura di formazione degli stessi"*, da intendersi quali titoli irretrattabili in caso di mancata opposizione entro certo termine, nonché di *"snellimento e razionalizzazione delle procedure di esecuzione"*, dettati dall'art. 1, comma 1°, lett. f) ed h), della legge delega (n° 337/1998). Il che va detto a ragionevole confutazione dei pur non peregrini rilievi svolti dalla difesa dell'appellante in sede di discussione, secondo cui l'interpretazione ad essa avversa contrasterebbe con i criteri posti dalla predetta legge delega, intervenuta per i crediti non tributari a regolare la sola riscossione coattiva e non anche l'accertamento.

Sicché, in caso di inosservanza del termine di cui si discute, non vi è spazio per far valere l'eventuale inesistenza del titolo.

Reputa perciò il Collegio, alla stregua dell'apparato ermeneutico qui mobilitato, di non poter condividere la ricostruzione dell'istituto oggetto di esame siccome eseguita dalla difesa dell'appellante, pur se carica di suggestivi stimoli intellettuali, nonché provvista di intrinseca coerenza e di eleganza espositiva.

11. Le conclusioni ora tratte, in termini di ribadita inammissibilità dell'opposizione spiegata dalla società, precludono l'esame, da parte del Collegio, delle doglianze dalla stessa fatte valere con l'originario atto di opposizione e poi riproposte con il ricorso in appello – che va perciò disatteso.

12. Non si ravvisano ragioni per derogare, quanto al regolamento delle spese, al preferenziale criterio della soccombenza.

(Omissis)

Processo civile - Impugnazioni civili - Ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo - Appellabilità.

Processo civile - Esecuzioni civili - Accertamento dell'obbligo del terzo - Tentativo di conciliazione - Non obbligatorietà.

Corte di Appello di Ancona - 11.11/21.11.2005 n. 526 - Pres. Rel. Taglienti - INPS (Avv.ti Fiori, Mazzaferri, Vittori) - T.A.

// provvedimento di estinzione del giudizio, non essendo soggetto a reclamo a norma dell'art. 178 comma 2 c.p.c. siccome riformato dall'art. 15 della l. n. 353/1990, ha valore di sentenza pur se emesso in forma di ordinanza e, quindi, è appellabile.

Nel giudizio introdotto ex art. 548 c.p.c. per l'accertamento del diritto del debitore nei confronti del terzo pignorato a seguito della mancata dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c., non trova applicazione l'art. 410 c.p.c. che prevede l'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione.

FATTO – 1. Dopo aver ricevuto la notifica, a cura dell'INPS., dell'atto di pignoramento presso terzi contro T.A., il legale rappresentante della terza pignorata Srl. Edilvallb Unipersonale non si presentava a rendere la dichiarazione prevista dall'art. 547 CPC. Sicché l'Istituto procedente iniziava il giudizio di accertamento del credito (di lavoro) del debitore nei confronti della società predetta, con ricorso depositato il 29.5.2003 dinanzi al Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ancona.

2. Alla prima udienza del 12.11.2003 il Giudice, dichiarata la contumacia del debitore e del terzo, “visti gli artt. 410 e 412 BIS CPC; rilevato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dalla legge in relazione ad ogni domanda relativa ai rapporti previsti dall'art. 409> CPC.; rilevato che l'oggetto del presente giudizio implica l'accertamento, nei confronti del terzo e del debitore, della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato”, sospendeva il giudizio e fissava “alle parti il termine perentorio di legge per promuovere il tentativo di conciliazione”.

3. Con istanza depositata il 27.4.2004 l'INPS. faceva presente di non aver “promosso il tentativo di conciliazione, ritenendo che l'art. 410 CPC. non si applichi alla presente controversia poiché l'INPS., è soggetto terzo; perché il tentativo di conciliazione tipico nella specie è quello della procedura ex art. 547 CPC, ove il procedente (INPS.) cita il proprio esecutato e il terzo avanti al GÈ., a dichiarare (il terzo) se esista o meno il presupposto per il sorgere del credito pignorato e il debitore a contraddire; perché l'art. 410 CPC. è norma tipica speciale e non suscettibile di estensione analogica”. Ne esso Istituto si riteneva legittimato a promuovere il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Ritenuta pertanto la procedibilità del giudizio, chiedeva che si svolgesse l'istruttoria.

4. Con provvedimento del 29 seguente il Giudice dichiarava invece l'estinzione del giudizio.

5. Avverso di esso proponeva reclamo l'INPS, con ricorso depositato il 14.5.2004, che peraltro veniva dichiarato inammissibile dallo stesso Giudice del lavoro il 27 seguente.

6.1 L'Istituto rivolgeva allora istanza al Presidente del Tribunale, depositata il 23.6.2004, affinché sul reclamo provvedesse il Collegio in camera di consiglio.

6.2 Ma anche la stessa veniva dichiarata inammissibile con provvedimento residenziale del 2.7.2004.

7. Sicché l'INPS., che con ricorsi depositati il 23.6.2004, aveva già gravato dinanzi a questa Corte i primi due provvedimenti (di estinzione e di inammissibilità del reclamo) emessi dal Giudice del lavoro, ha quindi reiterato l'appello il 23.7 successivo avverso il provvedimento di inammissibilità emesso dal Presidente del Tribunale.

7.3 A sostegno di tutti questi atti ha sostenuto che:

- essi avevano valore di sentenza ed erano perciò appellabili;
- il provvedimento presidenziale era stato emesso *inaudita altera parte* e non da parte del Collegio, nonché con richiamo a giurisprudenza inconferente;
- nel caso l'obbligo del tentativo di conciliazione non sarebbe operante per le stesse ragioni già esposte in primo grado e qui riproposte.

8. All'odierna udienza di discussione, nella contumacia delle parti appellate, le impugnazioni erano riunite e quindi decise all'esito, sulle conclusioni trascritte in epigrafe.

DIRITTO – 9. L'esame degli appelli postula un'opportuna ricognizione delle fonti processuali regolanti la soggetta materia.

L'art. 412 BIS CPC. dispone al primo comma che:

“L'espletamento del tentativo di conciliazione” – previsto come obbligatorio dal precedente art. 410 per le controversie indicate nell'art. 409 – *“costituisce condizione di procedibilità della domanda”*.

Proseguono poi i successivi commi:

“L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'art. 416 e può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre l'udienza di cui all'art. 420.

Il giudice, ove rilevi che non è stato promosso il tentativo di conciliazione ovvero che la domanda giudiziale è stata presentata prima dei sessanta giorni dalla promozione del tentativo stesso, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo di conciliazione.

Trascorso il termine di cui al primo comma dell'art. 410-BIS, il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di centottanta giorni.

Ove il processo non sia stato tempestivamente riassunto, il giudice dichiara d'ufficio l'estinzione del processo con decreto cui si applica la disposizione di cui all'articolo 308 ... omissis”.

Quest'ultima norma ammette, avverso l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione, *“reclamo nei modi di cui all'art. 178, commi terzo, quarto e quinto”*.

Avverte peraltro il secondo comma di detto art. 178, siccome riformato dall'art. 15 L. n° 353/1990 – in vigore dal 30 aprile 1995 – in armonia con l'introduzione della figura del giudice monocratico del Tribunale civile, che *“l'ordinanza*

del giudice istruttore, che non operi in/unzione di giudice unico, quando dichiara l'estinzione del processo è impugnabile dalle parti con reclamo immediato al collegio".

9.1 Se ne deve inferire che il provvedimento di estinzione emesso dal Giudice unico introdotto con la riforma degli anni '90, non essendo soggetto a reclamo in forza della norma ora esaminata, ha di necessità valore di sentenza. Onde esso è comunque appellabile, anche se emanato nelle forme dell'ordinanza (così Cass. Sez. I 28.4.2004 n° 8092), essendo assimilabile alla sentenza collegiale che, a mente dell'art. 308 cpv. CPC., respinge il reclamo avverso l'ordinanza di estinzione del giudice istruttore (v. Cass. Sez. I 22.10.2002 n° 14889).

Da tali premesse discende con meridiana evidenza l'appellabilità del primo provvedimento qui gravato.

9.2 In esito a tale pronuncia rescindente, va quindi esaminata la fondatezza del gravame – la quale postula la questione circa l'applicabilità o meno del tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dal richiamato art. 410 CPC. nel giudizio introdotto ex art. 548 CPC. per l'accertamento del diritto del debitore nei confronti del terzo pignorato a seguito della mancata dichiarazione di cui al precedente art. 547 da parte di costui.

Detto tentativo di conciliazione è finalizzato alla deflazione del contenzioso, attraverso l'apposizione di un filtro che scongiuri per quanto possibile, attraverso la mediazione di un pubblico Ufficio destinata a comporre la lite, l'introduzione di una controversia giudiziaria diretta alla soddisfazione di un diritto nella materia del lavoro subordinato o parasubordinato.

Ma il procedimento previsto dall'art. 548 CPC. assolve la funzione – non già di portare a soddisfazione il credito oggetto di accertamento – bensì di far perfezionare il pignoramento presso terzi (neppure traente necessariamente titolo da credito lavorativo) attraverso l'individuazione giudiziale, e perciò nel contraddittorio delle parti, dei beni o delle somme di cui il terzo pignorato sia debitore nei confronti del soggetto esecutato e che andranno perciò sottoposte a vincolo. Sicché una tale finalità rende ad esso del tutto estranea la *ratio* della norma deflattiva che impone il previo tentativo conciliazione nelle controversie relative alle materie previste dall'art. 409 CPC.

Ad un tale giudizio deve infatti ricorrere di necessità il creditore pignorante presso terzi (anche) nell'ipotesi – qui ricorrente – in cui il terzo pignorato non abbia reso la dichiarazione indicata dall'art. 547 CPC. diretta a "*specificare di quali cose o di quali somme è debitore o si trova in possesso, e quando ne deve eseguire il pagamento o la consegna*".

A tutto concedere la funzione deflattiva dello specifico contenzioso in argomento può essere svolta – come intuito dalla difesa dell'Istituto appellante – dalla stessa udienza prevista dall'art. 547 CPC., ove il terzo pignorato è chiamato a rendere la dichiarazione di cui s'è detto, al cospetto del creditore procedente e dell'esecutato. Al quale ultimo, che può in ipotesi contrastare la medesima, non è peraltro precluso di pervenire anche ad una conciliazione sull'ammontare del proprio credito con il proprio debitore – terzo pignorato – e senza contestazione da parte del procedente, ad evitare gli accordi simulatori in frode al medesimo che si possono ipotizzare.

Ma quel che è certo è che il creditore procedente, in caso di mancata comparizione del terzo pignorato all'udienza fissata per la dichiarazione di lui, a tenore dell'art. 547 CPC., ove intenda perfezionare il pignoramento presso terzi, non ha altro rimedio che instaurare il giudizio di mero accertamento previsto dal successivo art. 548.

10.1 Ne deriva che l'estinzione del procedimento non avrebbe dovuto essere pronunciata e va per conseguenza revocata – a tacer del fatto che una tal sanzione processuale, per l'esaminato dettato di legge, consegue solo alla mancata tempestiva e riassunzione del giudizio a tentativo di conciliazione avvenuto, mentre l'omesso esperimento di questo (nei casi in cui esso è effettivamente obbligatorio) comporta la persistenza dell'improcedibilità, da dichiararsi peraltro con sentenza (in questi termini: Cass. Sez. Lav. 30.3.2004 n° 6326).

10.2 Onde il procedimento deve essere rimesso al primo Giudice, a mente dell'art. 354 cpv. CPC. Ove dovrà essere riassunto *“nel termine perentorio di sei mesi dalla notificazione della sentenza”* indicato dall'art. 353 cpv. CPC., richiamato dal terzo comma dell'articolo seguente.

10.3 L'accoglimento del primo gravame assorbe di necessità gli altri due, da ritenersi all'evidenza logicamente subordinati al mancato accoglimento del primo.

10.4 Si reputa dover compensare integralmente le spese dell'appello, stante la mancata resistenza ad esso delle parti appellate.

(Omissis)

Pensioni - Invalidità civile - Iscrizione alle speciali liste di collocamento degli invalidi - Necessità.

Corte di Appello di Ancona - 21.10/10.11.2005 n. 498, Pres. Taglienti - Rel. Miconi - INPS (Avv.ti Fiori, Mazzaferri, Pierdominici, Vittori) - P.L. (Avv. Bartolini).

Lo stato di incollocazione si riferisce ad una condizione diversa dalla mera disoccupazione e coincide con la situazione in cui il disoccupato abbia attivato i meccanismi previsti dalla legge per il raggiungimento dell'obiettivo del collocamento: ai fini delle prestazioni d'invalidità civile, non è sufficiente l'iscrizione nelle liste ordinarie di disoccupazione essendo viceversa necessaria l'iscrizione alle speciali liste di collocamento degli invalidi.

FATTO – Con ricorso depositato il 16/05/02 P.L., nata il 23.05.1941, conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Ancona – giudice del Lavoro l'Inps per ottenere il riconoscimento del proprio diritto all'assegno di invalidità con riferimento al periodo decorrente dal 16.03.1995 all'01.06.1996.

In particolare la ricorrente deduceva che le era stato riconosciuto il diritto a percepire l'assegno periodico di invalidità di cui all'art. 13 della L. 118/71 dal 16.03.1995, in virtù di sentenza emessa dal Giudice del Lavoro di Ancona in data 31.10.1997 n. 1048 e passata in giudicato; di aver ottenuto in concreto l'erogazione di detto assegno di invalidità a decorrere dall'01.06.1996 e non dal 16.03.1995 (come statuito dal Giudice del Lavoro), in quanto la Prefettura di Ancona, aveva stabilito la decorrenza di detta provvidenza solo al raggiungimento del cinquanta-cinquesimo anno di età, difettando per il periodo precedente il requisito della iscrizione nelle liste di disoccupazione o nelle liste speciali di collocamento obbligatorio; di avere esperito i ricorsi amministrativi senza avere esito positivo, l'Istituto convenuto si costituiva in giudizio eccependo in primo luogo la prescrizione del diritto e, nel merito, contestando quanto *ex adverso* dedotto dalla ricorrente.

Deduceva che legittimamente era stata negata alla ricorrente la provvidenza richiesta, per mancanza del requisito di iscrizione nelle liste speciali di collocamento.

Il Tribunale, espletata istruttoria testimoniale, con sentenza del 5-2-2004, respinta la eccezione di prescrizione, accoglieva il ricorso e condannava l'INPS ad erogare l'assegno ordinario di invalidità con decorrenza dal 16-3-1995, anziché dalla successiva data del 31-5-1996; riteneva il Giudice che la domanda della P.L. fosse già coperta dal giudicato contenuto nella sentenza del Pretore di Ancona del 31-10-1997. Avverso la sentenza proponeva appello l'INPS con ricorso depositato il 23-7-2004 e ne chiedeva la riforma; deduceva che la sentenza passata in giudicato del 31-10-1997 non era opponibile all'INPS, ente erogatore della prestazione, in quanto era stata emessa nei confronti del solo Ministero del Tesoro e non del Ministero dell'Interno, precedente erogatore delle prestazioni assistenziali e di cui l'INPS sarebbe stato eventualmente successore; ribadiva, nel merito, che il requisito dell'incollocazione al lavoro consisteva non solo nella assenza di attività lavorativa ma anche nella iscrizione nelle liste speciali del collocamento obbligatorio, a cui la casalinga – che non è un lavoratore domestico – era tenuta.

Insisteva per il rigetto della domanda, in difetto della citata iscrizione.

Si costituiva l'appellata e resisteva al gravame; pur convenendo nella inopponibilità all'INPS del giudicato costituito dalla sentenza del Pretore di Ancona del 31-10-1997 ed intercorso fra la assicurata ed il Ministero del Tesoro, insisteva nella fondatezza della sua domanda di merito – svolgendo allo scopo appello incidentale –, richiamando la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui la casalinga – quale era la P. – è parificabile al lavoratore domestico, e non è quindi tenuta alla iscrizione alle liste speciali del collocamento obbligatorio, con la conseguenza che lo stato di incollocazione al lavoro è dimostrabile con tutti i mezzi di prova.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunciava sentenza.

DIRITTO – L'appello è fondato.

In punto di fatto, è indiscutibile:

1 - che il giudicato costituito dalla sentenza del Pretore di Ancona 31-10-1997 non sia opponibile all'INPS, che non è stato parte in causa e che non è successore – in qualità di ente debitore della prestazione – dell'unica parte (il Ministero del

Tesoro) nei confronti della quale la Principi aveva in quella sede azionato il suo diritto all'assegno di invalidità civile;

2 - che la appellata, casalinga, nel periodo in contestazione, anteriore al compimento del suo 55° anno di età (marzo 1995 - maggio 1996) non è stata iscritta alle liste speciali del collocamento obbligatorio.

In ordine al requisito dell'incollocazione al lavoro, si osserva:

Con sentenza n. 203/1992 le Sezioni Unite, componendo un contrasto che si era formato nella Sezione Lavoro della Corte stessa, hanno affermato che lo stato di incollocazione, come delineato dall'art. 13 L. n° 118/1971, si riferisce ad una condizione diversa dalla mera disoccupazione, e coincide con la situazione di quel disoccupato che abbia attivato la serie di meccanismi previsti dalla stessa legge per il raggiungimento dell'obiettivo del collocamento e consistenti nell'iscrizione (o nella domanda di iscrizione) nelle liste speciali di collocamento degli invalidi di cui all'art. 19 L. n° 482/1968.

Secondo la Corte, infatti, sono evidenti i nessi di complementarità intercorrenti fra l'iscrizione in tali elenchi e le provvidenze della legge n° 188/1971: il citato art. 13 prevede infatti, fra l'altro, che *"l'assegno agli invalidi civili di cui al precedente comma può essere revocato su segnalazione degli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione, qualora risulti che i beneficiari non accedano a posti di lavoro adatti alle loro condizioni fisiche"*. Si tratta appunto degli uffici addetti agli elenchi speciali previsti dall'art. 19 L. n° 482/1968, ai quali debbono esser rivolte le richieste di assunzione da parte delle imprese tenute alle assunzioni obbligatorie; ove l'invalido che aspira all'assegno di cui all'art. 13 L. n° 118/1971 *"fosse svincolato dall'onere di iscrizione nelle speciali liste di collocamento, il meccanismo delineato dal secondo comma dello stesso articolo sarebbe destinato a rimanere pressoché inattuato, venendo a difettare i presupposti che consentono ai suddetti uffici di rilevare il mancato accesso degli invalidi alle opportunità di lavoro loro offerte"*.

Di qui la non sufficienza della iscrizione nelle liste ordinarie di disoccupazione e la conseguente necessità che la iscrizione si riferisca invece alle speciali liste di collocamento degli invalidi.

I principi fin qui ricordati, e ribaditi anche dalla successiva giurisprudenza prodottasi in materia (v. Cass. 2628/2001; 11262/ 2000; 10513/1998; 9604/1997 ed altre), sono tuttora validi nonostante la sopravvenuta vigenza della legge n° 68/1999, che ha abrogato (a decorrere dal 17.1.2000) la legge n° 482/1968, introducendo per i soggetti disabili il *"collocamento mirato"* previsto dall'art. 2 e la specifica disciplina di cui al susseguente art. 8.

In particolare, con riguardo alla disciplina anteriore al 17-1-2000, è stato precisato che *"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 infrassessantacinquenni) – 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. 2628/2001; analogamente, Cass. 1096/2003; Cass. 17329/2003).

Ciò posto, ritiene il Collegio di non poter condividere l'opinione dell'appellante, che sarebbe fondata su una pronunzia della Corte di Cassazione (n. 11487/99), secondo cui la casalinga sarebbe assimilabile ai lavoratori addetti ai servizi domestici, per i quali non è esclusa, ma nemmeno obbligatoria, la iscrizione alle liste speciali di collocamento, con la conseguenza che ai fini delle prestazioni di invalidità civile, lo stato di incollocazione, inteso come stato di non occupazione e di mancata attività lavorativa, potrebbe essere fornito con gli ordinari mezzi di prova, comprese le presunzioni.

Seppure l'attività concretamente svolta dalle due categorie di soggetti – casalinghe e lavoratori addetti ai servizi familiari – sia analoga, e come tale sia talora assimilata a fini assicurativi dei rischi connessi, la radicale differenza fra il lavoro casalingo ed il lavoro domestico riguarda il regime di prestazione dell'attività, che per le casalinghe non prevede subordinazione né retribuzione, bensì è svolta a mero titolo di assistenza e solidarietà familiare, oppure – se la casalinga non ha una famiglia ma vive da sola – a scopo di accudimento di sé stessa, mentre per il lavoratore domestico è svolta nell'ambito di un contratto di lavoro subordinato e dietro retribuzione. Deriva dalla decisiva distinzione sopra effettuata che il lavoratore domestico non occupato è incollocato al lavoro quando dimostri di essere rimasto disoccupato malgrado la ricerca di occupazione per un certo periodo, nonostante la mancata iscrizione alle liste speciali di collocamento, in quanto la sua categoria non è obbligata a detta iscrizione, mentre la casalinga, che per essere collocata al lavoro subordinato deve essere iscritta alle suddette liste, ricade nella regola valida per tutti gli altri potenziali lavoratori inoccupati.

In tal senso, si è pronunziata anche la più recente giurisprudenza del Supremo Collegio, secondo cui *"Tra i lavoratori domestici (per i quali l'iscrizione al collocamento non è esclusa ma neanche obbligatoria), che possono dimostrare il loro stato di incollocazione al lavoro, richiesto ai fini del diritto all'assegno di invalidità civile e da intendersi quale stato di non occupazione e di mancata attività lavorativa, con gli ordinari mezzi di prova, non rientra chi svolga solo attività di casalinga, come tale non riconducibile tra i lavoratori subordinati addetti ai servizi familiari"* (Cass. 12036/2003).

Per tutte le ragioni esposte, dovendosi ritenere insussistente, per il periodo oggetto di causa, il requisito della incollocazione al lavoro – stante la inidoneità, in proposito, della prova testimoniale espletata in primo grado – la domanda della P. deve essere respinta, con riforma in tal senso della sentenza impugnata.

L'appellata soccombente non è tenuta per legge a rifondere all'INPS le spese dei due gradi di giudizio.

(Omissis)

Processo civile - Controversia pensionistica - Decadenza dall'azione giudiziaria - Natura sostanziale - Decorrenza del termine decadenziale - Effetto estintivo.

Corte d'Appello di Venezia - 27.09/11.11.2005 n. 818 - Pres. Pivotti - Rel. Santoro - O. (Avv.ti Papandrea, Giuliani) - INPS (Avv.ti Bernocchi, Tagliente).

Le tre ipotesi di decorrenza del termine decadenziale, di cui al novellato art. 47 DPR 639/1970, per l'esercizio dell'azione giudiziale rispetto a provvedimenti dell'ente previdenziale che non abbiano soddisfatto le aspettative del destinatario, nonostante l'uso nella norma della disgiuntiva "ovvero", non sono ipotesi del tutto equivalenti perché la terza di esse ha una valenza necessariamente prevalente rispetto alle altre, prospettandosi come norma di chiusura con funzione, coerente con la ratio legis di contenimento della spesa pubblica, di evitare una incontrollabile dilatabilità del termine di decadenza; ne segue che, in caso di ricorso amministrativo tardivamente proposto e respinto nel merito nonostante la sua tardività, non può ritenersi che il termine decadenziale decorra dalla decisione di rigetto dove si sia già speso il complessivo termine di tre anni e trecento giorni dalla originaria domanda di pensione.

FATTO – Con ricorso depositato il 25.9.2002 O.F., titolare di pensione di anzianità Artigiani, con decorrenza 1.1.97, chiedeva “fosse accertato il proprio diritto alla riliquidazione della pensione con decorrenza 1.1.96, con condanna dell'Inps al pagamento delle differenze di rateo maturate a tale titolo.

A sostegno del ricorso, premesso che la domanda di pensione era stata presentata il 28.6.1994 e che alla data del 31.12.1995 era stato conseguito il requisito contributivo, deduceva l'applicabilità delle disposizioni contenute nel D.L. 12.4.1996 n. 195 e del D.L. 14.6.96 n. 318, conv. in legge 29.7.1996, n. 402.

L'inps si costituiva, premesso che la pensione era stata liquidata in accoglimento di una seconda domanda di pensione presentata il 28.12.1995, eccepiva l'inammissibilità del ricorso ex art. 47 DPR 639/70 come modificato dalla legge 166/91 e dall'art. 4 co. 1 legge 438/92.

All'esito della discussione la causa era decisa con sentenza pubblicata il 4 settembre 2003, che in accoglimento della relativa eccezione dell'ente appellato, dichiarava l'inammissibilità del ricorso per intervenuta decadenza detrazione, compensando le spese di causa.

Con ricorso ritualmente depositato il ricorrente proponeva appello insistendo per l'accoglimento delle sue conclusioni di primo grado, in epigrafe trascritte, al cui accoglimento l'ente appellato, costituendosi, si opponeva, chiedendo la conferma dell'appellata sentenza.

All'udienza del 27 settembre 2005, la controversia era discussa e decisa come da separato dispositivo, letto in udienza.

DIRITTO – I fatti di causa sono da ritenere provati documentalmente e possono riassumersi nei seguenti termini;

- in data 28 giugno 1994 il ricorrente ha presentato una prima domanda di pensione per anzianità, che valorizza ai fini di causa per sostenere, ai sensi della legge 29 luglio 1996 nr. 402 che conveniva in legge del d.L14 giugno 1996, facendo anche salvi gli effetti di precedenti d.l di contenuto analogo non convertiti nei termini, il suo diritto alla pensione di anzianità a decorrere dall'1 gennaio 1996, invece che dall'1 gennaio 1997, come riconosciuto dall'ente appellato in virtù di una seconda domanda, presentata il 28 dicembre 1995 e non menzionata nel ricorso introduttivo di primo grado;

- il 17 ottobre 1994 la prima domanda, presentata il 28 giugno precedente, è stata rigettata;

- il 10 novembre 1997 il ricorrente presenta ricorso gerarchico al Comitato provinciale, rigettato come da comunicazione dell'INPS del 21 ottobre 1998;

- il 9 novembre 1999 l'INPS liquida la pensione con decorrenza dall'1 gennaio 1997, in virtù della seconda domanda in primo tempo rigettata;

- il 22 luglio 1999 il ricorrente propone ricorso avverso il provvedimento di liquidazione per la decorrenza iniziale, così come riconosciuta, chiedendo, invece, decorrenza della prestazione pensionistica dall'1 gennaio 1996;

- il 14 ottobre 1999 è rigettato il ricorso avverso il provvedimento di liquidazione;

- il 25 settembre 2002 il ricorrente presenta il ricorso giudiziario, dichiarato inammissibile in primo grado con la sentenza in questa sede appellata.

Con la stessa il Giudice di primo grado ha ritenuto che premesso che all'azione si applica il termine decadenziale di tre anni stabilito dall'art 47 DPR 639/70, si tratta di individuare quale sia, tra i tre termini previsti dallo stesso art. 47 (data di comunicazione della decisione del ricorso, data di scadenza dei termini stabilito per la pronuncia della predetta decisione, data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo computati a decorrere dalla presentazione della domanda) il dies a quo di detto termine.

Orbene, posto che il ricorrente non ha presentato tempestivo ricorso amministrativo (non può infatti essere utilmente considerato il ricorso presentato oltre tre anni dopo il rigetto della domanda), alla fattispecie è applicabile il terzo dies a quo previsto dall'art. 47, in forza del quale l'azione deve essere proposta entro 3 anni decorrenti dalla scadenza dei termini prescritti (ovvero 300 giorni della domanda di pensione) per l'esaurimento del procedimento amministrativo.

Nel caso di specie, quindi, l'azione doveva essere proposta entro 3 anni decorrenti dal compimento di 300 giorni dalla data della domanda del 28.6.1994, vale a dire entro tre anni dal 28.4.1995.

Poiché l'azione è stata invece esercitata il 25.9.2002, va dichiarata l'inammissibilità del ricorso per intervenuta decadenza sostanziale della stessa.

Né, in contrario, vale replicare che, successivamente al ricorso del 10.11.1997, sono stati presentati altri ricorsi o richieste di riesame, l'ultimo dei quali (presentato il 19.7.1999), è stato respinto dall'Inps in data 14.10.1999, con la conseguenza che la tempestività dell'azione dovrebbe essere valutata con riferimento a tale ultima data.

Nel caso di specie, infatti, è irrilevante che l'Inps abbia comunque preso in esame gli ulteriori ricorsi presentati dal ricorrente, atteso che al momento della loro presentazione la decadenza si era già verificata (la stessa di era infatti avverata il 28.4.1998).

Con il gravame l'appellante, richiamati i motivi di merito inerenti alla fondatezza della sua richiesta, censura la sentenza assumendo, in base a richiamata giurisprudenza di legittimità, non essersi verificata nel suo caso la dichiarata decadenza, perché, "non è stata data la giusta considerazione agli effetti che hanno avuto i provvedimenti amministrativi di decisione sulle domande da lui proposte" e considerato che "il previo e necessario espletamento della fase amministrativa si è concluso il 14 ottobre 1999 con il rigetto dell'ultimo ricorso gerarchico e che nel triennio da tale data ha depositato il ricorso giudiziario".

L'eccezione di decadenza, come già evidenziato dal Giudice di primo grado, è da esaminarsi ai sensi dell'art. 4 del d.l. del 19 settembre 1992 nr. 384, convertito nella legge nr. 438 del 14 novembre 1992.

Il primo comma di tale articolo sostituisce i commi secondo e terzo dell'art. 47 del d.p.r. 30 aprile 1970 nr. 639, già novellato nel primo comma dall'art. 6 del d.L. 29 marzo 1991 nr. 103 con qualificazione, per quanto interessa il caso in esame, della decadenza come decadenza sostanziale (con previsione di termine triennale o annuale secondo la prestazione richiesta) e non già come decadenza dalla possibilità di avvalersi del previo procedimento amministrativo (come ritenuto dall'orientamento giurisprudenziale formatosi prima dell'intervenuta modifica legislativa), aggiungendo alle due date di decorrenza iniziale del termine di decadenza alternativamente indicate nel testo originario (data di comunicazione della decisione del ricorso amministrativo ovvero data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della stessa) una terza ipotesi riferita "alla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione".

Le prime due ipotesi si riferiscono evidentemente alle ipotesi di presentazione del ricorso amministrativo con rigetto dello stesso o per comunicazione espressa in tal senso o per formarsi del silenzio-rigetto; la terza ipotesi si riferisce, evidentemente, all'ipotesi di mancata presentazione del ricorso amministrativo, prevedendo un termine pari al massimo a trecento giorni a decorrere dalla data di presentazione della domanda amministrativa (120 giorni per la formazione del silenzio rigetto di cui all'art. 7 della L. 533/73, in caso di difetto di provvedimento esplicito, +- 90 giorni per la proposizione del ricorso amministrativo in unico grado, ai sensi del V comma dell'art. 46 della L. 88/89, + 90 giorni per la decisione del ricorso stesso, ai sensi del VI comma di quest'ultima norma).

Da tale normativa sorge la questione interpretativa di cui al gravame, già oggetto di decisione di questa Corte con pronuncia resa il 5 marzo 2002 in procedimento sub R.G. 695/00: quale è il termine iniziale di decorrenza della decadenza nel caso di ricorso amministrativo e/o decisione sullo stesso tardiva rispetto ai termini di cui sopra previsti per la presentazione del ricorso ed emanazione della decisione sullo stesso.

Si è sostenuto da alcuni che in tali casi debba individuarsi il termine iniziale

previsto per la prima ipotesi, mentre altri ritengono che debba farsi riferimento anche in tali casi alla terza ipotesi.

A sostegno della prima tesi si è richiamato il contenuto dell'art. 8 della L. 533/73 nella parte in cui prevede l'irrelevanza dei vizi delle preclusioni e dei termini di decadenza verificatisi nelle procedure amministrative.

Il richiamo non è convincente perché la norma richiamata è destinata a trovare applicazione allo specifico ambito il procedimento amministrativo contenzioso al quale è esplicitamente riferita ed è insuscettibile, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, di applicazione diversa tale da determinare una sua applicazione a termini operanti al di fuori di tale procedimento, quali quelli previsti per gli atti di iniziativa necessari per il conseguimento delle prestazioni o il termine di cui è causa.

In tal senso si è espressa giurisprudenza di legittimità sia anteriore (cfr. Cass. 6543/94) (1), relativa a fattispecie analoga, avente ad oggetto termine di decadenza per l'indennità di disoccupazione (all'epoca dei fatti quinquennale), che successiva all'emanazione della L. 438/92 (cfr. Cass. 15797/2001 (2) relativa proprio a termine di decadenza previsto dall'art. 47 del d.p.r. nr. 639/70),

Non è convincente neanche l'argomentazione espressa in altra sentenza di legittimità (Cass. 12508/2000) richiamata dall'appellante nella quale si ritiene che nel caso di ricorso tardivamente proposto e rigettato nel merito nonostante la sua tardività, il termine di cui è causa decorre dalla comunicazione della decisione di rigetto.

La conclusione, anche a ritenerla essersi verificata nel caso in esame, non convince perché derivante da argomentazione della dottrina amministrativistica in materia di provvedimento implicito, in base alla quale il provvedimento esplicito rimuove quello implicito, con conseguente decorrenza di termine dalla data del provvedimento esplicito e non dalla data di formazione del silenzio-rifiuto.

Nella materia previdenziale di cui è causa, però, nell'ambito del procedimento amministrativo l'ente non adotta provvedimenti amministrativi ma meri atti di certazione con valore dichiarativo, l'azione giudiziaria» inoltre, non ha per oggetto la legittimità degli atti ma i rapporti.

Di conseguenza l'elaborazione del diritto amministrativo non è applicabile in modo pertinente e l'atto espresso (salvo il raro caso di rigetto parziale) non può che ritenersi confermativo di quello precedente implicito ed insuscettibile di rimettere in termini l'interessato.

In conclusione le tre ipotesi di cui al novellato art. 47 del d.p.r. 639/70. nonostante l'uso nella norma della disgiuntiva "ovvero", non sono ipotesi del tutto equivalenti perché la terza di esse ha una valenza necessariamente prevalente rispetto alle altre due, regolamentando anche il vuoto normativo lasciato dalle altre due ipotesi, appunto per i casi di tardività del ricorso e della decisione, prospettandosi come tipica norma di chiusura con funzione (coerente con la ratio legis di contenimento della spesa pubblica) di evitare una incontrollata dilatabilità del termine di decadenza, così come avverrebbe accedendo alla tesi opposta

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 610.

(2) Idem, 2002, p. 659.

che, pertanto, non è condivisibile, come ritenuto da giurisprudenza della S.C. richiamata dal procuratore dell'ente appellato, più recente e conforme all'orientamento già espresso con il precedente richiamato (cfr. Cass. 6018 del 21 marzo 2005 e Cass. 20715/04).

In base all'interpretazione accolta il ricorso giudiziario, presentato il 25 settembre 2002, risulta tardivo rispetto al termine di tre anni dal trecentesimo giorno decorrente dalla data di presentazione domanda amministrativa di pensione, sia se la stessa si individui nella prima domanda (28 giugno 1994), che nella seconda (28 dicembre 1995), con conseguente verificarsi, comunque, della decadenza dall'azione, il che assorbe l'esame del merito della questione di causa, come giustamente avvenuto nell'appellata sentenza.

Spese compensate ex art. 149 c.p.c. non essendo la domanda manifestamente infondata.

(Omissis)

Contributi - Prescrizione - Durata decennale - Regime derogatorio ex L. 335/1995 - Acquisizione modello DM10 - È procedura pendente - Ultrattività termine decennale.

Corte d'Appello di Venezia - 11.10.05/01.06.2006 n. 687/05 - Pres. Pivotti - Rel. Jauch - B.E. (Avv. Celeghin) - INPS (Avv. Attardi) - Gerico S.p.A. (cont.).

Rientra nel regime derogatorio di cui all'art. 3 comma 10 della Legge n. 335/1995 e soggiace quindi alla prescrizione decennale l'ipotesi di crediti previdenziali la cui procedura di accertamento, mediante l'acquisizione dei modelli DM10 insoluti, sia iniziata ante agosto 1995.

FATTO – Con ricorso del 3.11.03 B.E. ha proposto appello avverso la sentenza n. 336/03 del Tribunale di Venezia, giudice del lavoro, con la quale era stata rigettata la sua opposizione alla cartella esattoriale – emessa nei confronti della ditta ERREGIE di Sperandio Giorgio & C. s.n.c. – notificatagli in data 15.3.02 dalla Gerico s.p.a. (concessionaria del servizio di riscossione) per conto dell'INPS e relativa a DM10 insoluti per l'anno 1987.

In primo grado l'opponente aveva eccepito l'intervenuta prescrizione del diritto vantato dall'Istituto, ed inoltre la nullità della cartella per nullità della notifica e per carenza di motivazione della medesima.

L'INPS, costituitesi anche quale mandatario della S.C.C.I. s.p.a., aveva contestato tali rilievi, ed il Tribunale, in base ai soli documenti prodotti e/o acquisiti, aveva rigettato il ricorso.

Detta pronuncia viene ora impugnata sulla base di quattro motivi, tutti puntualmente contestati dall'Istituto.

La Gerico, rimasta contumace in prime cure, non si è costituita neppure in appello.

Dopo il rigetto, con ordinanza del 17.2.04, dell'istanza di sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza impugnata, all'ud. dell'11.10.05 i procc. delle parti hanno confermato le rispettive deduzioni e la Corte, al termine della camera di consiglio, ha dato lettura del dispositivo sotto riportato.

DIRITTO – L'impugnazione non può essere accolta.

Con il primo motivo di appello si insiste nell'eccezione di prescrizione, essendo tra – scorsi quindici anni tra l'epoca del mancato versamento dei contributi e la notifica della cartella, e ritenendo influente la diffida di pagamento inviata dall'INPS in data 8.8.95 e ricevuta dall'opponente il 23.8.95. Vengono in proposito richiamate le disposizioni della legge n. 335/95 (entrata in vigore il 17.8.95) che, come è noto, ha ridotto il termine prescrizione in materia da dieci a cinque anni a decorrere dall'1.1.96, ed ha esteso tale innovazione anche alle contribuzioni relative a periodi antecedenti l'entrata in vigore della legge, *sfatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o procedure già iniziate nel rispetto della normativa preesistente*” (art. 3, comma 10). L'appellante, in altri termini, ritiene applicabile nella fattispecie la nuova normativa più favorevole, e contesta l'interpretazione fornita dal primo giudice, che ha ritenuto validi gli atti interruttivi già compiuti dall'INPS entro il 31.12.95, ed ha pertanto applicato al caso in esame il termine prescrizione decennale preesistente. Sul punto l'Istituto replica, da un lato, che la diffida di pagamento è stata inviata in data 8.8.95, e quindi prima dell'entrata in vigore della legge in parola, e, dall'altro lato, che, come confermato dalla S.C. (Cass. n. 12822/02) (1), poiché la procedura di accertamento era iniziata ben prima della l. 335/95 (con l'acquisizione dei DM10 insoluti, relativi all'anno 1987, con evidenziazione della relativa scopertura), anche sotto questo profilo la presente fattispecie rientrerebbe nel regime derogatorio di cui al citato comma 10 dell'art. 3.

Il collegio concorda pienamente con l'assunto dell'Ente/anche considerando che la S.C., con la sentenza suindicata, ha precisato che la procedura di accertamento e di recupero del credito contributivo si intende iniziata con l'adozione delle iniziative di cui sopra, senza che le stesse debbano necessariamente svolgersi in contraddittorio con il soggetto interessato. Ne consegue che il caso in esame rientra nel regime derogatorio di cui si è detto, e quindi l'eccezione di prescrizione risulta infondata.

Con il secondo motivo di appello si contesta la sentenza di prime cure nel punto in cui ha ritenuto inammissibile l'opposizione alla cartella esattoriale poiché proposta oltre il termine di cinque giorni di cui all'art. 617/2 c.p.c.: con ciò ritenendo che la cartella ha una funzione analoga al precetto, ed è pertanto assoggettata al medesimo regime di opposizione. Il B. sostiene infatti che la cartella avrebbe la natura di decreto ingiuntivo, e non di precetto, e di conseguenza il termine per

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1183.

proporre opposizione dovrebbe essere di quaranta giorni. Sul punto l'INPS richiama l'assunto del Tribunale, basato sull'autorevole insegnamento della S.C. (Cass. SS.UU. n. 498/00 e n. 491/00, e Cass. n. 780/99, n. 562/00 e n. 133/01) secondo cui *nel sistema di riscossione tramite ruolo l'esclusione delle ordinarie opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi non era applicabile alle entrate non tributarie*: e di conseguenza l'eccepita nullità della notifica della cartella per mancato rispetto dell'art. 145 c.p.c. andava formulata ai sensi ed entro il termine di cui all'art. 617/2 c.p.c..

Anche in questo caso il collegio ritiene che vada recepito l'autorevole insegnamento della S.C., ed osserva comunque, in ordine all'eccepito mancato rispetto dell'art. 145 c.p.c., che, come ricordato dall'INPS, non è necessario indicare i motivi della mancata notifica presso la sede della società, e che quella effettuata presso l'appellante, ai sensi degli artt. 138 e 141 c.p.c., era del tutto regolare, atteso che il B. era il liquidatore della ERREGIE, come da certificazione della C.C.I.A.A. di Venezia, prodotta dall'Istituto.

Con il terzo motivo di appello viene ribadita la doglianza di omessa e/o insufficiente motivazione della cartella opposta, ma la Corte osserva che, come già evidenziato dal Tribunale e dall'INPS, il documento in questione conteneva in realtà tutti i dati necessari a sostegno della richiesta di pagamento: tipo di contribuzione (contributi aziende), epoca dell'inadempimento (gennaio, febbraio e marzo 1987), tipo di omissione (DM10 insoluti), gli importi dovuti e le somme aggiuntive. Suscita pertanto non poche perplessità l'affermazione del B. – quella cioè di essere un semplice operaio, non in grado di comprendere le diciture tecniche della cartella – considerando il suo ruolo di liquidatore. Anche questo motivo va quindi disatteso.

Con il quarto ed ultimo motivo si deduce la nullità della sentenza di prime cure per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti di un litisconsorte necessario, vale a dire la S.C.C.I. s.p.a., cessionaria dei crediti INPS. Sul punto l'Istituto replica che il proprio legale si era costituito in primo grado anche per la predetta s.p.a., alla stregua della procura notarile prodotta in atti. Ne consegue che anche tale doglianza risulta infondata.

In conclusione, la sentenza impugnata va integralmente confermata, e le spese del grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

TRIBUNALI Sezioni Civili

Processo civile - Opposizione a cartella di pagamento - Vizi formali - Deducibilità nelle forme di cui agli artt. 615-617 CPC - Notifica agli eredi impersonalmente all'ultimo domicilio del defunto - Validità.

Tribunale di Bergamo - 01.07/03.08.2005, n. 466 - Dott. De Risi - T. (Avv. Baldassarre) - INPS (Avv. Collerone)

Nel processo di opposizione a ruolo ex art. 24 D.Lgs. 46/1999 la competenza del Giudice del Lavoro è circoscritta al merito della pretesa contributiva, mentre i vizi formali della cartella di pagamento devono essere dedotti con gli specifici rimedi di cui agli artt. 615 e 617 CPC; è comunque correttamente notificata una cartella di pagamento inviata agli eredi collettivamente ed impersonalmente all'ultimo domicilio del defunto, ove gli stessi eredi abbiano inadempito all'onere di comunicazione di cui all'art. 65 DPR 600/1973.

FATTO – Con ricorso depositato in data 4.12.2004 T.L. vedova ed erede del defunto D.B.G. opponeva la cartella esattoriale n. 01920010088073630 notificatale in data 25.10.2004 riguardante contributi ed accessori della gestione artigiani dovuti dal defunto per il periodo 1987-1997 pari a € 6.209,94 eccependo la nullità della medesima sotto più angolazioni. Opponeva che la medesima cartella era stata già notificata in data 10.5.2001 e annullata dopo opposizione dal tribunale di Bergamo con sentenza n. 454/2004. Faceva rilevare come ulteriore nullità la tardiva notificazione della cartella, perché oltre il termine del quarto mese successivo alla consegna del ruolo, che nella fattispecie era stato reso esecutivo il ruolo in data 16.2.2004. Eccepiva quale ulteriore nullità l'erronea notifica della stessa agli eredi nella forma collettiva ed impersonale nell'ultimo domicilio del de cuius, nonostante fosse nota la residenza e l'identità di tutti gli eredi. In aggiunta l'opponente negava di dover rispondere per la totalità del debito del defunto D.B.G. difettando il vincolo di solidarietà per le obbligazioni del dante causa. Sollevava eccezione di prescrizione quinquennale prevista dalla legge n. 335/1995 art. 3 comma 9. Negava che gli eredi dovessero rispondere delle sanzioni per il principio di intransmissibilità agli eredi delle sanzioni amministrative. Infine contestava i conteggi.

Resistevano l'Inps con memoria depositata in data 22.4.2005 anche nell'interesse della società SCCI società di cartolarizzazione dei crediti Inps e Bergamo Esattorie spa con memoria 20.5.2005.

La causa, previa sospensione provvisoria dell'esecutorietà della cartella disposta con decreto in data 9.12.2004, veniva discussa all'udienza del 3.6.2005 e rinviata all'udienza del 1.7.2005 ove veniva data lettura del dispositivo.

La ricorrente ha depositato note conclusive.

DIRITTO – L’opposizione non è fondata e perciò va rigettata in tutti i suoi molteplici profili.

Va preliminarmente ricordato che la competenza del giudice del lavoro è circoscritta al merito della pretesa contributiva, che trova il titolo esecutivo nel ruolo, strumento interno di formalizzazione della pretesa creditoria, secondo quanto previsto all’art. 24 del D.Lgs. n. 46/1999, che così recita al comma 5 “Contro l’iscrizione a molo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento. Il ricorso va notificato all’ente impositore” ed al comma 6 “Il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile”, mentre quanto ai vizi della cartella esattoriale, strumento di esternazione della pretesa contributiva (analogamente al precetto), si pongono differenziate tutele nelle forme di cui alla legge n. 689/1981, dell’art. 615 cpc e 617 cpc.

Quanto alla nullità della cartella in forza del rilievo di annullamento contenuto nella sentenza n. 454 del 20.7.2004 resa tra le parti da questo Tribunale si deve però rilevare che l’annullamento disposto in quella decisione riguardava un vizio che in allora affliggeva la notificazione della cartella, eseguita al nome ed indirizzo del de cuius, senza incidere sul merito della pretesa contributiva. Poiché le questioni attinenti il merito nella sentenza n. 454/2004 non furono affrontate dal giudice, perché assorbite dal motivo di annullamento della cartella, è del tutto ovvio che quella decisione non ha definitivamente pregiudicato il diritto di credito contributivo.

Quanto all’eccezione di decadenza dal diritto per ritardata notifica della cartella esattoriale il termine contenuto nell’art. 25 del DPR n. 602/1973 così come modificato dall’art. 11 del D.lgs. 26.2.1999 n. 46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo) non ha carattere espressamente perentorio, che ne implicherebbe la decadenza invocata dalla ricorrente, poiché il citato D.lgs. n. 46/1999 laddove ha inteso comminare la decadenza per inosservanza di termini l’ha espressamente previsto, come all’art. 6. Il vizio della tardiva notificazione potrebbe essere allora essere più correttamente devoluto alla cognizione del giudice dell’esecuzione nella forma dell’opposizione ex art. 617 cpc.

Non va pronunciata la nullità della pretesa contributiva a causa della notifica della cartella in forma impersonale e collettiva agli eredi presso l’ultimo domicilio del defunto, in considerazione del fatto che la normativa sul punto pone precisi oneri a carico degli eredi finalizzati a rendere edotto l’esattore dell’identità e della residenza anagrafica di ognuno di essi, nei cui confronti la notifica possa essere eseguita personalmente. Tale onere di comunicazione, che sono dettagliati nell’art. 65 del DPR n. 600/1973 e si sostanzia nella apposita comunicazione all’Agenzia delle Entrate o all’Inps di generalità e residenza, non è stato certamente adempiuto dagli eredi, nonostante essi fossero ben edotti della esistenza della disposizione normativa, avendone fatto richiamo e motivo nella opposizione alla cartella – notificata non nella forma impersonale e collettiva – conclusasi con sentenza n. 454/2004 favorevole alla ricorrente. La noti-

ficazione della cartella nuovamente opposta è perciò rispettosa del precetto normativo e tanto basta per il rispetto delle forme, pertanto non può essere inficiata dall'asserita conoscenza aliunde acquisita dei nominativi dei singoli eredi. Tra l'altro la produzione dello stato di famiglia del *de cuius* non necessariamente assolve la funzione di identificare esattamente gli eredi e rispettive residenze, poiché è noto che il fenomeno successorio non conosce quale unica modalità la successione per legge, nè la qualità di erede si acquista sol perché si sia chiamati all'eredità. Per superare simili inevitabili incertezze non a caso la legge ha previsto che i veri eredi effettuino l'apposta comunicazione ex art. 65 del DPR 600/1973.

Quanto alla subordinata eccezione per la quale non potrebbe pretendersi dalla ricorrente, vedova del signor D.B., il pagamento dell'intero debito contributivo per essere la ricorrente medesima una degli eredi e perciò tenuta in via proporzionale alla quota di partecipazione all'eredità, si deve richiamare l'art. 65 comma i del DPR n. 600/1973, in forza del quale vige la solidarietà degli eredi per debito del defunto.

Non è fondata l'eccezione di prescrizione quinquennale sollevata dalla ricorrente, che nega la ricorrenza di atti interruttivi antecedenti al 1 gennaio 1996: l'Inps ha dato prova dell'interruzione con la produzione di diffida per raccomandata a.r. ricevuta dal defunto D.B. in data 7-9-1995 con la conseguenza che il termine di prescrizione in tal ipotesi decennale, secondo quanto prevede appositamente la legge n. 335/1995, non si è prescritto essendo la successiva cartella notificata ritualmente in data 25.10.2004 cioè all'interno del decennio decorrente dall'atto interruttivo citato. Tanto si rileva anche non considerando che con l'opposizione alla notifica della cartella esattoriale avvenuta nel 2001 la ricorrente ha certamente conosciuto la volontà manifesta del creditore di far valere il proprio diritto.

In ordine all'eccepita irresponsabilità per le sanzioni da ritardo o omesso versamento fondata secondo la ricorrente sulla configurazione di esse come sanzioni amministrative, cui va applicato il principio di personalità della pena e quindi d'intrasmissibilità agli eredi, si osserva che il legislatore all'art. 116 23.12.2000 n. 388 ha inteso qualificare espressamente le sanzioni per omesso e tardivo come "sanzioni civili" (comma 8), abrogando le sanzioni amministrative al comma 12 "che così recita testualmente" ferme restando le sanzioni penali, sono abolite tutte le sanzioni amministrative relative a violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie consistenti nell'omissione totale o parziale del versamento di contributi o premi o dalle quali comunque derivi l'omissione totale o parziale del versamento di contributi o premi, ai sensi dell'articolo 35, commi secondo e terzo, della legge 24 novembre 1981, n. 689, nonché a violazioni di norme sul collocamento di carattere formale". Non può perciò essere dichiarato l'esonero degli eredi dalle "sanzioni civili" conseguenti alle omissioni del *de cuius*.

Infine non può essere recepita la generica e non circostanziata contestazione di conteggi e metodi di calcolo, che per contro sono analiticamente esposti e motivati dall'Inps.

(Omissis)

Prestazioni - Rivalutazione anzianità contributiva da esposizione all'amianto - Criteri valutativi dell'esposizione al rischio.

Tribunale di Bergamo - 27.05/27.06.2005 n. 373 - Dott. De Risi - C. e altri (Avv.ti Bersani, Signorelli) - INPS (Avv.ti Cama, Casagli, Santanoceto).

Ai fini della rivalutazione dei periodi contributivi ex art. 13 co. 8 L. 257/1992, il criterio valutativo dell'esposizione all'amianto, più conforme al dettato normativo e che concilia esigenze di concentrazione e continuità dell'esposizione con quello della costanza dell'esposizione stessa in un arco temporale significativo, è quello dell'esposizione media annuale.

FATTO – Con ricorso depositato il 18 novembre 2002 i sigg. C.G., C.G., B.M., P.D., tutti dipendenti della Endesa Italia s.r.l. svolgenti attività lavorativa presso la centrale termoelettrica di M.L., adivano l'autorità giudiziaria in funzione di giudice del lavoro per vedere riconosciuto il proprio diritto alla rivalutazione del periodo contributivo ai fini della prestazione pensionistica a carico dell'Inps ai sensi dell'art. 13 co., 8 della L. 27.3.1992 n. 257, diritto negato dall'Inps attraverso la procedura del silenzio rifiuto. Assumevano, in fatto, di essere stati costantemente esposti, nell'ambito delle rispettive mansioni, alle fibre di amianto nell'arco dell'intera giornata lavorativa e senza avere in dotazione strumenti di proiezione individuale; di essere stati a contatto con un largo ed indiscriminato uso di materiali contenenti amianto utilizzati dalla Endesa fin dagli anni '50 e fino alla metà degli anni '90 tant'è che diversi lavoratori avevano contratto malattie derivanti da tale esposizione (asbestosi, mesotelioma pleurico). In diritto, affermavano che il riconoscimento del beneficio previdenziale spettasse solo in ragione dell'esposizione a rischio di amianto per un periodo superiore a 10 anni, indipendentemente dalle mansioni svolte e dalla contrazione di una malattia professionale; che l'individuazione del "rischio amianto" prescindesse dal riferimento alla soglia massima di esposizione prevista dal D.L.vo 169/93 che si applica a lini preventivi per soddisfare finalità assicurative e non per fini previdenziali; che quindi non a rigidi e predeterminati livelli di rischio normativamente fissati occorresse riferirsi per valutare la sussistenza del rischio amianto ma a più generali potenzialità nocive derivanti da lavorazioni connesse all'esposizione continuata ad amianto.

Costituitasi tempestivamente in giudizio con memoria di costituzione depositata il 3.2.2003 L'Istituto Nazionale della previdenza sociale contestava integralmente la domanda attrice chiedendo il rigetto.

Partendo dalla nota sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale (la n. 5 del 2000) (1), affermava un principio di stretta correlazione dell'esposizione ultradecennale ad amianto con il sistema generale di assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali, e quindi, con i valori massimi di concentrazione di amianto nell'ambiente lavorativo normativamente fissati, e valevoli per individuare la

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 84.

soglia massima di “rischio” di esposizione accettabile, oltre i quali era obbligatorio il ricorso ad assicurazione. L’indagine sulla sussistenza del rischio, dunque, non può prescindere, secondo l’istituto convenuto, dal rischio effettivo di contrazione della malattia, sussistente quando il *grado di* concentrazione di agenti patogeni sia superiore a determinati valori minimi normativamente fissati nella concentrazione annuale di 0,1 fibre per cm cubo come valore medio su 8 ore al giorno-limite così determinato dallo stesso D.L. 169/93 conv. in L. 271/93 nonché, da ultimo, dall’art. 16 della L.128/1998, In concreto, eccepiva l’istituto, che l’azienda presso la quale i ricorrenti hanno prestato la loro opera non rientra fra le imprese direttamente operanti nel settore amianto e rilevava come i ricorrenti, accendendo ad un’ampia e generica interpretazione normativa del rischio, basata sul semplice concetto di esposizione ultradecennale ad amianto, avessero omesso di fornire la prova dei livelli quantitativi e qualificanti l’esposizione stessa, con ciò fallendo di provare il fondamento giuridico della propria domanda.

La causa veniva chiamata alla prima udienza del 14 febbraio 2003 nel corso della quale si procedeva all’interrogatorio libero dei ricorrenti.

Alla successiva udienza del 14 maggio 2003 veniva conferita CTU al fine di accertare, previo sopralluogo sulla centrale termoelettrica, se le mansioni alle quali erano stati addetti i ricorrenti implicassero una esposizione ad amianto in concentrazione superiore ai limiti di cui al D. L.vo 277/1991 e successive modifiche, indicando anche i periodi di tale superamento. Successivamente al deposito della prima relazione peritale, all’udienza del 1 febbraio 2005 venivano sentiti i consulenti tecnici d’ufficio nonché il CTP dell’Inps in relazione ai metodi e criteri scientifici utilizzati nello svolgimento dell’incarico; quindi, depositata relazione medico-legale in replica alle argomentazioni dell’Inps la causa veniva discussa all’udienza del 27 maggio 2005 mediante pubblica lettura del dispositivo.

DIRITTO – Per la decisione della presente controversia risulta centrale l’indagine scientifica espletata dai CTU sia sull’ambiente di lavoro che sulle condizioni medico-legali dei ricorrenti, previa preliminare decisione sulla scelta del criterio da adottare per la determinazione del “rischio” amianto e dei parametri necessari per la sua verifica.

In proposito ritiene questo giudice che il recente intervento della Corte Costituzionale con la sentenza interpretativa di rigetto n. 5/2000 risulti dirimente rispetto ai contrasti giurisprudenziali insorti prima della pronuncia e relativi ai criteri di valutazione dell’esposizione ultradecennale ad amianto prescritta per l’attribuzione del beneficio contributivo, e rimandi senza alcun dubbio ai criteri normativi fissati dal D.Lvo n. 277/2001. Così esplicitamente la suprema Corte: “il concetto di esposizione ultradecennale, coniugando l’elemento temporale con quello di attività lavorativa soggetta al richiamato sistema di tutela previdenziale viene ad implicare, necessariamente, quello di rischio e, più precisamente, di rischio morbigeno rispetto alle patologie, quali esse siano, che l’amianto è capace di generare per la sua presenza nell’ambiente di lavoro; evenienza, questa, tanto pregiudizievole da indurre i legislatori, sia pure a fini di prevenzione fissare il valore massimo di concentrazione di amianto nell’ambiente lavorativo, che segna la soglia limite del rischio di esposizione”.

Non solo quindi il dato temporale costituito dall'esposizione decennale, ma il concetto di rischio, ovvero una esposizione qualificata dal rischio morbigeno costituiscono i presupposti per il riconoscimento dei benefici previdenziali.

Nella stessa direzione interpretativa si pone poi la pronuncia della Corte di Cassazione (sent. N. 1162/2001) (2), che ha affermato come il vero elemento qualificante del rischio da esposizione all'amianto non è individuato nella mera durata ultradecennale dell'esposizione medesima, essendo invece necessario che il rischio sia assicurabile per la salute. Il criterio della effettività del rischio salute che, solo, costituisce rischio assicurabile implica un giudizio di fatto sugli specifici luoghi di lavoro, sulle mansioni svolte in concreto, sulla presenza di amianto nelle concentrazioni minime previste come rischiose dalla legge al fine di valutare che il rischio ambientale sia tale da nuocere alla salute dei lavoratori stessi e da imporre di conseguenza l'obbligo di assicurarli presso l'Inail. In tali condizioni di fatto matura altresì il diritto al riconoscimento del diritto alla rivalutazione ai fini pensionistici.

In applicazione di tali principi, che questo giudice condivide, il criterio d'indagine richiesto – e seguito dal CTU – per l'accertamento dell'esposizione ad amianto fa riferimento ai limiti previsti dal D. L.vo 277/91 e successive modifiche e cioè al livello d'azione stabilito all'art. 24 co. 3: $0,1 \text{ f/cc} = 100 \text{ fibre/litro}$. Inoltre, appare condivisibile la metodologia adoperata per valutare in modo quantitativo l'esposizione dei ricorrenti non potendo disporre di dati sperimentali sito-specifici a causa del tempo trascorso (oltre 30 anni) dall'inizio dell'esposizione, dei mutamenti intervenuti nelle lavorazioni e nei materiali che non consentono, oggi, di effettuare rilevazioni scientificamente significative dell'esposizione passata, e della mancanza di documentazione inerente a rilevazioni effettuate al tempo della massima esposizione ad amianto. Pur in mancanza di dati empirici appare corretto il ricorso ai dati di letteratura utilizzati dai CTU a partire dagli anni 60 tenendo conto dei dati relativi ad esposizioni per interventi in centrali termoelettriche e secondariamente dei dati relativi ad operazioni del tutto simili a quelle condotte in centrale elettrica in altre realtà produttive sempre in ambiente confinato. Pur con le possibili diversificazioni relative ad ogni realtà produttiva, la omogeneità della mansione e dell'attività produttiva, stemperata dalla media geometrica delle varie mansioni, ben può rappresentare un valido indicatore della esposizione. Non si condividono pertanto le critiche metodologiche appuntate dall'istituto convenuto sul punto posto che è lo stesso istituto che, nel riconoscere l'esposizione ad amianto – decennale o meno – relative a periodi passati, e privi di rilevazioni scientifiche si avvale di metodologie similari, basate sui dati di letteratura o comparati con altre realtà produttive omogenee.

Ebbene, tenendo conto di tali considerazioni e dei dati selezionati dalla letteratura – riferibili alle situazioni espositive nelle centrali termoelettriche sono state ricostruite in CTU per analogia, in carenza di dati sperimentali sulla centrale di Gavazzano, le storie espositive dei singoli ricorrenti in maniera da raggiungere una esposizione "media ponderata" complessivamente superiori ai limiti per tutti i

(2) Idem, 2001, p. 102.

ricorrenti, ad eccezione di P.D.: il B. risulta infatti raggiungere un livello di fibre/litro pari a 431, il P. pari a 72, C.G. pari a 196, C.G. pari a 240.

Si legge testualmente nelle conclusioni congiunte dei CTU: "Riteniamo sottolineare che le relazioni dose risposta che meglio correlano i livelli espositivi con la probabilità di ammalare si riferiscono all'esposizione cumulativa (numero di fibre/unità di volume d'aria/anno di esposizione), in quanto più espressiva dell'accumulo delle fibre nel polmone.

Sotto tale profilo, un'esposizione ad alte dosi in un breve periodo equivale dal punto di vista patogenetico ad un'esposizione a dosi più basse per un periodo proporzionalmente più lungo. Con tale riferimento si può affermare con ragionevole probabilità che incoerenti B.M., C.G. e C.G. hanno avuto un'esposizione cumulativa superiore a quella risultante da un'esposizione per 10 anni ad un livello di concentrazione ad amianto corrispondente al valore limite di cui al D.lvo 277/91 di fibre/litro".

Tale metodologia, prescelta dai CTU, è stata da loro sostenuta come corretta anche nella seconda relazione depositata in udienza l'1.2.05 in quanto "l'esposizione media ponderata esprime il carico totale di fibre respirate, che determina il rischio di malattia". Tuttavia, la validità scientifica di tale metodologia (confutata in questa sede dal dott. Maggio, medico-legale dell'Inps e su più larga scala da altre posizioni di medicina-legale) non costituisce certo criterio-guida per l'interpretazione giuridica della norma che non fa riferimento ad un concetto di esposizione-cumulativa, e non consente di "spalmare" su un numero indefinito di anni le esposizioni, per quanto elevate, concentrate in un ristretto ambito temporale. Risulta alquanto arbitrario, da un punto di vista tecnico-giuridico, accedere al criterio cumulativo che non trova alcun riscontro nelle – previsioni di legge, specie ove si considerino le conseguenze, che derivano da tale criterio. Nel caso che ci occupa è infatti evidente che la concentrazione media di riferimento per ciascun ricorrente supera abbondantemente il limite dei 100 F/L solo nel biennio 1974/1975 (v. tabelle contenute nella relazione di CTU) raggiungendo valori pari a 2130 F/L, ma il superamento è così rilevante da determinare il superamento annuale di oltre 10 anni per tutti i ricorrenti (escluso P.D.) nonostante, invece, i valori delle altre annualità fossero di molto inferiori ai limiti.

Infatti, seguendo la diversa metodologia consistente nel determinare il periodo totale di esposizione ad amianto con riferimento al periodo lavorativo in cui l'esposizione annuale alle fibre di amianto è stata costantemente sopra il limite di 100 F/L in nessun caso si raggiungerebbe l'esposizione decennale, ed anzi risulterebbe che il B. avrebbe superato i limiti di esposizione solo per 6 anni, C.G. per 4 anni. C.G. per 7 anni, e P.D. per un paio d'anni.

Le conseguenze, come si vede, sono assai diverse a seconda del criterio che si adotti nella valutazione del concetto di esposizione.

Ritiene questo giudice che il criterio di gran lunga più conforme al dettato normativo, e altresì più rispondente alle necessità di conciliare esigenze di concentrazione e continuità dell'esposizione con quelle di una certa costanza dell'esposizione stessa in arco temporale mediamente significativo di un criterio di rischio, sia quello dell'esposizione media annuale – criterio tra l'altro largamente utilizzato negli studi epidemiologici per la stima del rischio. Gli stessi CTU danno atto che

“un altro metodo per calcolare l'esposizione cumulativa è basato sulla valutazione o la stima del valore di esposizione legato ad un determinata lavorazione o mansione lavorativa, anche di tipo discontinuo e di durata e frequenza variabili, moltiplicato per il periodo di esposizione effettiva in anni, e si esprime in termini di fibre-anno/ml.”.

Il riferimento ad una media annuale, piuttosto che a tutto l'arco lavorativo, trova riscontro nel dettato normativo: l'art. 13 co. 8 della L. n. 257/1992 che prevede il beneficio contributivo in questione, fissa il limite di esposizione nella concentrazione “annuale” di 0,1 fibre per cm cubo come valore medio per 8 ore al giorno. Impossibile pretendere che l'esposizione media giornaliera alle fibre di amianto sia stata costantemente superiore al limite di 0,1 l/cc: se da un punto di vista probatorio tale rilevazione non sarebbe determinabile neppure con il ricorso ad elementi di ragionevolezza logica e probabilistica, da un punto di vista di equità sostanziale tale criterio inevitabilmente svilirebbe la possibilità concreta del ricorso al beneficio previdenziale. È infatti fatto notorio che nella prassi lavorativa la discontinuità e mutevolezza delle mansioni e delle condizioni lavorative necessariamente implicherebbe giornate in cui l'esposizione non ha superato i limiti, ma tale circostanza non avrebbe alcun riflesso concreto sul rischio di contrarre malattie da amianto e pertanto andrebbe irragionevolmente ad incidere, negandola, sulla possibilità di accesso ai benefici pensionistici.

Pertanto, conformemente al criterio delle inedia ponderata su base annuale e all'applicazione concreta di tale criterio al caso che ci occupa, quale risultante dalla integrazione della relazione dei CTU deve rilevarsi che nessuno dei ricorrenti ha raggiunto il decennio di esposizione al rischio amianto e quindi il ricorso va respinto. Tale conclusione trova almeno parziale (in quanto sono noti i tempi di latenza della malattia) riscontro nell'accertata inesistenza di alcuna patologia, neppure a livello iniziale, connessa ad amianto, in nessuno dei ricorrenti, visitati dai CTU, come invece avrebbe già potuto insorgere in considerazione della decorrenza, risalente nel tempo, dell'esposizione all'amianto.

Sussistono giusti motivi, data la natura controversa e assai dibattuta della fattispecie, per compensare fra le parti le spese di lite.

(Omissis)

Prestazioni - Fondo di Garanzia - TFR - Pagamento interessi al maggior tasso *ex* CCNL - Insussistenza diritto.

Tribunale di Bergamo - 27.05/27.06.2005, n. 371 - Dott. De Risi - A. e altri (Avv. Signorelli) - INPS (Avv. Imparato)

È infondata la pretesa di lavoratori ex dipendenti di azienda fallita di

ottenere dal Fondo di Garanzia presso l'INPS il pagamento, sul credito per TFR, di interessi al maggior tasso previsto, con finalità sanzionatorie, dal CCNL di categoria per il caso di mora del datore di lavoro; la pattuizione di interessi in misura eccedente a quella prevista dalla legge è infatti assistita da particolare rigore formale, che non può essere eluso dall'interpretazione analogica.

FATTO – Con ricorso depositato in data 5.5.2004 le signore A.M., B.L. e M.S. adivano il Tribunale di Bergamo – Giudice del Lavoro per ottenere declaratoria del proprio diritto ad essere soddisfatte dal Fondo di Garanzia istituito presso l'INPS dei propri rispettivi crediti per TFR ed interessi di mora (tasso pari al T.U.S. maggiorato di 2% secondo il CCNL Tessili) maturato nei confronti della società ex datrice di lavoro Ro.Gi.Ma. srl ed insinuato nel passivo fallimentare.

Resisteva l'INPS eccependo di aver già pagato il TFR con interessi legali e di rivalutazione monetaria e di non essere dovuto il maggior tasso convenzionale per inapplicabilità al credito da TFR.

In causa dopo la prima udienza di discussione tenutasi in data 20/10/2004, la causa veniva rinviata per la discussione all'udienza del 26 poi prorogata al 27.5.2005 ove veniva data lettura del dispositivo.

DIRITTO – Le ricorrenti A.M., B.L., M.S., quali ex dipendenti della società fallita Ro.Gi.Ma srl lamentano di aver percepito dal Fondo di Garanzia presso l'Inps somma inferiore a titolo di TFR rispetto a quella insinuata al passivo del fallimento. La minor somma per differenza attiene gli interessi sulla somma capitale: mentre il Fondo ha pagato gli interessi legali e da rivalutazione monetaria, le ricorrenti reputano di aver diritto ai maggiori interessi al tasso ufficiale di sconto maggiorato di 2 punti secondo quanto previsto dal CCNL tessili in tema di ritardo nel pagamento della retribuzione.

Il ricorso non merita accoglimento.

La previsione di interessi di mora pari al tasso ufficiale di sconto maggiorato di 2 punti percentuali è contenuta nel CCNL Tessili applicato dal datore di lavoro fallito all'art. 47 rubricato "Corresponsione della retribuzione". A parte l'espressa intitolazione dell'articolo – come noto anche la rubrica della norma appartiene al procedimento esegetico letterale – la previsione del tasso di mora appare univocamente riferibile alla retribuzione con chiara finalità sanzionatoria del ritardo del datore di lavoro, secondo una graduazione di incidenza del tasso in relazione alla durata del ritardo, rafforzata addirittura con la facoltà del lavoratore di risolvere il rapporto per giusta causa. Ciò non si ritiene analogicamente applicabile all'obbligazione di corrispondere il TFR, ancorché da un punto di vista economico spesso si parli di retribuzione accantonata in corso di rapporto ed erogata in via differita. La pattuizione degli interessi in misura eccedente quella prevista dalla legge e come noto assistita da particolare rigore formale, che non può essere eluso dall'interpretazione analogica. La disposizione del CCNL recante tassi di mora in misura eccedente quella consentita in linea generale dalla legge per i crediti di lavoro, tasso legale e tasso di svalutazione, non può perciò

riferirsi anche all'obbligazione inerente il T.F.R., per il quale il Fondo ha correttamente corrisposto gli interessi e la rivalutazione monetaria. Del resto è giustamente stato osservato che la prova del maggior danno, eccedente il combinato calcolo di interesse al tasso legale e rivalutazione, incombe sulla parte che l'adduce.

Per quanto detto è irrilevante prendere posizione sulla controversia circa la natura ed i limiti dell'obbligazione addossata dalla legge al Fondo di Garanzia. Aggiungasi che traspare dalla disposizione collettiva invocata la finalità sanzionatoria del comportamento inadempiente del datore di lavoro, che non si concilia con il ruolo di assicurazione sociale attribuito dalla legge al Fondo. Né la configurazione di un meccanismo di accollo ex lege a carico del Fondo può legittimare l'automatica estensione all'accollatario oltre al debito per capitale accollato anche di tutti gli accessori del medesimo ivi inclusi quelli per interessi di mora convenzionali. Mentre appare equo includere nell'accollo gli accessori (interessi legali e da rivalutazione) necessariamente conseguenti alla natura dell'obbligazione.

Ricorrono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

Il ricorso proposto va pertanto respinto.

Va disposta infine la compensazione integrale delle spese di lite.

(Omissis)

Prestazioni - Invalidità civile - Domanda giudiziale di ratei di indennità d'accompagnamento proposta da eredi - Difetto di previa domanda amministrativa degli aventi causa - Improporzionalità ricorso.

Tribunale di Milano - 06.04/27.05.2005, n. 2038 - Dott. Negri Della Torre - C. (Avv. Fumarola) - INPS (Avv. Mostacchi) - A.S.L. Milano (Avv. Bottini) - Ministero dell'Economia (Dott. Mezzera).

La domanda giudiziale di ratei di indennità d'accompagnamento proposta da eredi di invalido deve essere preceduta dalla necessaria istanza in via amministrativa inoltrata all'amministrazione dagli eredi stessi, istanza che costituisce il presupposto processuale dell'azione la quale, in difetto, deve ritenersi improponibile.

FATTO – Con ricorso ex art. 442 c.p.c., depositato il 29 marzo 2004, la sig.ra M.L.C., nella sua qualità di erede legittima di A.L., deceduto il 14/12/02, chiedeva – previo accertamento, nel contraddittorio con la competente Asl, dell'incapacità del proprio dante causa di compiere gli atti quotidiani della vita e/o di deambulare autonomamente – la condanna dell'Inps al pagamento dei ratei dell'inden-

nità di accompagnamento con decorrenza dal mese successivo alla domanda (1/7/01), o con altra successiva decorrenza ritenuta di giustizia, sino al giorno del decesso.

Si costituiva l'Inps rilevando l'improcedibilità dell'azione giudiziale in assenza della preventiva necessaria presentazione di una domanda amministrativa da parte dell'erede.

Si costituiva altresì l'Asl di Milano n. 1, rilevando il proprio difetto di legittimazione passiva.

Integrato il contraddittorio nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, ex art. 42, comma 1, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326, la causa veniva, all'udienza odierna, discussa e decisa.

DIRITTO – Deve preliminarmente rilevarsi la legittimazione passiva dell'Inps, per la quale, condividendosene integralmente le osservazioni e argomentazioni, si richiama la recente Cass. 2 aprile 2004, n. 6565.

È peraltro fondata, e deve essere accolta, l'eccezione di improponibilità formulata dall'Istituto in relazione al fatto che la domanda oggetto del presente giudizio non risulta essere stata preceduta dalla necessaria domanda amministrativa da parte dell'erede.

Infatti, tale domanda, in quanto destinata a provocare la determinazione, esplicita od implicita (silenzio-rifiuto), dell'ente competente costituisce – come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità – un presupposto processuale dell'azione, la quale, in difetto, deve ritenersi improponibile, sussistendo una temporanea carenza di giurisdizione del giudice ordinario, ex art. 37, comma primo, cod. proc. civile.

Né, in senso contrario, potrebbe invocarsi la circostanza che già il *de cuius*, in data 21/6/01, avesse presentato domanda amministrativa volta ad ottenere l'indennità di accompagnamento; con la conseguenza che l'erede, senza presentare altra domanda, potrebbe direttamente proporre l'azione giudiziale.

Ed invero l'erede, agendo – come nella specie – per il pagamento dell'indennità di accompagnamento già spettante in vita al proprio dante causa, fa valere non già il diritto, che è del tutto personale, all'indennità suddetta, ma soltanto il diverso diritto patrimoniale all'equivalente monetario dei ratei non corrisposti, comprensivi degli accessori maturati fino al momento in cui il dante causa medesimo è rimasto in vita.

Inoltre, l'Inps – come esattamente posto in rilievo, in aderenza, d'altra parte, alla *ratio legis* – non sarebbe, in mancanza di una domanda degli eredi, neppure posto a conoscenza del decesso del *de cuius* e, pertanto, non si troverebbe nella condizione di poter riesaminare, ed eventualmente accogliere, le richieste degli eredi stessi, i quali, oltre a dover dimostrare la propria qualità, potrebbero produrre nuova documentazione a sostegno della domanda.

Sussistono giusti motivi per la integrale compensazione delle spese fra le parti.

(*Omissis*)

Contributi - Omesso versamento - Costituzione di rendita vitalizia - Coadiutore di impresa familiare - Legittimazione - Prova scritta di data certa sull'esistenza del rapporto di lavoro - Produzione di copia del libro matricola - Inidoneità probatoria.

Tribunale di Milano - 13.01/28.02.2005, n. 732 - Dott. Negri Della Torre - B. (Avv. Ratti) - INPS (Avv. Mostacchi).

Anche al lavoratore autonomo, che, come il coadiuvante familiare, non fosse abilitato al versamento diretto dei contributi ma risultasse, a tal fine, sottoposto alle determinazioni di altri soggetti, spetta la facoltà di richiedere all'INPS la costituzione di rendita vitalizia ex art. 13 L. 1338/1962 pari alla quota di pensione che sarebbe spettata in relazione ai contributi omessi; occorre a tal fine la prova scritta di data certa dell'esistenza del rapporto di lavoro, tale non potendosi ritenere la copia del libro matricola, cui, come al libro paga, può riconoscersi esclusivamente valore probatorio contro il datore di lavoro da cui proviene, inquadrandosi le relative registrazioni nella categoria delle confessioni stragiudiziali.

FATTO – Con ricorso ex art. 442 c.p.c., depositato il 4 luglio 2002, il sig. B.R.B. esponeva di avere ininterrottamente prestato attività lavorativa dal 1970 al 1998, come coadiuvante familiare, nell'esercizio denominato "Osteria Quintosole", di cui era titolare il defunto fratello E.; che peraltro quest'ultimo aveva provveduto a versare i contributi previdenziali dovuti per il periodo dall'inizio dell'attività al 31 gennaio 1973 e successivamente per il periodo dall'1 giugno 1975 al 31 gennaio 1998, mentre nessun contributo risultava versato in favore del ricorrente per il periodo dall'1 febbraio 1973 al 31 maggio 1975; che la domanda di costituzione di rendita vitalizia, per contributi omessi e caduti in prescrizione, relativamente al suddetto periodo, presentata all'Inps in data 12 giugno 1998, era stata respinta. Ciò premesso, il ricorrente – richiamato l'art. 13 l. 12 agosto 1962, n. 1338 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 18/1995 (1) – chiedeva che venisse accertato e dichiarato il suo diritto al versamento della riserva matematica per la costituzione della rendita vitalizia relativamente al periodo dall'1 febbraio 1973 al 31 maggio 1975 e conseguentemente chiedeva, previo annullamento del provvedimento assunto dall'Inps, di essere ammesso alla costituzione della rendita suddetta.

Si costituiva l'Inps chiedendo il rigetto.

Assunte prove testimoniali, la causa veniva all'udienza odierna discussa e decisa.

DIRITTO – Il ricorso è infondato e deve essere respinto. Come sottolineato, anche di recente, dalla giurisprudenza di legittimità, l'unica interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 13 l. 12 agosto 1962, n. 1338, a seguito della sentenza

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 81.

della Corte Costituzionale n. 18 del 1995, “è quella che ne estende l’applicazione a favore dei lavoratori autonomi, posto che con tale interpretazione, alla quale va escluso il carattere innovativo, il giudice delle leggi, pur non operando una indiscriminata estensione ai detti lavoratori della disciplina dei lavoratori dipendenti, ha individuato nel citato art. 13 quei connotati di generalità e astrattezza tali da consentirne l’applicazione a tutte le categorie di lavoratori non abilitati al versamento diretto dei contributi, ma sottoposti a tal fine alle determinazioni di altri soggetti” (Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16147).

Ora, l’art. 13 prevede, al comma 1, che, ferme restando le disposizioni penali, il datore di lavoro che abbia omesso di versare contributi per l’assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti e che non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione ai sensi dell’art. 55 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827, può chiedere all’Inps di costituire, nei casi previsti dal successivo quarto comma, una rendita vitalizia reversibile pari alla pensione o quota di pensione adeguata dell’assicurazione obbligatoria che spetterebbe al lavoratore dipendente in relazione ai contributi omessi. Peraltro, la facoltà del datore di lavoro di costituire la rendita può essere esercitata soltanto *su esibizione all’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale di documenti di data certa, dai quali possano evincersi l’effettiva esistenza e la durata del rapporto di lavoro, nonché la misura della retribuzione* corrisposta al lavoratore interessato (comma 4); ed ove è previsto, poi, dal medesimo art. 13, che anche il lavoratore possa proporre la domanda volta alla costituzione della rendita vitalizia, nel caso in cui non vi ottemperi il datore di lavoro (comma 5), è parimenti stabilito che la facoltà in questione possa essere esercitata a condizione che il lavoratore interessato *fornisca all’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione* indicate nel comma precedente.

Pur tenuto conto dell’intervento della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 568/1989 (2), ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 13, commi 4 e 5, nella parte in cui non consente di provare altrimenti la durata del rapporto e l’ammontare della retribuzione, è certo che – come ribadito dalla stessa Corte – rimane salva la necessità della prova scritta sull’esistenza del rapporto di lavoro.

La *ratio* sottesa a tale disciplina, come esattamente osservato dall’Istituto, è chiaramente quella di subordinare il riconoscimento della rendita vitalizia ad un rigoroso sistema di prove, al fine di impedire la costituzione di posizioni assicurative fraudolente o, comunque, di comodo, ed è, per ciò stesso, una *ratio* che ne percorre l’intero (ed ora più esteso, a seguito di Corte Cost. n. 18/1995) ambito di applicabilità. Può, quindi, affermarsi che in una causa, come la presente, promossa dal lavoratore per la costituzione di rendita vitalizia, ai sensi dell’art 13 l. n. 1338/1962/ “l’onere probatorio relativo all’esistenza del rapporto di lavoro subordinato (a differenza di quello riguardante la durata e rammontare della retribuzione, a seguito della sentenza della Corte Cost. n. 568 del 1989) *può essere soddisfatto solo mediante documenti*” (Cass./ sez. lav., 5 novembre 2003/ n. 16637 (3)).

(2) Idem, 1990, p. 235.

(3) Idem, 2003, p. 1593.

Al riguardo, si rileva che il B. ha prodotto copia del libro matricola. Tale produzione deve, tuttavia, ritenersi inconferente ai fini del decidere. Ed invero al libro matricola (come al libro paga) può riconoscersi esclusivamente valore probatorio contro il datore di lavoro che lo ha tenuto e da cui proviene (art. 2709 c.c.), inquadrandosi le relative registrazioni nella categoria delle confessioni stragiudiziali.

Né potrebbe legittimamente farsi riferimento alla norma di cui all'art. 2710 c.c., per la quale "i libri bollati e vidimati nelle forme di legge, quando sono regolarmente tenuti, possono fare prova tra imprenditori per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa", poiché è del tutto evidente come il ricorrente non possa invocare tale disposto a suo favore contro l'Inps, che non ha la veste di imprenditore, quanto al preteso rapporto previdenziale, ed è terzo estraneo al rapporto di lavoro dedotto in giudizio (cfr., in tal senso/ Cass. 20 luglio 1985, n. 4305, nonché Cass. 29 maggio 1998, n.5361).

In ogni caso, l'istruttoria non ha offerto le necessario conferme alla sussistenza di un rapporto di collaborazione, quale descritto nel ricorso introduttivo, emergendo anzi dalla stessa l'esistenza di una contitolarità nell'impresa dei fratelli Bianucci, attuata nelle forme di una società di fatto con divisione degli utili al 50%.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di mobilità "lunga" - Requisito contributivo - Rivalutazione anzianità contributiva da esposizione all'amianto - Insussistenza diritto.

Tribunale di Milano - 25.11.2004/15.02.2005 n. 584/2005 - Dott. Vitali - C. (Avv. Garlatti) - INPS (Avv. Cama).

La rivalutazione dei periodi contributivi per effetto all'esposizione all'amianto è un beneficio previsto ai soli fini del conseguimento del diritto alle prestazioni pensionistiche e, come tale, non può incidere ai fini dell'attribuzione del diritto all'indennità di mobilità.

FATTO – Con ricorso regolarmente notificato, la ricorrente conveniva in giudizio l'I.N.P.S., esponendo di aver presentato domanda di ricostituzione della pensione nr. 13513766 categoria VO con decorrenza dall'1 gennaio 2002 per il riconoscimento della retrodatazione della decorrenza alla data dell'1 giugno 2001; di essersi visto respingere la domanda in base alla motivazione che, pur essendo inserito negli elenchi di c.d. mobilità lunga, non era in possesso al momento del licen-

ziamento dei 1456 contributi settimanali della gestione necessari per il prolungamento della prestazione; di aver proposto ricorso amministrativo, precisando di poter vantare il requisito di oltre 28 anni di contributi per effetto del riconoscimento della maggiorazione prevista dall'art. 13 VIII comma L. 257/92; di aver ricevuto in data 24 dicembre 2002 il rigetto del ricorso.

Ciò premesso, concludeva chiedendo che l'I.N.P.S. fosse condannato alla retrodatazione della pensione e quindi al pagamento dei ratei non corrisposti e dall'1 giugno 2001 all'1 gennaio 2002. Si costituiva ritualmente l'I.N.P.S., concludendo per il rigetto del ricorso, in quanto infondato in fatto e in diritto.

All'udienza del 25 novembre 2004, la causa è stata discussa e decisa come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO – Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Il ricorrente pacificamente è stato licenziato in data 14 giugno 1998, ha beneficiato dell'indennità di mobilità ordinaria per il periodo di 36 mesi, avendo più di 50 anni di età, ed ha conseguito la pensione di anzianità con decorrenza 1/1/2002, avendo 54 anni di età e 35 anni di anzianità assicurativa e contributiva, per effetto del riconoscimento della rivalutazione dei periodi contributivi di esposizione all'amianto di cui all'art. 13 VIII comma L. nr. 257 del 1992. Sostiene, peraltro, di aver diritto alla pensione di anzianità con decorrenza dall'1 giugno 2001, cioè dal primo giorno del mese successivo a quello del perfezionamento del requisito contributivo di 35 anni con la presenza del requisito dei 52 anni di età, in quanto al momento del licenziamento avrebbe maturato i 28 anni di contribuzione necessari per il conseguimento dell'indennità di mobilità lunga attraverso l'applicazione dell'istituto della rivalutazione dei periodi contributivi di esposizione all'amianto.

Si tratta di un'interpretazione suggestiva, ma infondata: in primo luogo, come è noto, la disciplina stabilita dall'art. 3 D.L. 19 maggio 1997 nr. 129, convertito con L. 18 luglio 1997 nr. 229 prevede il pensionamento di anzianità dei lavoratori effettivamente ammessi alla c.d. mobilità lunga con il possesso di almeno 35 anni di anzianità contributiva ed assicurativa e 52 anni di età ovvero con almeno 36 anni di anzianità ed esclude tali soggetti dal sistema delle c.d. finestre di uscita, consentendo loro di godere della pensione con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello di perfezionamento dei requisiti richiesti. Pacificamente, il C. non ha goduto della mobilità lunga così che avrebbe dovuto preliminarmente contestare il suo collocamento in mobilità ordinaria e rivendicare il suo diritto alla mobilità lunga per poter successivamente pretendere l'applicabilità nei suoi confronti dell'art. 3 IV comma L. 229/97 citata.

In secondo luogo, la rivalutazione dei periodi contributivi di esposizione all'amianto è un beneficio previsto ai soli fini delle prestazioni pensionistiche e come tale non poteva incidere sull'attribuzione dell'indennità di mobilità.

Il ricorso deve quindi essere respinto. La particolarità in diritto della questione induce all'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Pensioni - Pensione di reversibilità - Coniuge superstite - Condizione - Titolarità di assegno divorzile - Prova di percezioni di fatto - Non rileva.

Tribunale di Padova - 14.01/21.06.2005, n. 11 - Dott. Balletti - F. (Avv. Borile) - INPS (Avv. Patarnello)

Ai fini del diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità il requisito della titolarità dell'assegno di mantenimento presuppone il relativo riconoscimento giudiziale nella sentenza di divorzio, mentre non rileva il godimento di erogazioni di fatto o per diverso titolo (es. assegnazione della casa coniugale o assegno di mantenimento per i figli).

FATTO E DIRITTO – Con ricorso depositato in data 13.11.2001 F.L. conveniva in giudizio l'I.N.P.S. per ivi sentire dichiarare ed accertare il proprio diritto a percepire la pensione di reversibilità del marito, così come richiesto in via amministrativa con domanda 30.3.2001 con la decorrenza di legge ed arretrati ed interessi come per legge, nonché il conseguente obbligo dell'I.N.P.S. di erogare la prestazione richiesta condannandosi l'Istituto al pagamento della relativa prestazione con arretrati ed interessi come per legge e vittoria nelle spese.

Assumeva la ricorrente di avere inoltrato domanda per ottenere la pensione ai superstiti a seguito del decesso dell'ex marito F.I. avvenuta in data 23.11.93 e che l'I.N.P.S. aveva respinto la domanda essendo lei “divorziata senza diritto all'assegno di mantenimento”. Affermava la ricorrente la sussistenza del proprio diritto alla pensione di reversibilità sulla scorta di un recente orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine della attribuzione della pensione di reversibilità al coniuge divorziato, la legge non richiederebbe l'effettiva titolarità dell'assegno divorzile essendo al contrario sufficiente la mancanza di mezzi adeguati da parte del coniuge superstite.

Assumeva altresì la ricorrente che la, diversa interpretazione proposta dalla giurisprudenza maggioritaria determinerebbe conseguenze non condivisibili determinando ingiustificate disparità di trattamento e sarebbe sostanzialmente elusiva della ratio della normativa. Deduceva la ricorrente che il verbale di separazione consensuale dei coniugi aveva previsto l'obbligo del marito della ricorrente di concorrere al mantenimento delle figlie oltre alla assegnazione della casa coniugale, provvedimenti sostanzialmente confermati dalla sentenza di divorzio. Deduceva altresì che questa ultima Sentenza non era stata impugnata, divenendo definitiva, per ragioni di carattere economico attesa la antieconomicità del relativo procedimento.

Assumeva altresì la ricorrente che i predetti oneri posti a carico del marito costituirebbero in qualche modo una specie di controvalore dell'assegno di mantenimento.

L'I.N.P.S. resisteva e il GL decideva la causa con dispositivo letto in udienza. Il ricorso è infondato e va respinto.

Ritiene questo giudicante che ai fini del diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, il requisito (previsto dall'art. 9 legge 898/70, così come modificato art. 13 della legge n. 74/87) della titolarità dell'assegno di mantenimento presupponga il riconoscimento giudiziale con la sentenza di divorzio dell'assegno stesso, a seguito della proposizione della relativa domanda, mentre non è sufficiente il

godimento di erogazioni corrisposte di fatto, o per diverso titolo (quale l'assegnazione della casa coniugale e l'assegno di mantenimento per i figli).

La necessità, ai fini del riconoscimento della pensione di reversibilità, che il coniuge superstite fosse titolare di assegno di mantenimento al momento del decesso del coniuge relativamente al quale intende fruire della reversibilità si evince dal chiaro disposto della norma ex art. 13 legge 74/87.

L'interpretazione normativa ora prospettata trova conforto nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 16.12.04 n. 23379, Cass. 18.7.02 n. 10458, 27.11.2000 n. 15242) e nella pronuncia della Corte Cost. del 4.11.99 n. 419.

Spese di lite compensate per la complessità della valutazione.

(Omissis)

Processo civile - Opposizione all'esecuzione - Omessa allegazione di elementi a precisa confutazione del credito - Contestazione generica - CTU contabile - Inammissibilità - Nullità ricorso.

Tribunale di Venezia - 27.05/19.07.2005, n. 532 - Dott. Bortolaso - Croce D'Oro del Soccorso srl (Avv. Niero) - INPS (Avv. Attardi)

È nullo per assoluta genericità un ricorso ex art. 615 CPC che ometta una specifica indicazione delle causali e dei periodi di riferimento del credito dell'INPS che si assuma estinto, così impedendo una verifica della pretesa definizione dell'esposizione debitoria; né a tale carenza allegatoria può avviarsi a mezzo ammissione di CTU contabile che finirebbe per avere funzione esplorativa anziché fornire riscontro a fatti e conteggi puntualmente allegati dalla parte.

FATTO – Con ricorso, denominato “atto di citazione ex art. 615 C.P.C.”, depositato in data 11.11.2004 la Croce d'oro del Soccorso srl si rivolgeva al GL di Venezia esponendo di avere ricevuto la notifica dall'INPS nel corso degli ultimi anni dei seguenti atti di precetto, riferentesi tutti ad un debito risalente agli anni 1993-1996 a titolo di contribuzione previdenziale/assistenziale obbligatoria, sanzioni civili maturate, spese e competenze legali e sanzioni civili:

atto di precetto notificato l'08/05/2000, successivo a decreto ingiuntivo del 12105/1995, per l'importo di lire 145.897.111;

atto di precetto notificato il 5/11/2002 intimante il pagamento della somma di lire 14.408-424;

atto di precetto, notificato il 5/11/02 intimante il pagamento della somma di lire 23.482.076;

atto di precetto, notificato il 5/11/02 intimante il pagamento della somma di lire 26.299.968;

atto di precetto notificato il 05/12/2002 intimante il pagamento della somma di lire 19.102.368,

atto di precetto notificato il 05/12/2002 intimante il pagamento della somma di lire 43.995.443,

atto di precetto notificato il 05/11/2002 intimante il pagamento della somma di lire 29.532.91.

Precisava che nel corso degli anni 1994-1995 l'I.N.P.S. aveva contestato alla S.r.l. Croce D'oro Del Soccorso l'omesso versamento di alcuni importi previdenziali per periodi ovviamente precedenti; precisamente, con verbale di accertamento del 6/5/94 erano state contestate alcune irregolarità contributive, ed era stato prescritto il pagamento degli omessi versamenti contributivi con riguardo al periodo 1/4/93-31/4/94, per capitali lire 58.271.000 e totali lire 75.348.000 (€ 38.913,99); con un secondo verbale di accertamento n. 090009 del 14 settembre 1995 era stata contestata un'ulteriore omissione contributiva pari a capitali lire 40.768.000 per totali lire 58.763.000 (€ 30.334,61).

Rilevava che da tali importi del 1993-1995, che in linea capitale ammontavano a totali £. 99.039.000, si era giunti ad una somma precettata di lire 239.784.214 la quale andava a sommarsi all'importo di lire 127.741.279 versato dalla Croce d'oro del Soccorso nel frattempo a titolo di condono; lamentava che il credito dell'INPS non era stato rivisto ex art. 116 l. fin. 2001 e la pretesa dell'Ente era sfornita di qualsiasi fondamento, poiché il credito era stato pagato; sosteneva quindi che qualsivoglia atto di precetto era privo di fondamento essendo venuto meno per fatti successivi alla sua formazione il titolo; formulava le conclusioni in epigrafe trascritto.

Nel costituirsi tempestivamente l'INPS eccepiva in via preliminare la nullità del ricorso per violazione dell'art. 414 nn. 3 e 4 c.p.c., essendo lo stesso carente degli elementi sufficienti e necessari ad identificare le domande svolte, in particolare per omessa indicazione di periodi e inadempienze pretesamente coperte con gli allegati versamenti, indicati in importi complessivi a fronte di varie e numerose scoperture contributive maturate a carico della società; nel merito richiama gli allegati prospetti, relativi alle inadempienze 501, 504, 505, 506, 507, 510, 511, 512, 513, 514 e 515, con indicazione degli importi dovuti per contributi e somme aggiuntive, nonché i versamenti effettuati a parziale copertura; precisava che dei pagamenti *ex adverso* effettuati l'Istituto aveva tenuto conto ed aveva riportato in precetto, inadempienza per inadempienza, soltanto il residuo credito non ancora saldato; quanto al regime sanzionatorio *ex lege* n. 388/2000 precisava che il comma 18 dell'art. 116 ne escludeva l'applicazione retroattiva; concludeva formulando le domande in epigrafe trascritte.

Così instauratesi il contraddittorio, la causa, istruita attraverso l'acquisizione della documentazione dimessa dalle parti, veniva discussa e decisa sulla questione preliminare di nullità del ricorso all'udienza del 27.5.2005.

DIRITTO – Come eccepito dall'INPS il ricorso risulta nullo per assoluta genericità.

La s.r.l. opponente, dopo avere elencato la lunga serie di atti di precetto notificati dall'Inps nei suoi confronti tra il 2000 ed il 2002 ed avere riportato, da un lato, la somma capitale iniziale, dall'altro l'importo versato in sede di condono, conclu-

de sostenendo che la pretesa dell'Ente è sfornita di qualsiasi fondamento poiché l'intero credito è stato pagato.

Gli unici dati numerici di riferimento della dedotta estinzione del credito sono indicati a pagina 2 dell'atto introduttivo, laddove si allega che rispetto agli importi contestati dall'INPS negli anni 1994-1995, che in linea capitale ammontavano a totali lire 99.039.000, "*si è giunti*" ad una somma precettata di lire 239.784.214 la quale va a sommarsi all'importo di lire 127.741.279: sulla base di tali riferimenti, invocata l'applicazione del regime sanzionatorio ex art. 116 L. fin. 2001, si sostiene che il credito è stato, appunto, pagato.

Sono del tutto omessi, quali elementi necessari ai fini della determinatezza della domanda, sia il raffronto tra credito complessivo attualmente facente capo all'Inps, comprensivo (ovviamente) di somme aggiuntive ed accessori *medio tempore* maturati, come quantificabile sulla base di ogni singolo titolo di credito, che l'indicazione, a fronte delle varie e numerose scoperture contributive a carico della società, dei periodi e delle inadempienze pretesamente coperte con gli allegati versamenti, corredata dall'associazione allo specifico atto di precetto cui i versamenti si intendono riferiti.

Attesa tale omissione, che impedisce la verifica circa l'allegata estinzione di ogni esposizione debitoria, l'opposizione risulta indeterminata.

Alla carenza allegatoria non può, naturalmente, ovviarsi tramite ammissione di c.t.u. contabile (chiesta dal difensore dell'opponente all'odierna udienza), la quale finirebbe per rivestire natura esplorativa, anziché fornire, come dovrebbe, riscontro a fatti e conteggi puntualmente allegati dalla parte.

Il ricorso va, quindi, dichiarato nullo, con compensazione, in ragione della natura della pronuncia, delle spese di lite.

(Omissis)

Pensioni - Titolarità di pensione di invalidità nel Fondo Trasporti - Diritto alla conversione in pensione di anzianità - Non sussiste.

Tribunale di Venezia - 01.02/08.04.2005, n. 336 - Dott. Menegazzo - T. (Avv.ti Bacillari, Zuin) - INPS (Avv. Attardi)

Il trattamento di invalidità non può essere convertito in pensione di anzianità in assenza di una norma che esplicitamente lo consenta, tanto nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria che nell'ambito di forme previdenziali speciali, non operando, con riferimento alla pensione di anzianità, la garanzia costituzionale di cui all'art. 38 Cost.

FATTO – Con ricorso depositato in data 27.6.2003 il ricorrente, premesso di fruire della pensione di invalidità dal 1° febbraio 1978 in quanto divenuto inidoneo

alla guida, e pertanto esonerato dal prestare servizio in qualità di autista presso l'Azienda di Trasporti Extraurbani del Comune di Chioggia; di avere raggiunto i requisiti previsti per poter fruire della pensione di anzianità, e conseguentemente proposto domanda all'INPS volta all'ottenimento di detta pensione; che tuttavia l'Istituto previdenziale rigettava la richiesta, stante il carattere particolare della pensione di invalidità goduta, specifica del Fondo Trasporti; che tale provvedimento non era modificato neppure a seguito del ricorso in via amministrativa; che peraltro non vi era alcuna ragione per rigettare la sua domanda, avendo anche la giurisprudenza di legittimità riconosciuto il diritto al mutamento del titolo di pensione quanto sussistessero tutti i necessari presupposti contributivi; tanto premesso, il ricorrente agiva nei confronti dell'INPS onde ottenere in sede giudiziale l'accertamento del diritto alla fruizione della pensione di anzianità, nonché la conseguente condanna dell'INPS a concedergli detta provvidenza dalla data della domanda, ovvero dalla diversa data accertata in corso di causa.

Si costituiva in giudizio l'INPS, contestando la pretesa del ricorrente ed affermando che la pensione di invalidità fruita dal ricorrente, per la sua particolarità di funzione nonché per la sua afferenza a gestione diversa dall'assicurazione generale obbligatoria, non poteva essere trasformata in pensione di anzianità, mancando una previsione specifica che consentisse ciò, a differenza di quanto stabilito per l'assegno ordinario di invalidità di cui alla L. 222/1984. Concludeva dunque per il rigetto del ricorso.

Vertendo la causa su questione di diritto, non veniva svolta istruttoria orale. La causa veniva decisa, quindi, mediante separato dispositivo all'udienza dell'1.2.2005.

DIRITTO – Il ricorrente, titolare di pensione di invalidità ET prevista dall'art. 12 del R.D. 148/1931, ritiene di avere diritto a mutare la provvidenza goduta in pensione di anzianità, affermando di avere raggiunto i requisiti contributivi ed anagrafici richiesti dalla legge.

La questione per cui è causa non è oggetto di una disciplina esplicita; infatti, la L.222/1984, volta a disciplinare le prestazioni garantite nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità lavorativa, non è direttamente applicabile alla pensione di invalidità ET, la quale era corrisposta dal Fondo Trasporti (ora confluito presso il fondo lavoratori dipendenti presso l'INPS, *ex art.* 1, co. 3, D.Lgs. 414/1996) a fronte dell'inidoneità del lavoratore rispetto alle funzioni proprie della sua qualifica o a qualsiasi mansione presso l'azienda. Tale provvidenza, dunque, costituisce una prestazione diversa rispetto alla pensione di inabilità e dell'assegno ordinario di invalidità disciplinati rispettivamente dagli artt. 1 e 2 della L. 222/1984. Esclusa, dunque, la diretta applicabilità alla fattispecie per cui è causa della L. 222/1984, occorre verificare se essa sia applicabile in via analogica, ovvero se, al di là delle previsioni contenute in tale norma, sia individuabile nel nostro ordinamento un principio generale che consenta di mutare il titolo della pensione in godimento.

In entrambe le prospettive ora evidenziate, è utile riportare le previsioni della L. 222/1984 sul punto, ed in particolare il disposto dell'art. 1 comma 10 della legge n. 222 del 1984, il quale stabilisce che “al compimento dell'età stabilita per il diritto

to a pensione di vecchiaia, l'assegno di invalidità si trasforma, in presenza dei requisiti di assicurazione e di contribuzione, in pensione di vecchiaia". La mancanza di esplicito riferimento, nella legge in questione, della possibilità di mutare l'assegno ordinario di invalidità in pensione di anzianità, ovvero di mutare la pensione di inabilità in pensione di vecchiaia o di anzianità, ha dato luogo ad un nutrito numero di decisioni giudiziali, pervenute di fronte alla Corte di Cassazione, e che la Suprema Corte ha risolto in maniera non univoca. Riconoscono l'esistenza, nell'ordinamento, di un principio di immutabilità del titolo pensionistico, salve le eccezioni previste esplicitamente, Cass., 72/1071; 2303/1980; 7563/1983; 3567/91 (quest'ultima con esplicito riferimento alla immutabilità della pensione di invalidità in pensione di anzianità); in senso contrario, invece, Cass. 1821/1998 (1); Cass., 4829/2001; Cass., 4911/2001, secondo le quali – in assenza di previsioni contrarie – deve essere riconosciuto il diritto del pensionato a mutare il titolo della propria pensione se a lui più favorevole, qualora ne possieda i requisiti. Una posizione a sé è fatta propria dalla Cass. 5097/2003, ad avviso della quale esiste nell'ordinamento il principio generale di mutabilità del titolo della pensione, il quale tuttavia non opera con riferimento alla pensione di anzianità.

Più di recente la giurisprudenza di legittimità ha escluso che sia rinvenibile nell'ordinamento un principio generale di immutabilità del titolo pensionistico in godimento, come pure di un principio generale opposto, ed ha ritenuto di doversi riferire alla normativa positiva al fine di individuare la disciplina concretamente applicabile con riferimento alle varie fattispecie. Tale posizione è stata espressa, in particolare, dalle recenti sentenze emesse a Sezioni Unite dalla Cassazione nel 2004 (sentt. n. 8433 e 9492), mediante le quali la Corte ha inteso superare i contrasti giurisprudenziali insorti sul punto, ricostruendo la complessiva disciplina relativa ai rapporti tra pensione di inabilità, assegno di invalidità e pensione di invalidità (di cui alla legge precedente alla L. 222/1984) da una parte, e pensione di vecchiaia e di anzianità dall'altra. Le pronunce appena citate si pongono in una prospettiva diversa rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza precedente, evitando di individuare la disciplina applicabile facendo riferimento ad un principio generale di immutabilità ovvero, a contrario, di mutabilità del titolo di pensione, bensì rimanendo ancorati al dettato legislativo e cercando di colmarne le lacune individuandone la *ratio*. Infatti, si legge in tali sentenza che va esclusa "la possibilità di giungere, attraverso una ricostruzione sistematica della legislazione previdenziale, all'affermazione sia di un principio generale di divieto di mutamento del titolo della prestazione pensionistica, sia del principio inverso, di portata ugualmente generale, di mutabilità del suddetto titolo", trovando tali ricostruzioni un "insormontabile ostacolo nel carattere estremamente frammentario del complesso normativo". Valorizzando i dati normativi, ricavati dall'art. 1, co. 10, della L. 222/1984 ma anche da altre norme quali l'art. 45 del RDL 1827/1935 e gli artt. 2 e 9 del RDL 636/1939, la Cassazione ricava un particolare collegamento istituito tra invalidità e vecchiaia, e prestazioni previdenziali relative, motivato dal fatto che entrambe le situazioni in oggetto corrispondono alle esigenze sociali di protezione dello stato di

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 184.

bisogno e costituiscono attuazione del precetto di cui all'art. 38 Cost.. Invece, con riferimento alla pensione di anzianità non opera la garanzia costituzionale, come affermato in più occasioni dalla stessa Corte Costituzionale (sentt. 194/1991 (2); 372/1997; 416/1999; 70/2002(3)). Giustificato appare dunque, secondo la prospettiva fatta propria dalla Corte di Cassazione e condivisa dal giudicante, il divieto di mutare il trattamento previdenziale per invalidità in pensione di anzianità, pur rimanendo la possibilità di utilizzare i contributi nel frattempo maturati per ottenere supplementi di pensione *ex art.* 19 del D.P.R. 27 aprile 1968, n. 488.

Ritenuto, per quanto fin qui rilevato, che il trattamento di invalidità non possa essere convertito in pensione di anzianità in assenza di una norma che esplicitamente lo consenta, tanto nell'ambito dell'AGO che nell'ambito di forme previdenziali speciali, il ricorso deve essere rigettato.

La particolarità della questione e l'esistenza di un orientamento non consolidato sulla questione per cui è causa giustificano la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti.

(Omissis)

(2) Idem, 1991, p. 400.

(3) Idem, 2002, p. 402.

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Personale inquadrato nel ruolo ad esaurimento *ex art.* 15 L. n. 88/89 - Differenze economiche per mansioni dirigenziali - Periodo successivo al 30.6.1998 - Giurisdizione.

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Personale inquadrato nel ruolo ad esaurimento *ex art.* 15 L. n. 88/89 - Differenze economiche per mansioni dirigenziali - Riconoscimento - Condizioni.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LE MARCHE, 25.01/05.05.2006 n. 227 - Pres. Sammarco - Est. Tramaglini - D.J. (Avv. Vitaletti Bianchini) - INPS (Avv.ti Cimmino, Mercanti, Pierdominici).

Ai sensi dell'art. 45, comma 17, del D. Lgs. n. 80/1998 appartiene al Giudice ordinario (ed, in particolare, al Giudice del Lavoro), la giurisdizione nelle controversie relative a questioni attinenti al rapporto di pubblico impiego successive alla data del 30.6.98.

La formale preposizione funzionale deve provenire dall'organo a cui compete la gestione del personale: non sono rilevanti i meri ordini di servizio.

FATTO – La ricorrente espone di essere funzionario direttivo INPS, inquadrata nella qualifica di Ispettore generale ai sensi dell'art. 15 della L. 9 marzo 1989 n. 88, e dal 20 luglio 1999 dirigente presso la sede provinciale di Ascoli Piceno.

Fonda la sua domanda a vedersi riconosciuto il trattamento economico della posizione dirigenziale, le cui funzioni avrebbe con continuità assolte a far tempo dal 1991, su provvedimenti che – in conformità con l'ordinamento dell'Istituto – l'avrebbero formalmente assegnata alla direzione vacante di ufficio a cui è proposto un dirigente.

Tali provvedimenti consisterebbero in un ordine di servizio (n. 44 del 23 dicembre 1991) con cui il Direttore della Sede la incaricava della direzione del coordinamento "Contabilità", ufficio retto fino al 19 ottobre 1994, allorquando, a seguito di un nuovo organigramma funzionale emanato in ossequio della delibera del Consiglio di Amministrazione dell'INPS n. 7 dell'8 aprile 1993, che ha ridefinito le dotazioni organiche, veniva approvato dal Direttore Generale un nuovo organigramma funzionale, in base al quale dal 20 ottobre 1994 veniva preposta ad altro ufficio, anch'esso di rango dirigenziale, denominato "Prestazioni non pensionistiche e Prestazioni di Malattia, Maternità e Controllo". Dal 1° febbraio 1997 la stessa è stata poi è stata preposta anche alla Direzione dell'Ufficio Pensioni ed infine,

dal 19 marzo 1998 con ordine di servizio n. 6 del 1998, le fu in aggiunta, attribuita la direzione dell'Ufficio "Contabilità e Finanza". Riguardo a tale epoca la ricorrente afferma di essersi trovata ad assumere contemporaneamente la direzione di tre uffici (Prestazioni, Pensioni e Contabilità e finanza), oltre a svolgere le funzioni vicarie.

Premessa tale ricostruzione dei fatti, la ricorrente rivendica il trattamento economico adeguato alle mansioni dirigenziali svolte nel periodo 21 gennaio 1991 - 20 luglio 1999.

La fonte normativa di tale diritto starebbe negli accordi collettivi stipulati per gli enti pubblici non economici, che hanno previsto il trattamento economico superiore qualora l'esercizio di mansioni superiori si protragga per un periodo di oltre tre mesi, in coerenza con le previsioni degli artt. 2103 e 2126 c.c. Richiama a sostegno l'art. 5 del DPR n. 411 del 26 maggio 1976, l'art. 14 del DPR 16 ottobre 1979 n. 509, nonché l'art. 57 del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

Precisa ulteriormente la sussistenza di ogni altro elemento fondativo della sua pretesa economica, essendo state le funzioni attribuite in relazione a posta vacanti di rango dirigenziale ed in conformità all'ordinamento dell'Istituto per far fronte a gravi carenza di organico. Infatti in seguito all'entrata in vigore della L. 20 marzo 1975 n. 70, che ha previsto la costituzione in uffici delle unità organiche alla cui direzione andava assegnato un dirigente, l'INPS si sarebbe trovata nella necessità di attribuire a titolo provvisorio la direzione di tali uffici a personale direttivo, stante la carenza di personale avente qualifica dirigenziale.

L'INPS si è costituito, riepilogando i fatti in modo non dissimile dalla ricostruzione fornita dalla ricorrente e eccependo quindi preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo ex art. 45 comma 17 del D.Lgs. 80 del 31 marzo 1998 per la domanda relativa a compensi relativi a periodi successivi al 30 giugno 1998, devoluta alla cognizione del giudice ordinario, secondo quanto già Statuito dalla Corte di appello di Ancona con sentenza n. 546 del 2004, che ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario per le pretese della ricorrente relative al periodo successivo al 30 giugno 1998.

Eccepisce ulteriormente, per la parte di controversia in cui vi è giurisdizione del TAR, l'avvenuta rinuncia ad ogni diritto e pretesa in conseguenza della percezione dell'indennità di funzione di cui all'art. 15 della L. 88/1999, attribuita ad impiegati direttivi preposti alla reggenza di uffici. Peraltro la reggenza di un ufficio da parte di personale delle qualifiche ad esaurimento rientrerebbe nelle attribuzioni proprie della posizione rivestita.

Eccepisce ulteriormente la prescrizione triennale ex art. 2956 a far data dalla data di notifica dell'atto introduttivo ovvero, in subordine, quella quinquennale ex art. 2948 n. 4 c.c.

Nel merito contesta la fondatezza della domanda, ritenendo la insussistenza dei presupposti che radicano il diritto a percepire il trattamento economico aggiuntivo.

DIRITTO – Preliminarmente va esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla resistente relativamente alle competenze relative al periodo successivo al 30 giugno 1998.

L'art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993, come modificato dal D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 ora confluito nell'art. 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ha devoluto al Giudice ordinario le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle ipotesi previste nel comma 4 dello stesso art. 63 del D.Lgs. 165/2001. Ai sensi dell'art. 45, comma 17 del D.Lgs. 80/1998, come modificato dall'art. 69 comma 7 del D.Lgs. 165/2001, il giudice ordinario ha giurisdizione su tali controversie per le questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. A tal proposito, va rammentato che la giurisprudenza della Cassazione ha rilevato che il discrimine temporale del trasferimento delle controversie alla giurisdizione ordinaria va collegato al dato storico, costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze, così come posti a base della pretesa avanzata, in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia. In particolare le Sezioni Unite (21 dicembre 2000 n. 1323, 18 febbraio 2004 n. 3229, 27 gennaio 2005 n. 1624) hanno stabilito che nelle controversie in cui un lavoratore rivendichi il diritto alla liquidazione delle corrispondenti differenze retributive e contributive, ponendo a fondamento l'esercizio di mansioni più elevate rispetto a quelle proprie della qualifica rivestita, occorre avere riguardo a tale circostanza di fatto per identificare il giudice munito di giurisdizione» a prescindere dalla data degli atti di inquadramento in ipotesi indicati come motivo dell'inadempimento dell'amministrazione. Di conseguenza, ove il lavoratore riferisca le proprie pretese ad un periodo in parte anteriore e in parte successivo al 30 giugno 1998, deducendo che l'esercizio della mansioni superiori copre un arco di tempo che li comprende entrambi, la competenza giurisdizionale va ripartita tra il giudice amministrativo in sede esclusiva e il giudice ordinario, in relazione rispettivamente alle due fasi temporali.

Alla luce di tale orientamento, da cui il collegio non ha ragione di discostarsi, va accolta l'eccezione del difetto di giurisdizione dedotta dalla resistente relativamente al periodo successivo al 30 giugno 1998, come peraltro già ritenuto dalla Corte di Appello di Ancona con sentenza 546 del 15 novembre 2004 su parallelo giudizio incardinato dalla ricorrente davanti al giudice del lavoro.

Riguardo al residuo periodo, il ricorso appare infondato.

La ricorrente fonda la domanda sull'ordine di servizio del Direttore della Sede provinciale di Ascoli Piceno n. 44 del 23 dicembre 1991, con cui la, medesima – all'epoca direttore di, divisione del ruolo ad esaurimento ex art. 15 L. 88/89 – fu preposta alla direzione del coordinamento contabilità, nonché su successivi provvedimenti, richiamati nell'esposizione in fatto, con cui le fu affidata la direzione di altri uffici, senza che peraltro ciò facesse venire meno la reggenza dell'ufficio originario.

La difesa dell'INPS contesta che tali ordini di servizio implicassero l'attribuzione di mansioni superiori, posto la legge ha previsto la possibilità di assegnare a dipendenti della ex carriera direttiva funzioni di particolare rilievo, quali lo svolgimento di funzioni vicarie del dirigente nonché la direzione di uffici di particolare rilevanza, non riservati al dirigente, il tutto remunerato con la corresponsione di una specifica indennità, dalla ricorrente regolarmente percepita. Secondo l'Istituto si tratterebbe di una fattispecie dettagliatamente disciplinata dalla legge, per cui ad essa non potrebbe applicarsi la normativa in tema di conferimento di mansioni superiori e relativa remunerazione.

Richiama, peraltro, la giurisprudenza amministrativa consolidata, che nega fondamento alla pretesa qui azionata dalla ricorrente.

Tali osservazioni vanno condivise.

La ricorrente fonda il suo preteso diritto innanzitutto su fonti contrattuali, che a suo avviso avrebbero anticipato la operatività della disciplina successivamente introdotta dall'art. 56 D.Lgs. 29/93.

Deve tuttavia rilevarsi che dalla documentazione prodotta (v. in particolare del. Consiglio di amministrazione INPS 1° febbraio 1980 n. 28: doc. 8 fase della ricorrente) si può constatare che l'Istituto, nel dettare i criteri applicativi dell'art. 14, u.c., DPR 16 ottobre 1979 n. 509 ("in presenza di gravi carenze degli organici, eventuali situazioni di emergenza devono essere rappresentate agli organi di amministrazione che potranno eccezionalmente autorizzare, sulla base di idonei criteri di massima, l'impiego del dipendente in mansioni di qualifica diversa per non più di sei mesi", prevedendo nell'eventualità il diritto al trattamento economico aggiuntivo), ha chiaramente precisato che la competenza in materia appartiene al Direttore generale, mentre agli organi periferici è attribuito unicamente la rappresentazione delle esigenze della Sede. Per cui, al di là di ogni indagine sulla ricorrenza dei presupposti ulteriori indicati nella suddetta deliberazione, che negli ordini di servizio su cui la ricorrente fonda la domanda non sono comunque in alcun modo esternati, appare ben evidente che gli atti promananti dal Direttore della Sede provinciale di Ascoli Piceno non sono riconducibili a tale previsione normativa.

La formale preposizione deve infatti provenire dall'organo a cui compete la gestione del personale, nella fattispecie chiaramente identificato (nella normativa contrattuale genericamente individuato come "organi di amministrazione", poi specificato nel Direttore generale con la richiamata deliberazione del Consiglio di amministrazione, a cui è attribuito il potere di disporre "eccezionalmente" l'incarico a mansioni diverse da quelle di spettanza), mentre non sono ai nostri fini rilevanti meri ordini di servizio (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2000 n. 2626; 10 febbraio 2000 n. 728; 26 giugno 2001 n. 3436; 10 agosto 2000 n. 4399).

D'altra parte, come osserva in argomento Cons.Stato, Sez.VI, 21 agosto 2002, n.4247 il ricondurre la fattispecie alla applicazione diretta dell'art. 36 della Costituzione e dell'art. 2126 c.c., comma 2, del codice civile, "contrasta con la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio (...), per la quale;

- salvo che una legge disponga altrimenti (anche in sanatoria delle situazioni già verificatesi), le mansioni svolte da un dipendente, se sono di livello superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina, o di inquadramento, sono del tutto irrilevanti, sia ai fini economici che ai fini della progressione di carriera, ovvero della emanazione di un provvedimento di preposizione ad un ufficio (Sez. VI, 20 aprile 2001 n. 2402; Cons. Giust. Amm., 20 dicembre 2000, n. 491; Sez. IV, 20 ottobre 2000, n. 5626; Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 4871; Sez. V, 24 agosto 2000, n. 4601; Sez. VI, 22 agosto 2000, n. 4553; Sez. VI, 11 luglio 2000, n. 3882; Sez. V, 24 marzo 1998, n. 354; Sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1157; Cons. Giusr. Amm., 25 ottobre 1996, n. 363; Sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1282; Sez. V, 24 maggio 1996, n. 597; Sez. V, 24 maggio 1996, n. 687; Sez. V, 2 febbraio 1996, n. 120; Comm. spec. pubblico impiego, 20 novembre 1995, n. 345; Sez. V, 22

marzo 1995, n. 452; Sez. V, 9 marzo 1995, n. 307; Sez. V, 18 gennaio 1995, n. 89; Sez. V, 23 novembre 1994, n. 1362);

- la pretesa ad una retribuzione superiore a quella attribuita dalla normativa applicabile non può fondarsi sull'art. 36 Cost. (Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 4871; Sez. V, 11 settembre 2000, n. 4805; Sez. VI, 11 luglio 2000, n. 3882; Sez. VI, 15 maggio 2000, n. 2785; Sez. IV, 3 maggio 2000, n. 2611; Ad. Plen., 23 febbraio 2000, n. 11; Ad. Plen., 18 novembre 1999, n. 22; Comm. spec. pubb. imp., 15 marzo 1999, n. 431/99; Sez. IV, 28 Ottobre 1996, n. 1157; Sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1.282; Comm. spec. pubblico impiego, 20 novembre 1995, n. 345; Sez. IV, 15 ottobre 1990, n. 768; Ad. Plen., 5 maggio 1978, n. 16; Ad. Plen., 4 novembre 1977, n. 17) (...);

- gli artt. 51 e 97 Cost. comportano che l'attribuzione delle mansioni e del relativo trattamento economico non possono costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi (Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 4871; Sez. VI, 11 luglio 2000, n. 3882; Sez. IV, 3 maggio 2000, n. 2611; Sez. V, 17 maggio 1997, n. 1219; Sez. V, 24 maggio 1996, n. 587; Sez. V, 22 marzo 1995, n. 452);

- i requisiti, costituzionali di proporzionalità e di sufficienza della retribuzione devono essere valutati, secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, "non già in relazione ai singoli elementi che compongono il trattamento economico, ma considerando la retribuzione nel suo complesso" (Corte Cost., ord. 12 febbraio 1996, n. 33; ord. 30 marzo 1995, n. 98; sentt. 19 gennaio 1995, n. 15; 28 aprile 1994, n. 164 (1)), sicché non può essere considerata sproporzionata o insufficiente la retribuzione prevista da una norma per il pubblico dipendente in possesso di una certa qualifica, se questi svolga mansioni il cui esercizio è di regola consentito sulla base del previo superamento del concorso".

Tali principi sono stati ribaditi anche dalla più recente normativa sullo svolgimento delle mansioni superiori, come è stato chiarito dallo stesso Consiglio di Stato (Ad. Plen., 23 febbraio 2000, n. 11; Ad. Plen., 18 novembre 1999, n. 22), che ha osservato: "Infatti, con l'articolo 56 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (anche nel testo modificato dall'art. 25 del decreto legislativo 8 aprile 1998, n. 80), il legislatore:

a) non ha ristretto rispetto al passato i casi in cui hanno rilievo le mansioni superiori, ma al contrario ha per la prima volta dettato regole generali, applicabili ad ogni Amministrazione, il cui rispetto consente di attribuire loro rilievo ai fini economici (Sez. VI, 20 aprile 2001 n. 2402; Sez. VI, 19 settembre 2000, n. 4871; Sez. V, 24 agosto 2000, n. 4601, Sez. VI, 11 luglio 2000, n. 3882; Sez. V, 15 giugno 2000, n. 3326);

b) ha disciplinato i presupposti e i procedimenti indefettibili per attribuire rilievo alle mansioni superiori, ribadendo che sono irrilevanti ... generici ordini di servizio ..., in quanto il loro svolgimento nei casi non previsti dalla norma è del tutto irrilevante e non dà luogo ad alcuna conseguenza in ordine al suo trattamento giuridico ed economico (Sez. V, 24 maggio 1996, n. 587; Sez. V, 22 marzo 1995, n. 452; Sez. V, 9 marzo 1995, n. 307; Sez. V, 18 gennaio 1995, n. 89);

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 491.

c) ha preso in considerazione le posizioni di miti i dipendenti pubblici, che devono essere posti in grado di essere valutati a parità di condizioni dal dirigente del servizio, non potendosi ammettere che il trattamento economico spettante ai dipendenti possa essere liberamente determinato da funzionari pubblici (valendo un diverso principio nell'impiego privato, nel quale il datore di lavoro, quando dispone lo svolgimento di mansioni superiori e se ne avvale, risponde di tasca propria per i propri comportamenti: cfr. Sez. VI, 20 aprile 2001 n. 2402; Sez. V, 24 maggio 1996, n. 597; Ad. Gen., 31 agosto 1992, n. 146)" (così Sez. VI, 4247/2002, cit.).

La richiamata giurisprudenza ritiene pertanto giuridicamente rilevanti le mansioni superiori svolte dai dipendenti pubblici unicamente "nei limiti sanciti da una legge speciale ovvero nei limiti previsti dalla normativa generale di cui all'art. 56 (la cui portata operativa è stata differita dal legislatore, dapprima a far data dal 31 dicembre 1996 per ragioni anche concernenti le finanze pubbliche, ai sensi dell'art. 1 della legge 11 luglio 1996, n. 365, di conversione del decreto legge n. 254 del 1996, e poi alla data individuata dal comma 6, nel testo modificato con l'art. 25 del decreto legislativo n. 80 del 1998) ..." (dec. cit.).

Il Collegio condivide tale orientamento e, riguardo alla fattispecie, ulteriormente osserva che, nel periodo oggetto della presente controversia, va quindi tenuto conto:

- che da un lato gli atti di assegnazione alle funzioni che la ricorrente ritiene essere proprie della dirigenza non sono idonei ad integrare le fattispecie previste dall'ordinamento dell'Istituto e dalla normativa contrattuale di settore (DPR 411/76, 509/79 e 267/87);

- che dall'altro, stante il differimento dell'operatività dell'art. 56 D.Lgs. 29/93 nei termini di cui al 6° comma come modificato dall'art. 25 D.Lgs. 80/98 ("6 Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore"), non è nemmeno invocabile la normativa di carattere generale;

- che, ulteriormente, l'art. 15 del D.Lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, che ha soppresso, all'ultimo periodo del sopra riportato 6° comma dell'art. 56, i termini "a differenze retributive o", in tal modo rendendo operativa la previsione in ordine alla rilevanza economica dello svolgimento delle mansioni superiori, è tuttavia entrato in vigore in epoca (22 novembre 1998) rispetto alla quale questo giudice, come già rilevato, non ha giurisdizione;

- che, infatti, il carattere innovativo della disciplina in parola non ne consente l'applicazione a periodi antecedenti alla sua entrata in vigore (cfr. Ad. Plen. n. 10 del 2000, cit.).

Alla luce di quanto sopra, la residua domanda va pertanto respinta in quanto infondata.

Sussistono le ragioni per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

(*Omissis*)

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale - Università degli studi di Udine

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

15 settembre 2005

«Persone in cerca di occupazione - Cittadinanza europea

Divieto di discriminazione - Articolo 39 CE

Indennità di disoccupazione a favore di giovani in cerca di prima occupazione

Concessione subordinata al completamento di studi secondari
nello Stato membro interessato»

Nel procedimento C-258/04,
avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla
Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Cour du travail de Liège (Belgio) con deci-
sione 7 giugno 2004, pervenuta in cancelleria il 17 giugno 2004, nella causa tra

Office national de l'emploi

e

I. I.,

omissis

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 12 CE, 17 CE e 18 CE.

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Ioannidis e l'Office national de l'emploi (Ufficio nazionale del lavoro; in prosieguo: l'«ONEM») relativamente alla decisione con cui quest'ultimo ha rifiutato di concedere all'interessato il beneficio dell'indennità di disoccupazione prevista dalla normativa belga.

(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". La scheda relativa alla sentenza Ioannidis (C-258/04) è stata scritta da Caterina Dereatti, Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Udine.

Ambito normativo

La normativa comunitaria

3. L'art. 12, primo comma, CE stabilisce:

«Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

4. Ai sensi dell'art. 17 CE:

«1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. (...)

2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente trattato».

5. L'art. 18, n. 1, CE prevede che ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal detto Trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso.

6. In forza dell'art. 39, n. 2, CE, la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

7. Ai sensi dell'art. 39, n. 3, CE, «fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, [la libera circolazione dei lavoratori] importa il diritto:

a) di rispondere a offerte di lavoro effettive;
(...)».

8. Ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2), come modificato dal regolamento del Consiglio 27 luglio 1992, n. 2434 (GU L 245, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 1612/68»), il lavoratore cittadino di uno Stato membro beneficia, sul territorio degli altri Stati membri, degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

La normativa nazionale

9. La normativa belga prevede la concessione ai giovani che hanno appena terminato gli studi e che sono in cerca di prima occupazione di un'indennità di disoccupazione, designata con l'espressione «allocations d'attente» (indennità di disoccupazione giovanile).

10. L'art. 36, n. 1, primo comma, del regio decreto 25 novembre 1991, recante regolamentazione della disoccupazione (*Moniteur belge* del 31 dicembre 1991, pag. 29888), come modificato dal regio decreto 13 dicembre 1996 (*Moniteur belge* del 31 dicembre 1996, pag. 32265; in prosieguo: il «regio decreto») stabilisce:

«Per essere ammesso al godimento dell'indennità di disoccupazione giovanile il giovane lavoratore deve rispondere ai seguenti requisiti:

1° non essere più soggetto all'obbligo scolastico;

2° a) o aver terminato studi completi del ciclo secondario superiore o del ciclo secondario inferiore di formazione tecnica o professionale in un istituto scolastico organizzato, sovvenzionato o riconosciuto da una comunità;

(...)

h) o avere seguito gli studi o una formazione in un altro Stato membro dell'Unione europea, se sono nel contempo soddisfatte le seguenti condizioni:

– il giovane deve produrre una documentazione da cui risulti che gli studi o la formazione sono dello stesso livello ed equivalenti a quelli di cui alle lettere precedenti;

– al momento della richiesta dell'indennità, il giovane deve essere a carico, in qualità di figlio, di lavoratori migranti, tali ai sensi dell'art. 48 del Trattato CE, residenti in Belgio;

(...)».

La causa principale e la questione pregiudiziale

11 Dopo aver terminato i suoi studi principali in Grecia, il sig. I., cittadino greco, è arrivato in Belgio nel 1994. Il titolo di studio rilasciato all'interessato in Grecia è stato riconosciuto equivalente al certificato omologato di insegnamento secondario superiore che dà accesso in Belgio all'insegnamento superiore di tipo breve.

12. A conclusione di un ciclo triennale di studi, il sig. I. ha ottenuto, il 29 giugno 2000, il diploma di specializzazione in kinesiterapia rilasciato dall'istituto superiore della provincia di Liegi André Vésale e successivamente si è iscritto come persona in cerca di occupazione a tempo pieno presso l'Ufficio comunitario e regionale della formazione professionale e del lavoro.

13. Dal 10 ottobre 2000 al 29 giugno 2001, l'interessato ha seguito in Francia, nell'ambito di un contratto di lavoro concluso in qualità di tecnico con una società civile di professionisti formata da medici specializzati in otorinolaringoiatria, una formazione retribuita in rieducazione vestibolare.

14. Il 7 agosto 2001, dopo essere ritornato in Belgio, il sig. I. ha presentato all'ONEM una domanda di indennità di disoccupazione giovanile.

15. Con decisione 5 ottobre 2001, l'ONEM ha respinto tale domanda poiché il sig. I. non aveva terminato i suoi studi secondari in un istituto di insegnamento organizzato, sovvenzionato o riconosciuto da una delle tre comunità del Belgio, come richiede l'art. 36, n. 1, primo comma, punto 2, lett. a), del regio decreto.

16. Il sig. I. ha impugnato questa decisione dinanzi al Tribunal du travail de Liège. Con sentenza 7 ottobre 2002, questo giudice ha annullato la detta decisione constatando che «al momento della sua domanda intesa a percepire l'indennità, il richiedente era lui stesso lavoratore migrante, avendo lavorato in Francia», e che «l'art. 36 del regio decreto (...), come interpretato dall'amministrazione, è chiaramente incompatibile con l'art. [39 CE]».

17. La Cour du travail de Liège, dinanzi alla quale ha interposto appello l'ONEM contro questa sentenza, ha constatato che il sig. Ioannidis non soddisfa nessuna delle condizioni poste in maniera alternativa dalla normativa nazionale. In particolare, egli non soddisfa né le prescrizioni dell'art. 36, n. 1, primo comma,

punto 2, lett. a), del regio decreto, poiché non ha terminato i suoi studi secondari in Belgio, né quelle della stessa disposizione, sub h). Il giudice del rinvio fa rilevare che l'interessato ha terminato, in un altro Stato membro, studi del ciclo secondario superiore relativamente ai quali è dimostrato mediante i documenti presentati che essi sono equivalenti a quelli indicati nella stessa disposizione, sub a), del regio decreto e sono dello stesso livello di questi. Per contro, secondo tale giudice, da nessun documento o elemento del fascicolo risulta che, alla data della presentazione della domanda di indennità di disoccupazione giovanile, i genitori del sig. Ioannidis fossero lavoratori migranti residenti in Belgio.

18. Nutrendo dubbi sull'esistenza di un'eventuale discriminazione indiretta nei confronti del sig. I., relativa al fatto che il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile è stata rifiutata all'interessato unicamente perché non ha terminato i suoi studi del ciclo secondario superiore in un istituto di insegnamento organizzato, sovvenzionato o riconosciuto dalle autorità pubbliche belghe, mentre egli ha completato studi equivalenti nel suo paese d'origine, la Cour du travail de Liège a deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto comunitario (e segnatamente gli artt. 12 CE, 17 CE e 18 CE) osti a che la normativa di uno Stato membro (quale quella belga di cui al regio decreto 25 novembre 1991, recante norme in materia di disoccupazione), nel riconoscere alle persone in cerca di impiego di età inferiore in linea di principio a 30 anni un'indennità cosiddetta di disoccupazione giovanile sulla base degli studi secondari compiuti, imponga a quelle tra tali persone che siano cittadini di altri Stati membri – in termini uguali a quelli previsti per i cittadini nazionali – la condizione secondo cui tale indennità viene concessa solo se gli studi richiesti siano stati terminati in un istituto di insegnamento organizzato, sovvenzionato o riconosciuto da una delle tre comunità nazionali [come previsto dal suddetto regio decreto, all'art. 36, n. 1, primo comma, punto 2, lett. a)], sicché l'indennità di disoccupazione giovanile di cui trattasi viene rifiutata ad un giovane in cerca di occupazione che, senza essere membro della famiglia di un lavoratore migrante, sia però cittadino di un altro Stato membro nel quale egli, prima di circolare nel territorio dell'Unione, aveva proseguito ed ultimato studi secondari, riconosciuti equivalenti ai prescritti studi dalle autorità dello Stato in cui viene chiesto il beneficio della detta indennità».

Sulla questione pregiudiziale

19. Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il diritto comunitario si opponga a che uno Stato membro rifiuti il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro che è alla ricerca di una prima occupazione, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Stato membro.

omissis

21. Nell'ambito della presente causa, occorre ricordare che i cittadini di uno Stato membro alla ricerca di un'occupazione in un altro Stato membro rientrano nel

campo di applicazione dell'art. 39 CE e, pertanto, beneficiano del diritto alla parità di trattamento previsto al n. 2 di tale disposizione.

22. Come la Corte ha già dichiarato, tenuto conto dell'istituzione della cittadinanza dell'Unione e dell'interpretazione giurisprudenziale del diritto alla parità di trattamento di cui godono i cittadini dell'Unione, non si può più escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 39, n. 2, CE una prestazione di natura finanziaria destinata a facilitare l'accesso all'occupazione sul mercato del lavoro di uno Stato membro (sentenza 23 marzo 2004, causa C-138/02, Collins, Racc. pag. I-2703, punto 63).

23. È pacifico che le indennità di disoccupazione giovanile previste dalla normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale sono prestazioni sociali, il cui obiettivo è di facilitare, per i giovani, il passaggio dalla scuola al mercato del lavoro (sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, D'Hoop, Racc. pag. I-6191, punto 38).

24. È anche pacifico che, alla data della presentazione della domanda intesa ad ottenere il beneficio delle dette indennità, il sig. I. aveva la qualità di cittadino di uno Stato membro che, avendo terminato i suoi studi, si trovava alla ricerca di un'occupazione in un altro Stato membro.

25. In tale contesto, l'interessato è legittimato ad avvalersi dell'art. 39 CE per sostenere che non può costituire oggetto di discriminazioni basate sulla cittadinanza per quanto riguarda la concessione dell'indennità di disoccupazione giovanile.

26. Secondo una costante giurisprudenza, il principi di parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza ma anche qualsiasi forma dissimulata di discriminazione, che, in applicazione di altri criteri di distinzione, conduca di fatto allo stesso risultato (v., in particolare, sentenze 12 febbraio 1974, causa 152/73, Sotgiu, Racc. pag. 153, punto 11, e 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar, Racc. I-2119, punto 51).

27. La normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale introduce una disparità di trattamento tra i cittadini che hanno terminato i loro studi di ciclo secondario in Belgio e quelli che li hanno completati in un altro Stato membro, in quanto solo i primi hanno diritto all'indennità di disoccupazione giovanile.

28. Questa condizione rischia di sfavorire soprattutto i cittadini di altri Stati membri. Infatti, la detta condizione, in quanto vincola la concessione di questa indennità al requisito che il richiedente abbia ottenuto il diploma richiesto in Belgio, può essere più facilmente soddisfatta dai cittadini nazionali.

29. Una siffatta disparità di trattamento può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale (sentenze 23 maggio 1996, causa C-237/94, O'Flynn, Racc. I-2617, punto 19, e Collins, sopra menzionata, punto 66).

30. Come la Corte ha già dichiarato, è legittimo che il legislatore nazionale voglia essere sicuro dell'esistenza di un nesso reale tra chi richiede la detta indennità e il mercato geografico del lavoro interessato (sentenza D'Hoop, sopra menzionata, punto 38).

31. Tuttavia, un'unica condizione relativa al luogo di conseguimento del

diploma di maturità presenta un carattere troppo generale ed esclusivo. Essa infatti privilegia indebitamente un elemento che non è necessariamente rappresentativo del grado reale ed effettivo di collegamento tra chi richiede l'indennità di disoccupazione giovanile ed il mercato geografico del lavoro, escludendo ogni altro elemento rappresentativo. Essa eccede così quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito (sentenza D'Hoop, sopra menzionata, punto 39).

32. Per il resto, dall'art. 36, n. 1, primo comma, punto 2°, lett. h), del regio decreto, risulta che colui che è in cerca di occupazione non ha terminato i suoi studi secondari in Belgio ha tuttavia diritto all'indennità di disoccupazione giovanile se ha seguito studi o una formazione dello stesso livello ed equivalenti in un altro Stato membro e se è a carico di lavoratori migranti, ai sensi dell'art. 39 CE, residenti in Belgio.

33. Il fatto che i genitori del sig. I. non siano lavoratori migranti residenti in Belgio non può in ogni caso giustificare il rifiuto dell'indennità richiesta. Infatti, questa condizione non può essere giustificata con l'intento di assicurarsi dell'esistenza di un nesso reale tra chi chiede l'indennità e il mercato geografico del lavoro interessato. Essa è certo basata su un elemento che può essere considerato rappresentativo di un grado reale ed effettivo di collegamento. Tuttavia, non si può escludere che una persona, quale il sig. I., che, dopo un ciclo di studi secondari terminato in uno Stato membro, continua studi superiori in un altro Stato membro e ivi ottiene un diploma sia in grado di giustificare un nesso reale con il mercato del lavoro di tale Stato, anche se non è a carico di lavoratori migranti residenti nel detto Stato. Pertanto, una tale condizione va anche al di là di quanto è necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito.

34. Occorre aggiungere che l'indennità di disoccupazione giovanile costituisce un vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68 (sentenza D'Hoop, sopra menzionata, punto 17).

35. Ora, secondo una giurisprudenza costante, il principio di parità di trattamento sancito dall'art. 7 del regolamento n. 1612/68, che comprende tutti i benefici che, collegati o meno ad un contratto di lavoro, sono generalmente riconosciuti ai lavoratori nazionali, a causa principalmente della loro qualità obiettiva di lavoratore o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, mira anche ad impedire le discriminazioni operate a danno dei discendenti che siano a carico del lavoratore (v., in particolare, sentenze 30 settembre 1975, causa 32/75, Cristini, Racc. pag. 1085, punto 19; 20 giugno 1985, causa 94/84, Deak, Racc. pag. 1873, punto 22, e 8 giugno 1999, causa C-337/97, Meeusen, Racc. pag. I-3289, punto 22).

36. Ne deriva che i figli a carico dei lavoratori migranti che risiedono in Belgio derivano il loro diritto all'indennità di disoccupazione giovanile dall'art. 7, n. 2, del regolamento n. 1612/68, indipendentemente dal fatto che, in questo caso di specie, esista un nesso reale con il mercato geografico del lavoro interessato.

37. Sulla base delle considerazioni che precedono, non è necessario pronunciarsi sull'interpretazione degli artt. 12 CE, 17 CE e 18 CE.

38. Pertanto, occorre risolvere la questione posta nel senso che l'art. 39 CE osta a che uno Stato membro rifiuti il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro alla ricerca di una prima occu-

pazione che non è, in qualità di figlio, a carico di un lavoratore migrante residente nel primo Stato, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Stato membro.

omissis

Per questi motivi la Corte (Prima Sezione) dichiara e statuisce:

L'art. 39 CE si oppone a che uno Stato membro rifiuti il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro alla ricerca di una prima occupazione che non è, in qualità di figlio, a carico di un lavoratore migrante residente nel primo Stato, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Stato membro.

Disposizione di indubbio rilievo e di costante applicazione nella giurisprudenza comunitaria è contenuta nell'art. 12 TCE, il quale introduce, nell'ambito di applicazione del Trattato CE, il divieto di ogni discriminazione effettuata sulla base della nazionalità. Essa in particolare pone un divieto di discriminazione dei cittadini comunitari sulla base del loro stato di appartenenza.

Secondo la Corte il divieto *de qua* vale per tutti i rapporti giuridici che siano sorti o producano effetti nel territorio della Comunità (sentenza 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave, Koch c. Association Union Cycliste Internationale*, in *Racc.* p. 1405), e che in particolare rivestano una rilevanza comunitaria (sentenza 15 gennaio 1986, causa 44/84, *Hurd*, in *Racc.* I-29, punti 55 e 56). Sotto quest'ultimo profilo la giurisprudenza della Corte ha in più occasioni affermato che le norme del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori non possono essere applicate a situazioni puramente interne di uno Stato. In particolare, il solo fatto che, in forza della normativa di uno Stato membro, un lavoratore straniero goda di una situazione più favorevole rispetto ad un cittadino di tale Stato non è sufficiente a rendere quest'ultimo beneficiario delle norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori, se tutti gli elementi che caratterizzano la sua situazione si collocano all'interno di un solo Stato membro di cui egli è cittadino (Si vedano le sentenze 29 marzo 1979, *John Szemerey c. Commissione*, causa 178/78, in *Racc.* p. 1129, del 28 giugno 1984, causa 180/83, *Moser / Land Baden-Württemberg* in *Racc.* p. 2539) (Cfr. Daniele L. *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2005, pp. 98 ss.). L'art. 12 TCE deve essere letto alla luce ed in combinato disposto con le norme dettate dal trattato nei diversi ambiti: essa infatti enuncia un principio trasversale che permette una lettura assai ampia delle norme successive, si pensi ad esempio a quelle relative alla libera circolazione di lavoratori, alla libera prestazione dei servizi o al diritto di stabilimento. Non si può certamente trascurare in questo contesto l'importanza dell'istituzione della cittadinanza dell'Unione, avvenuta con il Trattato di Maastricht grazie all'introduzione dell'art. 17 TCE. A ogni cittadino dell'Unione, posto che lo è chi abbia la cittadinanza di uno Stato Membro, sono riconosciuti alcuni diritti: un elenco è rinvenibile agli art. 19 ss. TCE, ma deve essere considerato meramente esemplificativo e suscettibile di modifiche e ampliamenti da parte delle istituzioni comunitarie (art. 22 TCE).

Il principio di non discriminazione su menzionato funziona in stretta connessione con la cittadinanza dell'Unione (su questi aspetti si rinvia a Condinanzi M. Lang A. Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, p. 6 ss., Lang A., *Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2004, pp. 247 ss.).

Nella pronuncia in commento assume rilievo la stretta interconnessione tra l'art. 12 TCE e le disposizioni previste in modo specifico nei diversi ambiti, in particolare quelle sulla libera circolazione dei lavoratori -art. 39 TCE-. In particolare è da sottolinearsi come la soluzione a cui il Collegio giunge, ossia che l'art. 39 del trattato osta a che uno stato membro rifiuti il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile al cittadino di un altro stato membro, sia parzialmente differente da quanto proposto dall'avvocato generale nelle sue conclusioni del 9 giugno 2005: in esse infatti non viene fatto perno sull'art. 39 bensì sull'art. 12 TCE.

Pur essendo nel concreto medesime le conseguenze prospettate al *giudice a quo*, diverse sono le motivazioni addotte. Secondo l'Avvocato Generale non può essere infatti applicato il ricordato principio della parità di trattamento dei lavoratori, dovendosi invece rilevarsi una discriminazione sulla base alla cittadinanza (combinato disposto degli artt. 12 e 17 TCE).

L'Avvocato Generale muove, infatti, dall'affermazione che non è possibile applicare al caso in esame le disposizioni in materia di parità di trattamento dei lavoratori, in quanto il sig. I. risulterebbe estraneo al mondo del lavoro in Belgio, potendo eventualmente rientrare nella nozione di lavoratore, intesa nell'ampio significato individuato dal diritto comunitario, non in Belgio bensì in Francia, dove ha seguito un periodo di formazione retribuita (sul punto cfr. la sentenza 23 marzo 1982, causa 53/81, *Levin c. Segretariato di Stato per la giustizia*, in *Racc.* p. 1035 che afferma: "*Le espressioni lavoratore e attività subordinata non si possono definire mediante rinvio alla normativa degli Stati membri, ma hanno portata comunitaria. In caso contrario sarebbero compromesse le norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori*").

Esclusa pertanto l'applicazione di tali norme, l'Avvocato Generale rileva nel caso di specie la sussistenza di una discriminazione in base alla cittadinanza, non giustificata da necessità reali ed effettive che richiedano una misura sì strutturata. Propone pertanto di risolvere la questione pregiudiziale alla luce dell'art. 12 del Trattato.

Pare interessante notare come la Corte prenda atto del ragionamento così formulato e vada oltre, ricavando uno spazio non individuato dall'Avvocato Generale. Essa infatti pare partire dal presupposto offerto dalla cittadinanza europea e dal principio di non discriminazione, ma ne tralascia espressamente la trattazione nello svolgimento del proprio ragionamento. Le norme *de qua* rappresentano in questa prospettiva una via di fuga nel caso in cui non vi siano norme specifiche a tutela della situazione concreta. Ad avviso dello Corte non pare questo il caso e, al contrario di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale, è possibile invece collocare la situazione del sig. Ioannidis nell'ambito di una specifica norma del Trattato. Viene così individuato uno spiraglio alla luce della norma dell'art. 39 TCE, e del collegato regolamento 1612/68 (art. 7 -principio di parità di trattamento-): secondo la nor-

mativa belga i figli a carico di lavoratori migranti residenti in Belgio derivano il loro diritto all'indennità di disoccupazione giovanile indipendentemente dal fatto che vi sia un nesso reale con il mercato geografico del lavoro interessato, e ciò risulta una evidente discriminazione ai sensi delle norme precedenti. La lettura data dalla Corte di Giustizia in relazione al caso *si specie*, permette di individuare nel principio di non discriminazione un valore chiave per ampliare la portata degli strumenti offerti dal diritto comunitario in tema di libera circolazione dei lavoratori, andando così a comprendere anche tutte le situazioni che non ricadono direttamente nei casi previsti dal trattato, ma che, comportando un trattamento differente per situazioni simili, conducono pertanto ad una discriminazione di fatto.

La sentenza *I* si colloca sulla linea di altre pronunce che la Corte di Giustizia ha emanato negli ultimi anni su temi affini, come ad esempio la sentenza *D'Hoop* (Sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, in *Racc.* I – 6191).

L'impostazione seguita dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Ioannidis* presenta caratteristiche peculiari, che la collocano, come sottolineato in precedenza, in stretta connessione con le pronunce anteriori che si sono ricordate, e fanno emergere alcuni elementi di interesse meritevoli valutazione. Astraendo infatti dal caso concreto da cui derivano, che di volta in volta assume connotati e sfaccettature differenti, vengono in rilievo gli orientamenti in tema di principio di non discriminazione e di diritti derivanti dalla cittadinanza europea. La Corte di Giustizia ritiene, infatti, non sussista la necessità di pronunciarsi direttamente sull'interpretazione degli art. 12, 17 e 18 del Trattato, essendo possibile invece derivare la pronuncia direttamente dalla disposizione dell'art. 39 (e dall'art. 7 del regolamento 1612/68). Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, infatti, l'art. 12 costituisce una sorta di valvola di sfogo, che può essere applicata solamente qualora la fattispecie non possa essere facilmente fatta rientrare nell'ambito degli articoli 49, 43, 52 TCE. Nel caso di *specie*, pertanto, la Corte va oltre il ragionamento prospettato dall'avvocato generale nelle proprie conclusioni, ritenendo non sussista la necessità di invocare la norma dell'art. 12 in una situazione che comunque si presta ad una soluzione sulla base dell'art. 39. Pare di doversi individuare nel ragionamento proposto dalla Corte una precisa volontà di dare applicazione a quelle norme del trattato dettate a tutela di situazioni specifiche, con la consapevolezza però, e questo è chiaro nel testo della pronuncia, che le stesse debbono essere lette alla luce dei diritti garantiti dalla cittadinanza europea e del principio generale di non discriminazione.

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:

FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI
MARIO POTI

Comitato di redazione:

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

Segreteria di redazione:

LUCIA COLANTONIO
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

ILARIO MAIO

Avvocato INPS

**REGIME DECADENZIALE
DELLE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI**

Sommario: Ricorsi e controversie in materia di prestazioni previdenziali; Natura giuridica della decadenza; Irrilevanza delle vicende successive al compimento del termine; Abbreviazione dei termini decadenziali; Decorrenza del termine di decadenza; Nuove ed ulteriore termine di decorrenza del termine di decadenza; Fattispecie soggetta alla disciplina della decadenza; irrilevanza degli adempimenti parziali.

Ricorsi e controversie in materia di prestazioni previdenziali.

Il D.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, con gli artt. 44 e segg. disciplinava i ricorsi e le controversie in materia di prestazioni dell'Inps; gli artt. 44 - 46 sono stati abrogati dall'articolo 46 della legge n. 88/89 di ristrutturazione dell'INPS e dell'INAIL che ha attribuito la competenza sul contenzioso amministrativo in materia di prestazioni al Comitato Provinciale, l'articolo 47 che disciplina, esauriti i ricorsi amministrativi, i termini per l'esercizio dell'azione dinanzi l'autorità giudiziaria non è stato interessato dalla legge di ristrutturazione degli enti e continua trovare applicazione.

Già nell'ambito della disciplina dettata dal d.p.r. n. 639/70 in tema di ricorsi e controversie in materia previdenziale, particolare rilievo nell'ambito di tali norme assumeva l'articolo 47, secondo cui l'azione giudiziaria può (poteva) essere proposta dopo l'esperimento dei ricorsi amministrativi "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, di cinque anni se trattasi di controversia in materia di prestazioni minori".

La normativa in esame è stata oggetto di interpretazioni divergenti in giurisprudenza, mentre si era affermato in modo univoco che l'art. 47 si riferisse, per quanto concerne le prestazioni pensionistiche, ai ratei di pensione non ancora liquidati, a contrastanti risultati avevano dato luogo le questioni se il previsto termine decennale fosse un termine di prescrizione o di decadenza, e se la decadenza fosse da considerarsi sostanziale o procedimentale.

L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza in ordine al termine decennale stabilito nella citata norma, dopo differenti posizioni circa la sua natura prescrizioneale o decadenziale, si era orientata nel senso che esso avesse natura meramente

procedimentale: non dava luogo ad effetti sostanziali delimitando unicamente l'efficacia temporale della condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La scadenza del termine, pertanto, comportava "esclusivamente" il difetto di procedibilità dell'azione, rendendosi necessaria la ripetizione della procedura amministrativa, per poi agire in giudizio.

Sul piano sostanziale, dovevano ritenersi prescritti i ratei anteriori ai dieci anni precedenti la presentazione della nuova domanda amministrativa, alla quale andava riconosciuta efficacia interruttiva della prescrizione decennale (1). Discendeva da tale interpretazione, ai fini dell'agibilità della pretesa diretta a conseguire una prestazione pensionistica, che l'azione giudiziaria dovesse essere proposta entro il termine di dieci dalla data di comunicazione del ricorso amministrativo o dalla scadenza del termine previsto per la formazione del silenzio-rigetto; se il termine fosse trascorso senza l'instaurazione del giudizio, la domanda in via amministrativa doveva essere riproposta, per poi adire il giudice.

Alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale circa la natura e gli effetti del termine previsto dall'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, veniva emanato il decreto legge 29 marzo 1991 n. 103, (intitolato «Regime delle prescrizioni delle prestazioni previdenziali»), convertito in legge 1 giugno 1991 n. 166 il cui articolo 6 avente carattere di norma d'interpretazione autentica dispone:

"1. I termini previsti dall'art. 47, commi 2 e 3, del d.P.R. 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.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 hanno efficacia retroattiva, ma non si applicano ai processi che sono in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto".

A questo fine, il legislatore ha statuito (art. 6, primo comma) che il termine previsto dall'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 - così come quello quinquennale indicato dal terzo comma dell'art. 47, deve intendersi posto a pena di decadenza, nel senso che il suo decorso "determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali".

Dunque, il termine ha valore sostanziale e non procedimentale, come invece aveva affermato la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione.

Con la legge di interpretazione autentica il legislatore, quindi, senza modificare il tenore testuale della norma interpretata, ne precisa il significato precettivo.

Tali elementi ricorrono puntualmente nell'art. 6 con cui il legislatore dà un'interpretazione dell'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 diversa da quella cui era pervenuta la richiamata giurisprudenza, esplicandone in tal senso il contenuto.

Come precisato dalla Corte Costituzionale (2) "in questa visione interpretativa l'art. 6, primo comma, del d.l. n. 103 del 1991 - così come l'art. 47 del d.P.R. n.

(1) Cass. sez. un. 21 giugno 1990 n. 6245 e, nello stesso senso Corte cost. 26 marzo 1991 n. 126.

(2) Cost. n. 246/92.

639 del 1970 al quale si riferisce – non può riguardare la disciplina del diritto a pensione, ma solo quella del diritto ai ratei di essa”.

Il diritto a pensione, infatti, secondo giurisprudenza costante ed uniforme, è imprescrittibile, nè sottoponibile a decadenza, in conformità di un principio costituzionalmente garantito che non può comportare deroghe legislative.

Tel principio è rispettato nell’art. 6, primo comma, del d.l. n. 103 del 1991, avendo nell’interpretare autenticamente l’art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970, espressamente stabilito che la decadenza ivi prevista determina l’estinzione del diritto “ai ratei pregressi”.

Natura giuridica della decadenza.

La decadenza è l’effetto conseguente del mancato esercizio del diritto durante il tempo stabilito e corrisponde alla esigenza di limitare nel tempo l’esercizio di un diritto.

Ogni termine può essere indifferentemente di prescrizione o di decadenza a seconda della disciplina dettata dal legislatore, ma si tratta dello stesso fenomeno liberatorio (estintivo) nel quale la disciplina della decadenza è più rigorosa perché maggiore è l’esigenza di certezza: “la prescrizione elimina l’effetto di una fattispecie già realizzatasi, la decadenza, invece, fa mancare la possibilità che si verifichi uno degli elementi della fattispecie ed integra l’impossibilità di esercitare un potere in un singolo caso pur rimanendo in vita in tutti gli altri casi in cui ricorre”.

Alla base della decadenza vi è, pertanto, la fissazione, da parte del legislatore, di un termine perentorio entro il quale il titolare del diritto deve compiere una determinata attività, in difetto della quale resta precluso l’esercizio del diritto.

La decadenza determina l’estinzione del diritto in conseguenza del fatto oggettivo del decorso del tempo e “implica, quindi l’onere di esercitare il diritto esclusivamente entro il termine prescritto dalla legge”.

La decadenza può, dunque, essere evitata solo dall’esercizio del diritto mediante il compimento dell’atto previsto; nella fattispecie può essere impedita solo con la proposizione della domanda giudiziale. “Con l’esercizio del diritto viene meno, infatti, la stessa ragione d’essere della decadenza: l’onere, a cui era condizionato l’esercizio del diritto, è ormai soddisfatto”.

Nelle materie sottratte alla disponibilità delle parti, la decadenza è rilevabile d’ufficio dal giudice (3) (decadenza legale stabilita nell’interesse generale) e le parti non possono “né modificare il regime previsto dalla legge né rinunciare alla decadenza” ed il giudice a differenza di quanto si verifica nei casi di prescrizione del diritto, come già evidenziato, deve rilevarla d’ufficio.

(3) “La decadenza non può essere rilevata d’ufficio dal giudice, salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d’improcedibilità dell’azione” (art. 2969 c.c.).

Irrilevanza delle vicende successive al compimento del termine.

Diventa, dunque irrilevante, una volta decorso il tempo senza che il diritto sia stato esercitato, ogni considerazione relativa alla situazione soggettiva del titolare.

Nelle materie disciplinate dall'articolo 47 d.p.r. n. 639/70, diventa irrilevante la mancata o tardiva comunicazione della decisione degli organi amministrativi; la decadenza iniziata a decorrere da una delle tre ipotesi previste alternativamente "è dettata a protezione dell'interesse pubblico alla definitività e certezza delle determinazioni concernenti erogazioni di spese gravanti su bilanci pubblici e, di conseguenza, è sottratta alla disponibilità delle parti, è rilevabile d'ufficio – salvo il limite del giudicato – in ogni stato e grado del giudizio ed opponibile anche tardivamente dall'Istituto previdenziale" (4).

"Sono quindi irrilevanti le vicende verificatesi dopo il compimento del termine, il che porta ad escludere che il dies a quo del termine decadenziale possa dipendere dalla data di provvedimento eventuale da parte dell'ente previdenziale" (5) o che possa rimanere sospeso e non decorrere in assenza di pronuncia da parte dell'ente di previdenza o di mancata comunicazione della decisione sul ricorso da parte del medesimo ente.

Abbreviazione dei termini decadenziali.

Il legislatore è nuovamente intervenuto sull'articolo 47 del d.P.R. n. 639/70, (art. 4 del d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito, sul punto, senza modificazioni con la legge 14 novembre 1992 n. 438) stabilendo:

1. I commi secondo e terzo dell'art. 47 del d.P.R. 30 aprile 1970 n. 639, sono sostituiti dai seguenti: "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 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'art. 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".

2. Sono abrogati l'art. 57 della legge 30 aprile 1969 n. 153, e l'art. 152 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile, approvate con R.d. 18 dicembre 1941 n. 1368 e successive modificazioni.

3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano ai procedimenti instaurati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto ancora in corso alla medesima data.

La norma esclude espressamente l'applicazione dei nuovi termini «ai procedi-

(4) In tal senso Cass. n. 12508/2001; Cass. n. 6543/2004; Cass. 8842/2005.

(5) In tal senso Cass. 4247/2002.

menti instaurati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto ancora in corso alla medesima data».

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito (6) che l'applicabilità della nuova ipotesi di decadenza presuppone la presentazione della richiesta di prestazione dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 384 del 1992.

Decorrenza del termine di decadenza

In ordine, al dies a quo di decorrenza del termine di decadenza la predetta disposizione (art. 47 cit.), nella nuova formulazione, prevede quanto alla decorrenza del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione giudiziaria, alternativamente, tre ipotesi di dies a quo:

1) dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'istituto;

2) dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della decisione;

3) dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione; ove, manchi il ricorso amministrativo, alla data della richiesta, dunque, si sommano i termini presuntivi (art. 7 legge n. 533 del 1973, art. 46 commi 5 e 6 della legge n. 88 del 1989) per l'esaurimento del procedimento amministrativo ai quali si aggiungono i tre anni o un anno di decadenza a secondo della prestazione richiesta.

In ogni caso, sia che il diritto sorga a seguito di una domanda amministrativa, sia che sorga indipendentemente dalla domanda, per essersi verificato un determinato fatto previsto dalla legge, la decorrenza resta fissata dal giorno in cui la domanda giudiziale è proponibile.

Nuove ed ulteriore termine di decorrenza del termine di decadenza.

La norma, nel dettare un nuovo testo del secondo comma dell'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 non solo sostituisce al termine decennale quello triennale e a quello quinquennale quello annuale, ma introduce, altresì, un'ulteriore decorrenza del termine di decadenza con riguardo alla «data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione».

Il riferimento alla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, contestualmente ed alternativamente alla previsione del dies a quo costituito dalla comunicazione della decisione sul ricorso ovvero del termine per renderla, assorbe proprio l'eventualità della mancata proposizione di ricorsi (7).

Il termine per proporre l'azione giudiziaria decorre, dunque, anche dall'esau-

(6) V., ex multis, sent. 9 gennaio 1999, n. 152.

(7) Per l'affermazione di una relazione di assorbimento, v. Cass. 9 gennaio 1999, n. 152.

rimento del procedimento amministrativo e determina l'improponibilità della stessa qualora non sia proposta nei termini di tre anni, se si tratta di prestazione pensionistica e di un anno, se si tratta di prestazione di cui all'articolo 24 legge n. 88/89.

La «scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo», individua la soglia oltre la quale la presentazione di un ricorso tardivo non può essere utilizzata al fine di determinazione del dies a quo del termine di decadenza per il successivo inizio dell'azione giudiziaria e dello spostamento in avanti di esso, ottenibile ormai nel solo limite dello sbarramento costituito dalla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo. La scadenza suddetta, costituendo il limite estremo di utilità di ricorsi proposti tardivamente, ma pur sempre anteriormente al suo verificarsi, determina anche l'effetto dell'irrelevanza di un ricorso proposto solo successivamente (8).

Che la decadenza decorre, anche in assenza di ricorso amministrativo, è stato confermato dalla giurisprudenza del Supremo Collegio con un indirizzo costante (si segnalano solo due pronunce di segno contrario).

Il Supremo Collegio con recentissima pronuncia (9), confermando il costante indirizzo giurisprudenziale, ha ulteriormente precisato che la decadenza perfezionatasi per una delle tre ipotesi di dies a quo alternativamente previsto determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi e l'improponibilità dell'azione giudiziaria.

Con la richiamata pronuncia la Corte di Cassazione per quanto concerne la decadenza ex art. 47 d.p.r. 639/70 come sostituito dall'art. 4 D.L. n. 484/92 convertito in legge n. 438/92, ha statuito che "trattasi indubbiamente di un termine di decadenza, che ha natura sostanziale, al riguardo si richiama la giurisprudenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 246/92) e di questa Corte (sentenze n. 12498 del 2003 e n. 3853 del 2003, nonché sentenze n. 5924 del 2001 e n. 9595 del 1997)".

La Corte con la sentenza in oggetto ha altresì osservato, "che il termine di decadenza decorre comunque dalla scadenza dei termini (di complessivi trecento giorni dalla presentazione della domanda amministrativa della prestazione) per l'esaurimento del procedimento amministrativo. Tali termini risultano dal cumulo del termine di 120 giorni per la pronuncia sulla domanda amministrativa (art. 7 della legge n. 533 del 1973), nonché di due ulteriori termini (di 90 giorni ciascuno di cui all'art. 46 commi 5 e 6 della legge n. 88 del 1989) per la presentazione del ricorso amministrativo e per la decisione relativa (Cass. 16138 del 2004; Corte Costituzionale n. 128 del 1996) (10).

Fattispecie soggetta alla disciplina della decadenza; irrilevanza degli adempimenti parziali.

Il regime decadenziale fin qui esaminato, in quanto previsto per le prestazioni espressamente elencate dalla norma, interessa sia la liquidazione dei ratei nelle loro

(8) V., Cass. 15 marzo 2003, n. 3853, secondo cui la scadenza in questione rileva anche in ipotesi di mancata presentazione.

(9) Cass. Sez. lavoro sentenza n. 8842/2005 del 28.04.2005.

(10) Cass. 16138 del 2004; Corte Costituzionale n. 128 del 1996.

interezza che il credito eventuale rivendicato per errata liquidazione della prestazione, sia il credito eventuale per gli interessi legali.

Di conseguenza, l'erogazione parziale della prestazione, così come altro adempimento parziale, non influisce sulla applicabilità e sulla concreta applicazione del regime decadenziale previsto per la prestazione medesima.

La decadenza sostanziale si applica anche in caso di riconoscimento parziale del trattamento effettivamente dovuto perché 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" (11).

L'adempimento parziale, dunque, non incide sulla decorrenza e sulla durata del termine di decadenza dell'azione giudiziaria di pagamento, sia pure limitatamente all'importo residuo dovuto.

(11) In tal senso Cass. n. 20985/04 e Cass. 4636/04.

DOMENICO DE FAZIO

Funzionario INPS

**EVASIONE ED OMISSIONE CONTRIBUTIVA
NELLA LEGISLAZIONE E NELLA GIURISPRUDENZA
DEGLI ULTIMI DIECI ANNI****1. Premessa**

Il sistema privatistico di tutela della posizione previdenziale dei lavoratori dipendenti, anche se diviso tra disciplina ordinaria (art. 1218 c.c. o art. 2043 c.c.) e disciplina speciale (art. 13 legge n. 1338/1962), non ha subito modifiche normative sostanziali, basandosi prevalentemente sull'art. 2116 c.c., che prevede il meccanismo di garanzia della prestazione (c.1) ed il rimedio in caso di perdita della stessa (c.2) (1).

Il "sistema sanzionatorio" di natura pubblicistica, ideato per prevenire e reprimere l'inadempimento contributivo è costituito, invece, da un complesso di disposizioni la cui evoluzione ha condotto ad una progressiva erosione dell'ambito di rilevanza penale delle condotte (oggi limitata all'evasione e all'appropriazione delle ritenute) (2). "Alla qualificazione penale sanzionata con la multa o con l'ammenda è subentrata, per effetto della legge n. 689 del 1981, la qualificazione amministrativa con l'imposizione di una prestazione pecuniaria aggiuntiva (in specie le *una tantum* e le somme aggiuntive); a sua volta, alla qualificazione amministrativa, per effetto della legge n. 388 del 2000, è subentrata quella civile con la trasformazione del sistema sanzionatorio mediante l'imposizione di sanzioni civili in luogo di quelle amministrative (3). La

(1) Questa norma, pur posta nell'ordinamento privatistico, contiene una valenza fondamentale per l'intero ordinamento previdenziale perché:

- da una parte, prevedendo l'automatismo nella costituzione del rapporto previdenziale, neutralizza l'effetto pregiudizievole della omissione contributiva sulla prestazione previdenziale;
- dall'altra parte, dove non opera il meccanismo dell'automaticità, completa il sistema delle garanzie con la riparazione in forma risarcitoria o riparatoria.

(2) Il reato penale si configura oggi solo nei casi in cui, oltre agli elementi della fattispecie di evasione e salvo si configuri un reato più grave, "dal fatto deriva l'omesso versamento di contributi e premi previsti dalle leggi sulla previdenza ed assistenza obbligatorie per un importo mensile non inferiore al maggiore importo fra 5 milioni mensili delle vecchie lire e il 50% dei contributi complessivamente dovuti per lo stesso mese".

(3) La Corte di Cassazione (sentenza n. 17386/2003) ha precisato che la sanzione a carico del datore di lavoro che abbia omesso di versare all'INPS le trattenute in favore dei lavoratori **già pensionati** – di cui agli artt. 21 e 23 D.P.R. n. 488/1968, come modificato dall'art. 87 D.lgs. n. 507/1999) "non può configurarsi come civile, non essendo accessoria ad alcun credito principale rimasto inadempito, ma è una sanzione amministrativa...relativa alla violazione di un dovere posto dalla legge, sanzionato con una pena pecuniaria destinata ad alimentare uno specifico fondo".

riconduzione delle condotte ad un livello sanzionatorio diverso e più basso non è stato l'effetto di un mutato giudizio di disvalore della antigiuridicità dei comportamenti vietati, ma una scelta di politica legislativa che ha inteso rendere effettiva la sanzione, ovvero aumentarne l'efficacia deterrente: più il grado della sanzione è regredito, più è stata ritenuta sussisterne l'effettività (almeno nelle intenzioni; nei fatti la prova è lasciata alle statistiche)" (4).

2. Evasione ed omissione contributiva nella legge n. 662/1996

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 662/1996, la materia dell'evasione ed omissione contributiva, era disciplinata, in particolare, dall'art. 4 cc. 1-5 D.L. 536/1987, conv. in legge n. 48/1988.

Le norme di cui all'art. 1 cc. 217-225 legge n. 662/1996 hanno espressamente abrogato la suddetta disciplina e introdotto una riforma organica del regime sanzionatorio, entrata in vigore il 1° gennaio 1997 (5).

Secondo l'art. 1 c. 217 legge n. 662/1996 "i soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una somma aggiuntiva, in ragione d'anno, pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione... maggiorato di tre punti; la somma aggiuntiva non può essere superiore al 100% dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, oltre alla somma aggiuntiva di cui alla lettera a), al pagamento di una sanzione, una tantum, da graduare secondo i criteri fissati con decreto del Ministro... in relazione all'entità dell'evasione e al comportamento complessivo del contribuente, da un minimo del 50% ad un massimo del 100% di quanto dovuto a titolo di contributi o premi (6); qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima delle contestazioni o richieste da parte degli enti impositori, e comunque entro sei mesi dal termine stabilito per il

(4) A. Federici, *Lavoro irregolare e omissione contributiva. Tecniche di tutela e sistema sanzionatorio*, Halleyeditrice, Matelica, 2006.

(5) Per i periodi contributivi anteriori al 1° gennaio 1997 si continuano ad applicare le norme abrogate.

(6) Dal 24 ottobre al 23 dicembre 1996 è rimasto in vigore il D.L. n. 538/1996 ("Disposizioni urgenti in materia di sanzioni per violazione di obblighi contributivi e di regolarizzazione di posizioni previdenziali"), non convertito. L'art. 1 c. 233 legge n. 662/1996 ha stabilito che restano validi gli atti e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto legge decaduto. In particolare, il decreto citato prevedeva che, oltre alla somma aggiuntiva prevista per l'omissione, in caso di evasione, era dovuta anche una sanzione una tantum (cioè fissa e non in ragione d'anno) graduata da un minimo del 30% ad un massimo del 50% di quanto dovuto a titolo di contributi.

pagamento dei contributi o premi, la sanzione di cui alla presente lettera è dovuta nella misura del 30%, sempreché il versamento sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa” (7) (8).

3. Regime speciale (art. 1 commi 218-224 legge n. 662/1996)

Oltre alla normativa ordinaria sopra illustrata, la legge in esame prevedeva:

- un regime sanzionatorio particolare, con l'applicazione delle somme accessorie secondo criteri diversi da quelli fissati per la generalità dei contribuenti e regolamentazione delegata, nei limiti previsti dalla legge, alla determinazione degli enti impositori (commi 220 e 221);
- l'esonero dall'applicazione delle somme accessorie per le amministrazioni statali e gli enti locali (comma 219);
- talune specifiche ipotesi – collegate anche ai riflessi negativi in campo occupazionale – in cui, con decreto interministeriale, si poteva ottenere una riduzione delle somme accessorie.

3.1. Casi di riduzione delle sanzioni (art. 1 cc. 218, 220, 221, 224 legge n. 662/1996)

La legge 662/1996 prevedeva i seguenti casi di riduzione delle sanzioni previste (somma aggiuntiva e, in caso di evasione, anche maggiorazione una tantum):

A) L'art. 1 c. 218 disciplinava il caso di mancato o ritardato pagamento dei contributi dovuto a oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo.

In tale caso, la riduzione delle somme aggiuntive era fissata in misura pari a quella stabilita per gli interessi di differimento e di dilazione e non poteva essere in ogni caso superiore all'importo dei contributi non corrisposti entro la scadenza di legge. La riduzione, come negli altri casi, restava subordinata all'integrale pagamento dei contributi e delle somme aggiuntive dovute nel termine che fisserà l'ente impositore; in caso contrario, dovevano essere richieste le somme aggiuntive senza alcuna riduzione.

B) L'art. 1 c. 220 prevedeva che, nel caso di aziende sottoposte ad una procedura concorsuale, a prescindere dal fatto che ricorresse una fattispecie di evasione

(7) Quest'ultima parte della lett. b) è stata così modificata dall'art. 59 c. 22 legge n. 449/1997, che ha accentuato il carattere premiale del pagamento spontaneo.

(8) Le circolari INPS nn. 65/1997 e 110/2001, in ordine alla nozione di evasione contributiva, affermano che le irregolarità che più frequentemente danno luogo ad evasione sono le inadempienze nel versamento dei contributi connesse:

- alla mancata iscrizione sui libri aziendali di uno o più dipendenti;
- all'infedele registrazione delle retribuzioni;
- alla mancata denuncia di specifiche partite;
- all'omessa o tardiva presentazione delle denunce obbligatorie o la loro infedeltà;
- alla mancata iscrizione all'INPS.

o di omissione contributiva, la somma aggiuntiva poteva essere ridotta ad un tasso annuo non inferiore a quello degli interessi legali, a condizione che fossero integralmente pagati i contributi e le spese.

Al fine di attuare questa norma, il C.d.A. dell'INPS emanò la deliberazione n. 197/1997 (9).

C) L'art. 1 c. 221 prevedeva che se l'omissione (e non anche l'evasione) fosse stata effettuata da un ente non economico o ente, fondazione ed associazione senza fine di lucro e connessa alla ritardata erogazione dei contributi o finanziamenti pubblici previsti per legge o convenzione, le somme aggiuntive potevano essere ridotte fino ad un tasso non inferiore a quello degli interessi legali, sempre che la regolarizzazione fosse avvenuta entro il ventesimo giorno successivo a quello di erogazione del finanziamento.

A tal riguardo, la delibera del C.d.A. dell'INPS ancora attuata ha stabilito che la riduzione delle somme aggiuntive viene concessa:

- nella misura degli interessi legali, nei confronti di quegli enti i cui proventi finanziari consistano prevalentemente in finanziamenti dello Stato e di altre PP.AA. (10);
- nella misura degli interessi legali aumentati del 50%, nei confronti degli altri enti per i quali non ricorre la suddetta condizione di prevalenza.

D) L'art. 1 c. 224 disciplinava le altre ipotesi di riduzione *eccezionale* delle somme aggiuntive.

Tale norma riprendeva quanto già previsto dall'art. 3 commi 1-3 della legge n. 166/1991, stabilendo che l'importo delle somme aggiuntive e della maggiorazione per l'evasione, poteva essere ridotto con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'economia, sentiti gli enti impositori, fino alla misura degli interessi legali, nei seguenti casi:

- oggettive incertezze connesse a contrastanti orientamenti giurisprudenziali o amministrativi sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo successivamente riconosciuto in sede giudiziaria o amministrativa, **in relazione alla particolare rilevanza delle incertezze interpretative** che hanno dato luogo all'inadempienza;
- fatto doloso del terzo, denunciato all'autorità giudiziaria, in relazione anche ai possibili riflessi negativi in campo occupazionale di particolare rilevanza;
- aziende sottoposte a procedure concorsuali o in crisi con richiesta di cassa integrazione guadagni straordinaria;

(9) Questa delibera prevedeva:

- in caso di fallimento o liquidazione coatta amministrativa, una sanzione pari al *prime rate* se ricorreva l'evasione ed una sanzione ridotta di 4 punti rispetto alla precedente, se ricorreva una semplice morosità;
- in caso di concordato preventivo o concordato fallimentare, una sanzione pari al *prime rate* meno due punti, se ricorreva l'evasione ed una sanzione ridotta di ulteriori 2 punti rispetto alla precedente, se ricorreva una semplice morosità;
- in caso di amministrazione controllata o straordinaria, una sanzione pari al *prime rate* meno tre punti, se ricorreva l'evasione ed una sanzione pari all'interesse legale, se ricorreva una semplice morosità.

(10) Ricorre il requisito della prevalenza allorché le entrate complessive dell'ente sono rappresentate, per almeno due terzi, dall'ammontare dei finanziamenti pubblici. Tale requisito deve risultare attraverso l'esibizione dei bilanci o altra idonea documentazione contabile (circolare INPS n. 65/1997).

- aziende in fase di riorganizzazione, riconversione, ristrutturazione, che abbiano particolare rilevanza sociale ed economica in relazione alla situazione occupazionale locale e alla situazione produttiva del settore e il cui stato di crisi sia accertato dagli ispettori del Ministero del Lavoro.

4. Evasione ed omissione nella legge n. 388/2000

La legge n. 388/2000 ha modificato le disposizioni previste dalla legge n. 662/1996. In particolare, l'art. 116 c. 8 ha modificato l'art. 1 c. 217 legge n. 662/1996, stabilendo che:

“I soggetti che non provvedono... al pagamento dei contributi o premi... ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie... al pagamento di una sanzione civile...;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile...”.

- Se ricorre l'omissione (11), si applica la sanzione, determinata in ragione d'anno, in misura pari al tasso ufficiale di riferimento (TUR) (12), più una maggiorazione del 5,5%. Tale sanzione deve essere calcolata fino alla data di pagamento di quanto dovuto e non può essere superiore al 40% dell'importo dei contributi evasi (c.d. tetto).

Dopo il raggiungimento del suddetto tetto massimo senza che si sia provveduto al pagamento, sulla sorte contributiva maturano anche gli interessi di mora (13).

(11) Per quanto riguarda le sanzioni applicabili, sono assimilate all'omissione le seguenti fattispecie:

- evasione denunciata spontaneamente prima delle contestazioni o richieste e comunque entro 12 mesi (erano 6 mesi nella legge n. 662/1996) dal termine stabilito per il pagamento (art. 116 c. 8 lett. b). A quest'ultima fattispecie viene ricondotto anche il caso conciliazione monocratica, ai sensi dell'art. 11 c. 4 D.lgs. n. 124/2004, che estingue il procedimento ispettivo (circolare INPS n. 6/2007)
- mancato pagamento dovuto a “oggettive incertezze legate a orientamenti giurisprudenziali o amministrativi contrastanti sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo poi ritenuto sussistente in sede giudiziaria o amministrativa (art. 116 c. 10 legge 388/2000);
- regolarizzazione spontanea a seguito di sentenza giudiziale di illegittimità del licenziamento (circolare INPS n.124/2000);

(12) A decorrere dal 1° gennaio 1999, l'art. 2 c. 1 D.lgs. n. 213/1998 ha rimesso alla Banca d'Italia la determinazione periodica del tasso ufficiale di riferimento, in sostituzione del precedente tasso ufficiale di sconto, le variazioni del TUR sono rese note mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Per la concreta individuazione del TUR occorre far riferimento a quello vigente al momento del pagamento dei contributi.

(13) Gli interessi di mora cui ci si riferisce sono quelli previsti dall'art. 14 D.lgs. n. 46/1999. Il tasso degli interessi di mora viene determinato annualmente con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze con riguardo alla media dei tassi bancari attivi. L'interesse di mora da prendere a riferimento per il calcolo è quello vigente al momento del pagamento dei contributi.

- Quando ricorre l'evasione, si applica la sanzione civile, determinata in ragione d'anno, in misura pari al 30% dei contributi evasi. La sanzione deve essere calcolata fino alla data di pagamento di quanto dovuto e non può essere superiore al 60% dell'importo dei contributi evasi.

Dopo il raggiungimento del suddetto tetto massimo senza che si sia provveduto al pagamento, sulla sorte contributiva maturano anche gli interessi di mora.

La novella legislativa, in pratica:

- ha modificato la nozione di evasione, arricchendola con l'elemento psicologico del dolo specifico ("intenzione specifica di non versare i contributi o premi");
- ha introdotto le sanzioni civili, abrogando le sanzioni amministrative (14);
- ha modificato il regime sanzionatorio, rendendo le sanzioni meno severe, in particolare con l'abbassamento del tetto massimo – che prima poteva raggiungere il 100% dei contributi non versati – e con l'eliminazione della sanzione *una tantum* che era prevista per il caso di evasione.

4.1. Stato, Regioni, Province, Comuni ed Enti Locali

L'art. 116 c. 11 legge n. 388/2000 introduce una novità rispetto alla disciplina in esame in quanto prevede che il dirigente responsabile della P.A. interessata "è tenuto al pagamento delle sanzioni di cui ai commi 8, 9 e 10 dell'art. 116" in argomento ed è sottoposto a sanzioni disciplinari. Ciò significa che se l'omissione contributiva riguarda un datore di lavoro pubblico, destinatario diretto delle sanzioni non è l'Ente, bensì il dirigente responsabile del mancata versamento, su cui ricade l'obbligo di pagamento delle sanzioni previste dall'art. 116 della citata legge n. 388/2000.

4.2. Gli attuali casi di riduzione delle sanzioni (*Circolari INPS nn. 110/2001 e 88/2002*)

I casi di riduzione delle sanzioni civili sono stati ridisciplinati dall'art. 116 c. 15 legge n. 388/2000.

"Fermo restando l'integrale pagamento dei contributi e dei primi dovuti, i consigli di amministrazione degli enti impositori, sulla base di apposite direttive emanate dal Ministro del lavoro, di concerto con il Ministro dell'economia, fissa-

(14) L'art. 116 c. 12 prevede l'abolizione di tutte le sanzioni amministrative relative a violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie consistenti nell'omissione totale o parziale del versamento dei contributi o premi o dalle quali comunque derivi la omissione totale o parziale del versamento dei contributi o premi, ai sensi dell'art. 35 cc. 2 e 3 della legge n. 689/1981.

Per quanto riguarda le sanzioni penali, l'art. 116 c. 19 legge n. 388/2000 ha sostituito l'art. 37 legge n. 689/1981 (omissione di registrazioni o denunce obbligatorie o false registrazioni o denunce) e la Cass. n. 27641/2003 ha affermato che "il delitto di omesso versamento agli enti previdenziali... è configurabile solo allorquando il datore di lavoro abbia corrisposto la retribuzione dovuta ai propri dipendenti".

*no i criteri e le modalità per la riduzione delle sanzioni civili di cui al comma 8 **fino alla misura degli interessi legali**, nei seguenti casi”:*

- mancato o ritardato pagamento dei contributi derivanti da oggettive incertezze legate a orientamenti giurisprudenziali o amministrativi contrastanti sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, poi ritenuto sussistente in sede giudiziaria o amministrativa, in relazione alla particolare rilevanza delle incertezze interpretative (15);
- fatto doloso del terzo, denunciato all'autorità giudiziaria e con procedimento penale in corso al momento della domanda di riduzione delle sanzioni, in relazione anche ai possibili riflessi negativi in campo occupazionale di particolare rilevanza;
- aziende sottoposte a procedure concorsuali (16) o in crisi con richiesta di cassa integrazione guadagni straordinaria;
- aziende in fase di riorganizzazione, riconversione, ristrutturazione (17), che

(15) Secondo Cass. n. 331/2002, il giudice deve rilevare e valutare, indipendentemente dalle tempistiche deduzioni del soggetto tenuto al pagamento dei contributi, se all'epoca delle contestate inadempienze sussistesse il contrasto interpretativo in questione.

(16) Il D.lgs. n. 213/1998 ha previsto che, nel caso di procedure concorsuali, la sanzione sia commisurata al Tasso Ufficiale di Riferimento.

Quanto alle modalità, il Consiglio di Amministrazione INPS ha ritenuto di non effettuare distinzioni tra le diverse procedure concorsuali e di disciplinare la riduzione come segue:

- a) Mancato o tardivo versamento: applicazione TUR.
- b) Evasione: applicazione TUR aumentato di due punti.

Le sanzioni così calcolate si cristallizzano alla data in cui l'Autorità Giudiziaria dichiara aperta la procedura concorsuale. Per il periodo di svolgimento della procedura stessa sono dovuti soltanto gli interessi legali sui crediti privilegiati indipendentemente dalla qualificazione dell'omissione contributiva, salvo nel caso di amministrazione controllata nel corso della quale continuano a maturare le somme aggiuntive nella misura ordinaria.

In nessun caso, comunque, la riduzione può scendere al di sotto dell'interesse legale e quindi, qualora per effetto di eventuali diminuzioni del TUR, il tasso applicabile nel caso concreto sia complessivamente inferiore all'interesse legale, dovrà essere applicato quest'ultimo.

(17) Nel caso di riorganizzazione, l'azienda è tenuta a presentare un programma di investimenti volti a fronteggiare inefficienze della struttura gestionale per squilibri tra apparato produttivo, commerciale e amministrativo. Il programma di investimenti dovrà essere predisposto anche in dipendenza della ridefinizione dell'assetto societario e del capitale sociale, nonché della ricomposizione dell'assetto dell'impresa e della sua articolazione produttiva; il valore medio annuo degli investimenti previsti nel programma aziendale dovrà essere superiore, in misura significativa, al valore medio annuo degli investimenti operati nel biennio precedente l'avvio del programma stesso e dovranno essere esplicitamente e dettagliatamente indicate le modalità di copertura finanziaria degli investimenti programmati.

Nel caso di riconversione o ristrutturazione aziendale, il programma presentato dall'impresa deve essere caratterizzato dalla preminenza, in termini percentuali di valore corrente, delle quote di investimenti per impianti fissi ed attrezzature direttamente impegnate nel processo produttivo, rispetto al complesso degli investimenti previsti nell'arco temporale di esecuzione del programma aziendale; il valore medio annuo degli investimenti per immobilizzazioni immateriali e materiali previsti nel programma aziendale deve essere superiore, in misura significativa, al valore medio annuo della stessa tipologia di investimenti operati nel biennio precedente l'avvio del programma stesso; debbono essere esplicitamente e dettagliatamente indicate le modalità di copertura finanziaria degli investimenti programmati (Circolare INPS n. 88/2002).

abbiano particolare rilevanza sociale ed economica in relazione alla situazione occupazionale locale e alla situazione produttiva del settore, comprovati dalla Direzione provinciale del lavoro – Servizio ispezione del lavoro territorialmente competente;

- enti non economici, enti, fondazioni e associazioni senza fini di lucro, nel caso in cui l'inadempienza contributiva sia dipesa da ritardata erogazione di contributi pubblici previsti per legge o convenzione.

4.3. Misura della riduzione delle sanzioni civili

Le sanzioni, nei suddetti casi, possono essere ridotte fino alla misura degli interessi legali vigenti alla data della presentazione dell'istanza oppure fino alla misura degli interessi legali maggiorati del 50%, secondo i seguenti criteri previsti dalla direttiva del Ministero del Lavoro, di concerto con il Ministero dell'Economia, del 19.04.2001:

- livello di correttezza del comportamento pregresso dell'azienda in relazione agli obblighi contributivi;

- correntenza dei versamenti contributivi;

- situazione patrimoniale complessiva;

- rilevanza delle cause che hanno determinato il mancato pagamento dei contributi;

- riflessi sui livelli occupazionali;

- importo delle somme da recuperare;

- incidenza della concessione rispetto alle possibilità di recuperare il credito.

Nel caso di evasione da parte di aziende sottoposte a procedure concorsuali si applica sempre un 2% in più rispetto al tasso di interesse legale.

Nel caso siano coinvolti enti senza fini di lucro, si applica:

- il tasso di interesse legale nei confronti di Enti i cui proventi consistano per almeno i 2/3 in finanziamenti pubblici;

- il tasso di interesse legale maggiorato del 50% nei confronti degli altri Enti.

4.4. Efficacia delle norme di cui alla legge n. 388/2000

Il c.18 dell'art.116 legge n.388/2000 così recita: *“Per i crediti in essere 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'art. 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Il maggiore importo versato, pari alla differenza fra quanto dovuto ai sensi dei predetti commi... e quanto calcolato in base all'applicazione dei commi da 8 a 17 del presente articolo, costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale che potrà essere posto a conguaglio ratealmente nell'arco di un anno, tenendo conto delle scadenze temporali previste per il pagamento dei contributi e premi assicurativi correnti, secondo modalità operative fissate da ciascun ente previdenziale”*.

A tal riguardo, è utile precisare che la nuova disciplina non si applica per situazioni debitorie già definite entro il 30 settembre 2000, nel senso che entro la sud-

detta data vi sia stato il pagamento, anche dilazionato, di quanto dovuto per contributi e sanzioni. A seguito dell'avvenuto pagamento di quanto dovuto, il maggior importo versato per sanzioni – pari alla differenza tra quanto dovuto in base alla legge n. 662/1996 e quanto calcolato secondo la legge n. 388/2000 – costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale, da conguagliare con i contributi correnti o che l'ente previdenziale deve rimborsare quando non sia possibile il conguaglio (ad es., cessata attività).

Il regime sanzionatorio che sarà applicato per i debiti sorti ovvero solo accertati dopo il 30 settembre 2000 è quello previsto dalla legge n. 388/2000.

5. Dilazione dei debiti contributivi accertati (*Art. 2 c. 11 D.L. n. 388/1989, come modificato dall'art. 116 c. 117 legge n. 388/2000 e dall'art. 3 c. 3bis legge n. 178/2002; Circolari INPS nn. 104/1989, 123/1995, 165/2001, 74/2004*)

Un tema collegato all'inadempimento contributivo e alle sue conseguenze sanzionatorie è quello del pagamento rateale del debito contributivo, già previsto dal D.L. n. 388/1989.

La normativa è stata più volte modificata, fino all'art. 3 c. 3bis legge n. 178/2002 che ha esteso ulteriormente tale possibilità.

Secondo le norme vigenti, la dilazione dei debiti contributivi – che comporta il pagamento degli interessi di dilazione attualmente pari al 9% – può avvenire secondo le fattispecie di seguito indicate.

- *Rateizzazione fino a 24 mesi:*

si può chiedere tale tipo di rateizzazione sia per i debiti contributivi ancora in fase amministrativa sia per quelli già iscritti a ruolo;

- *Rateizzazione fino a 36 mesi:*

la rateizzazione fino a 24 mesi può essere prorogata fino a 36 mesi, previa autorizzazione del Ministero del lavoro, sia per i debiti contributivi ancora in fase amministrativa, sia per quelli già iscritti a ruolo purché di importo superiore a € 5.160,00 e solo quando ricorrano le seguenti altre condizioni:

a) calamità naturali in occasione delle quali sono stati emessi decreti di sospensione dei termini;

b) procedure concorsuali dichiarate;

c) carenza temporanea di liquidità finanziaria derivante da ritardato introito di crediti maturati nei confronti di amministrazioni dello Stato o di enti pubblici, a seguito di obblighi contrattuali, ovvero da ritardata erogazione di contributi e finanziamenti pubblici previsti da legge o convenzione;

d) ricorrenza di uno stato di crisi aziendale dovuto a contrazione o sospensione dell'attività produttiva per eventi transitori, non imputabili all'azienda, di situazioni temporanee di mercato, di crisi economiche settoriali e locali, ovvero di un processo di riorganizzazione, ristrutturazione e riconversione aziendale;

e) trasmissione agli eredi dei debiti contributivi;

f) contestuali richieste di pagamento di contributi dovuti a vario titolo (condono, recupero contributi sospesi a seguito di ordinanze connesse al verificarsi di calamità naturali, contributi correnti), aventi scadenze concomitanti;

g) oggettive incertezze connesse a contrastanti ovvero sopravvenuti diversi orientamenti giurisprudenziali o determinazioni amministrative sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, successivamente riconosciuti in sede giurisdizionale o amministrativa, in relazione alla particolare rilevanza delle incertezze interpretative che hanno dato luogo all'inadempienza;

h) fatto doloso del terzo denunciato, entro i termini di cui all'art. 124, c. 1 c.p., all'Autorità giudiziaria;

i) carenza temporanea di liquidità finanziaria connessa a difficoltà economico-sociali, territoriali o settoriali, qualora l'importo oggetto della dilazione sia di particolare rilevanza in relazione alle dimensioni aziendali.

Per determinare la particolare rilevanza occorre verificare che il debito contributivo sia pari o superiore al doppio della media delle contribuzioni denunciate negli ultimi tre anni precedenti la domanda di rateazione.

• *Rateizzazione fino a 60 mesi (art. 3 c. 3bis legge n. 178/2002; Circolare INPS n. 74/2004):*

a) per i debiti contributivi, superiori a € 10.000,00, già iscritti a ruolo e solo nei casi in cui sarebbe concedibile la rateizzazione fino a 36 rate;

b) per i debiti contributivi anche non iscritti a ruolo, previa autorizzazione del Ministero del lavoro di concerto con il Ministero dell'Economia, solo nel caso di oggettive incertezze connesse a contrastanti ovvero sopravvenuti diversi orientamenti giurisprudenziali o determinazioni amministrative sulla ricorrenza dell'obbligo contributivo, successivamente riconosciuti in sede giurisdizionale o amministrativa oppure di fatto doloso del terzo denunciato all'Autorità Giudiziaria.

Il Consiglio di Amministrazione dell'INPS, in base agli articoli 116 c. 17 legge n. 388/2000 e 3bis della legge n. 178/2002, è competente, entro certi limiti, a dettare importanti disposizioni in tema di riduzione delle sanzioni civili e di dilazione del debito contributivo.

Recentemente, al fine di accelerare l'iter procedurale delle domande presentate all'Istituto, è stata emanata la delibera n. 340/2005 che ha modificato, in via sperimentale, le competenze all'interno della struttura organizzativa e ha previsto termini più stringenti per l'adozione dei provvedimenti richiesti dagli utenti.

Per quanto riguarda il riparto delle competenze, è stato previsto che:

• fino a € 500.000,00 di debito contributivo, la competenza spetta alle sedi provinciali e sub-provinciali INPS;

• fino a € 1.000.000,00 di debito contributivo, la competenza spetta alle sedi regionali INPS;

• per un debito contributivo superiore a € 1.000.000,00, la competenza è del Direttore Centrale Entrate Contributive.

Relativamente all'iter procedurale, è stato previsto che:

• le domande, con la relativa documentazione, vengono presentate o trasmesse all'unità di processo "aziende";

• la predetta unità di processo verifica la sussistenza delle condizioni previste per l'accoglimento e rilascia, in tempo reale, un piano di ammortamento provvisorio del debito, secondo il quale il contribuente effettuerà i versamenti mensili;

• il Direttore della sede, entro 15 giorni, procederà all'accoglimento, alla reiezione della domanda o, eventualmente, alla modifica del piano di ammortamento;

• le reiezioni, prima della notifica al richiedente, saranno trasmesse alla Direzione Centrale Entrate Contributive per la definitiva adozione del provvedimento di reiezione.

Quanto stabilito con la citata delibera n. 340/2005 è stato confermato con delibera n. 175/2006 (circolare INPS n. 84/2006).

6. Il dibattito giurisprudenziale sulla distinzione tra evasione ed omissione contributiva

Il diverso regime sanzionatorio previsto – soprattutto sotto la vigenza della legge n. 662/1996 – per l’omissione e l’evasione, le diverse modalità con le quali può manifestarsi l’inadempimento contributivo (18) e una definizione legislativa non esaustiva circa i caratteri distintivi delle due fattispecie, hanno contribuito ad aprire il dibattito sugli elementi e le circostanze che differenziano la ricorrenza dell’una o dell’altra forma di illecito.

Come già messo in evidenza, la norma di partenza è l’art. 1 c. 217 legge n. 662/1996, la quale identificava:

- la fattispecie omissiva nel mancato o ritardato pagamento di contributi e premi, il cui ammontare sia rilevabile da denunce e/o registrazioni obbligatorie;
- la fattispecie di evasione nel mancato versamento dei contributi connesso a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero.

Per risolvere i problemi interpretativi generati dalla legge n. 662/1996, incentrati sull’esatta qualificazione delle due fattispecie, è successivamente intervenuto l’art. 116 legge n. 388/2000. Quest’ultima norma ha apportato significative aggiunte alla norma già in vigore ed ha integrato la fattispecie valorizzando l’elemento psicologico del soggetto inadempiente, il quale, in base alla nuova formulazione normativa, deve operare con “l’intenzione specifica di non versare i contributi o premi” finalizzata all’occultamento di rapporti di lavoro o di retribuzioni erogate.

La legge n. 388/2000 non ha tuttavia risolto i dubbi interpretativi generati dall’entrata in vigore della legge n. 662/1996. Infatti, si sono formati due diversi indirizzi giurisprudenziali in materia.

Secondo il primo orientamento – riferibile alle sentenze nn. 1552 e 5386 del 2003 della Corte Suprema – visto che la norma utilizza la disgiuntiva “o” (“*evasio-*

(18) A tal riguardo, le definizioni normative fanno riferimento alle denunce e registrazioni contabili obbligatorie, tra cui si ricordano:

- le denunce mensili tramite modello DM 10 (art. 30 legge n. 843/1978);
- le denunce annuali relative ai nominativi dei lavoratori occupati, con i dati utili per l’applicazione della normativa previdenziale (art. 4 legge 467/1978);
- le registrazioni sui libri paga delle retribuzioni corrisposte e delle relative trattenute, nonché del numero di ore lavorate per ciascun giorno, l’indicazione distinta delle ore di lavoro straordinario, la retribuzione effettivamente corrisposta in denaro e in natura (legge n. 4/1953 a art. 20 D.P.R. n. 1124/1965).

Si tratta di dati dai quali è agevolmente rilevabile l’esistenza e la misura dei contributi da pagare.

ne connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o con conformi al vero”), per l’integrazione della fattispecie di evasione sarebbe sufficiente aver omesso uno degli adempimenti obbligatori.

In base a tale indirizzo, “la fattispecie dell’evasione contributiva si realizza ogni qual volta sia omesso anche uno solo degli adempimenti obbligatori”, mentre “l’ipotesi omissiva è invece contemplata dall’accezione congiuntiva/disgiuntiva «e/o» che prevede il realizzarsi sia in caso di mancato o ritardato pagamento dei contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e registrazioni obbligatorie, che in caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce o dalle registrazioni obbligatorie” (19).

Secondo l’altro orientamento, sintetizzato nelle sentenze della Corte di Cassazione nn. 533 e 14727 del 2003:

- “sussiste l’evasione contributiva quando l’istituto assicuratore non possa accertare dalle denunce o registrazioni obbligatorie l’ammontare dei contributi dovuti”;

- “vi è omissione... qualora il credito... sia rilevabile in quanto risultante o dalle denunce o dalle scritture (considerando che la legge usa la disgiuntiva “o”).

Si afferma, infatti, che “incluso nell’ipotesi più grave la mancata ottemperanza anche ad uno solo di numerosi obblighi di segnalazione del debito contributivo (quale ad esempio, il mancato invio dei DM 10 alla scadenza, pur in presenza di regolare tenuta dei libri paga) o comunque di elementi asseveranti chiaramente il debito contributivo, il sistema peccherebbe di coerenza e logicità, perché finirebbe per sanzionare allo stesso modo detta fattispecie e quella molto più grave di assenza completa di documentazione che occulto il debito medesimo”.

6.1. Denuncia dei contributi da parte delle aziende tramite modello DM

Per chiarire meglio la questione relativa alla presentazione delle denunce contributive, si sottolinea che è prevista la compilazione contestuale di due distinti modelli:

- il modello DM10/2 per:
 - la denuncia delle retribuzioni mensili corrisposte ai lavoratori dipendenti;
 - la determinazione dei contributi dovuti e l’eventuale conguaglio delle prestazioni anticipate per conto dell’INPS;
 - la denuncia delle agevolazioni e degli sgravi (20).

(19) Stefano Dal Maso, *Omissione ed evasione contributiva: l’intervento delle Sezioni unite*, in *L’Informatore Lavoro*, il Sole 24 Ore, n. 15 dell’11 aprile 2005.

(20) Le aziende, oltre al versamento dei contributi, sono tenute ad anticipare, per conto dell’INPS, alcune prestazioni economiche che sono conguagliate con i contributi dovuti nel mese. Gli importi a debito (contributi, trattenute operate ai dipendenti pensionati, quote associative, ecc.) e a credito (assegni per il nucleo familiare, integrazioni salariali, indennità di malattia e maternità, sgravi e benefici per assunzioni agevolate, ecc.) del datore di lavoro devono essere denunciati all’INPS mediante la presentazione del DM 10/2.

- il modello unificato F24, finalizzato al versamento delle somme dovute (21).

A decorrere dal periodo di paga Gennaio 2004, la presentazione del modello DM deve avvenire esclusivamente mediante la rete Internet (trasmissione telematica) (Art. 44 c. 9 Legge n. 326/2003; Circolari INPS nn. 191/2001, n. 146/2002, 32/2004, 121/2004).

I *files* trasmessi mediante Internet possono contenere sia le denunce per le quali sono stati versati interamente i contributi, sia quelle parzialmente o totalmente insolute o a credito del datore di lavoro.

Per l'abilitazione alla trasmissione telematica occorre compilare l'apposito modulo da presentare alla competente sede dell'INPS, per il rilascio di un codice di accesso (PIN). L'autorizzazione viene rilasciata esclusivamente alla persona fisica individuata dai datori di lavoro o dagli studi di consulenza come responsabile della trasmissione (22).

Gli studi di consulenza e le aziende che presentano più denunce possono trasmettere le denunce mensili anche dividendole in più lotti. La trasmissione telematica dei modelli DM10/2 abilita alla consultazione sul sito internet dell'INPS dei dati anagrafici e contributivi aziendali e di eventuali note di rettifica derivanti dal calcolo del DM10/2, limitatamente alle posizioni contributive le cui denunce risultano trasmesse.

6.2. Corte di Cassazione a SS.UU. sentenza n. 4808/2005

L'importante sentenza in esame riguarda una fattispecie concreta in cui l'INPS aveva contestato ad una società, tra l'altro, la mancata presentazione delle denunce mensili (modelli DM).

L'Istituto previdenziale aveva richiesto il pagamento delle somme aggiuntive e della sanzione *una tantum*, in quanto si trattava di crediti ancora assoggettati alla disciplina della legge n. 662/1996.

La società, dal canto suo, lamentava davanti alla Corte Suprema l'erronea applicazione della sanzione *una tantum* prevista per l'evasione, rilevando, in particolare, che nel caso di specie gli ispettori INPS avevano potuto accertare la mancata corresponsione dei contributi proprio alla stregua dei modelli DM 10 regolarmente compilati e non ancora trasmessi all'INPS, nonché dalle iscrizioni nei libri aziendali e delle denunce fiscali. Di conseguenza, "inerendo l'inadempienza contestata esclusivamente alla fase solutoria (essendo stati predisposti regolarmente tutti gli elementi indispensabili per l'accertamento dei contributi dovuti) poteva parlarsi di omissioni contributive, e non anche di evasione contributiva, il che avrebbe dovuto giustificare le meno gravi sanzioni" di cui dall'art. 1 c. 217 lett. a) legge n. 662/1996.

(21) Il modello F24 è predisposto in tre copie, le prime due sono trattenute dall'intermediario (banca o posta) e la terza viene restituita al contribuente come ricevuta. È possibile ripartire il pagamento delle somme dovute ad ogni singola scadenza, effettuando più versamenti e utilizzando distinti modelli di pagamento.

(22) Il codice è segreto, non è conosciuto dall'Istituto e garantisce la privacy dei dati trasmessi. Nel caso di smarrimento dello stesso occorre richiedere all'INPS un nuovo PIN.

L'INPS sosteneva che “mentre l'omissione contributiva si sostanzia nel tardivo o mancato versamento delle contribuzioni il cui ammontare è rilevabile da documenti e registrazioni aziendali *sempreché presentati*, l'evasione contributiva si ha invece – come nella specie – nel caso di inadempimento contributivo accompagnato dall'omessa registrazione o mancata denuncia dei contributi dovuti”.

La questione che si è posta all'esame delle Sezioni unite può tradursi nel seguente interrogativo: “In presenza di regolare iscrizione dei lavoratori nei libri aziendali, nel caso in cui il datore di lavoro/ obbligato abbia omesso di trasmettere i modelli mensili DM 10, il mancato pagamento dei contributi previdenziali configura la fattispecie dell'omissione contributiva o integra un'evasione?”

Le Sezioni Unite, ricomponendo il contrasto sorto tra le diverse sezioni della Corte e aderendo, in pratica, al primo degli orientamenti citati nel par. 5 – sanciscono il principio secondo cui *“la fattispecie dell'omissione contributiva deve ritenersi limitata all'ipotesi del solo mancato pagamento da parte del datore di lavoro, in presenza di tutte le denunce e registrazioni obbligatorie necessarie, mentre la mancanza di uno solo degli altri necessari adempimenti – in quanto strettamente funzionali al regolare svolgimento dei compiti d'istituto dell'ente previdenziale, e alla tempestiva soddisfazione dei diritti pensionistici dei lavoratori assicurati – è sufficiente ad integrare gli estremi della evasione”*.

In particolare, la sentenza indica le seguenti conclusioni:

- “non è irragionevole equiparare l'assenza della necessaria documentazione (mod. DM: *N.d.A.*) al mancato invio della medesima all'istituto previdenziale nei termini prescritti. In entrambi i casi, infatti, le funzioni di accertamento... spettanti all'istituto risultano ostacolate, se non compromesse nel tempo. Né potrebbe ritenersi che l'ipotesi di carenza assoluta di documentazione debba essere sanzionata più severamente solo perché può occultare rapporti di lavoro in nero: una situazione del genere potrebbe infatti essere nascosta anche dietro una documentazione incompleta o comunque trattenuta nella disponibilità del datore di lavoro, pronto ad esibirla non appena visitato dagli ispettori”;

- a tale ultimo riguardo, non si può trascurare di considerare che “un'interpretazione meno rigorosa del concetto di omissione, esteso a tutte le ipotesi che in qualunque modo abbiano reso possibile all'ente previdenziale l'accertamento degli inadempimenti contributivi, anche a distanza di tempo, o in ritardo rispetto alle scadenze informative periodiche... aggraverebbe la posizione dell'ente previdenziale, imponendo allo stesso un'incessante attività ispettiva, laddove il sistema postula, anche nel suo aspetto contributivo, per la sua funzionalità, una collaborazione spontanea tra i soggetti interessati. Del resto, l'espresso riferimento da parte del legislatore alle denunce mensili obbligatorie non può restare privo di significato, anche in considerazione del valore legale attribuito a tali titoli”: ne deriva, quindi, che, nel vigore della legge n.662/1996, in ogni ipotesi in cui le denunce obbligatorie non siano state presentate, è integrata la fattispecie legale sanzionabile, anche qualora i dipendenti risultino registrati nei libri matricola (23);

(23) La sentenza sottolinea anche che il rigore della disciplina si giustifica in base alla circostanza che le denunce mensili obbligatorie costituiscono titolo esecutivo ai sensi dell'art. 2 legge n. 389/1989 e consentono, pertanto, all'istituto previdenziale di agire immediatamente per il recupero del credito.

• se il ritardo nella denuncia, come nel caso in esame, dovesse equipararsi per ciò solo alla fattispecie di omissione, non troverebbe mai applicazione l'ipotesi particolare – ricadente nella lett. b relativa all'evasione (e non all'omissione) dell'art. 1 c. 217 – della spontanea denuncia tardiva entro sei mesi dalla scadenza del termine stabilito per il pagamento dei contributi. “E, se è vero che, nel caso di denuncia presentata spontaneamente entro i sei mesi dalla scadenza del termine di adempimento, la sanzione *una tantum* non è dovuta”, occorre pur sempre considerare che, per ottenere questo beneficio, il versamento dei contributi o premi deve essere effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa;

• l'ipotesi di omissione si articola in due diverse ipotesi, ravvisabili:

1) nel mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e registrazioni obbligatorie;

2) nel mancato o ritardato pagamento di contributi o premi il cui ammontare è rilevabile dalle denunce o dalle registrazioni obbligatorie.

Nella prima ipotesi l'omissione contributiva si realizza quando tutti gli adempimenti obbligatori risultano regolarmente effettuati, mancando solo il pagamento; la seconda ipotesi, “pur nella sua apparente contraddittorietà si spiega perché vi sono casi in cui non vi è obbligo di registrazioni, pur sussistendo l'obbligo della denuncia (come nel caso di collaboratori familiari) sicché è sufficiente, perché si abbia omissione contributiva, che sia regolare la denuncia, senza il relativo pagamento”;

• non si può applicare al caso in esame la più favorevole normativa di cui alla legge n. 388/2000, atteso che lo stesso art. 116 c. 18 legge n. 388 precisa che per i crediti in essere ed accertati al 30 settembre 2000, le sanzioni sono dovute secondo la previgente normativa.

Anche se la sentenza in esame riguarda una fattispecie regolata dall'art. 1 c. 217 legge n. 662/1996 è indiscutibile che da essa derivano principi validi anche per le fattispecie regolate dall'art. 116 c. 8 legge n. 388/2000.

In particolare, il principio che si può trarre è che soltanto l'esatto adempimento di tutti gli obblighi documentali (trasmissione denunce DM) importa l'esclusione della intenzione di evadere l'obbligo contributivo e, di conseguenza, l'irrogazione della meno severa sanzione prevista per l'omissione.

Si sostiene che l'occultamento del rapporto lavorativo “potrebbe infatti essere nascosta anche dietro una documentazione incompleta” e che comunque la legge (art. 30 legge n. 843/1978) attua “un sistema di versamento (dei contributi previdenziali) tale da consentire la diretta rilevazione della retribuzione imponibile... attraverso l'istituzione di un sistema di denuncia” e che, dunque, in assenza, non si risponderebbe appieno alla esigenza di leale collaborazione nel rapporto obbligatorio imponendo all'INPS una incessante attività ispettiva (24).

(24) D. Garcea, *Gli effetti riflessi della S.U. 4808/2005 sul trattamento della parasubordinazione simulata* (Nota a Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 7 marzo 2005 n. 4808), www.laprevidenza.it.

7. Il problema della c.d. simulazione del rapporto di lavoro e la configurabilità di una possibile tripartizione di fattispecie

Chiariti i termini della distinzione tra omissione ed evasione contributiva, in almeno un altro caso resta aperto un problema di qualificazione della condotta non conforme alla legge: si tratta della simulazione del rapporto di lavoro subordinato allorquando risulta denunciato (unilateralmente dal datore di lavoro, come spesso accade, o con l'accordo tra le parti, in casi meno frequenti) con una formale qualificazione diversa, cui corrisponde un distinto e meno oneroso regime contributivo (ad esempio, rapporto di collaborazione a progetto o associazione in partecipazione).

Inizialmente, gli enti previdenziali indicavano tale ipotesi come un tipico caso di evasione contributiva (25).

Tuttavia, la rigidità di tale indirizzo interpretativo è risultata in contrasto con la tendenza del legislatore a ridurre l'area di incidenza della "evasione" ai soli casi in cui concorre l'elemento soggettivo della intenzionalità della condotta; pertanto, la fattispecie è stata ricondotta all'area della mera omissione (26).

In particolare, è stato evidenziato che nel caso venga dissimulato un rapporto di lavoro di natura diversa da quello subordinato, le denunce e registrazioni obbligatorie possono essere regolari, anche se riferite ad un rapporto difforme, e può mancare l'intenzionalità della condotta.

Entrambi gli orientamenti indicati dalle due circolari citate appaiono poco convincenti per la estremizzazione cui inducono:

- il primo perché, nel caso in questione, una denuncia del rapporto di lavoro vi è stata e la mera non corrispondenza tra rapporto denunciato e rapporto effettivo non deve far presumere la fattispecie delittuosa;

- il secondo perché non si può neppure completamente ignorare che la qualificazione del lavoratore non corrisponde al reale rapporto di lavoro; conseguentemente, ai fini della configurabilità dell'evasione, la denuncia del rapporto da parte del datore di lavoro è una dichiarazione non veritiera (Federici, 2006).

Invero, perché vi sia evasione, non è sufficiente porre in essere la condotta oggettivamente considerata, perché è necessario che con essa concorra il dolo specifico: solo in tal modo, la condotta è l'effetto di una volontà preordinata ad omettere il versamento dei contributi, *anche se limitata ad una parte dei contributi dovuti* (situazione assimilabile all'inadempimento parziale, costituente nondimeno evasione, secondo la nozione legale di frode previdenziale, allorquando ne concreti la fattispecie).

"Ancora una volta assume valore dirimente l'elemento soggettivo in quanto, se la discrepanza è effetto della intenzionalità (sia genetica, nel caso in cui essa preesista al rapporto o sia concomitante al suo avvio, che sopravvenuta, per dolosa interversione delle modalità delle prestazioni nella fase esecutiva e funzionale del rapporto), appare incongruo ritenere o escludere *a priori* e con la medesima presunzione assoluta l'ipotesi della evasione" (Federici, 2006).

(25) Circolare INPS n. 110/2001.

(26) Circolare INPS n. 74/2003: "Qualificazione dei rapporti di lavoro. Regime sanzionatorio. Nuove linee interpretative.

Il recupero dell'elemento soggettivo evita che, nel sistema sanzionatorio, il problema della c.d. simulazione venga a coincidere con quello della qualificazione del rapporto – quest'ultimo brevemente affrontato nel prossimo paragrafo – in quanto l'applicazione o l'esclusione della sanzione non sono ipotesi che operano sulla base di meccanismi di presunzione assoluti, ma fondano il loro presupposto nella sussistenza o meno del dolo: l'indagine sulla intenzionalità costituisce il *dis-crimen* per distinguere l'ipotesi omissiva dalla più grave evasione.

Ne deriva che “la fattispecie simulatoria in senso tecnico (accordo tra le parti) dovrebbe comportare sempre e comunque la configurabilità dell'evasione (il dolo in questo caso è connaturato alla fattispecie), mentre, quando il problema sia quello di procedere alla mera qualificazione del rapporto, assume rilevanza ai fini dell'inquadramento nell'una o nell'altra fattispecie la empirica valutazione della volontà e della condotta del datore di lavoro, giudizio tendente essenzialmente ad accertare la cosciente e volontaria preordinazione della difformità posta eventualmente in essere dal datore di lavoro tra tipo di rapporto desumibile dalla qualificazione formale e tipo di rapporto *in facto esse*” (Federici, 2006).

Da tale percorso interpretativo, si deduce che “l'area della evasione non è circoscritta alle sole ipotesi costituenti una situazione tipica di evasione contributiva, ma vi sono spazi entro i quali la condotta ha più semplicemente una idoneità a determinarla, per cui... la configurazione della condotta costituente ipotesi di evasione da presunta si trasforma in sussunta, nel senso che *da evasione solo potenziale si trasforma in evasione reale nel caso in cui, stante la regolarità formale della posizione contributiva, vi sia l'intenzionalità (originaria o sopravvenuta) di occultare l'obbligo contributivo o di travisarne la natura ed il contenuto (elemento che riversa e trasmuta la situazione di regolarità formale in una situazione di irregolarità sostanziale)*” (Federici, 2006).

In conclusione, si osserva che dal sistema normativo si enucleano due fattispecie: una a mera rilevanza civile e una a rilevanza anche penale. La prima è l'omissione contributiva, derivante dal mero inadempimento; la seconda è l'evasione contributiva, che si verifica allorquando l'inadempimento è conseguito attraverso l'occultamento o la non veritiera rappresentazione dell'obbligo nelle denunce o registrazioni obbligatorie.

Questa bipartizione non appare sufficiente a comprendere e a descrivere le diverse fattispecie concrete realizzabili. In particolare, fornendo autonomia concettuale alla c.d. simulazione (intesa anche quale qualificazione frodatoria del rapporto), si approda ad una tripartizione delle fattispecie, nella quale, a fianco di omissione ed evasione, si pone la *elusione*, che consegue allo sviamento della qualificazione formale del rapporto per inottemperare agli obblighi contributivi (Federici, 2006). In tal caso, più che di una volontà tesa ad “infrangere” l'obbligo, si può parlare di una volontà tesa ad aggirarlo.

8. Le omissioni contributive del datore di lavoro nei confronti dei fondi istituiti con contratti collettivi o accordi sindacali

La previdenza complementare può essere realizzata mediante adesione ad un fondo pensione “*chiuso o negoziale*” o, ad un fondo “*aperto*”, oppure mediante sti-

pula di contratti di assicurazione sulla vita con finalità pensionistiche (*PIP*).

I fondi pensione “chiusi o negoziali” sono quelli istituiti per singola azienda o per gruppi di aziende (fondi aziendali o di gruppo), per categorie di lavoratori o comparto di riferimento (fondi di categoria o comparto) o anche per raggruppamenti territoriali (fondi territoriali).

Questi fondi sono costituiti attraverso un *contratto collettivo nazionale, un accordo o un regolamento aziendale, oppure tramite accordo tra lavoratori promosso da organizzazioni sindacali nazionali rappresentative della categoria*.

I Fondi chiusi o negoziali non gestiscono direttamente i versamenti dei contributi, ma attraverso società di gestione del risparmio, compagnie di assicurazione, banche e società di intermediazione mobiliare.

Il finanziamento delle forme pensionistiche complementari può essere attuato mediante il versamento di contributi a carico del lavoratore – tramite trattenuta sulla retribuzione effettuata dal datore di lavoro – del datore di lavoro e attraverso il conferimento del TFR maturando. Relativamente ai lavoratori dipendenti la misura minima della contribuzione a carico del datore di lavoro e del lavoratore stesso è fissata dai contratti e dagli accordi collettivi, anche aziendali, ovvero, in mancanza, dai regolamenti di enti o aziende.

Un problema particolare si pone nel caso in cui il datore di lavoro non adempia all’obbligo contrattualmente assunto di versare una quota dei contributi spettanti ai suddetti fondi, anche omettendo il versamento delle trattenute per la quota di contributi a carico dei lavoratori.

Tale problematica è stata oggetto di alcune riflessioni della COVIP (Commissione di vigilanza sui fondi pensione) nell’ambito della predisposizione dei provvedimenti in materia di bilancio e trasparenza dei fondi pensione adottati rispettivamente con delibera del 17 giugno 1998 e 10 febbraio 1999, nei quali è stata data ampia valorizzazione all’aspetto informativo dei fondi pensione, al fine di garantire agli aderenti l’agevole verifica dell’esattezza della posizione individuale. In tal senso si colloca la previsione sulla necessità che gli amministratori nella relazione sulla gestione esprimano “apprezzamento circa l’entità del fenomeno dei ritardati versamenti e delle iniziative eventualmente intraprese al fine di ottenere il rispetto degli accordi” (27).

Anche nelle disposizioni in materia di trasparenza nei rapporti con gli iscritti viene fortemente valorizzata l’attività informativa dei fondi pensione verso gli iscritti mediante lo strumento della comunicazione periodica, la quale deve contenere “tutti gli elementi utili per ricostruire l’evoluzione della posizione individuale”, distinguere i flussi contributivi “al fine di permettere la verifica della rispondenza di tali versamenti con l’ammontare dei contributi dovuti” e riportare l’avvertenza all’iscritto “di controllare che i versamenti contributivi effettuati corrispondano a quelli dovuti in base anche alla ulteriore documentazione in suo possesso (busta paga ecc.)”.

La circostanza per la quale i fondi hanno generalmente attivato degli strumen-

(27) Quaderni tematici COVIP, *Le problematiche delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, Speciale 3-2002.

ti di informazione per i lavoratori e/o le rappresentanze sindacali, consente ai primi, in via diretta o mediata, l'attivazione tempestiva dei rimedi che l'ordinamento giuridico generale pone loro a disposizione.

Tenuto conto dei comportamenti che sono stati assunti e della circostanza che, nella maggior parte dei casi, le situazioni di irregolarità sono state risolte a seguito di sollecitazioni effettuate dai fondi pensione nei confronti delle aziende non in regola con i versamenti, il fenomeno delle omissioni contributive nella previdenza complementare non presenta attualmente elementi di particolare criticità (Quaderno COVIP, 2002).

Il quadro, però, potrebbe mutare in relazione al probabile incremento dei flussi contributivi conseguente all'aumento delle adesioni e, soprattutto, in considerazione di quanto previsto nella legge 243/2004 (conferimento automatico del TFR maturando alle forme di previdenza complementare, salvo espressa scelta, entro un certo temine, da parte del lavoratore).

A tal riguardo, si evidenzia che la legge delega n. 243/2004 prevede "l'attribuzione ai *fondi pensione* della contitolarità con i propri iscritti del *diritto alla contribuzione*, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti".

Dalla norma citata si evince, quindi, un diritto alla contribuzione – posto anche a tutela del TFR – proprio dei lavoratori dipendenti e derivante dalla fonte negoziale, del quale diverrebbe contitolare il fondo pensione; ne deriverebbe la legittimazione alla rappresentanza dei propri iscritti anche nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché il conseguente eventuale risarcimento del danno.

In tale ambito, trattandosi di obbligazioni comunque derivanti da una fonte negoziale e non dalla legge, operano solo gli strumenti civilistici di tutela ordinaria e non lo speciale sistema di tutela e quello sanzionatorio previsto per i contributi obbligatori descritto nei precedenti paragrafi.

Si sottolinea, inoltre, che in base all'art. 16 D.lgs. n. 252/2005 (T.U. previdenza complementare, attuativo della delega e in vigore dal 2008), sulle contribuzioni o somme a carico del datore di lavoro, diverse da quella costituita dalla quota di accantonamento al TFR, destinate a realizzare le finalità di previdenza pensionistica complementare, è applicato il contributo di solidarietà di cui all'art. 9bis D.L. n. 103/1991, conv. con mod. nella legge n. 166/1991, nella misura del 10%. Questo contributo di solidarietà pagato in favore delle gestioni pensionistiche obbligatorie INPS cui sono iscritti i lavoratori interessati, finanzia la COVIP e, attraverso l'applicazione di una aliquota pari all'1%, anche l'apposito fondo di garanzia dell'INPS (art. 5 D.lgs. n. 80/1992) contro il rischio derivante dall'omesso o insufficiente versamento da parte dei datori di lavoro sottoposti a procedure concorsuali.

Per quanto riguarda gli eventuali riflessi penalistici del mancato pagamento dei contributi, in particolare nel caso di mancato versamento delle trattenute sulle retribuzioni dei lavoratori, "contrariamente a quanto stabilito per le ritenute previdenziali e assistenziali (art. 2, commi 1 e 2, D.L. 9 ottobre 1989, n. 338...)...", l'omesso versamento della percentuale trattenuta dal datore di lavoro sulla retribuizio-

ne per effetto degli accordi economici e del C.C.N.L. non forma oggetto di una specifica fattispecie penale” (28).

Un’ipotesi di appropriazione indebita potrebbe dirsi configurata solo adottando quella autorevole ma isolata tesi dottrinaria (29) che ricostruisce l’art. 646 c.p. in termini di lesione del rapporto fiduciario esistente tra datore di lavoro e lavoratore, laddove solo il datore di lavoro è il soggetto obbligato al versamento materiale dei contributi, verificandosi, in pratica un abuso nell’esercizio della gestione degli interessi contributivi e previdenziali del dipendente. D’altra parte, questi ultimi interessi sono stati valorizzati dalla Corte Cost. (pronunzie del 25 maggio e del 13 luglio 2000), che ha avallato la c.d. “funzionalizzazione” della previdenza complementare al soddisfacimento del diritto a ricevere prestazioni pensionistiche adeguate.

Per la configurabilità del reato sarebbe richiesto, in ogni caso, il preventivo assolvimento dell’obbligo retributivo – come indicato dalla citata sentenza n. 1327/2005 delle SS.UU.); in caso contrario, infatti, non potendo il lavoratore far affidamento nella corretta gestione dei suoi interessi previdenziali, non vi sarebbe alcun abuso.

(28) Cassazione Sezioni Unite, n. 1327/2005.

(29) R. Palmieri, *I reati previdenziali*, citato da Federici, 2006.

NOTE A SENTENZA

Processo civile - Provvedimenti di urgenza - Decorrenza congedo maternità - Ammissibilità.

Lavoro (Rapporto di) - Retribuzione in malattia, gravidanza, puerperio - Parto prematuro - Congedo di maternità - Decorrenza.

Tribunale di Palermo - Ordinanza - 03.10.2005 - Dott. Martino - C. (Avv.ti Croce, Mandalà) - Inps (Avv. Fanara) - Tim Italia s.p.a. (Avv. Pessi).

È tutelabile in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c. il diritto della lavoratrice che chieda di potere far decorrere il congedo di maternità dalla data di ingresso del bambino nella casa familiare.

Nel caso di parto prematuro l'intero periodo di congedo per maternità decorre a far tempo dalla data di dimissione del bambino dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare ().*

DECORRENZA DELL'ASTENSIONE OBBLIGATORIA NEL CASO DI PARTO PREMATURO

1) L'ordinanza sopra riportata, motivata per relationem, emessa a conclusione di un ricorso in via d'urgenza ex art. 700 c.p.c., desta non poche perplessità.

Il caso sottoposto all'esame del Tribunale di Palermo è il seguente.

Una lavoratrice dipendente il 25 marzo 2005 ha prematuramente partorito una bambina; stante la nascita anticipata rispetto alla data del parto presunto (1 luglio 2005) la predetta non ha potuto usufruire del periodo di astensione obbligatoria antecedente alla data del parto presunto. L'Inps ha fissato la decorrenza della astensione obbligatoria alla data del parto (prematuro) e fino al 25 agosto 2005. Con ricorso indirizzato al Tribunale ex art. 700 c.p.c. la lavoratrice ha chiesto in via d'urgenza di poter godere dell'astensione obbligatoria a far tempo dalla data presunta del parto (1 luglio 2005) ovvero da quella di ingresso della bambina nella casa familiare. Il ricorso è stato accolto.

2) Sia consentito, innanzitutto, rilevare il sempre più frequentemente ricorso alla tutela in via d'urgenza in materia previdenziale; eppure essa è stata introdotta come eccezionale; la ragione di tale crescente uso (talora abuso) di tale strumento è da rinvenirsi nella durata del processo oggi non più compatibile con lo scopo che

(*) Già pubblicata su "Informazione Previdenziale" nn. 5-6/2005 pag. 1037.

si è prefisso il legislatore allorché ha introdotto il rito del lavoro (1). Che questa sia una anomalia ritengo sia chiaro a tutti; che nella materia previdenziale implichi anche delle conseguenze che non possono non essere tenute nella dovuta considerazione è evidente; ma in certi casi si ha l'impressione che vi sia una certa rassegnazione a quella che appare una ineluttabile realtà: l'eccessiva durata di un processo del lavoro. D'altra parte, però, si dovrebbe tenere nella dovuta considerazione un fatto assai rilevante: il pagamento di una prestazione in esecuzione dell'ordinanza che accoglie la domanda comporta un esborso di denaro pubblico e, nel caso in cui nel successivo e necessario giudizio di merito dovesse accertarsi l'insussistenza del diritto, si deve procedere al recupero; ma non sempre è agevole ripetere le somme indebitamente riscosse con grave danno della collettività.

Queste brevi considerazioni inducono a ritenere che sia necessario un intervento legislativo che consenta a chi si rivolge al Giudice del lavoro di ottenere giustizia in breve tempo; non è, certo, con la sostituzione del giudice al legislatore che il grave problema può essere risolto perché questo è un rimedio più grave del male.

Passando all'esame della questione decisa dal Tribunale di Palermo si osserva.

La tutela della lavoratrice madre e del bambino si articola in due distinti interventi: tutela della lavoratrice madre nell'imminenza e subito dopo il parto e tutela della lavoratrice madre successivamente al parto; non si tratta di rimedi alternativi: non si comprende come possa ritenersi alternativa la tutela della gravidanza a quella della malattia del bambino. Il vero è che, come correttamente rilevato dalla Corte d'Appello di Brescia (2) il caso del parto prematuro può essere assimilato a quello di bambino nato a termine ma malato o con gravi malformazioni o del bambino al quale viene diagnosticata una malattia dopo le dimissioni dall'ospedale e che necessita di un nuovo ricovero ospedaliero; in questi ultimi casi nessuno dubita che la madre, non potendo godere dell'astensione obbligatoria, possa beneficiare degli altri rimedi posti a tutela del bambino non ultima l'astensione dal lavoro per malattia del bambino.

Alla luce di quanto detto non si comprende quale sia il *periculum* che possa legittimare il ricorso al provvedimento d'urgenza dal momento che, come già detto, l'ordinamento giuridico prevede la tutela del bambino. Desta molta perplessità quanto affermato dal Tribunale e, cioè, che la durata del giudizio ordinario (quantificata in tre anni per la sezione lavoro del Tribunale di Palermo) configurerebbe di per sé pregiudizio imminente ed irreparabile; rebus sic stantibus la sussistenza del *periculum* in mora non andrebbe mai provata in quanto sarebbe sufficiente addurre che essa è implicita nella durata del processo ordinario. Insomma il ricorso alla procedura d'urgenza sarebbe il rimedio contro l'eccessivo protrarsi, del giudizio; quanto ciò non sia

(1) Come è stato rilevato "I principali problemi che affliggono la giustizia civile italiana vanno individuati nel crescente aumento della litigiosità, nella disorganizzazione degli uffici giudiziari, nella carente formazione degli avvocati e dei magistrati onorari, nella inadeguatezza delle legislazioni, nell'eccessivo formalismo e nell'ingiustificato frazionamento delle giurisdizioni e dei riti...". Buongiorno Problemi attuali ed urgenti della giustizia civile intervento al XVII° congresso dell'Avvocatura italiana. L'Autore cita quanto affermato dal Satta nella relazione tenuta a Firenze nel 1950 in occasione del congresso internazionale di diritto processuale civile: "Noi processualisti, che nel fondo dell'anima sentiamo sempre nel processo un valore, vogliamo che sia ancora un valore, un valore insopprimibile".

(2) Corte Appello Brescia 30 settembre 2003 n. 217 in *Intranet\Inps\Avvocatura*.

conforme a diritto è talmente evidente che non appare il caso di aggiungere altro se non che si potrebbe ovviare all'inconveniente attribuendo priorità a giudizi che meritano una trattazione rapida (così come avviene per i licenziamenti, ad esempio).

E contrariamente a quanto affermato dal Tribunale nel caso sottoposto al suo esame non può ravvisarsi neppure il *fumus boni iuris*.

Come è noto nella *subiecta materia* la Cassazione (3) ha affermato che nel caso di parto antecedente alla data presunta indicata nel certificato medico l'indennità di maternità deve essere fissata alla data presunta.

La Corte Costituzionale (4) ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4, 10 comma, lett. c), della legge 30 dicembre 1971 n. 1204, nella parte in cui non prevede, per l'ipotesi di parto prematuro, una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino.

La Corte, infatti, ha rilevato l'incongruenza del suddetto art. 4, il quale, nel prevedere un periodo di astensione obbligatoria nei due mesi precedenti la data presunta del parto ed un altro nei tre mesi dopo il parto, ha determinato rigidamente non solo la durata ma anche la decorrenza dei periodi stessi, decorrenza che è stata ulteriormente fissata dall'art. 6 del D.P.R. n. 1026/76 – relativamente al periodo posteriore al parto – nel giorno successivo a quello del parto.

Pertanto la Corte ha ritenuto possibile, in caso di parto prematuro, lo spostamento della decorrenza della astensione dopo il parto o al momento dell'ingresso del neonato nella famiglia (analogamente alla ipotesi di affidamento preadottivo) ovvero alla data presunta del parto.

La Corte ha nel contempo correttamente demandato al legislatore la scelta della soluzione, precisando che, in assenza di intervento legislativo, debba essere il giudice a stabilire la regola idonea a disciplinare la fattispecie; questa attribuzione al giudice del potere di sostituirsi al legislatore lascia molto perplessi.

Non è la prima volta che la Corte Costituzionale interviene sostituendosi al legislatore ma “costituzionalità e giustizia sono due cose assolutamente comunicanti” (5).

Va precisato che nel disegno di legge n. 4624, approvato dalla Camera dei deputati il 13.10.99, all'art.11, è prevista la seguente disciplina: “Qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto” (6).

(3) Cass. 21 ottobre 1991 n. 11337 in *Juris Data* Giuffrè.

(4) Corte Costituzionale 30 giugno 1999 n. 270 in *Giur. cost.*, 1999, 2254.

(5) Satta Critica al giudizio costituzionale in *Quaderni del diritto e del processo civile* Padova 1970, 79: “La difficoltà della Corte costituzionale di inserirsi nelle linee dell'ordinamento e l'esigenza nella quale essa si trova di darsi una fisionomia, al di là di ogni teorizzazione e anche di ogni vincolo di legge positiva, dipende da molti fattori... uno di questi fattori ... è l'inerzia degli organi legislativi ... La Corte costituzionale, in poche parole, esercita all'ombra della grande carta, invocando ora l'una ora l'altra delle sue norme, un'opera di correzione della legge, cioè sostituisce a norme meno giuste norme più giuste. Che questo sia legittimo io credo si possa escludere senz'altro: costituzionalità e giustizia sono due cose assolutamente comunicanti e non può ammettersi istituzionalmente una funzione vicariante della legislazione”.

(6) In attesa della conclusione dell'iter legislativo e della conseguente emanazione della legge, il Comitato amministratore della Gestione Prestazioni Temporanee ai lavoratori dipendenti, rilevato che

La sentenza della Corte Costituzionale desta perplessità, come detto, in parte qua afferma che in attesa dell'intervento del legislatore il vuoto legislativo possa essere colmato dal giudice.

Come è noto la Corte Costituzionale allorché è chiamata a pronunciarsi sulla conformità di una norma ai principi della carta costituzionale può dichiararne la illegittimità costituzionale (art. 136 Cost.) ed in tal caso la norma cessa di avere efficacia; può anche interpretare la norma (art. 23 L. 87/53); in altri casi ancora può dichiarare la illegittimità di una norma nella parte in cui non prevede la disciplina di un caso particolare: sono le sentenze "additive". Sul punto la Cassazione (7) ha affermato che l'emanazione di sentenze additive è possibile solo allorché la parte di norma da aggiungere possa essere desunta o da un principio generale o dalla stessa norma impugnata: "Ma, poiché a detta Corte è impedito l'esercizio della discrezionalità politica (art. 28 L. 11 marzo 1953 n. 87), l'emanazione di sentenze additive è possibile solo quando la norma, o la parte di norma, da aggiungere debba derivare immediatamente e in via interpretativa dall'ordinamento preesistente, ossia debba essere tratta da un principio generale o dalla stessa norma impugnata, con una pronuncia meramente dichiarativa e non costitutiva. Questa pronuncia non è possibile quando la caducazione della disposizione impugnata attraverso la sentenza d'accoglimento lasci un vuoto normativo colmabile in diversi modi ed attraverso scelte di opportunità politica". Ed è questo il caso esaminato dal Tribunale di Palermo.

Va ancora aggiunto che il D.leg.vo 151/2001, emanato in attuazione dell'art. 15 L. 53/2000, all'art. 14 si limita a stabilire che "è vietato adibire al lavoro le donne... durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta".

Il successivo art. 20 dispone testualmente: "Ferma restando la durata complessiva del congedo di maternità, le lavoratrici hanno la facoltà di astenersi dal lavoro a partire dal mese precedente la data presunta del parto e nei quattro mesi successivi al parto, a condizione che il medico specialista del Servizio sanitario nazionale o con esso convenzionato e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro attestino che tale opzione non arrechi pregiudizio alla salute della gestante e del nascituro".

Dal combinato disposto delle due norme si desume agevolmente che nel caso di parto prematuro l'astensione obbligatoria decorre senza soluzione di continuità dal giorno della nascita e per i successivi cinque mesi (8).

Dunque delle due una: o si prende atto che c'è un vuoto legislativo che può essere colmato solo dal legislatore; o si ritiene che il D.leg.vo non prevedendo una

dopo la pronuncia della Corte Costituzionale la applicazione pura e semplice delle norme finora seguite non appare consentita all'Istituto nelle situazioni di parto prematuro, e ritenuto che la proposta contenuta nel suddetto disegno di legge sia in effetti quella che meglio contempera le esigenze della lavoratrice madre e del bambino prematuro, ha stabilito che in caso di parto prematuro l'indennità di maternità per astensione obbligatoria va corrisposta per un periodo complessivo di 5 mesi, sommando, cioè, a quello ordinariamente previsto dopo il parto (3 mesi) quello che la lavoratrice non ha potuto godere a titolo di astensione obbligatoria antecedente alla data presunta del parto indicata nel certificato medico di gravidanza.

(7) Cass. 2 dicembre 1996 n. 10742 in *Juris* data Giuffrè.

(8) In tal senso T. Campobasso 1 febbraio 2000 in *Juris* data Giuffrè.

disciplina specifica per il caso di parto prematuro ha inteso assimilarlo a quello del parto a termine ma con bambino affetto da malattia. Quest'ultima ipotesi appare la più corretta anche alla luce del principio affermato dalla Cassazione.

Il mancato intervento del legislatore sta significare, a nostro avviso, che la disciplina del parto prematuro non può e non deve discostarsi da quella del parto a termine se non nella parte in cui i mesi di astensione obbligatoria ante partum non goduti debbono essere sommati a quelli dell'astensione obbligatoria post partum.

3. Il Tribunale ritiene di avere "interpretato" la norma; e partendo da tale errata premessa perviene a conclusioni altrettanto sbagliate. "Interpretare significa ricercare il senso ed il valore della norma per misurarne la precisa estensione e valutarne l'efficienza concreta sui rapporti giuridici" (9). Questa definizione trova conferma nell'art. 113 c.p.c. il quale detta i principi ai quali deve attenersi il giudice allorché interpreta la norma giuridica. Il dovere di osservanza delle norme di diritto da parte del giudice ha interessato sia la dottrina sia la giurisprudenza. Il tema, infatti, non è di poco momento: si tratta di determinare i vincoli imposti al giudice nell'interpretazione della legge.

La dottrina ha interpretato la disposizione nel senso che il giudice deve osservare la norma che regola il caso concreto; egli non può sostituirla un'altra a meno che la legge non lo autorizzi espressamente (10). Al mancato rispetto della norma consegue il riconoscimento o la negazione alla parte di un diritto soggettivo, fatto assai grave tanto che la violazione o falsa applicazione da parte del giudice di norme di diritto costituisce valido motivo di ricorso per Cassazione.

Detto ciò è necessario comprendere quale sia rapporto che intercorre tra il giudice e la norma.

La Cassazione (11) ha affermato che il giudice ha il potere-dovere di interpretare la norma da applicare al caso sottoposto al suo esame, ed è libero di non adeguarsi ai principi affermati dalla Cassazione tranne che si tratti di giudizio di rinvio ed anche di discostarsi dalle motivazioni delle sentenze della Corte Costituzionale che non abbiano influenza sulla declaratoria di incostituzionalità; la Suprema Corte, dunque, pur riconoscendo al giudice la facoltà di non attenersi alla giurisprudenza di legittimità intervenuta nella materia oggetto del giudizio afferma che gli è consentito di giudicare nell'ambito della norma ma non oltre essa.

E che non si tratti di interpretazione così come ritenuto dal Tribunale si desume agevolmente leggendo la sentenza della Corte Costituzionale (270/1999) ove si afferma che "la scelta fra diverse possibili soluzioni spetta al legislatore" il quale notoriamente non interpreta le leggi; dunque non vi è nessuna legge da sottoporre ad interpretazione; ed ancor più allorché la Corte riconosce che vi sia una lacuna nell'ordinamento giuridico tanto da sollecitare l'intervento del legislatore.

Ci sia consentito, in conclusione, di citare l'insegnamento di un illustre giurista (12) il quale ha aspramente criticato "la pretesa del giudice di farsi legislatore di se stesso, cioè di identificare la legge con la sua arbitraria volontà, che è il massimo

(9) De Ruggiero Maroi Istituzioni di diritto civile Milano 1964, 45.

(10) Satta Diritto processuale civile Padova 1981, 178 e ss.

(11) Cassazione 3 dicembre 1983 n. 7248 in Giust. civ. Mass. 1983.

(12) Satta Quaderni del diritto e del processo civile, VI, 170, Padova 1978.

della dipendenza...Il giudice indipendente diventa il solo giudice dipendente!” (13). Il pensiero dell’illustre giurista deve indurci ad una profonda riflessione.

4) C’è ancora un aspetto non trascurabile non tenuto in considerazione dalla Corte Costituzionale e di conseguenza dal Tribunale.

L’art. 16, lettera c, D.leg.vo 151/2001 vieta di adibire al lavoro le donne durante i tre mesi dopo il parto; il successivo art 18 punisce con l’arresto fino a sei mesi l’inosservanza di questa disposizione.

Come è stato correttamente affermato (15) dal momento che la norma penale contiene precetto e sanzione in due norme formalmente diverse ma collegate l’intervento della Corte Costituzionale modifica l’estensione dell’area di punibilità. In tal modo la Corte sembra non rispettare il principio costantemente affermato secondo il quale non sono ammesse le questioni che determinano l’estensione dell’area di punibilità di una norma penale (16).

Alla luce di quanto detto non può condividersi quanto affermato da chi (17) ritiene che è perfettamente compatibile con l’ordinamento giuridico la diversa interpretazione che i giudici possono dare ad una norma giuridica; il che è vero a condizione, però, che l’interpretazione sia data nell’ambito di una norma perché, come già detto, è compito del giudice adeguare la norma al fatto in quanto assai di rado il giudice può applicare sic et simpliciter la norma; di solito, invece la deve creare e “quando il giudizio è di diritto questa creazione avviene nell’orbita dell’ordinamento giuridico dal quale (e non da un altro ordinamento o dall’arbitraria volontà del giudice) si ricava la norma con mezzi più o meno vincolanti di interpretazione” (18).

Molto probabilmente se il Tribunale avesse tenuto nella debita considerazione le conseguenze che comporta la tesi accolta nell’ordinanza avrebbe sicuramente emesso un provvedimento di contenuto assai diverso; sia ben chiaro: se dal punto di vista strettamente umano può essere comprensibile l’esigenza manifestata dalla lavoratrice madre è pur vero che il giudice è tenuto ad applicare la legge prescindendo da qualsiasi valutazione che non sia strettamente giuridica, pena la non eguaglianza dei cittadini innanzi alla legge.

Abbiamo volutamente concluso queste brevi note ricordando l’insegnamento dell’illustre Maestro, insegnamento ancora oggi attuale e meritevole di attenzione da parte di tutti gli operatori del diritto.

Giovanni Cola
Avvocato INPS

(13) Satta Diritto processuale civ. cit.; Morelli Il ruolo del giudice tra interpretazione adeguatrice e corretto accesso al giudizio incidentale di costituzionalità in *Corriere Giur.* 1994, 1397; Amoroso L’interpretazione adeguatrice nella giurisprudenza costituzionale tra canone ermeneutico e tecnica di sindacato di costituzionalità in *Foro it.* 1998, V, 89.

(14) Satta Quaderni del diritto e del processo civile, V, 47, Padova 1972.

(15) D’Amico Le insidie delle decisioni «di principio» (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro) in *Giur. costo* 1999, 2254.

(16) D’Amico op. cit.; la giurista auspica che in futuro la Corte Costituzionale allorché emetta decisioni “di principio” valuti tutte le possibili implicazioni della pronuncia.

(17) Madonia La tutela della maternità nel parto prematuro in corso di pubblicazione.

(18) Satta Diritto processuale cito 182; si veda pure; Punzi La giustizia civile: giustizia delle norme e giustizia del processo in *Scritti in onore di Pugliatti* Milano 1978, II, 1189.

Lavoro (Rapporto di) - Licenziamento individuale - Richiesta dei motivi oltre il limite dei quindici giorni - Comunicazione da parte del datore di lavoro nelle forme previste dalla legge - Rimessione in termini - Rinuncia a far valere la decadenza.

Tribunale di Palermo - 03.12.2004/12.03.2005, n. 3645/2004 - Dott. Lo Bello - G. (Avv. Lanza) - IN.CO.GE.ST. s.r.l. (Avv. Monterosso).

Il termine concesso dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966 al lavoratore per avere conoscenza delle ragioni che hanno indotto parte datoriale ad irrogare il provvedimento di recesso, ha carattere ordinatorio; ne consegue che il suo mancato rispetto non comporta l'applicazione della disciplina della decadenza ex art. 6 della legge n. 604 del 1966.

Il datore di lavoro che abbia spontaneamente comunicato i motivi di licenziamento ove non in tal senso obbligato, e quindi anche in presenza di una richiesta tardiva, accetta consapevolmente il rischio di rimettere in termini il prestatore di lavoro quanto alla facoltà di impugnare l'atto risolutorio entro sessanta giorni dalla loro divulgazione e, quindi, di contestarne i presupposti.

FATTO – Con ricorso depositato in data 20 gennaio 2004, il ricorrente indicato in epigrafe conveniva in giudizio la società IN.CO.GE.ST. S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, e, premesso di essere stato assunto alle dipendenze della convenuta in data 6.5.2002 con qualifica di manovale, chiedeva dichiararsi l'illegittimità del licenziamento intimatogli senza giustificato motivo e per ragioni discriminatorie e, per l'effetto, condannarsi la convenuta al pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro, in misura pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, e al risarcimento del danno patito in conseguenza del recesso, in misura pari alle retribuzioni percipienti dalla data del licenziamento, oltre accessori di legge.

A sostegno del ricorso precisava, in particolare, di essere stato licenziato appena due mesi dopo (il 7.2.2003) la designazione quale rappresentante sindacale aziendale della federazione FILC-CISL ed evidenziava che il profilo professionale rivestito non era stato soppresso.

Aggiungeva, inoltre, di avere ricevuto somme inferiori a quelle indicate nelle buste paga, con un sacrificio economico per tutto il periodo lavorato di € 3.980,30, nei cui limiti avanzava richiesta di condanna della convenuta oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resisteva in giudizio la società convenuta che deduceva gradatamente l'improcedibilità del ricorso per l'omesso esperimento del tentativo di conciliazione quanto alla domanda di impugnativa di licenziamento e l'inammissibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione dell'atto risolutorio; evidenziava nel merito di non avere potuto adibire il ricorrente ad altre mansioni, atteso che tutti i profili professionali necessari all'attività aziendale, anche presso l'altro cantiere ubicato in Carini, erano ricoperti con altrettanti lavoratori e di avere proceduto al licenziamento di ben otto operai addetti al medesimo

cantiere ove era stato utilizzato l'istante; rilevava nel resto l'infondatezza delle ulteriori domande attoree delle quali chiedeva il rigetto.

La controversia veniva istruita mediante il libero interrogatorio dell'istante; indi autorizzata parte ricorrente alla modifica delle domande attoree in relazione alle difese articolate dalla controparte ed autorizzato il deposito di note, all'udienza del 3 dicembre 2004 i procuratori delle parti discutevano la causa, che – sulle conclusioni di cui ai rispettivi atti defensionali – è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO – Va in primo luogo respinta la preliminare eccezione di improcedibilità del ricorso.

Premesso, invero, che a norma dell'art. 410, 2° comma, c.p.c. la comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende il decorso di ogni termine di decadenza e che tali effetti possono essere conseguiti soltanto da una richiesta che possieda gli elementi tipici della domanda giudiziale, cioè l'individuazione del *petitum* e della *causa pretendi*, l'istanza di tentativo di conciliazione versata a corredo del ricorso può reputarsi rispettosa dei precetti normativi imposti dalla citata disposizione, contenendo gli estremi di domanda articolati nel presente giudizio.

Passando al merito della vicenda, giova subito chiarire i termini della controversia, successivamente alla richiesta avanzata dalla difesa attorea di modifica delle domande spiegate in ricorso a cagione delle prospettazioni di parte resistente sul numero dei lavoratori interessati dalla procedura di riduzione del personale. Osserva, infatti, il ricorrente che l'avere proceduto in data 16.4.2003 alla contestuale risoluzione del rapporto di lavoro con undici operai (circostanza appresa solo all'atto della costituzione in giudizio della resistente) farebbe rientrare il provvedimento di risoluzione in parola nell'ambito di applicazione della legge n. 223 del 1991 ed alle sue tassative prescrizioni, sottraendolo, altresì, agli obblighi di impugnativa imposti dall'art. 6 della L. n. 604 del 1966.

Premesso che la società ha espressamente lamentato la violazione dell'art. 414 c.p.c., rintracciando nei profili di difesa di parte ricorrente una modifica inammissibile della domanda, è essenziale precisare che per il consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità si ha mutamento della *causa petendi*, con conseguente introduzione di una domanda nuova quando il fatto costitutivo della pretesa sia modificato nei suoi elementi materiali, e quindi non sia in questione solamente una diversa qualificazione giuridica del rapporto (Cass. civ. n. 4008/98). Ad avviso della Corte parametro della "novità" non è la qualificazione giuridica, bensì il fatto materiale dedotto in controversia, che nel caso in esame è comunque rimasto immutato sia nel *petitum* (declaratoria di illegittimità del licenziamento), sia nella causa petendi (assenza delle ragioni che hanno legittimato il ricorso ai poteri risolutori).

Non è superfluo, in ogni caso, rammentare che per il risalente ma consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità *"Nel rito del lavoro anche l'attore, ai sensi del combinato disposto degli art. 414 e 420 comma 5 c.p.c., soggiace, al pari di quanto stabilito per il convenuto dall'art. 416 c.p.c., alla decadenza comminata per il caso di mancata indicazione dei mezzi di prova nell'atto introduttivo del giudizio, salvo che tale mancanza non consegua a cause di forza maggiore - dovendo*

in tali ipotesi l'impossibilità di tempestiva deduzione essere valutata con lo stesso metro dei gravi motivi in presenza dei quali il giudice può, a norma dell'art. 420 comma 1 autorizzare la modificazione di domande e conclusioni già formulate - o che la necessità della indicazione sorga solo per effetto della domande riconvenzionale o delle difese della controparte o dell'esercizio dello "jus poenitendi" di cui all'ultima parte del comma 1 dell'art. 420" (cfr. Cass. civ. n. 2192/83).

Ciò nondimeno, non possono essere condivise le conclusioni cui perviene il ricorrente, atteso che – come puntualmente rilevato dalla società e in conformità al consolidato insegnamento del Supremo Collegio – *"Con riferimento alle imprese edili, la cessazione dei rapporti per fine lavoro, sottratta dall'art. 24 l. n. 223 del 1991 alla disciplina dei licenziamenti collettivi, ricade nella disciplina dei licenziamenti individuali plurimi, con la conseguenza che il datore di lavoro, in ipotesi di contestazione della legittimità dei suddetti licenziamenti, deve provare di non poter utilmente impiegare i lavoratori licenziati in altre attività, senza che tale prova possa ritenersi superflua in relazione all'esistenza della prova concernente la cessazione dal lavoro, dovendosi verificare in concreto, e in relazione all'articolazione delle diverse lavorazioni, la non riassorbibilità delle eccedenze di personale in altri cantieri o attività dell'impresa"* (cfr. Cass. civ. n. 1117/2000).

Ricondotta la *vexata questio* sotto il vigore della disciplina dettata in tema di licenziamenti individuali plurimi, appare allora pregiudiziale l'esame dell'eccezione di inammissibilità della domanda di impugnativa di licenziamento, per avere il ricorrente contestato il provvedimento risolutorio oltre il termine previsto dall'art. 6 della L. n. 604/66 decorrente, ad avviso della resistente, dalla comunicazione del provvedimento impugnato piuttosto che dalla comunicazione dei motivi, in quanto richiesti oltre il termine di giorni quindici contemplato dal comma 2 della citata disposizione di legge.

Orbene, l'assunto difensivo della resistente non appare condivisibile.

Premesso in termini generali che nel caso in cui venga previsto un termine (nella specie per richiedere i motivi fondanti il licenziamento) senza l'espressa indicazione della sua natura ordinatoria o perentoria, non può farsi applicazione analogica dell'art. 152 c.p.c. che, introducendo nell'ordinamento un principio generale di presunzione del carattere ordinatorio dei termini, si riferisce unicamente agli atti processuali e non anche ad altri settori dell'ordinamento (cfr. Cass. civ. n. 7374/87), non può non affermarsi il carattere ordinatorio del termine concesso dall'art. 2 della L. n. 604/66 al lavoratore per avere conoscenza delle ragioni che hanno indotto parte datoriale ad irrogare il provvedimento di recesso, senza che il suo mancato rispetto possa riverberare nella disciplina della decadenza prevista dall'art. 6 della L. n. 604/66.

Ed infatti, giova ricordare che il citato art. 2, così come sostituito dall'art. 2 della L. n. 108 del 1990, si limita a prevedere che il prestatore di lavoro possa, entro quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento, chiedere i motivi che hanno determinato il recesso (e l'obbligo del datore di lavoro di comunicarli per iscritto pena l'inefficacia del provvedimento risolutivo); ne consegue che nessuna conseguenza la norma ricollega all'omessa richiesta dei motivi o ad una richiesta tardiva, **a parte l'esonero del datore di lavoro dall'obbligo di comunicarli** (cfr. in termini Cass. civ. n. 107/2001). Del resto l'uso da parte del legislatore del termine

“può” mostra che si tratta di una facoltà, più che di un onere sanzionato con la decadenza dall’esercizio di un qualsiasi diritto, attesa la persistenza in capo al lavoratore dell’interesse a conoscere i motivi del recesso anche oltre il termine di giorni 15 dalla sua comunicazione e la possibilità di impugnare l’atto di recesso anche prima di apprenderne le ragioni.

Sul punto il Supremo Collegio ha, infatti, reiteratamente precisato che la norma dell’art. 2, nel disporre che il termine di sessanta giorni per la impugnazione del licenziamento decorre dalla comunicazione dei motivi, ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento, non comporta l’inefficacia dell’impugnazione del licenziamento proposta dal lavoratore prima di conoscerne i motivi e non implica, quindi, che, ricevuta la comunicazione di essi, il lavoratore debba procedere ad una nuova ed autonoma impugnazione del licenziamento (cfr. Cass. civ. nn. 107/2001; 2785/90; 4287/85).

Non ignora, invero, questo giudice il principio di recente affermato dal Supremo Collegio, secondo cui *“ove il datore di lavoro non comunichi al lavoratore licenziato, nel termine di sette giorni, i motivi del licenziamento, lo stesso deve considerarsi inefficace ai sensi dell’art. 2, comma 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, rimanendo irrilevante la mancata richiesta da parte del lavoratore, nel termine di quindici giorni - termine al quale, in mancanza di una espressa previsione legislativa analoga a quella citata, non va riconosciuto carattere perentorio - dei motivi del provvedimento”* (Cass. civ. n. 5591/2001).

Pur dovendosi convenire con la natura non perentoria del citato termine, per le ragioni sopra esposte, obbligare il datore di lavoro a rendere i motivi anche a fronte di una richiesta tardiva significherebbe esporlo a strumentali e oltremodo intempestive (ad esempio al 60° giorno dalla comunicazione del licenziamento) richieste di esternazione dei motivi del licenziamento al solo scopo di dilatare (60 gg. dalla comunicazione del recesso + 7 gg. per informare il lavoratore dei motivi + 60 gg. dalla comunicazione dei motivi) i termini imposti dalla legge all’evidente fine di agevolare la stabilizzazione dei rapporti di lavoro.

Tanto sopra equivale a ritenere che il datore di lavoro che abbia spontaneamente comunicato i motivi di licenziamento ove non in tal senso obbligato, e quindi anche in presenza di una richiesta tardiva, accetta consapevolmente il rischio di rimettere in termini il prestatore di lavoro quanto alla facoltà di impugnare l’atto risolutorio entro 60 giorni dalla loro divulgazione e, quindi, di contestarne i presupposti. Ed è quanto accaduto nella fattispecie in esame, atteso che la società resistente, pur non essendone obbligata attesa la tardività della richiesta, con lettera pervenuta il 10.6.2003 ha informato il ricorrente dei motivi del licenziamento, che è stato tempestivamente impugnato dal G. con lettera ricevuta dalla società in data 22.7.2003.

Non rimane, pertanto, che esaminare la veridicità delle ragioni tecnico-economiche dedotte dal datore di lavoro e la loro refluenza sulla posizione lavorativa del dipendente licenziato.

Segnatamente, secondo il consolidato indirizzo espresso dal Supremo Collegio, grava sull’imprenditore l’onere della prova tanto dell’effettività delle ragioni poste a fondamento del licenziamento, quanto della impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell’ambito dell’organizzazione aziendale, onere pro-

batorio che – con riguardo a tale ultimo elemento –, concernendo un fatto negativo, va assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento – e per un congruo periodo – non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica (cfr. Cass. civ. n. 3030/99; n. 10527/96).

Peraltro, con riferimento alle imprese edili (come nella specie), la cessazione dei rapporti per fine lavoro, sottratta dall'art. 24 L. n. 223 del 1991 alla disciplina dei licenziamenti collettivi, ricade nella disciplina dei licenziamenti individuali plurimi, con la conseguenza che il datore di lavoro, in ipotesi di contestazione della legittimità dei suddetti licenziamenti, deve provare di non poter utilmente impiegare i lavoratori licenziati in altre attività, senza che tale prova possa ritenersi superflua in relazione all'esistenza della prova concernente la cessazione dal lavoro, dovendosi verificare in concreto, e in relazione all'articolazione delle diverse lavorazioni, la non riassorbibilità delle eccedenze di personale in altri cantieri o attività dell'impresa (Cass. civ. n. 1117/2000).

Ha aggiunto la Suprema Corte che *“non può ravvisarsi giustificato motivo oggettivo di licenziamento qualora il lavoratore, pur non più assegnabile all'attività già svolta, possa nondimeno svolgerne un'altra compresa nella stessa mansione o in mansioni equivalenti per la quale persista l'interesse dell'imprenditore, avuto riguardo sia all'obbligo gravante sul datore di lavoro di utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente sia all'organizzazione dell'azienda come insindacabilmente predefinita dal datore di lavoro (in base al criterio della buona fede oggettiva)”* (Cass. civ. n. 14592/2001).

Ciò premesso, sostiene la resistente la legittimità dell'impugnato licenziamento in quanto adottato nel rispetto della L. n. 108/90 e dell'art. 100 del CCNL, che consente al datore di lavoro di procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, essendo *“cessato il bisogno di adibire operai ad operare con la suddetta qualifica”* [rectius qualifica di manovale 2° livello] (cfr. lettera di comunicazione dei motivi di licenziamento).

Assume, altresì, la convenuta di non aver potuto adibire il ricorrente a mansioni differenti da quelle svolte *“atteso che i residui posti di lavoro, al momento del licenziamento, erano occupati da altri lavoratori, alcuni dei quali successivamente licenziati per l'esaurimento dei compiti loro assegnati”* (cfr. pag. 9 della memoria di costituzione).

La tesi non ha, tuttavia, ricevuto il necessario supporto probatorio con riguardo al secondo dei due profili dedotti: e, infatti, a prescindere dall'accertamento della impossibilità di impiegare l'istante nell'espletamento delle mansioni per le quali era stato assunto in entrambi i cantieri gestiti dalla società, quest'ultima non ha provato (né per vero ha chiesto di farlo) di non aver potuto utilmente adibire il ricorrente a mansioni equivalenti, ove si consideri che le richieste istruttorie dedotte in memoria di costituzione erano tese al più a dimostrare il venir meno della necessità della figura professionale del manovale di 2° livello, rivestita dal ricorrente all'atto dell'assunzione.

Quanto sopra consente di ritenere illegittimo il licenziamento intimato al ricor-

rente e, in assenza di contestazioni circa l'applicabilità della c.d. tutela reale ed in considerazione dell'esercizio dell'opzione prevista dall'art. 18 comma 5 L. 20 maggio 1970 n. 300, nel testo modificato dall'art. 1 L. 11 maggio 1990 n. 108, la società va condannata in luogo della reintegra a corrispondere al ricorrente un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto e a titolo risarcitorio – secondo la previsione di cui all'art. 18, comma 4, della citata legge – una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello dell'effettivo pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, oltre accessori di legge, unitamente all'obbligo della società resistente a versare i contributi previdenziali ed assistenziali con la medesima decorrenza.

Vale la pena, infatti, osservare che per il consolidato indirizzo del Supremo Collegio *“L'obbligo della reintegrazione nel posto di lavoro, facente carico al datore di lavoro a norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, si estingue soltanto con il pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, prescelta dal lavoratore illegittimamente licenziato, e non già con la semplice dichiarazione, proveniente da quest'ultimo, di scegliere tale indennità in luogo della reintegrazione. Ne consegue che, anche nel caso in cui già con la domanda giudiziale il lavoratore abbia chiesto il pagamento dell'indennità sostitutiva, il risarcimento del danno, il cui diritto è dalla legge fatto salvo anche nel caso di opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, va commisurato alle retribuzioni che sarebbero maturate fino al giorno del pagamento dell'indennità sostitutiva”* (Cass. Civ. n. 3380/2003; in termini anche Cass. Civ. n. 11609/2003; n. 12514/2003).

Va di contro respinta la domanda attorea diretta ad ottenere la condanna della resistente a corrispondergli la differenza tra le somme ricevute e quelle indicate nelle buste paga, fondata sull'assunto di avere sempre percepito meri acconti sui maggiori importi ivi indicati, ostandovi il combinato disposto degli artt. 2735 e 2732 c.c. Ed infatti, come rilevato dal Supremo Collegio *“alla parte che abbia reso confessione non è concesso di poter fornire dimostrazione diversa da quella della “revoca” (o invalidità) della confessione stessa in conseguenza di errore di fatto in cui incorse o di violenza su di lei esercitata. La suddetta disposizione, tassativamente espressa, non può mai essere derogata; ad essa, pertanto, restano assoggettate anche le controversie di lavoro non potendo, neanche in queste, alla mancanza di prova ad opera della parte supplire il potere di indagine lasciato al giudice (che rimane limitato, secondo la disciplina generale, alla ricerca dell'animus confitendi). Inoltre, i mezzi di prova di cui, al suddetto fine, la parte confidente richieda l'acquisizione o l'espletamento debbono essere idonei a fornire la dimostrazione rigorosa non di un'eventuale contrarietà dei fatti oggetto della confessione rispetto ad altri presuntivamente verificatisi, ma direttamente della ragione che determinò la caduta in errore sulla veridicità delle circostanze dichiarate (e in effetti non veridiche) o i fatti di violenza sofferti che indussero il dichiarante a precludersi nel futuro il ricorso alle normali vie di difesa per resistere alle richieste avversarie, tenuto conto che – almeno per l'ipotesi in cui si assuma che la confessione fu estorta con violenza – non occorre dimostrare l'obiettiva falsità del fatto”* (Cass. civ. sez. lav., 21 gennaio 1999, n. 547).

Ne segue che, riconosciuto il valore di confessione stragiudiziale alle buste paga quietanzate e depositate a corredo del ricorso, contendendo l'affermazione

dell'avvenuta ricezione della somma ivi stabilita, la loro efficacia probatoria non può essere vinta se non nei limiti consentiti dall'art. 2732 c.c., cioè, dimostrando che la dichiarazione confessoria è stata determinata da errore di fatto o da violenza, prova che nella specie non è stata fornita dal ricorrente in ossequio ai principi codificati all'art. 2697 c.c.

Conclusivamente il ricorso va accolto nei precisati limiti, con le conseguenziali statuizioni di cui al dispositivo.

La reciproca soccombenza e la peculiarità delle questioni trattate giustificano nondimeno l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

INUTILE DECORSO DEL TERMINE DI QUINDICI GIORNI EX ART. 2 L. 604/1966 PER LA RICHIESTA DEI MOTIVI DI LICENZIAMENTO E RINUNCIA DEL DATORE DI LAVORO A FAR VALERE LA DECADENZA.

Sommario: 1. Il caso; 2. Cenni alla disciplina generale sui licenziamenti; 3. La comunicazione dei motivi: finalità; 4. Ammissibilità di un'impugnazione fuori dai termini; 5. Sulla natura dei termini posti a carico del lavoratore; 6. Valutazioni critiche; 7. Conclusioni.

1. La controversia decisa con la sentenza in commento ha ad oggetto un'ipotesi di licenziamento individuale ed offre alcuni interessanti spunti di riflessione.

Degna di particolare rilievo è la soluzione prospettata dal giudice in ordine alle conseguenze scaturenti dalla comunicazione dei motivi da parte del datore di lavoro, nonostante l'inutile decorso del termine di quindici giorni stabilito dall'art. 2 della L. n. 604/1966.

Al fine di poter delineare in modo compiuto i profili di maggiore interesse, nonché esaminare i passaggi logici dell'argomentazione del Giudice del Lavoro di Palermo, appare opportuna una breve descrizione dei fatti che hanno dato origine alla controversia.

La società convenuta aveva proceduto al licenziamento del lavoratore per motivi di carattere oggettivo, sostenendo che le residue figure professionali indispensabili all'attività aziendale erano ricoperte da altri lavoratori, e che nella medesima operazione di riduzione di personale erano stati interessati altri otto dipendenti.

Il licenziamento, comunicato il 16 aprile 2003, è stato impugnato dal lavoratore con lettera pervenuta alla società datrice di lavoro in data 22 luglio 2003.

Nel periodo compreso tra tali due date, ed oltre il termine dei quindici giorni prescritto dall'art. 2 legge n. 604/1966, il lavoratore aveva richiesto alla società di informarlo sui motivi del licenziamento.

Quest'ultima, nonostante non fosse più obbligata *ex lege*, ha comunque ottemperato alla richiesta con lettera pervenuta al lavoratore in data 10 giugno 2003, entro sessanta giorni dalla quale egli ha regolarmente impugnato l'atto di recesso.

A seguito di un'articolata analisi delle norme di riferimento, il giudice di merito ha ritenuto legittima tale impugnativa, considerando quale *dies a quo* per il termine decadenziale prescritto dalla legge, la data della comunicazione dei motivi tardivamente richiesti.

I passaggi logici conducenti a tale soluzione saranno oggetto di analisi nelle pagine che seguono, dal momento che appare necessario approfondire e puntualizzare attraverso quali strumenti e figure giuridiche si possa evitare una conseguenza tanto grave, quale la decadenza, prescritta dal legislatore a fronte dell'onere del lavoratore di impugnare il licenziamento entro sessanta giorni.

2. La prima questione affrontata appare marginale.

Vale a dire individuare la qualificazione da attribuire al tipo di provvedimento risolutorio adottato dall'azienda, in alternativa tra licenziamento collettivo ovvero licenziamenti individuali plurimi.

Quest'ultima soluzione è stata correttamente preferita dal giudice, in considerazione della previsione dell'art. 24 della legge n. 223/1991 che, con riferimento alle imprese edili, sottrae la cessazione dei rapporti di lavoro alla disciplina dei licenziamenti collettivi e quindi alle relative formalità (1).

Inquadrata la fattispecie concreta nell'alveo del licenziamento individuale, occorre esaminare se, sulla scorta delle norme poste a tutela dei diritti del lavoratore che prescrivono rigide formalità per il recesso dal rapporto di lavoro da parte del datore, si possa coerentemente affermare la fondatezza e l'ammissibilità dell'impugnativa di licenziamento oltre il termine di decadenza.

A tal fine, un breve cenno merita la disciplina generale sul licenziamento individuale; ed in particolare gli artt. 2 (nella versione modificata dall'art. 2 della legge n. 108 del 1990) e 6 della legge n. 604 del 1966 (2).

Ai sensi dell'articolo 2, affinché l'atto di recesso datoriale espliciti i suoi effetti è necessario che vengano rispettate talune formalità.

In particolare, prescrive la norma, la comunicazione dello stesso deve avvenire rigorosamente con atto scritto, e nel caso in cui non vengano contestualmente comunicati i motivi, sorge per il lavoratore la facoltà di farne richiesta entro quindici giorni dalla ricezione della lettera di licenziamento.

Al datore di lavoro viene riferito l'obbligo di comunicarli per iscritto nei successivi sette giorni, pena l'inefficacia del provvedimento risolutorio.

Particolare cura la dottrina ha da sempre dedicato all'interpretazione di tale norma con riguardo ai requisiti di forma richiesti (3).

Si sottolinea in particolare come la *ratio* sottesa corrisponda per un verso all'esigenza di far soffermare il datore di lavoro sulla rilevanza degli effetti che discendono da un atto di risoluzione del rapporto; e per altro verso alla necessità che in

(1) Cass. Civ. n. 1117/2000; cfr. In dottrina M. MARINELLI, *Licenziamento per fine lavoro nell'edilizia*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 377; Id., *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005.

(2) R. DE LUCA TAMAJO, *Commento all'art. 2 l. 11 maggio 1990 n. 108*, in *Le Nuove Leggi Civ. comm.*, 1991, p. 180.

(3) V. MARINO, *Il vizio di forma nel licenziamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, I, p. 518 ss.

tale contesto l'esistenza giuridica di ogni atto e la sua conseguente collocazione temporale possano rispondere ad un principio di certezza del diritto, difficilmente confutabile (4).

Dalla sanzione dell'inefficacia apprestata dalla legge, nel caso in cui non vengano rispettati i requisiti richiesti, emerge la considerazione che la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* (5).

A fronte di questo generale quadro di vincoli formali e procedurali imposti al potere di recesso datoriale (6) non fa riscontro un analogo rigore per gli atti provenienti dal lavoratore.

È semplice intuire la *ratio* di tale diversità, rintracciabile nell'esigenza di contenere il potere di licenziamento entro i limiti di un esercizio che non sia arbitrario, "bensì tecnicamente razionale e coerente rispetto ai canoni fondamentali del nostro sistema normativo" (7).

Da qui emerge la necessità di "giustificare" il recesso e di formalizzare i singoli atti del potere discrezionale del datore di lavoro alla stregua dei principi generali dell'ordinamento quali, in primo luogo, i criteri generali della buona fede e della correttezza contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.).

In particolare, un'attuazione dei cennati canoni si riscontra concretamente nell'elevazione a regola generale del principio del giustificato motivo, per un verso, e nell'obbligo di esplicitazione dei motivi del recesso per un altro.

Il fine rimane il medesimo: tutelare le posizioni di interesse ed i valori che vengono implicati nella vicenda "licenziamento".

Ed invero sul piano più strettamente applicativo, la natura recettizia dell'atto di recesso del datore di lavoro è funzionale ad individuare a carico del lavoratore, se non dei particolari obblighi formali degli atti da porre in essere, quantomeno dei termini da rispettare per poter validamente contestare i provvedimenti datoriali.

La conoscenza, o *rectius* la conoscibilità, dell'atto da parte del lavoratore rileva infatti ai fini della decorrenza dei termini prescritti dalla legge a suo carico, e per la richiesta dei motivi (quindici giorni *ex art. 2 L. n. 604/1966*), e per l'impugnativa del licenziamento (sessanta giorni dalla conoscenza, o conoscibilità, del provvedimento di licenziamento o dalla comunicazione dei motivi, se richiesti *ex art. 6 L. n. 604/1966*).

(4) F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1986, p. 208; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 133; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, Padova, 1971, p. 670.

(5) Cfr. per tutti Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Foro It.*, 1983, I, 2206; nonché in dottrina E. BALLETTI, Art. 2 *Riassunzione o risarcimento del danno*, in *I licenziamenti individuali*, a cura di G. FERRARO, p. 88. *Contra* v. G. ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972, p. 1189 ss., secondo il quale la forma sarebbe prescritta *ad probationem*.

(6) D. GAROFALO, *Licenziamento e forma*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, a cura di M. MISCIONE, Torino, 1998, p. 171.

(7) E. BALLETTI, *art. 2*, cit., p. 92.

A conferma dell'assoluta irrilevanza del principio di forma, con riguardo agli atti posti in essere dal lavoratore, si rammenta che l'atto con cui questi impugna il licenziamento può essere anche stragiudiziale, basti che sia "idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'organizzazione sindacale". Si sostanzia, quindi, in una manifestazione di volontà con la quale il lavoratore si oppone al licenziamento, interrompendo così la decadenza (8).

Solo da tale momento, infatti, si ricollega il naturale decorrere del termine di prescrizione ordinario quinquennale per l'esercizio dell'azione di annullamento (9). La legge sembra porre l'onere dell'impugnativa a pena di decadenza per ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento (10).

Il sistema così predisposto prevede che il licenziamento ingiustificato, annullabile o nullo, debba essere impugnato nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione o da quella dei motivi, se non contestuale.

Parte della dottrina (11), e la giurisprudenza ormai prevalente (12), concordano nel ritenere che il termine di decadenza andrebbe applicato a tutte le ipotesi di licenziamento, con esclusione del solo licenziamento "inefficace".

Il licenziamento formalmente viziato va quindi considerato nullo per carenza della forma scritta *ad substantiam* (art. 1325, n. 4 c.c.) ed è insuscettibile di produrre qualsiasi effetto, *tamquam non esset* (13).

In questa ipotesi è esperibile l'azione ordinaria di accertamento, non operando, proprio per l'assenza di un'idonea comunicazione del licenziamento o dei motivi, il termine di decadenza dall'impugnazione *ex art. 6 L. n. 604/1966* (14).

(8) A. VALLEBONA, *Licenziamento inefficace e termine di impugnazione*, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 875.

(9) "Una volta osservato il termine previsto dall'art. 6 della legge n. 604 del 1966 con l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, la successiva azione giudiziale di annullamento del licenziamento illegittimo può essere proposta nel termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 1442 c.c.", per tutte si segnala Cass., 13 dicembre 2005, n. 27428, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 7-8; in dottrina vd. F. MAZZIOTTI, *L'estinzione del rapporto di lavoro. Il recesso*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, p. 361.

(10) M. NAPOLI, *Licenziamenti* (voce), in *Dig. IV*, sez. comm., p. 86; Cass. S.U., 2 marzo 1987, n. 2180, *MGL*, 1987, 600.

(11) Tra i primi di questo avviso si segnalano: U. NATOLI, *L'art. 2118 c.c. ed il problema della giusta causa del licenziamento*, in *Riv. Giur. lav.*, 1966, I, 106; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 225; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro* (diretto da), L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Padova, 1971, II, 670 ss. Di contrario avviso ARDAU, *L'efficacia del licenziamento non motivato*, in *Orient. Giur. lav.*, 1968, 535.

(12) Da ultimo vedi anche Cass., 27 febbraio 2003, n. 3022 in *Mass. Giur. lav.*, 2003, 260.

(13) È da segnalare come in un primo momento, vi fosse una divisione in giurisprudenza sul tema. Da ultimo la Cassazione ha optato per la tesi della non necessità dell'impugnativa, in quanto l'inefficacia sarebbe assimilabile ad un nullità, Cass. S.U., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 869; nonché Cass., 2 marzo 1999, n. 1757, in *Mass. Giur. it.*, 1999. In dottrina M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 96; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 208.

(14) Cass. S.U., 18 ottobre 1983, n. 5594, *FI*, 1983, I, 2206; Cass. 6 aprile 1990, n. 280, *DPL*, 1990, 2144. Tale soluzione è anche confermata in materia di licenziamenti collettivi dall'art. 7 L. 223/1991.

Da segnalare in tal proposito la tesi avanzata da una parte della dottrina che, in ordine alla sanzione sancita dall'art. 2 L. n. 604/1966 conseguente al licenziamento non intimato per iscritto o parimenti all'omessa comunicazione scritta dei motivi (15), ritiene che l'inefficacia verrebbe sanata dalla conoscenza effettiva del lavoratore del contenuto degli atti irritualmente comunicati; mirando in primo luogo a tutelare la certezza delle situazioni giuridiche, si fa leva sull'assunto che se il "vizio è solo in funzione di questo, il raggiungimento dello scopo lo rimuove".

Secondo tale opzione interpretativa il vizio formale sarebbe esterno al licenziamento, il quale, invece, potrebbe anche essere intrinsecamente lecito e giusto (16).

Tuttavia a stretto rigore logico non può destituirsi di valore, ai fini esecutivi, la lettera, nonché lo spirito della legge.

Invero, emerge inequivocabilmente la necessità di una forma scritta finalizzata proprio a tutelare l'esigenza di certezza che solo la previsione *ex ante* di un mezzo tipico ed esclusivo di comunicazione può garantire, e che non può essere sostituita dalla dimostrazione dell'effettiva conoscenza dello stesso da parte del lavoratore.

Secondo l'opinione prevalente (17), infatti, non sembra contestabile che il lavoratore possa sempre agire per fare accertare l'inefficacia o la nullità dell'atto di licenziamento privo dei requisiti formali prescritti, con il solo vincolo dei termini prescrizionali per i diritti consequenziali (18), non ostando a tal fine l'esistenza di una disciplina speciale in deroga a quella generale.

3. Al fine di una corretta applicazione della disciplina sui licenziamenti individuali la funzione rivestita dalla comunicazione dei motivi assume un ruolo determinante.

Salvi i casi di omessa o informale comunicazione, si è visto quindi che la legge ricollega il decorso del termine dei sessanta giorni a partire dalla ricezione dei motivi da parte del lavoratore.

Con l'intento di individuare una *ratio* comune sottesa a tutta la normativa in questione, la dottrina ritiene che all'obbligo della comunicazione dei motivi, al pari della necessità di adoperare la forma scritta, corrisponda un duplice scopo: per un verso indurre il datore a decidere in maniera responsabile; e per altro verso offrire al lavoratore l'opportunità di valutare "la giustificazione accampata dalla controparte" nonché il grado di probabilità di un'eventuale impugnazione (19).

Da un'angolazione più strettamente processuale, inoltre, la motivazione svolge un ruolo di carattere tecnico, in quanto delimita la materia del contendere di un successivo giudizio; ed inoltre, in virtù del principio di immutabilità, preclude al

(15) Per una rassegna del dibattito dottrinale cfr. D. GAROFALO, *Licenziamento e forma*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, a cura di M. MISCIONE, Torino, 1998, 181 ss.; nonché cfr. G. PERA, *Licenziamenti (licenziamenti individuali)*, EGT, Roma, 1993, 21.

(16) In tal senso anche R. DE LUCA TAMAJO, Art. 2, cit., p. 184.

(17) A. VALLEBONA, *Licenziamento inefficace*, cit., p. 875.

(18) Cass., 8 giugno 2005, n. 11946 in *Giust. Civ. mass.*, 2005, 6; nello stesso senso Trib. Trapani, 11 agosto 2004, in *Giur. Merito*, 2005, 3, 579.

(19) G. PERA, *La cessazione*, op. cit., p. 147.

datore di lavoro di introdurre in sede giudiziale fatti nuovi o elementi modificativi della condotta posta a base della contestazione (20).

Si puntualizza altresì come non sia necessaria alcuna motivazione ove il lavoratore non ne faccia espressa richiesta, dal momento che una tale evenienza non determina alcun tipo di acquiescenza al provvedimento, né tanto meno la preclusione dell'opportunità di un'impugnativa (21).

4. Questa sommaria ricostruzione della disciplina generale dei licenziamenti individuali offre degli utili spunti per analizzare i passaggi argomentativi più salienti della sentenza.

Ben vero la fattispecie concreta che ha dato origine alla controversia decisa in sentenza solleva il seguente interrogativo: *quid iuris* nel caso in cui la richiesta dei motivi sia effettuata oltre il termine dei quindici giorni e, senza che vi sia stata una precedente impugnativa del licenziamento, il datore di lavoro abbia comunicato i motivi nei termini di legge?

In prima battuta l'*iter* logico della parte motiva della sentenza si fonda sostanzialmente sull'individuazione della natura da attribuire al termine di quindici giorni posto a carico del lavoratore per richiedere le ragioni che hanno determinato il licenziamento.

Ritiene il giudice che da un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, non possa che farsi discendere la natura ordinatoria del relativo termine, in quanto nessuna conseguenza viene apprestata dal legislatore ad una richiesta tardiva dei motivi (22).

Il riferimento è a quell'orientamento espresso dalla Suprema Corte, secondo cui il licenziamento è da ritenere inefficace ove il datore di lavoro non comunichi la motivazione nel termine di sette giorni "rimanendo irrilevante la mancata richiesta da parte del lavoratore, nel termine di quindici giorni, termine al quale, in mancanza di un'espressa previsione legislativa analoga a quella citata, non va riconosciuto carattere perentorio" (23).

Da tale assunto preliminare, il giudice incentra la sua analisi sulla norma contenuta nell'art. 6, secondo cui il termine dei sessanta giorni per impugnare il licenziamento decorre "dalla comunicazione dei motivi".

Secondo un'esegesi strettamente letterale della norma, in combinazione con una lettura della natura ordinatoria del termine di quindici giorni utile per richiedere i motivi, il giudice conclude nel senso di ritenere pienamente legittima l'impugnazione che sia avvenuta computando il decorso dei sessanta giorni dalla comunicazione dei motivi, a prescindere dal momento in cui questi siano stati richiesti;

(20) M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo tratt. Dir. Lav. Riva Sanseverino-Mazzoni*, II, Padova, 1971, 593 ss.; in giurisprudenza Cass. 9 febbraio 1989, n. 823, in *Not. Giur. lav.*, 1989, 167.

(21) Cfr. per tutte Cass. 5 gennaio 2001, n. 107, in *Not. Giur. Lav.*, 2001.

(22) In senso sostanzialmente conforme vd. Cass., 14 aprile 2001, n. 5591, in *Mass. Giur. lav.*, 7, 2001, con nota critica di G. GRAMICCIA; *contra* vd. Cass. 20 giugno 1990, n. 6185 in *Giust. Civ.*, 1990, I, 2887, con nota di GALLOTTI, *La comunicazione dei motivi in fattispecie di trasferimento del lavoratore*.

(23) Vd. fra tutte Cass., 14 aprile 2001, n. 5591, cit.

aggiunge però un correttivo a tale assunto, perché non ignora che obbligare il datore di lavoro a rendere la motivazione anche oltre il termine prescritto dalla legge significherebbe pregiudicare la stabilità dei rapporti di lavoro.

La sentenza in commento, infatti, anche se con una motivazione sintetica, ha riconosciuto rilievo troncante alla natura discrezionale e volontaria della comunicazione resa dal datore, che fosse a conoscenza della tardività della richiesta. Ciò in quanto il datore di lavoro con la comunicazione dei motivi avrebbe accettato “consapevolmente il rischio di rimettere in termini il prestatore di lavoro” in ordine alla facoltà di impugnare il recesso datoriale (24).

5. Le argomentazioni finora riassunte offrono l'occasione all'interprete per approfondire la natura dei termini posti a carico del lavoratore dalla legge n. 604 del 1966, nonché l'ammissibilità dell'esistenza di un principio volontaristico di interruzione della decadenza dall'impugnazione del licenziamento.

Si deve in primo luogo osservare come sulla natura del termine di quindici giorni *ex art. 2*, non vi sia concordia in dottrina (25).

Secondo un'opzione interpretativa esso avrebbe natura perentoria, tale che il datore di lavoro potrebbe eccepire validamente la tardività al fine di giustificare l'inottemperanza alle richieste ovvero la tardività della propria comunicazione (26).

Coerente a tale prospettiva si mostra la terminologia adoperata dal legislatore con l'art. 2 che, all'omessa richiesta dei motivi o ad una richiesta tardiva di essi, non ricollega alcuna conseguenza (a parte l'esonero del datore di lavoro dall'obbligo di comunicarli).

Sembra infatti che si tratti di una facoltà riconosciuta al lavoratore, e non piuttosto di un onere sanzionato con la decadenza dall'esercizio di un diritto (27).

Nulla osta pertanto a che il lavoratore possa impugnare ugualmente il recesso nel termine prescritto dalla legge, anche se ha omissso la richiesta dei motivi o li ha richiesti tardivamente.

Un ulteriore profilo problematico è quello relativo alla natura del termine decadenziale dei sessanta giorni previsto al fine di esercitare il diritto di impugnazione del licenziamento (28).

(24) In senso conforme, ma in tema di esercizio dell'opzione per la continuazione del rapporto di lavoro dopo il conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, vd. Cass., 8 aprile 1998, n. 3613, in *Riv. It. Dir. lav.*, 1999, II, 141, con nota di DE MARGHERITI, secondo cui “la stessa decadenza può essere impedita, ai sensi dell'art. 2966 c.c., dal riconoscimento del diritto, risultante anche da un comportamento univoco del datore di lavoro”.

(25) Cfr. G. GRAMICCIA, *Sul termine della richiesta*, cit., p. 704.

(26) In tal senso D. GAROFALO, *I licenziamenti*, cit., p. 178; nonché F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la legge 11 maggio 1990 n. 108*, Napoli, 1990, p. 75; nonché in giurisprudenza cfr. Cass. 20 giugno 1990, n. 6185, in *Giust. Civ.*, 1990, 2887, secondo cui “la decadenza deve essere eccepita tempestivamente dal datore di lavoro che voglia giustificare l'inottemperanza alle richieste o la tardività della propria comunicazione”.

(27) Cass. 5 gennaio 2001, n. 107, cit.

In tale caso il legislatore espressamente prevede la decadenza quale conseguenza del mancato esercizio del diritto. E per regola generale tale decadenza è insuscettibile di interruzione e di sospensione (29).

E' infatti pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che se il lavoratore fa inutilmente decorrere tale periodo si preclude la possibilità di impugnare, anche in via giudiziaria, il licenziamento (30).

La *ratio* di tale disciplina è facilmente intuibile.

Un sistema che pone a carico del datore di lavoro una serie di obblighi di carattere formale e sostanziale, affinché possa efficacemente esercitare il potere di recesso all'interno dell'organizzazione aziendale, per converso deve anche bilanciare tali oneri con una regola minima di certezza dei rapporti giuridici qual è appunto il decorso del tempo (31).

Il datore di lavoro non può rimanere soggetto alle conseguenze derivanti da un'azione proposta a distanza di molto tempo; e difatti oltre il termine imposto dalla legge, in una situazione di inattività del lavoratore, il licenziamento scritto, anche se immotivato, diventa definitivo (32).

Il legislatore pertanto ha inteso vincolare l'eventuale esercizio della facoltà di richiesta dei motivi del licenziamento ad un momento prossimo alla comunicazione del recesso.

Viceversa questo momento potrebbe essere differito a beneplacito del lavoratore che verrebbe legittimato a non rispettare più alcun termine prescritto dalla legge.

Il profilo più problematico, sollevato dalla fattispecie concreta oggetto della sentenza, si pone in relazione all'identificazione del *dies a quo* da cui fare decorrere il termine decadenziale (33).

Invero la lettera della legge fa riferimento al momento in cui il datore di lavoro esplicita i motivi richiesti, sul presupposto che non siano ancora decorsi i sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento.

Mentre, in base alla pronuncia del giudice del lavoro di Palermo, il termine decorrerebbe comunque dalla comunicazione dei motivi, avendo riguardo al momento in cui questi vengono forniti dal datore, piuttosto che a quello in cui vengono richiesti.

L'effetto concreto che ne discende è quello della "rimessione in termini" del lavoratore, in ordine all'impugnazione del licenziamento.

(28) F. LUNARDON, *Il licenziamento orale tra il diritto comune dei contratti ed il diritto speciale del lavoro*, in *Giur. It.*, 1999, p. 687 ss.

(29) Cass. 2 marzo 1987, n. 2197, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 832. Nonché in dottrina cfr. F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti*, cit., p. 161.

(30) Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, cit., p. 826; D. GAROFALO, *Licenziamento e forma*, cit., p. 181 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Commento all'art. 2*, cit., p. 183.

(31) M. MARINELLI, *I licenziamenti*, cit., p. 29.

(32) Pret. Livorno, 29 marzo 1991, in *Toscana Lavoro giur.*, 1992, 42.

(33) LAVAGNINI, *Certezza de rapporti giuridici e decadenza*, in *Mass. Giur. lav.*, 1967, 72; GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. Trim. proc. Civ.*, 1970, 892 ss.

Ciò che non appare chiaro è se tale opzione ermeneutica valga anche nel caso in cui il lavoratore abbia esercitato la sua richiesta dei motivi una volta decorso il termine dei sessanta giorni prescritto dall'art. 6 della legge n. 604 del 1966 (34).

6. L'argomento fondante il giudizio, che assume valore determinante ai fini di una corretta interpretazione del principio che ne discende, è quindi l'ipotesi di una rinuncia alla decadenza (35).

Cosicché ne emerge il principio per cui il datore di lavoro che abbia ugualmente esplicitato "spontaneamente" i motivi del licenziamento, manifesta la volontà "di rimettere in termini il prestatore di lavoro".

Tuttavia l'*iter* logico giuridico della sentenza in commento mostra talune lacune poiché non argomenta in modo analitico attraverso quali modalità debba estrinsecarsi la rinuncia.

Vanno sollevate al riguardo talune perplessità.

In primo luogo non è peregrina l'ipotesi che il datore di lavoro abbia comunicato i motivi con la consapevolezza di una già avvenuta decadenza del lavoratore, e che di conseguenza il suo comportamento sia stato ispirato solo dal rispetto di un principio di civiltà giuridica (36).

Nell'ipotesi in esame, invero, viene in particolare rilievo l'esigenza di tutela dell'affidamento. Non si può infatti ignorare il contesto normativo e sociale in cui si svolge il rapporto di lavoro, in considerazione del quale deve ritenersi che "il silenzio serbato per un apprezzabile lasso di tempo da una delle parti possa valere ad ingenerare, nella controparte in buona fede, un ragionevole affidamento circa la volontà della parte silente" (37).

Aderire senza precisazioni alla soluzione prospettata in sentenza significherebbe pregiudicare l'esigenza del datore di lavoro di non essere chiamato a rispondere delle conseguenze di un suo comportamento, pur illegittimo qual è il licenziamento ingiustificato, a distanza di molto tempo.

E difatti, in ossequio ad un principio di certezza dei rapporti giuridici, con lo spirare del termine per la richiesta dei motivi, le parti non potranno modificare in alcun modo il corso della decadenza avvenuta, conformemente a quanto prescritto dall'art. 2964 c.c. (38).

La legge infatti ricollega all'inutile decorso del tempo una manifestazione implicita dell'acquiescenza del lavoratore al licenziamento intimatogli, sulla scorta

(34) Giurisprudenza risalente è di tale avviso: Cass., 27 giugno 1980, n. 4043, *FI*, 1980, I, 2124.

(35) In generale sull'istituto della rinuncia in diritto privato cfr.: G. SICCHIERO, *Rinuncia* (voce), in *Dig. IV, Disc. Priv.*, XVII, 652 ss.; F. MACIOCE, *Rinuncia* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 923; nonché L.V. MOSCARINI, *Rinunzia* (voce), in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991.

(36) A tal proposito si potrebbe configurare l'ipotesi di un errore del datore di lavoro circa l'effetto estintivo operato dalla rinuncia sul diritto abdicato, cfr. F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, Napoli, 1992, 264 ss.

(37) Cfr. Trib. Termini Imprese, 24 maggio 2004, n. 411 (est. A. Piraino), a quanto consta inedita.

(38) C.M. CAMMALLERI, *L'inefficacia del licenziamento. Tutela obbligatoria e diritto comune*, Palermo, 2004, p. 178.

dell'assunto che l'inerzia sia sintomo evidente di disinteresse (39), nonché indizio della volontà del lavoratore di risoluzione del contratto (40).

Al fine di evitare tali conseguenze, tassativamente prescritte dalla disciplina sui licenziamenti in generale, si può fare ricorso ai principi generali dell'ordinamento, ed in particolare all'ipotesi di una rinuncia a far valere un diritto, che sia manifestata dall'interessato anche *per facta concludentia*.

Nel caso oggetto del giudizio in commento, la comunicazione dei motivi sollecitata dal lavoratore, pur nella consapevolezza che il termine per l'interpello fosse infruttuosamente decorso, può essere interpretata come un esempio di rinuncia tacita a far valere la decadenza (41).

Ma la soluzione non è così immediata. Invero, per l'accertamento della sussistenza dell'*animus rinunciandi*, la giurisprudenza ritiene che, in presenza di diritti disponibili, si debba riscontrare "un comportamento univoco ed incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione medesima" (42).

Quest'indagine andrebbe approfondita nel caso di specie soprattutto in relazione all'individuazione di un proposito abdicativo del datore di lavoro a far valere la decadenza, visto che una simile manifestazione di volontà non sembra possa scaturire, quale effetto automatico, dalla mera spontanea comunicazione non dovuta dei motivi.

Alla conclusione cui perviene il Giudice di Palermo in effetti osta anche un altro elemento di carattere concreto.

Lo stesso datore di lavoro, infatti, con l'atto di difesa, ha preliminarmente dedotto in giudizio l'eccezione di decadenza, quale causa estintiva del diritto di impugnazione del licenziamento.

Ciò invero dovrebbe essere indizio sufficiente a negare la sussistenza di una sua volontà abdicativa (43).

La soluzione sposata nella sentenza in commento, tuttavia, sembra non tenerne conto.

(39) Cass., 20 maggio 2004, n. 9647 in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 622, secondo cui l'inerzia del lavoratore è assimilabile ad una implicita rinuncia.

(40) Trib. Bari, 9 novembre 2005, in *Dir. e Giust.*, 2005, secondo cui "ove l'inerzia superi il periodo coperto da prescrizione o da decadenza, essa costituisce indizio della volontà del lavoratore di risoluzione del contratto".

(41) La forma della rinuncia è collegata all'oggetto della rinuncia medesima, generalmente si ritiene che, fuori dai casi previsti *ex n. 5*, art. 1350 c.c., la forma possa essere pure tacita come è dato desumere dall'art. 157 c.p.c. in materia di sanatoria della nullità processuale. In dottrina cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1990, 203; nonché G. SICCHIERO, *Rinuncia*, op. cit., 660.

(42) Principio consolidato da Cass., 28 luglio 1951, n. 2202, *Id.*, 10 ottobre 1974, n. 2767, in *FI*, 1975, I, 365; Cass. 3347/1975.

(43) La giurisprudenza della S.C. ritiene che, stante, *ex art. 2969 c.c.*, l'ordinaria irrilevabilità d'ufficio della decadenza, spetti proprio all'interessato sollevare la relativa eccezione; in tal senso Cass. 5 marzo 1987 n. 2330, in *Mass. Giust. Civ.*, 1987; nonché circa la ricorribilità della previsione *ex art. 416*, comma 2, c.p.c. si segnalano per tutte Cass. 2 dicembre 1988, n. 6546, in *Mass. Giur. lav.*, 1989, 64 e Cass. 19 dicembre 1985 n. 6514, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, 215 con nota di L. ZOPPOLI, *Intempestiva impugnazione del termine illegittimo ed estinzione del contratto di lavoro per mutuo dissenso*.

Ed anche se non emerge in modo espresso dal testo della motivazione, l'*iter* logico - giuridico a fondamento della decisione può ricostruirsi nel seguente modo: una volta comunicati i motivi, il datore di lavoro "consuma" il suo diritto a far valere la decadenza e rimette in termini il lavoratore.

Il datore di lavoro, infatti, avrebbe piuttosto dovuto eccepire la tardività tempestivamente, o per giustificare l'inottemperanza alle richieste o la tardività della propria comunicazione, o, come nel caso di specie, per motivare la comunicazione facendo risaltare l'avvenuta decadenza (44).

Pertanto l'eccezione giudiziale, successiva a tale momento, non è sufficiente a privare di efficacia un comportamento concludente, già perfezionatosi, quale l'esplicitazione dei motivi.

7. Il principio espresso con la sentenza in esame, secondo cui l'esplicitazione dei motivi, anche se richiesti tardivamente, sana il decorso del tempo, in quanto espressione di una rinuncia tacita a far valere la decadenza, necessita di talune puntualizzazioni.

Appare condivisibile la prospettiva ermeneutica del giudice di Palermo solo nella misura in cui la richiesta dei motivi sia avvenuta sì tardivamente, oltre i quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento, ma ad ogni modo mai oltre il termine massimo dei sessanta complessivamente trascorsi.

Infatti se, come visto, alcuni dubbi possono essere avanzati in ordine alla natura ordinatoria o perentoria del termine prescritto per la richiesta dei motivi, certamente non può negarsi che l'art. 6 della L. n. 604/1966 nella misura in cui fissa in sessanta giorni il termine per l'impugnazione del licenziamento costituisce un sicuro indice normativo capace di proiettare significati socialmente rilevanti sull'inerzia serbata dal lavoratore.

Sulla scorta di tali considerazioni quindi sarebbe stato auspicabile che il giudice nel vagliare la soluzione più adeguata tenesse preliminarmente conto di questa distinzione, statuendo l'ammissibilità di una rinuncia alla decadenza solo nel caso in cui il termine dei sessanta giorni non fosse ancora trascorso.

Anche in quest'ipotesi, comunque, si sottolinea come sarebbe stata opportuna, da parte del giudice, una valutazione più analitica degli indizi cui fare riferimento per rinvenire nel caso concreto la sussistenza di tale volontà abdicativa.

È infatti conforme ai principi generali dell'ordinamento ricondurre una simile ipotesi, che tende ad allargare le maglie dell'impugnativa del licenziamento da parte del lavoratore, entro schemi che abbiano dei requisiti minimi individuati preventivamente, o in sede legislativa o in sede di accertamento giudiziale.

Il legislatore, infatti, non ammette nessuna ipotesi espressa in deroga alle norme in tema di decadenza *ex* art. 6 della legge n. 604 del 1966.

Fa eccezione solo il caso in cui il licenziamento sia dichiarato inesistente o

(44) Conformemente a Cass. 20 giugno 1990, cit., 1990, 2887.

nullo perché non comunicato per iscritto o perché non siano stati comunicati parimenti per iscritto i motivi (45).

Non si può tacere comunque come nel caso in cui il giudice avesse optato per l'inammissibilità della domanda del lavoratore, questi non sarebbe ad ogni modo rimasto sprovvisto di tutela; infatti il decorso infruttuoso dei sessanta giorni *ex art. 6 L. 604/1966* non implica che il licenziamento sia stato lecito.

La giurisprudenza prevalente, in tal proposito, ritiene che la natura decadenziale del termine per impugnare l'atto di recesso datoriale precluda al lavoratore la sola possibilità di godere della tutela reale *ex art. 18 della Legge n. 300 del 1970* (46); rimane invece pienamente operante il rimedio della disciplina generale, vale a dire la normale azione risarcitoria per i danni ulteriori e diversi rispetto a quelli cagionati dalla semplice perdita del posto di lavoro (47), nel caso in cui ne ricorrano e ne siano dal lavoratore allegati i relativi presupposti.

In conclusione si deve ritenere che la suggestione interpretativa del giudice abbia offerto una soluzione della fattispecie concreta orientata da ragioni di carattere sostanziale, ma altresì dall'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra gli opposti interessi in gioco.

Ne emerge infatti una lettura della natura dei termini imposti al lavoratore, in chiave funzionale al caso concreto.

Se in generale dall'inutile decorso di essi si può desumere l'inerzia del lavoratore ed il suo disinteresse ad invalidare il licenziamento, per altro verso un esercizio del diritto non tempestivo a cui faccia riscontro un solerte adoperarsi del datore di lavoro, implica la volontà di quest'ultimo di non far valere gli effetti del decorso del tempo.

L'unico limite rimane quello di stabilire entro criteri certi quando si è in presenza di comportamenti concludenti che in senso univoco integrino una volontà dello stesso datore di lavoro di abdicare ad un diritto che rientra nella sua piena disponibilità.

In caso contrario si corre il rischio di arrecare un pregiudizio all'esigenza di certezza del diritto dei rapporti giuridici, lasciando il datore di lavoro alla mercé ed all'arbitrio dell'intempestività del reclamo esercitato dal prestatore.

Nell'incertezza infatti delle conseguenze cui potrebbe andare incontro, egli preferirà rifiutarsi di rendere la comunicazione dei motivi, fuori dai termini di legge, in danno ad una visione dei rapporti di lavoro ispirata a principi di civiltà giu-

(45) In tale caso infatti opera il più ampio termine di prescrizione. Cfr. *ex plurimis*, Cass. 24 giugno 1997, n. 5611, in *Not. Giur. Lav.*, 1997, 527; Cass., 29 novembre 1996, n. 10697, in *Mass. Giust. Civ.*, 1996; Cass., 29 luglio 1995, n. 8324, *ivi*, 1995.

(46) Cass. 2 marzo 1999, n. 1757, in *Lav. Giur.*, 1999, p. 825, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Decadenza dall'impugnazione di licenziamento e azione risarcitoria*; nonché in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 177, con nota di A. PELLECCIA, *Impossibilità di impugnazione di un licenziamento futuro*; Cass. 24 giugno 1987, n. 5532, in *Mass. giust. civ.*, 1987.

(47) M. MARINELLI, *I licenziamenti*, cit., p. 29, secondo il quale non è esperibile la normale azione risarcitoria dei danni patrimoniali, in sostituzione della tutela speciale prevista dal legislatore *ex art. 8 della l. n. 604 del 1966 e art. 18 della l. n. 300 del 1970*.

ridica. A meno che, nella lettera di comunicazione dei motivi, non venga posta in evidenza dallo stesso datore la tardività della richiesta; ma ciò andrebbe a configurare un ulteriore onere, non espressamente previsto dalla legge, a carico del datore di lavoro.

Dott.ssa Alessia Gabriele

*(Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Impresa c/o la Facoltà
di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo)*

CORTE COSTITUZIONALE

Pensioni - Pensione di inabilità - Straniero - Requisiti - Possesso della carta di soggiorno e di un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e del nucleo familiare - Effetti sulle prestazioni già liquidate - Omessa verifica di una interpretazione escludente l'efficacia retroattiva delle norme censurate - Manifesta inammissibilità della questione.

Corte Costituzionale - Sentenza 06.10.2006, n. 324 - Pres. Bile - Rel. Amirante.

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 per non avere i giudici a quibus svolto alcuna motivazione sulle ragioni per cui le norme censurate debbano essere applicate a rapporti di durata già venuti ad esistenza

FATTO – 1. - Nel corso di una controversia in materia di assistenza obbligatoria, promossa da un cittadino egiziano nei confronti del Comune di Milano e dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 32, 35, terzo comma, 38, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (*recte*: dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, come modificato dall'art. 9 della legge n. 189 del 2002), in relazione all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118, nella parte in cui tale complesso normativo prevede la necessità del possesso della carta di soggiorno e della relativa condizione reddituale, affinché gli stranieri inabili civili possano fruire (o, quanto meno, continuare a fruire) della pensione di inabilità.

Espone il giudice *a quo* che il ricorrente, munito di permesso di soggiorno per lavoro dal 1991, aveva prestato in Italia lavoro subordinato per quasi tre anni ed era stato riconosciuto invalido civile al 100 per cento ai fini del trattamento economico di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971, e che, dopo aver percepito la pensione di inabilità dal settembre 1998 all'aprile 2001, si era visto sospendere l'erogazione del beneficio, nonostante la persistenza della inabilità, a causa della mancata presentazione della carta di soggiorno, considerata dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 requisito indispensabile per la concessione delle provvidenze economiche sopra indicate.

Osserva il remittente che il cittadino straniero, pur avendo richiesto la carta di

soggiorno, non può ottenerla, giacché essa – in base al disposto dell'art. 9 del d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dalla legge n. 189 del 2002 – viene attribuita allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno sei anni, titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, il quale dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari; reddito che il ricorrente, proprio a causa della sua inabilità, non è in grado di produrre.

Il giudice *a quo* – premesso, in punto di rilevanza, che un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle censurate disposizioni comporterebbe il ripristino della pensione – ritiene l'impugnata normativa lesiva degli evocati parametri. I benefici economici di cui alla legge n. 118 del 1971, infatti, si inquadrano nell'ambito dell'assistenza sociale, prevista dall'art. 38 Cost. come uno strumento per assicurare tutela ai soggetti sprovvisti di reddito e menomati nella propria integrità psicofisica; simili provvidenze, costituendo diritti soggettivi attinenti a diritti fondamentali della persona, non sono suscettibili di subire diminuzioni nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

Il Tribunale di Milano, inoltre, ravvisa un contrasto tra la normativa censurata e l'art. 2 Cost., inteso come principio di solidarietà sociale, e l'art. 38, primo e secondo comma, Cost., specificamente riferito ai lavoratori in generale, a prescindere dal requisito della nazionalità o della cittadinanza.

Quanto all'art. 3 Cost., il remittente ravvisa una sua violazione sia in riferimento al principio di uguaglianza che a quello di razionalità. Il primo sarebbe leso per il fatto che agli stranieri verrebbe chiesto l'ulteriore requisito della titolarità della carta di soggiorno, con conseguente disponibilità di un certo livello di reddito; il secondo, invece, risulterebbe vulnerato perché la normativa in esame, anziché limitarsi a regolare per il futuro in modo difforme e più restrittivo per gli stranieri la materia dell'assistenza sociale, introduce senza alcuna graduazione dell'intervento normativo, disposizioni che determinano l'eliminazione di benefici assistenziali già concessi in base a diversi criteri normativi anteriormente vigenti.

Anche il precetto di tutela della salute, sancito all'art. 32 Cost. come diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, appare al remittente leso dall'eliminazione di provvidenze nei confronti di stranieri divenuti inabili, senza apparenti ragioni di protezione di beni di pari o superiore livello.

Al Tribunale, infine, appaiono violati gli artt. 10, 35, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., poiché la Repubblica, favorendo accordi internazionali nella regolazione del lavoro e vincolandosi agli obblighi internazionali e alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, si adegua e conforma ai principi espressi da organizzazioni che perseguono fini di giustizia sociale e il riconoscimento dei diritti dell'uomo, quale l'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) in relazione alla sicurezza sociale. Il giudice *a quo* richiama in proposito l'art. 6 della convenzione OIL n. 97 del 1949 (ratificata con legge 2 agosto 1952, n. 1305) che, in materia di sicurezza sociale, prescrive che all'immigrato sia assicurato un trattamento non meno favorevole di quello applicato dagli Stati ai propri cittadini, nonché l'art. 10 della convenzione OIL n. 143 del 1975 (ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158) che, per i lavoratori migranti, garantisce parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale.

2. - Si è costituito davanti a questa Corte lo straniero ricorrente nel giudizio *a quo*, chiedendo, anche in una memoria depositata in prossimità dell'udienza, l'accoglimento della questione.

3. - Si è altresì costituito il Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, chiedendo che la prospettata questione venga dichiarata non fondata, sul principale rilievo secondo cui, essendo «innegabile che la posizione del cittadino è diversa da quella dello straniero», non appare irragionevole che il legislatore abbia posto come condizione per la fruizione della pensione di inabilità la presenza dello straniero nel territorio italiano, requisito di fatto cui il legislatore fa ricorso anche in altre situazioni. L'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 ha limitato l'accesso ai benefici assistenziali ai soli stranieri titolari di carta di soggiorno e, poiché la pensione di inabilità si protrae nel tempo, è naturale che essa sia soggetta alla disciplina vigente in quel dato momento, tanto più che questa Corte ha già riconosciuto che non è interdetto al legislatore, nei rapporti di durata, la modifica in senso meno favorevole, salvo il limite della materia penale in caso di retroattività.

4. - Si è pure costituito l'INPS che ha concluso nel senso dell'inammissibilità ovvero dell'infondatezza della questione, sottolineando, in particolare, che la scelta del legislatore di restringere le condizioni di accesso a determinate prestazioni assistenziali non appare di per sé incostituzionale, ben potendo questi, nell'ambito della propria discrezionalità, dettare norme che modificano in senso meno favorevole la disciplina dei rapporti di durata, salvo il limite della materia penale in caso di retroattività. D'altra parte, non vi sarebbe alcuna illegittimità nel differenziare le suddette prestazioni assumendo come criterio quello di favorire i soggetti che hanno una maggiore stabilità di residenza nel nostro Paese, tanto più che l'art. 80, comma 19, oggetto di contestazione è stato dettato per evidenti finalità di contenimento della spesa pubblica.

5. - Nel corso di un'analoga controversia, promossa da un cittadino somalo nei confronti dell'INPS, il Tribunale di Monza, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, in combinato disposto con l'art. 9, comma 1, della legge n. 189 del 2002 (*recte*: art. 9, comma 1, del decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 9 della legge n. 189 del 2002), in relazione all'art. 12 della legge n. 118 del 1971, negli stessi termini e con riferimento ai medesimi parametri costituzionali di cui alla precedente ordinanza.

Il giudice *a quo* riferisce che il ricorrente, dopo aver prestato attività di lavoro subordinato in Italia per dieci anni ed aver ottenuto il riconoscimento della riduzione della sua capacità lavorativa al 67 per cento, era stato poi riconosciuto invalido civile al 100 per cento in data 10 luglio 2000, con conseguente diritto al trattamento economico di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971. Egli, tuttavia, non aveva potuto ottenere detto trattamento a causa della mancata presentazione della carta di soggiorno, pur essendo in possesso degli altri requisiti di legge, ivi compreso il permesso di soggiorno.

Ciò posto, il Tribunale di Monza svolge argomenti del tutto analoghi a quelli esposti dal Tribunale di Milano.

6. - In entrambi i giudizi è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha concluso per l'i-

nammissibilità e la non fondatezza della questione, con due atti difensivi di identico contenuto nei quali ha posto l'accento sul fatto che l'introdotta differenziazione tra titolari di permesso di soggiorno e titolari di carta di soggiorno non è dovuta a una qualche forma di discriminazione, quanto piuttosto al fatto che, con lo spirare del termine ultimo del permesso di soggiorno, si esaurisce il titolo per rimanere legittimamente nel territorio dello Stato italiano. D'altra parte, le misure di assistenza degli invalidi civili sono peculiari della legislazione italiana e non trovano riscontro nelle legislazioni di tanti altri Paesi, sicché eventuali estensioni dei predetti benefici economici in favore degli stranieri non potrebbero prescindere dal principio di reciprocità. L'interpretazione cui tende il remittente, invece, si risolverebbe nella sostanziale equiparazione del permesso di soggiorno alla carta di soggiorno, superando le motivazioni che hanno indotto il legislatore a prevedere discipline differenziate in ragione della diversità dei due titoli di permanenza nel territorio italiano.

Infondati risulterebbero altresì, secondo l'Avvocatura dello Stato, i presunti profili di lesione degli artt. 2 e 32 Cost., in quanto è appunto in virtù delle disposizioni richiamate dal remittente che anche chi sia irregolarmente presente nel territorio nazionale ha diritto di usufruire di tutte le prestazioni sanitarie che risultino indifferibili e urgenti. Parimenti, non sussisterebbe la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto lo *status* del possessore di carta di soggiorno è profondamente diverso da quello del titolare del permesso di soggiorno, così come sarebbero infondate le censure di cui all'art. 35. Così, trattandosi di provvidenze che nulla hanno a che vedere col rapporto di lavoro. Ugualmente non fondato, infine, sarebbe il riferimento alle disposizioni di cui all'art. 38 Cost., peraltro solo genericamente richiamato, in quanto lo straniero, nel caso di specie, verrebbe ammesso a fruire di trattamenti che presuppongono uno *status* diverso da quello posseduto dal titolare del solo permesso di soggiorno.

DIRITTO – 1. - Il Tribunale di Milano dubita, in riferimento agli artt. 2, 3, 10, 32, 35, terzo comma, 38, primo e secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001), in combinazione con l'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (*recte*: dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 recante “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero”, come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189), perché subordina al possesso della carta di soggiorno il riconoscimento del diritto degli stranieri alla pensione di inabilità.

Il remittente premette che la normativa in questione, in aderenza a quanto ritiene il Comune di Milano con indirizzo sorretto da un parere del Consiglio di Stato, si applica a coloro che avevano i requisiti per ottenere la pensione prima dell'entrata in vigore della legge e anche a coloro cui i ratei di pensione erano stati erogati, perché il legislatore può legittimamente disciplinare i rapporti di durata già esistenti anche con misure peggiorative nei confronti degli aventi diritto.

La normativa sarebbe, però, illegittima perché incide su diritti della persona-

lità (art. 2 Cost.) e crea una disparità di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti in Italia, irragionevole perché richiede l'esistenza della titolarità di reddito in capo a chi, per la sua inabilità, non è in grado di procurarselo (art. 3 Cost.), oltre che contraria al diritto internazionale (artt. 10 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, alle convenzioni OIL n. 97 del 1949 (ratificata con legge n. 1305 del 1952) e n. 143 del 1975 (ratificata con legge n. 158 del 1981), nonché alle norme sulla tutela dei lavoratori inabili (artt. 35 e 38 Cost.).

2. - Con ordinanza analoga alla precedente, la questione è stata sollevata anche dal Tribunale di Monza, con la differenza di fatto che a favore dello straniero attore nel giudizio *a quo* non era stato eseguito alcun pagamento di ratei pensionistici, ancorché fosse intervenuto l'accertamento dello stato invalidante.

3. - I giudizi, aventi ad oggetto la medesima questione, devono essere riuniti per essere decisi con unica sentenza.

La questione non è ammissibile.

Occorre premettere che il diritto alla pensione d'inabilità, costituente prestazione assistenziale, è disciplinato direttamente dalla legge e da luogo a un rapporto di durata, nell'ambito del quale sorgono i diritti alla riscossione dei ratei della prestazione, assoggettati, questi ultimi, appunto al regime delle prestazioni periodiche.

In linea di principio, al legislatore è consentito modificare il regime di un rapporto di durata, quale quello in oggetto, con misure che incidano negativamente – sia riguardo all'art., sia riguardo al *quantum* – sulla posizione del destinatario delle prestazioni, purché esse non siano in contrasto con principi costituzionali e, quindi, non ledano posizioni aventi fondamento costituzionale.

Tuttavia, il rilievo del suindicato potere del legislatore non implica che, ogni qualvolta sia introdotta una nuova disciplina legale di un rapporto di durata avente tali caratteristiche, essa necessariamente debba essere applicata ai rapporti già costituiti sulla base della previgente normativa.

Se è vero che il principio di irretroattività ha fondamento costituzionale soltanto per quanto concerne le norme penali, è altrettanto vero che esso costituisce un criterio generale cui uniformarsi in carenza di deroghe (art. 11 disposizioni sulla legge in generale).

Nel caso in esame, nessuno dei giudici *a quibus* svolge una propria, congrua motivazione sulle ragioni per le quali una normativa come quella censurata – che non si autoqualifica interpretativa e non contiene alcuna espressa disposizione derogatoria rispetto al principio generale menzionato che regola l'efficacia della legge nel tempo – debba essere applicata a rapporti di durata già venuti ad esistenza.

I remittenti si limitano a riportarsi a prassi amministrative di un ente locale e ad un atto meramente consultivo, ma trascurano di esaminare la possibilità di adottare una diversa interpretazione delle disposizioni in scrutinio – peraltro seguita dalla giurisprudenza comune – tale da sottrarle ai sollevati dubbi di legittimità costituzionale.

(*Omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni Unite Civili

Giurisdizione amministrativa - Decreto di individuazione degli immobili da dismettere - Sussistenza.

Corte di Cassazione, SS.UU., 20.09.2006, n. 20322; Pres. Carbone - Rel. Amoroso - Ente nazionale di Previdenza ed Assistenza Farmacisti (Avv.ti Prosperetti, Rizza) - Associazione Nazionale Inquilini ENPAF (Avv. Giallombardo) - B.A.B. e altri (Avv. Antonuccio) - Associazione degli Enti Privatizzati (Avv. Ciociola) - Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e altri.

Deve essere devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione dell'impugnazione dei decreti ministeriali con i quali sono individuati gli immobili degli enti previdenziali da dismettere ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 79 del 1997, conv. in legge n. 140 del 1997, in attuazione della delega di cui all'art. 2 del d. lgs. n. 104 del 1996, in relazione al disposto generale di cui all'art. 103, primo comma, Così, trattandosi di provvedimenti adottati nell'esercizio di un potere autoritativo a fronte del quale gli enti pubblici, proprietari degli immobili, sono titolari di interessi legittimi.

FATTO – 1. L'E.N.P.A.F. (Ente Nazionale di Previdenza ed Assistenza dei Farmacisti) con ricorso del 20 dicembre 2000 impugnava per vizi di legittimità dinanzi al TAR per il Lazio i decreti del 16 marzo 2000 e del 27 settembre 2000 con i quali il Ministro del Lavoro ed il Ministro del Tesoro avevano individuato gli immobili degli enti previdenziali da dismettere ai sensi dell'art. 7 d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv. in legge 28 maggio 1997, n. 140, nonché il decreto del 19 ottobre 2000, con cui era stato approvato il disciplinare per l'espletamento delle gare e lo schema tipo del contratto di vendita, ed anche, con motivi aggiunti, il decreto del 31 gennaio 2001 con cui era stato approvato l'avviso d'asta per l'alienazione degli immobili.

L'adito TAR, con sentenza n. 2527 del 16 ottobre 2001, respingeva il ricorso.

2. L'ENPAF proponeva appello.

L'Associazione degli enti previdenziali privatizzati (AdEPP) svolgeva intervento adesivo in appello.

L'Associazione nazionale degli inquilini ENPAF (ANIE) proponeva appello incidentale per essere stato dichiarato inammissibile il suo intervento in primo grado.

Si costituivano anche alcuni inquilini dell'ENPAF.

Con sentenza n. 3268 del 6 maggio 2003 - 8 giugno 2003 il Consiglio di Stato, sez. VI, ha respinto l'appello. In particolare ha affermato che sussisteva la giurisdizione

zione amministrativa perché l'individuazione degli immobili degli enti previdenziali da dismettere, i procedimenti da seguire ed i criteri applicabili costituivano esercizio del potere autoritativo e discrezionale dei Ministri competenti e quindi la posizione soggettiva dell'ENPAF era di interesse legittimo. Osservava poi ancora il Consiglio di Stato che i decreti del 16 marzo e del 27 settembre 2000 erano stati emessi prima della trasformazione dell'ENPAF (avuto riguardo al provvedimento di approvazione del suo statuto emesso dal Ministero del Lavoro di concerto con il Ministro del Tesoro) in fondazione, e quindi esso aveva ancora la natura di ente previdenziale pubblico ai sensi del d.lgs. n. 509 del 1994.

Considerava poi il Consiglio di Stato che *lo jus superveniens*, costituito dal d.l. n. 351 del 2001, conv. in l. n. 410 del 2001, non riguardava l'ENPAF e non aveva inciso sulla previgente disciplina, come emergeva dal suo art. 3, comma 20, che aveva mantenuto ferme le precedenti disposizioni da cui erano sorti i rapporti giuridici in questione. Osservava ulteriormente che in precedenza il d.lgs. n. 104/96 e la legge n. 140/97 non avevano attribuito alcuna rilevanza alla trasformazione in persona giuridica privata degli enti previdenziali pubblici successiva a i provvedimenti di dismissione dei loro beni, mentre la citata normativa del 2001 era inapplicabile perché i destinatari erano gli enti ancora previdenziali e non quelli nel frattempo trasformati in privati.

3. Per la cassazione di tale sentenza ricorre l'ENPAF con due motivi, illustrati anche con memoria.

Resiste l'ANIE (Associazione nazionale inquilini ENPAF) con controricorso.

Resistono B.A.B. e C. C. C., nella qualità di erede di C.C.C., entrambe parti appellate nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato unitamente a numerosi altri conduttori di immobili dell'ENPAF.

Resiste l'Associazione degli enti previdenziali privatizzati aderendo al ricorso dell'ENPAF ed ha altresì presentato memoria.

I Ministeri intimati non hanno svolto difesa alcuna.

DIRITTO – 1. Il ricorso è articolato in due motivi.

Con il primo motivo l'ENPAF denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, 26 e 48 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e 36 legge 6 dicembre 1971 n. 1034, deducendo che il *petitum* sostanziale dell'originario ricorso introduttivo del giudizio innanzi al T.A.R. per il Lazio era la sottrazione del patrimonio immobiliare alle procedure di dismissione e quindi l'assoluta carenza di potere della p.a. Inoltre sostiene non sussistere la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 4 legge n. 205 del 2000, riguardante i procedimenti di dismissione o privatizzazione di imprese.

Con il secondo motivo denuncia ulteriormente la violazione e falsa applicazione degli artt. 2 legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, 26 e 48 r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e 36 legge 6 dicembre 1971 n. 1034, nonché dei principi sul procedimento amministrativo.

Deduce che con il d.l. n. 351 del 2001, conv. in legge n. 410 del 2001, è stato ridisegnato il sistema delle dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici nel senso che gli immobili ricompresi nei programmi di dismissione straordinaria di cui all'art 7 legge n.140 del 1997 e gli immobili invenduti fino al 31 otto-

bre 2001 sono alienati con le modalità indicate nel decreto (art. 3, comma 10), in attuazione del quale è stato emanato il d.m. 30 novembre 2001, dal cui allegato si evince che l'ENPAF, a quella data ormai privatizzato, non era tra gli enti ivi individuati; conseguentemente l'ENPAF non aveva obblighi di dismissione, neppure del patrimonio invenduto al 31 ottobre 2001 e compreso nel programma straordinario. Pertanto – ritiene il ricorrente – non sussisteva la giurisdizione del giudice amministrativo per abrogazione implicita della precedente normativa che fondava il potere della p.a. con conseguente venir meno degli obblighi dismissivi.

2. Il primo motivo di ricorso, pur nella sua assoluta ermeticità, contiene due profili espressi nelle due uniche brevi proposizioni di cui si compone.

Con la prima sintetica affermazione l'ente ricorrente sostiene che il *petitum* sostanziale dell'originario ricorso al T.A.R. era la sottrazione del patrimonio immobiliare dell'ENPAF alle procedure di dismissione “e quindi la denuncia di una radicale carenza di potere dell'Amministrazione”. Erroneamente pertanto – prosegue la difesa del ricorrente – il Consiglio di Stato ha ritenuto che la questione avesse ad oggetto interessi legittimi dell'ente. Si sostiene in sostanza che gli atti impugnati (i quattro decreti ministeriali sopra citati) erano da considerare – non già meramente illegittimi – bensì, più radicalmente, emessi in assoluta carenza di potere nella parte in cui si riferivano agli immobili dell'ENPAF. La conseguenza quindi sarebbe che il giudice amministrativo, privo di giurisdizione in situazioni di assoluta carenza di potere, male avrebbe fatto a pronunciarsi nel merito della legittimità degli impugnati decreti ministeriali laddove 2655^003 avrebbe dovuto invece riconoscere la denunciata situazione di assoluta carenza di potere e quindi declinare la sua giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario.

3. Va preliminarmente rilevato che il motivo di ricorso, quanto a questo primo profilo, è ammissibile.

È vero che dalla stessa narrativa dell'impugnata sentenza del Consiglio risulta che con l'iniziale ricorso al T.A.R. per il Lazio l'ente ricorrente ha dedotto – non già l'assoluta carenza di potere – bensì l'illegittimità dei decreti ministeriali per violazione di legge ed eccesso di potere. Ed anche nell'atto d'appello l'ente ricorrente ha contestato l'esattezza della valutazione del TAR per il Lazio che aveva rigettato il ricorso, ma non ha dedotto innanzi al Consiglio di Stato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ossia di quel giudice che l'ente stesso aveva adito ritenendolo evidentemente fornito di giurisdizione. Ossia l'ente ha continuato a sostenere che il potere amministrativo espresso negli impugnati decreti ministeriali era stato esercitato con violazione di legge ed eccesso di potere, tipici vizi dell'atto amministrativo, senza invece accedere alla prospettazione e deduzione dell'assoluta mancanza di potere che avrebbe comportato – come ora l'ente sostiene nel ricorso per cassazione – il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Però, a fronte di questo radicale mutamento della linea difensiva dell'ENPAF, che paradossalmente imputa a sé stesso di aver adito un giudice sfornito di giurisdizione, deve non di meno considerarsi che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, parte resistente anche nel giudizio d'appello, ha eccepito (in quel giudizio, pur se non anche nel presente giudizio dove non ha svolto difesa alcuna) proprio il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo talché il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi anche (ed innanzi tutto) in ordine a questa questio-

ne pregiudiziale che apparteneva al tema devoluto al giudice dell'impugnazione; ciò consente di escludere che sul punto si sia formato alcun giudicato interno sulla giurisdizione sicché la rilevabilità anche d'ufficio del difetto di giurisdizione rende comunque ammissibile la sua deduzione, nel ricorso *ex art.* 362, primo comma, c.p.c., anche da parte di chi, nei precedenti gradi di giudizio innanzi al giudice amministrativo, abbia invece ritenuto quest'ultimo fornito di giurisdizione.

Naturalmente il ricorso, in quanto proposto ai sensi dell'art 362, primo comma, c.p.c., è strettamente limitato ai motivi attinenti alla giurisdizione, mentre è preclusa ogni censura in ordine alle ulteriori valutazioni in diritto ed in fatto del Consiglio di Stato, giudice speciale, che ha pronunciato l'impugnata sentenza.

4. Ciò preliminarmente ritenuto, deve poi considerarsi che, a fronte di un motivo di ricorso così ermetico e meramente assertivo, tale rimasto anche dopo la successiva memoria illustrativa che in realtà, in questa parte, ripercorre inammissibilmente le tematiche del merito del giudizio amministrativo, è sufficiente rilevare che in generale la situazione di carenza di potere si ha quando non è in alcun modo identificabile il potere esercitato dalla p.a., non ricorrendo i presupposti essenziali contemplati dalla previsione normativa su cui si fonda il potere stesso in ossequio al principio di legalità, mentre la completa disciplina normativa del potere vale a conformarlo ed a renderne l'esercizio come espletato *secundum jus*.

Nella fattispecie – per richiamare il quadro normativo di riferimento – deve considerarsi che l'art. 3, comma 27, legge 8 agosto 1995, n. 335 (che ha riformato il sistema pensionistico obbligatorio e complementare) ha inizialmente delegato il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi recanti norme volte a regolamentare le dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici, nonché gli investimenti degli stessi in campo immobiliare, sulla base di specifici principi e criteri direttivi.

In attuazione di tale delega l'art. 2 d.lgs. 16 febbraio 1996 n. 104 ha previsto che il Ministro del lavoro e della previdenza sociale fissasse criteri e parametri omogenei a cui gli enti avrebbero dovuto attenersi per un'organica ricognizione del loro patrimonio immobiliare. Sulla base di tale ricognizione i medesimi enti, nell'ambito della programmazione e degli indirizzi definiti dai rispettivi consigli di indirizzo e vigilanza e, negli altri casi, dai consigli di amministrazione, avrebbero determinato i programmi di cessioni del patrimonio immobiliare.

Successivamente l'art. 7 d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv. in l. 28 maggio 1997, n. 140 (recante misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica), poi parzialmente modificato dall'art. 59, comma 26, legge 27 dicembre 1997 n. 449 ed integrato dall'art 2 legge 23 dicembre 1999 n. 448, ha previsto – in aggiunta al piano ordinario di dismissione di cui all'art. 6 del cit. d.lgs. n. 104/96 – un programma straordinario di dismissione di beni immobiliari degli enti previdenziali pubblici di cui all'art. 1 del medesimo d.lgs. n. 104/96.

A tal fine il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, è stato investito del potere di definire i criteri per la stima del valore commerciale del predetto programma sulla base delle valutazioni correnti di mercato, relative ad immobili aventi analoghe caratteristiche; di individuare, anche sulla base delle indicazioni allo scopo fornite dai predetti enti, i beni oggetto del predetto programma; di elaborare uno schema-tipo di contratto d'acquisto dei predetti beni che

disciplinasse, tra l'altro, le modalità e i termini dei relativi pagamenti; di individuare tramite procedura competitiva il soggetto disponibile ad acquistare, a prezzi non inferiori ai rispettivi valori commerciali secondo la relativa stima, l'intero complesso dei beni oggetto del programma, ovvero il compendio dei beni appartenenti a ciascun ente interessato, ovvero uno o più lotti di beni ricompresi in ciascun compendio.

Successivamente con d.m. 16 marzo 2000 e 27 settembre 2000 sono stati individuati gli immobili da dismettere, tra cui quelli dell'ENPAF; con d.m. 19 ottobre 2000 è stata disciplinata la gara e con d.m. 31 gennaio 2001 è stato emanato l'avviso d'asta.

5. Orbene l'individuazione degli immobili assoggettati alla richiamata normativa sulla dismissione e la fissazione della procedura per realizzare tale dismissione sono espressione di un potere autoritativo a fronte del quale gli enti pubblici proprietari degli immobili sono titolari di situazioni di interesse legittimo, la cui cognizione – come hanno correttamente ritenuto prima il TAR per il Lazio e poi il Consiglio di Stato – è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo che in generale è il giudice naturale degli interessi legittimi (art. 103 Cost.).

Nella fattispecie il cit. d.lgs. 16 febbraio 1996 n. 104 ha previsto ed inizialmente disciplinato la dismissione del patrimonio immobiliare degli enti previdenziali pubblici contemplando in particolare all'art. 2 il potere del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di regolamentare il processo gestionale ed i programmi di cessione. Più specificamente il successivo cit. art. 7 d.l. 28 marzo 1997 n. 79, conv. in l. 28 maggio 1997 n. 140, ha previsto il potere dello stesso Ministro, di concerto con il Ministro del tesoro, di procedere, tra l'altro, all'individuazione degli immobili oggetto del programma di dismissione; potere peraltro di tipo organizzatorio – trattandosi di enti pubblici sui quali il Ministero esercitava la vigilanza – e nient'affatto ablatorio.

Quindi il perimetro del potere, con conseguente identificabilità nel suo contenuto essenziale, era tracciato dalla nozione di ente previdenziale pubblico titolare di un patrimonio immobiliare sicché l'ENPAF, in quanto all'epoca ente previdenziale pubblico, era certamente destinatario dell'esercizio di questo potere – e quindi assoggettato ad esso – a fronte del quale vantava una situazione di interesse legittimo al suo corretto esercizio.

La disciplina di dettaglio del potere attiene invece, non più alla sua identificabilità nel suo contenuto essenziale, bensì alla regolamentazione del suo esercizio e quindi alla sua conformazione *secundum jus*. Lo scostamento dalle regole di conformazione del potere comporta il vizio di violazione di legge la cui cognizione è rimessa alla giurisdizione del giudice amministrativo.

6. Questa era peraltro inequivocabilmente la situazione quando è stato emesso il primo dei quattro decreti ministeriali impugnati (d.m. 16 marzo 2000) di iniziale individuazione degli immobili oggetto del programma di dismissione. Ma anche in seguito, pur se a tale regolamentazione si è affiancata la disciplina di privatizzazione degli enti previdenziali (d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509, in attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, legge 24 dicembre 1993 n. 537), dal coordinamento delle due discipline emergeva solo una più specifica regola di conformazione di quel potere in astratto esistente, di cui si è appena detto.

La successiva sequenza temporale, per quanto rileva nel presente giudizio, ha

visto la delibera dell'ENPAF del 28 giugno 2000 di trasformazione dell'ente in fondazione privata; il decreto ministeriale del 27 settembre 2000 di ulteriore individuazione degli immobili oggetto del processo di dismissione; il decreto ministeriale del 19 ottobre 2000 di indizione della gara; il decreto interministeriale del 7 novembre 2000 di approvazione dello Statuto e del regolamento della fondazione in cui si era trasformato l'ENPAF; il (quarto e da ultimo impugnato) decreto ministeriale del 31 gennaio 2001 recante l'avviso d'asta.

Il parallelo sviluppo del processo di dismissione di beni immobili e di quello di privatizzazione di enti previdenziali già pubblici ha evidentemente punti di contatto che rilevano però nel contesto delle regole di conformazione del potere la cui violazione ridonda – come del resto inizialmente ritenuto dallo stesso ricorrente nel ricorso al TAR Lazio e nell'appello al Consiglio di Stato – in possibile vizio di violazione di legge degli impugnati decreti ministeriali, ma non impedisce, più radicalmente, la stessa identificazione del potere amministrativo.

Peraltro ha ulteriormente rilevato il Consiglio di Stato nell'impugnata sentenza che il processo di privatizzazione dell'ENPAF si è perfezionato solo con la prescritta approvazione dello Statuto e del regolamento della fondazione, prevista dall'art. 3, comma 2, d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509, quando ormai gli immobili oggetto del processo di dismissione erano già stati individuati e questa verificata evenienza non inficiava per invalidità sopravvenuta gli impugnati decreti ministeriali; valutazione questa che costituisce il merito del giudizio amministrativo non censurabile in sede di legittimità non attenendo più alla giurisdizione del giudice amministrativo, sussistente perché gli atti impugnati erano riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo a fronte del quale l'ente vantava una situazione di interesse legittimo.

7. Il secondo profilo del primo motivo di ricorso attiene alla corretta interpretazione dell'art. 4, comma 1, legge 21 luglio 2000, n. 205 (recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa), che ha introdotto l'art. 23 *bis* nella legge 6 dicembre 1971 n. 1034. Ad avviso del ricorrente non è fondata la tesi secondo cui la controversia rientrava comunque nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in forza del citato art. 23 *bis* cit.

Questo secondo profilo del motivo di ricorso è inammissibile per la semplice ragione che l'impugnata pronuncia del Consiglio di Stato non contiene in realtà l'affermazione censurata, nel senso che non si predica affatto il carattere esclusivo della giurisdizione del giudice amministrativo desumibile dall'art. 23 *bis* cit.; disposizione questa che prevede in materia un rito speciale (in riferimento soprattutto alle misure cautelari eventualmente richieste) secondo quanto già ritenuto da questa Corte. La quale infatti ha affermato in proposito che l'art. 23 *bis* legge n. 1034/71, introdotto dall'art. 4 legge n. 205/00, contiene disposizioni relative ai «giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa», come si desume dalla parte iniziale del nuovo articolo e come è confermato dalla rubrica del citato art. 4; esso, pertanto, non contiene norme sulla giurisdizione del giudice amministrativo (che sono invece previste negli artt. 6 e 7 l. n.205/00), ma disciplina un rito speciale che presuppone la sussistenza della giurisdizione amministrativa; trattandosi di disposizioni sul rito processuale, e non sulla giurisdizione, da esse non può derivare alcuna modifica ai normali criteri di riparto tra le giurisdizioni (Cass., sez. un., 22 luglio 2002, n. 10726).

L'impugnata pronuncia del Consiglio di Stato si è limitata a considerare che l'art. 23 *bis* cit. fa espresso riferimento ai provvedimenti relativi alle procedure di dismissioni di beni pubblici e da tale riferimento ha meramente tratto un argomento confermativo del convincimento dell'esistenza del potere nell'emanazione degli impugnati decreti ministeriali; valutazione questa della cui correttezza si è già più ampiamente detto sopra.

Il primo motivo di ricorso – nei due esaminati profili – va pertanto integralmente rigettato.

8. Il secondo motivo di ricorso, benché più articolato e diffuso, ruota tutto sul rilievo che “il quadro normativo delle dismissioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici previdenziali è stato radicalmente cambiato”.

In effetti l'art. 3 d.l. 25 settembre 2001, n. 351, conv. in l. 23 novembre 2001, n. 410 (recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare) ha previsto, al comma 10, che i beni immobili degli enti previdenziali pubblici ricompresi nei programmi straordinari di dismissione di cui al cit. art. 7 d.l. 28 marzo 1997, n. 79, conv. in l. 28 maggio 1997, n. 140, che non sono stati aggiudicati alla data del 31 ottobre 2001, sono alienati con le ulteriori e specifiche modalità definite e dettagliatamente disciplinate nel medesimo decreto legislativo. Il successivo comma 20 del medesimo art. 3 cit. ha poi fatto salve le procedure già in corso sulla base della precedente disciplina prevedendo 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 condizioni indicate nell'offerta. Il medesimo comma ha poi aggiunto, nel secondo periodo, che 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.

Posto che a quell'epoca l'ENPAF si era già trasformato in fondazione ai sensi dell'art. 1 d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509 a seguito del cit. decreto interministeriale 7 novembre 2000 di approvazione dello Statuto e del regolamento della fondazione, secondo la difesa dell'ente ricorrente questo *jus superveniens* avrebbe comportato l'abrogazione implicita della precedente legislazione per effetto della nuova disciplina dell'intera materia.

Marginalmente può notarsi che la tesi della sopravvenuta carenza di potere è stata prospettata per la prima volta soltanto nel ricorso in esame mentre lo *jus superveniens* era stato dedotto dall'ente ricorrente, nell'atto d'appello, per supportare le censure di merito alla pronuncia di primo grado e non certo per denunciare la (sopravvenuta) carenza di giurisdizione del giudice amministrativo. Infatti lo *jus superveniens* era stato allegato dall'ente appellante per sostenere che, non essendo più 'ENPAF compreso nell'elenco dei decreti dirigenziali dell'Agenzia del demanio, né nel programma straordinario di cessione degli immobili rivenduti alla data del 31 ottobre 2001, fosse venuta anche meno l'originaria individuazione degli immobili dell'ente fatta con i decreti ministeriali originariamente impugnati. Invece nel ricorso in esame, al secondo motivo, lo *jus superveniens* viene allegato per

sostenere la sopravvenuta carenza di potere della p.a. dovendo gli immobili dell'ente ricorrente ormai ritenersi estranei al procedimento di dismissione; ossia la stessa tesi di merito, già proposta in appello e disattesa dal Consiglio di Stato, viene ora spesa sotto il profilo del (sopravvenuto) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

9. Orbene questa prospettazione è infondata perché in contrasto con il disposto dell'art. 5 c.p.c.

Ammesso e non concesso che gli immobili dell'ente, prima compresi nel procedimento di dismissione, siano da ritenere essere stati successivamente esclusi perché non compresi nell'elenco dei decreti dirigenziali dell'Agenzia del demanio, né nel programma straordinario di cessione degli immobili invenduti alla data del 31 ottobre 2001, ciò avrebbe comportato semmai la sopravvenuta illegittimità dei decreti ministeriali originariamente impugnati; ed è stata questa la prospettazione difensiva svolta nell'atto d'appello, in astratto corretta, ma disattesa nel merito dal Consiglio di Stato che ha accolto una diversa interpretazione dello *jus superveniens*, ritenendo che il nuovo programma di cessione degli immobili non comportasse la implicita caducazione di quello avviato sulla base della normativa precedente.

Ma quanto al profilo della giurisdizione, che è l'unico che rileva nel giudizio promosso con ricorso avverso pronunce del Consiglio di Stato, è decisivo il disposto dell'art. 5 c.p.c., come sostituito dall'art. 2 legge 26 novembre 1990 n. 353, secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo. Quindi lo *jus superveniens* non rileva ai fini della giurisdizione del giudice amministrativo che certamente sussisteva – per le ragioni che hanno condotto al rigetto del primo motivo – in riferimento al quadro normativo vigente al momento della proposizione dell'originario ricorso.

Questa Corte (Cass., sez. un., 28 novembre 2005, n. 25031) ha infatti affermato che il principio della *pef-petuatio iurisdictionis*, di cui l'art. 5 c.p.c. è espressione, rende irrilevanti, ai fini della giurisdizione, i mutamenti legislativi successivi alla proposizione della domanda, nel caso in cui il sopravvenuto mutamento dello stato di diritto privi il giudice della giurisdizione che egli aveva quando la domanda è stata introdotta, aggiungendo poi che ciò non vale anche nel caso inverso (che non è quello del presente giudizio), in cui esso comporti l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era inizialmente privo.

Analogamente Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3877, ha precisato che l'art. 5 c.p.c., nella parte in cui dispone che la giurisdizione si determina in base alla legge del tempo della proposizione della domanda e resta insensibile a successivi mutamenti del quadro normativo, persegue in realtà l'obiettivo di conservare la giurisdizione del giudice correttamente adito in base a detta legge del tempo, sottraendola a successive diverse scelte legislative, senza peraltro incidere sul più generale principio dell'immediata operatività, in materia processuale, della legge sopravvenuta (pure con riguardo alla giurisdizione), quando valga invece a radicare la giurisdizione presso il giudice dinanzi al quale sia stato comunque già promosso il giudizio.

Anche in precedenza Cass., sez. un., 1 luglio 1997, n. 5899, ha puntualizzato che, per effetto della nuova formulazione dell'art. 5 c.p.c., il momento determinati-

vo della giurisdizione va fissato non soltanto con riguardo allo stato di fatto esistente al tempo della proposizione della domanda (come sancito dalla norma nella sua precedente formulazione), ma anche con riferimento alla legge vigente in quel momento, senza che possano, successivamente, rilevare i mutamenti tanto dello stato di fatto quanto delle norme (eventualmente) sopravvenute, dovendosi ritenere esteso anche allo *jus superveniens* il principio della “*perpetuatio*” della giurisdizione, in precedenza non applicabile a imutamenti di diritto modificativi di essa, ovvero incidenti, in qualche misura, sui suoi criteri determinativi.

Queste stesse considerazioni valgono poi anche per l'ulteriore *jus superveniens* costituito dall'art. 26, comma 9, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326, che, con riferimento alle unità immobiliari per le quali i conduttori avevano manifestato la volontà di acquisto entro il 31 ottobre 2001, ha soppresso il (sopra riportato) secondo periodo del cit. art. 3, comma 20, d.l. n. 351 del 2001 (introdotto dall'art. 3, comma 134, legge 24 dicembre 2003, n. 350, e relativo al disciplina applicabile quanto al prezzo e alle condizioni di acquisto), e dall'art 1, comma 38, legge 23 agosto 2004, n. 243, che ha previsto che l'art. 1, comma 1, d.lgs. 16 febbraio 1996 n. 104 si interpreta nel senso che la disciplina afferente alla gestione dei beni, alle forme del trasferimento della proprietà degli stessi e alle forme di realizzazione di nuovi investimenti immobiliari contenuta nel medesimo decreto legislativo, non si applica agli enti privatizzati ai sensi del d.lgs. 30 giugno 1994 n. 509 ancorché la trasformazione in persona giuridica di diritto privato sia intervenuta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo n. 104 del 1996.

In particolare peraltro quest'ultima disposizione, seppur formulata come norma di interpretazione autentica, ha carattere innovativo in quanto detta una nuova regola per gli enti previdenziali escludendo gli immobili appartenenti agli enti previdenziali successivamente “privatizzati”, regola questa che ora si sovrappone alla previgente disciplina con il consueto limite delle situazioni esaurite. Infatti la disposizione “interpretata” (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 104/96) non conteneva alcun riferimento al procedimento di privatizzazione degli enti previdenziali ancora in corso e che si sarebbe perfezionato in seguito, ossia dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo. Pertanto la regolamentazione poi posta dal cit. art. 1, comma 38, l. n. 243/04, che invece a tale procedimento fa riferimento, non si limita affatto ad “ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario”, che costituisce il *proprium* della norma di interpretazione autentica (così da ultimo C. cost. 7 luglio 2006 n. 274), ma detta una nuova regolamentazione delle situazioni non esaurite escludendo, appunto, gli enti previdenziali successivamente “privatizzati” dalla speciale disciplina posta dal d.lgs. n. 194/96 cit. in esame. Sicché anche di questa modifica normativa va predicata, per le stesse ragioni, l'irrilevanza ai fini della giurisdizione in ragione dell'art. 5 c.p.c. per essere inizialmente (e ritualmente) competente il giudice amministrativo a pronunciarsi in ordine ai denunciati vizi dei citati decreti ministeriali impugnati con l'originario ricorso introduttivo del giudizio innanzi al T.A.R. per il Lazio.

Ciò non toglie però che comunque la nuova disciplina possa rilevare nel senso che per gli immobili già individuati a tal fine, ma non ancora dismessi, l'art. 1,

comma 38, cit. può in ipotesi valere ad arrestare il processo di dismissione, ancorché correttamente iniziato sulla base degli atti impugnati che il giudice amministrativo ha riconosciuto immuni dai denunciati vizi di violazione di legge ed eccesso di potere.

10. Del tutto inammissibile è poi l'ulteriore profilo del secondo motivo del ricorso secondo cui il Consiglio di Stato avrebbe in sostanza integrato la motivazione dei provvedimenti impugnati con riferimenti a ragioni di equità sociale che essi non contenevano, così invadendo il campo riservato all'Amministrazione. Si tratta infatti di un profilo che attiene non già alla giurisdizione, ma alla legittimità degli atti impugnati e quindi al merito del giudizio amministrativo, non deducibile con ricorso *ex art. 362*, primo comma, c.p.c..

Inoltre l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 7 legge 28 maggio 1997 n. 140, sollevata dal ricorrente solo nella memoria *ex art. 378 c.p.c.*, "ove non si ritenga che l'ENPAF debba restare estraneo alle dismissioni del patrimonio immobiliare", è manifestamente inammissibile perché – pur in disparte la mancata indicazione (in questa sede) del parametro costituzionale di riferimento della censura – attiene comunque al merito del giudizio amministrativo e non già a profili di giurisdizione, gli unici rilevanti nel presente giudizio. La questione era stata infatti correttamente posta innanzi al giudice amministrativo, ma da quest'ultimo (v. sentenza impugnata) ritenuta manifestamente infondata.

11. Il ricorso quindi va interamente rigettato.

Sussistono giustificati motivi – considerata anche la non agevole soluzione delle questioni dedotte con il ricorso in ragione della complessità del quadro normativo di riferimento – per compensare tra tutte le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di mobilità - Mobilità lunga - Requisiti - 28 anni di contribuzione - Contribuzione mista: gestione generale dei lavoratori dipendenti e gestione lavoratori autonomi - Computabilità - Limiti.

Corte di Cassazione - SS.UU. - 21.07.2006, n. 16749 - Pres. Carbone - Rel. Miani Canevari - P.M. Martene (diff.) - INPS (Avv.ti Picciotto, Fabiani, Gorga) - B. (Avv.ti Persiani, Proia, Noro)

Ai fini della concessione del beneficio di cui all'art. 7, comma settimo, della legge n. 223 del 1991, il requisito dei 28 anni di contribuzione può essere conseguito al momento della cessazione dell'attività lavorativa, in caso di contributi accreditati nelle diverse gestioni dei lavoratori dipendenti e dei lavoratori autonomi, sia mediante il cumulo (automatico) dei

contributi versati nella gestione generale dei lavoratori dipendenti con quelli versati nella gestione dei lavoratori autonomi - che consentirà poi di ottenere la pensione di anzianità in quest'ultima gestione - sia attraverso la ricongiunzione dei diversi periodi assicurativi nella gestione dei lavoratori dipendenti, ex lege n. 29/1979, al fine di ottenere l'erogazione della pensione in questa stessa gestione; restando peraltro esclusa, quando non si faccia ricorso alla suddetta ricongiunzione, la possibilità di cumulare nell'assicurazione dei lavoratori dipendenti i contributi versati nelle gestioni speciali dei lavoratori autonomi al fine di ottenere la pensione nella gestione dei lavoratori dipendenti.

FATTO – La sig. C.B. ha prestato attività di lavoratrice dipendente fino al 30 novembre 1994, data in cui è stata collocata in mobilità della società datrice di lavoro. Al momento della cessazione del rapporto di lavoro erano accreditate a favore dell'assicurata 1177 settimane (oltre 22 anni e 7 mesi) di contribuzione per lavoro dipendente e 386 settimane (7 anni e 5 mesi) di contribuzione nella gestione coltivatori diretti. Dalla cessazione del rapporto, l'assicurata ha fruito della mobilità ordinaria per 2 anni ai sensi dell'art. 7 comma 1 della legge n. 223/1991; dopo la scadenza di tale periodo ha chiesto l'attribuzione del trattamento di «mobilità lunga» di cui al settimo comma dello stesso articolo 7 cit.. A tal fine, su indicazione dell'INPS ha presentato domanda di ricongiunzione dei periodi di contribuzione ex arti commi 3 e 4 della legge n. 29/1979, versando le relative somme.

L'INPS in una prima fase amministrativa (dopo aver accettato la richiesta di ricongiunzione e ricevuto l'importo) ha negato il prolungamento del trattamento di mobilità oltre il periodo ordinario; poi ha accolto il ricorso della lavoratrice, con provvedimento successivamente annullato dal comitato amministratore per le prestazioni temporanee.

Su domanda della lavoratrice, il giudice di primo grado ha accertato il diritto della sig. B. a godere della mobilità lunga dal dicembre 1996 al 31 dicembre 1998, e ha condannato l'INPS a riconoscerle la pensione di anzianità dal 1 gennaio 2000.

Con la sentenza oggi impugnata la Corte di Appello di Milano ha confermato tale decisione, affermando che il requisito minimo contributivo richiesto dalla legge può essere concretato anche dalla anzianità contributiva che, esistente al momento della cessazione del rapporto, possa essere comunque utilizzata secondo quanto previsto dalla legge, e quindi, quanto alla ricongiunzione, fino all'attribuzione della pensione.

Avverso tale sentenza l'INPS ha proposto ricorso per cassazione con unico motivo, al quale la sig. C.B. resiste con controricorso illustrato da memoria.

La causa è stata assegnata a queste Sezioni Unite per l'esame della questione (su cui si è registrato un contrasto di giurisprudenza) che riguarda sia l'utilizzabilità di contribuzioni accreditate in gestioni diverse ai fini del perfezionamento del requisito di anzianità contributiva previsto per la «mobilità lunga», sia la rilevanza, a tal fine, della ricongiunzione dei contributi accreditati nella gestione ordinaria dei lavoratori dipendenti, con particolare riguardo alla determinazione del momento entro il quale la domanda di ricongiunzione deve essere presentata.

DIRITTO – 1. Con l'unico motivo di ricorso l'INPS, denuncia, ai sensi dell'art.

360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ., la violazione e falsa applicazione dell'art. 7 comma 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223 e dell'art. 14 disp. sulla legge in generale.

Si rileva che nel caso di specie, essendovi una contribuzione mista (ripartita tra la gestione dei lavoratori dipendenti ed altra gestione), occorre armonizzare sia il requisito dell'età pensionabile che il peso della contribuzione obbligatoria con il limite e la valenza stabiliti per detti elementi dalla disciplina della gestione dei lavoratori dipendenti distintamente da quella delle gestioni speciali.

Per l'attribuzione del trattamento di «mobilità lunga» fino alla data di maturazione del diritto al pensionamento occorre che fosse soddisfatto il requisito previsto dall'art. 7 comma 7 cit. l'assicurata non poteva vantare un'anzianità contributiva di almeno 28 anni nella medesima gestione, e, dato il minor «peso» dei contributi versati nella gestione speciale, non le era consentito trasportare questi ultimi nella gestione ordinaria (dove erano accreditati gli altri versamenti contributivi) se non attraverso l'esercizio della facoltà di ricongiunzione, con il pagamento dei relativi oneri.

Doveva essere quindi determinata la data entro la quale era maturato l'intero requisito contributivo, o quanto meno era avvenuta la ricongiunzione, previa presentazione della domanda.

Non poteva essere condiviso l'assunto dell'impugnata sentenza, secondo cui il termine finale per la ricongiunzione dovrebbe essere riferito al momento dell'attribuzione della pensione, dovendo invece essere considerato il momento del licenziamento o «al massimo» la scadenza del periodo di mobilità ordinaria.

Non sussistevano quindi i presupposti per l'attribuzione della prestazione, perché la domanda di ricongiunzione era stata presentata dopo la cessazione dell'attività lavorativa e dopo la scadenza del periodo di mobilità ordinaria.

2.1. Il motivo non merita accoglimento, perché il dispositivo della sentenza impugnata risulta conforme al diritto, ancorché la motivazione debba essere corretta ai sensi dell'art. 384 cod. proc. civ., non prospettandosi la necessità di nuovi accertamenti e valutazioni di fatto.

2.2. La questione sottoposta all'esame di questa Corte riguarda i presupposti per fruire del trattamento c.d. di mobilità lunga previsto dall'art. 7 della legge n. 223/1991, che si concreta, in determinate situazioni, nel prolungamento dell'indennità di mobilità concessa ai lavoratori destinatari di licenziamenti collettivi, i quali mediante tale istituto sono messi in grado di completare, con il computo dei periodi di erogazione del trattamento, i requisiti mancanti per il conseguimento del requisito pensionistico. Questa particolare disciplina – che ha subito successive modifiche con proroghe della sua efficacia nel tempo ed estensioni della sua applicazione (art. 6 legge n. 236/1993, art. 81 legge n. 451/1994, art. 4 d.l. 1 ottobre 1996 n. 510, convertito in legge 28 novembre 1996 n. 608) – prevede, secondo il disposto dell'art. 7 comma 7 cit., la concessione (nelle aree identificate dal comma 6) del beneficio ai lavoratori che «al momento della cessazione del rapporto abbiano compiuto un'età inferiore di non più di dieci anni rispetto a quella stabilita per il pensionamento di vecchiaia e possano far valere, nell'assicurazione generale obbligatoria i.v.s., un'anzianità contributiva non inferiore a ventotto anni»; l'indennità spetta fino alla data di maturazione della pensione di anzianità.

2.3. Cass. 18 giugno 2002 n. 8840 ha affermato che, ai fini dell'indicato diritto alla mobilità lunga, il requisito dell'anzianità contributiva di ventotto anni deve esse-

re valutato con esclusivo riferimento alla gestione ordinaria dell'assicurazione obbligatoria I.V.S. per i lavoratori dipendenti, sul presupposto che nelle varie leggi previdenziali l'espressione "assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti" è sempre riferita a fattispecie interessanti esclusivamente gli assicurati iscritti alla gestione dei lavoratori dipendenti e che, d'altronde, l'istituto della mobilità lunga è previsto dalla legge in favore di lavoratori iscritti nella gestione ordinaria; consegue da tale interpretazione che i lavoratori interessati debbano far valere i ventotto anni nella gestione ordinaria, con ciò intendendosi, peraltro, che in caso di contributi versati in gestioni diverse i medesimi lavoratori possano presentare la domanda di ricongiunzione anche successivamente alla data del licenziamento.

2.4. Da tale impostazione dissentono successive decisioni. Cass. 16 novembre 2002 n. 16169 ha ritenuto che la predetta espressione "assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti", contenuta senza altre aggiunte nel settimo comma dell'art. 7, si riferisce anche alle gestioni speciali dei lavoratori autonomi e non solo a quella ordinaria dei lavoratori dipendenti, con la conseguenza che il lavoratore che abbia maturato i ventotto anni di contribuzione nelle due diverse gestioni ha diritto alla mobilità lunga, potendo egli raggiungere i trentacinque anni di contribuzione necessari per il pensionamento nella gestione speciale previo cumulo dei contributi versati nelle due diverse gestioni, ai sensi dell'art. 16 legge n. 233 del 1990.

Nella stessa linea si collocano le sentenze nn. 771 del 20 gennaio 2003 e 9007 del 5 giugno 2003, secondo cui ai fini del conseguimento del diritto alla c.d. mobilità lunga, di cui all'art. 7, settimo comma, della legge n. 223 del 1991, il requisito dell'anzianità contributiva di ventotto anni nell'assicurazione generale obbligatoria può essere raggiunto anche mediante il computo di periodi di contribuzione versata presso le gestioni speciali dei lavoratori autonomi, ben potendo il lavoratore – che abbia versato i contributi in parte nella gestione speciale e in parte in quella dei lavoratori dipendenti – raggiungere i trentacinque anni di contribuzione necessari per il pensionamento nella gestione speciale, previo cumulo "prò quota" dei contributi versati nelle due diverse gestioni, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 233 del 1990, senza necessità di dover domandare la ricongiunzione della posizione contributiva presso la gestione dei lavoratori dipendenti.

3.1. Ritiene la Corte che questo secondo indirizzo debba essere condiviso sulla base dei seguenti rilievi, che impongono peraltro alcune precisazioni. Diversamente da quanto prospettato da Cass. n. 8840/2002, la dizione "assicurazione generale obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti", senza la precisazione che si tratta della gestione lavoratori dipendenti, non può che ricomprendere anche gestioni dei lavoratori autonomi, che hanno parimenti carattere generale ed obbligatorio, essendo indubitabile che l'assicurazione è estesa ormai "obbligatoriamente" a tutti gli appartenenti alle categorie degli artigiani, commercianti e coltivatori diretti. Ed infatti quando si è voluto fare riferimento alla gestione generale obbligatoria dei lavoratori "dipendenti" lo si è detto espressamente, a meno che dalla materia, dalla collocazione e dalla ratio della disposizione regolatrice non si possa evincere che il richiamo vale solo per i lavoratori dipendenti. Con riguardo alla specifica normativa in esame, va d'altro canto notato che secondo il disposto del secondo comma dell'art. 7 legge n. 223/1991 i datori di lavoro versano i contributi per l'erogazione dell'indennità di mobilità alla gestione INPS di cui all'art. 37 della legge 9 marzo 1989

n. 88 (si tratta della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle attività produttive); il nono comma dello stesso articolo prevede che i periodi di godimento dell'indennità sono riconosciuti d'ufficio ai fini del conseguimento del diritto a pensione, stabilendo poi che "le somme occorrenti per la copertura della contribuzione figurativa sono versate dalla gestione di cui al comma 2° alle gestioni pensionistiche competenti". Ciò significa che i periodi di erogazione dell'indennità di mobilità sono utili per il conseguimento dei 35 anni di contribuzione (necessari per la pensione di anzianità), non solo presso la gestione dei lavoratori dipendenti, ma anche presso le altre gestioni, e quindi anche in quella dei lavoratori autonomi commercianti. Ed allora non possono che valere, per integrare il requisito prescritto di 28 anni di anzianità contributiva, anche i contributi già versati nelle gestioni dei lavoratori autonomi, che verranno incrementati, presso la relativa gestione, con i contributi figurativi riconosciuti durante i sette anni di erogazione dell'indennità di mobilità per il conseguimento dei 35 anni necessari per la pensione di anzianità.

3.2. La fattispecie della contribuzione mista (cioè di contributi versati in parte presso gestioni speciali dei lavoratori autonomi e in parte presso la gestione lavoratori dipendenti) impone ora di considerare le regole poste dal vigente sistema per l'accesso alla pensione di anzianità. A tal fine, come è stato affermato dalla sentenza 21 dicembre 2005 n. 28261 (1) delle Sezioni Unite di questa Corte, occorre far riferimento al regime proprio della gestione che eroga la prestazione; la regola del cumulo automatico dei contributi accreditati in più gestioni concerne esclusivamente la liquidazione della pensione in una delle gestioni dei lavoratori autonomi, mentre ai fini della liquidazione del trattamento nella gestione dei lavoratori dipendenti è necessario che il requisito contributivo sussista con riferimento ai contributi alla stessa versati.

Non esiste infatti nell'ordinamento previdenziale il diritto a cumulare nell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti, i contributi versati nelle gestioni speciali degli artigiani, e commercianti, se si intende conseguire la pensione nella gestione lavoratori dipendenti. Ciò sarebbe consentito solo ricorrendo all'istituto della ricongiunzione di cui alla legge 7 febbraio 1979 n. 29, che però ha carattere oneroso per l'assicurato. È invece possibile cumulare i contributi versati nell'assicurazione per i lavoratori dipendenti con quelli versati in una delle gestioni dei lavoratori autonomi quando la pensione da percepire appartiene a quest'ultima gestione, mentre non è possibile il contrario, ossia non è consentito di cumulare i contributi versati in una gestione dei lavoratori autonomi con quelli versati per i lavoratori dipendenti per acquisire il diritto a pensione in quest'ultima gestione. Le norme delle leggi nn. 463/1959 e 233/1990, come pure le disposizioni degli artt. 20 e 21 della legge 22 luglio 1966 n. 613 e dell'art. 2 ter del d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito nella legge 16 aprile 1974 n. 114, confermano l'esistenza di questi distinti meccanismi, correlati al differenziato "peso" economico dei due tipi di contribuzione, con una diversità di regime che permane nel sistema successivamente delineato dall'art. 1, commi 25 e seguenti legge 8 agosto 1995 n. 335.

3.3. Il beneficio previsto dall'art. 7 comma 7 della legge n. 223/1991 risulta finalizzato all'acquisizione della pensione di anzianità, mediante il prolungamento

(1) V. in q. Riv., 2006, p. 166.

dell'indennità di mobilità fino al conseguimento dei 35 anni di contribuzione necessari per detto trattamento pensionistico: e in relazione a tale scopo la norma richiede il possesso di 28 anni di contribuzione al momento della cessazione del rapporto, delimitando così l'erogazione dell'indennità al periodo dei sette anni che mancano al raggiungimento del suddetto requisito di anzianità contributiva, fissato in 35 anni, indipendentemente dalla gestione nella quale viene liquidata la pensione di anzianità. D'altro canto, la norma ora in esame non fa riferimento al momento in cui si perfezionerà il diritto alla stessa pensione, né alla gestione che la erogherà, ma considera, come si è visto, solo gli anni di contribuzione necessari (ventotto) accreditati al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

Ciò comporta che la diversità di disciplina, propria delle singole gestioni del lavoro autonomo e dipendente, relativa all'utilizzazione di contribuzioni afferenti a gestioni diverse ai fini del conseguimento del requisito della pensione di anzianità, non influisce direttamente sull'accesso al beneficio della mobilità lunga, in ragione della autonomia del requisito dei 28 anni, proprio di quest'ultimo, rispetto a quello dei 35 anni richiesto per la pensione di anzianità. Dato che il prolungamento del trattamento di mobilità si pone come strumento per il conseguimento, in epoca successiva, di detta pensione, sia nella gestione dei lavoratori dipendenti che in quelle degli autonomi, operando sulla base di un proprio distinto presupposto di anzianità contributiva, il raccordo fra i diversi istituti va ricostruito affermando che per concretare questo requisito le contribuzioni versate in gestioni diverse possono essere utilizzate sia mediante il cumulo dei contributi versati nell'assicurazione per i lavoratori dipendenti con quelli accreditati nella gestione dei lavoratori autonomi, ai fini del conseguimento della pensione erogata da quest'ultima gestione, sia mediante la ricongiunzione dei periodi assicurativi afferenti alle diverse gestioni, con il sistema previsto dall'art. 1 legge n. 29/1979, ai fini dell'attribuzione della pensione erogata dalla gestione lavoratori dipendenti.

In entrambi i casi, e con questi diversi meccanismi, il lavoratore può raggiungere alla data della cessazione del rapporto di lavoro i 28 anni di anzianità contributiva, che consentono poi, con il periodo di prolungamento dell'indennità di mobilità, di giungere ai 35 necessari per la liquidazione della pensione di anzianità.

Resta ferma la regola generale richiamata al punto 3.2., nel senso che l'attribuzione del trattamento di pensione è comunque soggetta alle regole proprie della gestione che eroga la prestazione per quanto riguarda la utilizzazione dei contributi afferenti a gestioni diverse; va peraltro ribadito che al diverso fine del prolungamento di indennità di mobilità tale distinzione di regimi non rileva direttamente, perché il requisito dei 28 anni di contribuzione, in ragione della sua autonoma disciplina, può essere raggiunto con le modalità sopra indicate, indipendentemente dall'accertamento della successiva maturazione del diritto a pensione e della identificazione della gestione che dovrà erogarla.

4. Conclusivamente, si deve quindi affermare che ai fini della concessione del beneficio di cui all'art. 7, comma settimo della legge n. 223 del 1991 il requisito dei 28 anni di contribuzione può essere conseguito al momento della cessazione dell'attività lavorativa, in caso di contributi accreditati nelle diverse gestioni dei lavoratori dipendenti e lavoratori autonomi, sia mediante il cumulo (automatico) dei contributi versati nella gestione generale dei lavoratori dipendenti con quelli versa-

ti nella gestione dei lavoratori autonomi – che consentirà poi di ottenere la pensione di anzianità in quest'ultima gestione – sia attraverso la ricongiunzione dei diversi periodi assicurativi nella gestione dei lavoratori dipendenti, ex legge n. 29/1979, al fine di ottenere l'erogazione della pensione in questa stessa gestione; restando peraltro esclusa, quando non si faccia ricorso alla suddetta ricongiunzione, la possibilità di cumulare nell'assicurazione dei lavoratori dipendenti i contributi versati nelle gestioni speciali dei lavoratori autonomi al fine di ottenere la pensione nella gestione dei lavoratori dipendenti.

5. Questi rilievi consentono di confutare l'assunto dell'Istituto ricorrente, che, seguendo sostanzialmente l'impostazione proposta da Cass. n.8840 cit., valuta il requisito contributivo di cui all'art. 7 comma 7 l.223/1991 con esclusivo riferimento alla gestione dei lavoratori dipendenti, negando conseguentemente la possibilità di far valere i contributi accreditati in diversa gestione ai fini del conseguimento dei 28 anni se non attraverso l'esercizio della facoltà di ricongiunzione in detta gestione, nella specie peraltro avvenuto tardivamente dopo la cessazione del rapporto di lavoro.

La stessa impostazione è seguita anche nella sentenza impugnata, ove si afferma che l'assicurazione generale di cui parla la legge (art. 7 l. 223/1991) è solo quella dei lavoratori dipendenti, sostenendosi poi che il requisito minimo di anzianità contributiva può essere conseguito anche con l'esercizio della facoltà di ricongiunzione fino alla attribuzione della pensione.

Questa seconda proposizione appare certamente errata, in quanto la norma più volte richiamata prescrive che la provvista di 28 anni di contribuzione deve essere posseduta al momento della cessazione del rapporto di lavoro, escludendo quindi, ai fini del diritto alla «mobilità lunga» la rilevanza delle circostanze verificatesi dopo tale data; ciò comporta che, ai fini dell'applicazione di questa specifica disciplina, non può operare la previsione della legge n. 29/1979, che consente di esercitare in qualsiasi momento la facoltà di ricongiunzione ponendo come limite temporale il momento dell'attribuzione della pensione.

La Corte territoriale non ha considerato d'altro canto che, come è pacifico tra le parti, alla data di cessazione del rapporto di lavoro nel novembre 1994 erano stati accreditati a favore della sig. Buzzi contributi per lavoro dipendente per 1177 settimane, e contributi nella gestione coltivatori diretti, mezzadri e coloni per 386 settimane. In tale momento (indipendentemente dalla successiva ricongiunzione) si era dunque realizzato in via cumulativa il requisito di 28 anni di anzianità contributiva ai fini del beneficio del prolungamento del trattamento di mobilità, che doveva essere conseguentemente riconosciuto alla ricorrente in primo grado.

Nella presente controversia non si pongono d'altro canto questioni relative alla identificazione del trattamento pensionistico spettante alla dipendente alla maturazione del 35 anni di anzianità contributiva, con riguardo alle regole proprie della gestione previdenziale tenuta ad erogare la prestazione. Non è dunque necessario stabilire a tal fine gli effetti della ricongiunzione dei periodi assicurativi operata ad istanza dell'assicurata in epoca successiva alla cessazione del rapporto di lavoro.

Il ricorso deve essere quindi rigettato, con la condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE

Sezioni Civili

Prestazioni - Indennità di mobilità - Imprese edili - Ammissione - Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 02.10.2006, n. 21287 - Pres. Mercurio - Rel. D'Agostino - P.M. Destro - A. ed altri (Avv.ti Panici, Giovannelli, Giardina) - Polimeri Europa s.p.a. (Avv.ti Proia, Piccininno) - Enichem s.p.a. (Avv.ti Proia, Piccininno, Somma) - Raffineria di Gela s.r.l. ed ENI s.p.a. (Avv.ti Proia, Piccininno, Papa) - Snam Progetti s.p.a. (Avv.ti Proia, Piccininno, Filippi) - INPS (Avv.ti Di Meglio, Fabiani, Triolo) - Fallimento Coed s.r.l. e Comi s.r.l. in liquidazione.

Ai sensi dell'articolo 24, comma 3°, della legge 223/1991 l'indennità di mobilità si applica soltanto alle imprese di cui all'articolo 16, comma 1°, che espressamente esclude le imprese edili.

FATTO – La Corte di Appello di Caltanissetta con sentenza n. 17 del 9 aprile 2003, per quanto qui ancora interessa, rigettava l'appello proposto dagli attuali ricorrenti avverso la sentenza 26.9.2001 del Tribunale di Gela.

I lavoratori, tutti dipendenti di imprese appaltatrici di lavori edili all'interno dello stabilimento petrolchimico di Gela, avevano chiesto che venisse dichiarata la sussistenza di un unico ed interrotto rapporto di lavoro con le imprese appaltatrici e con le società committenti (Agip Petroli. Enichem e Polimeri Europa) in quanto si era verificata una serie di cessioni di azienda; in particolare sostenevano che dopo la cessazione dell'appalto con COMI s.r.l. in data 22.4.2000, il ramo d'azienda prima affidato a quest'ultima società era passato alle società del gruppo ENI che gestivano lo stabilimento petrolchimico (c.d. reinternalizzazione dei servizi) e che da queste il ramo di azienda era stato di nuovo ceduto a terzi. In definitiva, i lavoratori insistevano perché venisse riconosciuto il rapporto di lavoro con le società del gruppo ENI ai sensi dell'art 2112 c.c. limitatamente al periodo successivo al 22.4.2000.

Il Tribunale aveva ritenuto la sussistenza del trasferimento d'azienda tra l'impresa Trainito, la Trainito Appalti s.r.l. (ora COED s.r.l.) e la COMI s.r.l. e quindi la sussistenza di un unico rapporto di lavoro tra i ricorrenti e le predette imprese fino al 29.6.2000, data del loro licenziamento; aveva ritenuto invece non sussistente un trasferimento d'azienda tra le imprese appaltatrici e le committenti; aveva escluso altresì il diritto dei lavoratori all'indennità di mobilità previsto per il solo settore industriale dall'art. 7 della legge n. 223 del 1991, perché l'attività espletata dai lavoratori era inerente al settore edile e non a quello industriale.

La Corte di Appello in via preliminare riteneva che la domanda introduttiva fosse nulla per indeterminatezza dei soggetti legittimati in quanto il ricorso non con-

sentiva di individuare né la singola posizione dei ricorrenti nei confronti delle società committenti, né la singola posizione di queste ultime in relazione al ramo d'azienda di cui si assumeva l'avvenuta riacquisizione da parte delle società committenti.

Nel merito la Corte riteneva che la domanda fosse infondata in quanto dagli atti di causa risultava che le società del gruppo ENI avevano affidato in appalto alla Trainito Appalti s.r.l. (ora COED s.r.l.) attività di manutenzione di tipo edilizio all'interno dello stabilimento petrolchimico e che tale appalto era stato successivamente ceduto dalla soc. Trainito Appalti alla COMI s.r.l. Riteneva pertanto la Corte che tale affidamento non integrasse né una cessione di azienda né una esternalizzazione di servizi, in quanto l'attività di manutenzione edilizia non era attività strumentale dell'attività produttiva svolta all'interno dello stabilimento, né corrispondeva ad una fase dell'attività di impresa, né costituiva un segmento dell'intero ciclo produttivo. Osservava ancora la Corte che le imprese appaltatrici si erano sempre avvalse di propri operai, tra i quali gli attuali ricorrenti, che non sono mai stati alle dipendenze delle società committenti.

Riteneva infine la Corte di dover confermare la sentenza del primo giudice laddove aveva respinto la domanda dei lavoratori intesa ad ottenere l'indennità di mobilità ex art. 7 legge n. 223/1991, in quanto l'attività svolta dai lavoratori all'interno dello stabilimento non era connessa al ciclo produttivo petrolchimico e non poteva essere considerata attività inerente al settore industriale.

Per la cassazione di tale sentenza i lavoratori in epigrafe hanno proposto ricorso sostenuto da due motivi. Resistono con controricorso, illustrato con memoria, ENI spa, POLIMERI Europa spa, SYNDIAL spa, Raffineria di Gela spa, SNAM PROGETTI spa e INPS. Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

DIRITTO – Con il primo motivo di ricorso i lavoratori lamentano violazione dell'art. 2112 c.c. e dell'art. 414 c.p.c. nonché vizi di motivazione e censurano la sentenza impugnata per aver affermato la nullità del ricorso introduttivo per la impossibilità di individuare i legittimati attivi e passivi e per aver negato che nell'aprile del 2000 vi era stato un trasferimento di azienda da COMI srl alle imprese committenti.

Quanto al primo profilo i ricorrenti sostengono che la domanda introduttiva non presentava alcuna incertezza in ordine ai soggetti del rapporto dedotto in causa, che erano da un lato i lavoratori della COMI srl e dall'altro le società del gruppo ENI (ENICHEM spa, AGIP Petroli spa e POLIMERI Europa spa) che avevano stipulato un contratto di appalto con la Trainito Appalti, nel quale era succeduta la COMI srl. Sostengono i ricorrenti che il dedotto trasferimento di azienda da COMI srl alle società del gruppo ENI non comportava alcuna difficoltà nell'individuazione dei soggetti del rapporto in quanto deve ritenersi ammissibile un rapporto di lavoro di singoli lavoratori con una pluralità di datori di lavoro obbligati in via solidale.

Quanto al secondo profilo i ricorrenti osservano che i tre contratti di appalto intercorsi tra COMI (succeduta a Trainati Appalti) e le tre società presenti in modo stabile nel petrolchimico (Enichem, Polimeri e Agip Petroli) prevedeva non solo la manutenzione ordinaria di opere edili ma anche la posa in opera di ponteggi e la costruzione di impianti. Con detti contratti, dunque, si era realizzata una vera e propria cessione di un ramo di azienda in quanto parte del ciclo produttivo, prima gestito direttamente, era stato ceduto all'impresa Trainito Appalti. Venuti meno i tre con-

tratti di appalto le tre società committenti erano a loro volta divenute automaticamente cessionarie dello stesso segmento produttivo in passato ceduto a Trainito Appalti.

Con il secondo motivo i lavoratori denunciano violazione degli artt. 4, 6, 7 e 24 della legge n. 223 del 1991 e censurano la sentenza impugnata per aver negato il diritto dei ricorrenti all'indennità di mobilità perché la COMI svolgeva una attività che non era connessa al ciclo produttivo petrolchimico e non era inerente al settore industriale. Sostengono i ricorrenti che le norme sopra citate, in caso di licenziamento collettivo, si applicano indipendentemente dall'appartenenza dell'impresa a un ciclo petrolchimico o a un settore industriale.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

I ricorrenti sostengono che l'attività di manutenzione di tipo edilizio all'interno dello stabilimento Petrolchimico di Gela, prima gestito direttamente dalle società del gruppo ENI, costituisca un ramo di azienda; che tale attività sarebbe stata "esternalizzata" con l'affidamento di tale servizio ad altre imprese con contratto di appalto che costituisce in realtà una cessione di ramo di azienda; che, una volta risolto il contratto di appalto, il ramo di azienda in questione sarebbe stato riacquisito (reinternalizzato) dalle società del gruppo ENI; che conseguentemente il rapporto di lavoro dei ricorrenti sarebbe proseguito con le società committenti.

La Corte di Appello ha respinto la tesi difensiva dei lavoratori ed il dispositivo della sentenza è conforme al diritto, per quanto la motivazione vada opportunamente integrata e corretta.

È noto che il fenomeno c.d. di "outsourcing" comprende tutte le possibili tecniche mediante le quali un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi estranei alle competenze di base (c.d. core business). Ciò può fare, tra l'altro, sia appaltando a terzi l'espletamento del servizio, sia cedendo un ramo di azienda. La scelta tra le varie alternative è rimessa all'insindacabile valutazione dell'imprenditore, a norma dell'art. 41 Cost. sta di fatto che l'appalto di servizi e la cessione di ramo di azienda sono contratti con caratteri giuridici nettamente distinti e non confondibili,

Per cessione di ramo di azienda, agli effetti dell'art. 2112 c.c., si intende il trasferimento di un insieme di elementi produttivi, personali e materiali, organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività, che si presentino prima del trasferimento come una entità dotata di autonomia ed unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa e che conservi nel trasferimento la propria identità (vedi Cass. n. 206 del 2004 (1), Cass. n. 19842 del 2003, Cass. n. 17207 del 2002).

L'appalto di opere e servizi o di manutenzione ordinaria degli impianti all'interno dello stabilimento, consentita dall'art. 3 della legge 23.10.1960 n. 1369, costituisce il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari, con proprio personale e con gestione a proprio rischio, il compimento all'interno di una azienda di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro (art. 1655 c.c.).

Con la cessione di un ramo di azienda si ha dunque il trasferimento di un segmento dell'organizzazione produttiva dotato di autonomia e persistente funzionali-

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 354

tà. L'utilizzazione da parte del cedente dei prodotti e dei servizi del segmento ceduto formerà oggetto di distinto contratto con il cessionario.

Con l'appalto di opere e di servizi, invece, il committente non dismette un segmento produttivo, ma si avvale dei prodotti e dei servizi, che gli necessitano, che gli sono forniti da altra impresa che li produce avvalendosi di una propria organizzazione imprenditoriale.

Nella specie non è contestato che le committenti hanno inteso stipulare con la soc. Trainito (e successivi cessionari) un contratto di appalto per l'esecuzione di lavoro edili e per la manutenzione edilizia all'interno del Petrolchimico. I ricorrenti non deducono, neppure in ipotesi, la invalidità di tale contratto per simulazione assoluta o relativa o per frode alla legge. Ne allegano l'errata utilizzazione nella contrattazione del *nomen iuris* di appalto in luogo di quello effettivamente voluto di cessione.

Se la volontà delle parti contraenti è stata, dunque, di stipulare un contratto di appalto di servizi, e non vi è prova alcuna di un intento elusivo comune alle parti, non si vede come tale contratto possa trasformarsi in un contratto di cessione di ramo di azienda, che è una fattispecie del tutto diversa. Ne consegue che la risoluzione del contratto di appalto non può aver avuto come conseguenza la retrocessione alle società committenti di un ramo di azienda che non è stato mai ceduto.

Pertanto non è suscettibile di censura la sentenza impugnata che ha negato la sussistenza nella specie di un contratto di cessione di azienda con successiva retrocessione alle società committenti.

Una volta escluso che nella fattispecie in esame sia configurabile una cessione di ramo di azienda ex art. 2212 c.c., resta assorbita ogni altra censura sollevata dai ricorrenti con il motivo di ricorso in esame.

Infondato è anche il secondo motivo di ricorso.

La Corte di Appello ha respinto la domanda subordinata dei lavoratori intesa ad ottenere il riconoscimento dell'indennità di mobilità per il settore industriale prevista dagli artt. 4, 6, 7 e 24 della legge n. 223 del 1991, perché l'attività svolta dai ricorrenti all'interno dello stabilimento non era connessa al ciclo produttivo petrolchimico e non poteva essere considerata attività inerente al settore industriale, bensì edile.

Sostengono i ricorrenti che gli artt. 4, 6, 7 e 24 della legge n. 223/1991 si applicano in caso di licenziamento collettivo indipendentemente dall'appartenenza ad un settore industriale.

La Corte territoriale, una volta riconosciuta la natura edile dell'attività svolta dalla società appaltatrice, ha fatto corretta applicazione delle norme, poiché l'art. 24 comma 3 della legge 223/1991 stabilisce che quanto previsto dall'art. 4 e 5 si applica soltanto alle imprese di cui all'art. 16 comma 1, che espressamente esclude le imprese edili dall'indennità di mobilità. Risulta peraltro che l'INPS ha liquidato ai ricorrenti il trattamento speciale di disoccupazione previsto in favore dei lavoratori del settore dell'edilizia.

Per tutte le considerazioni sopra svolte il ricorso, dunque, deve essere respinto. Al rigetto consegue la condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di cassazione in favore dei resistenti costituiti, nella misura liquidata in dispositivo. Nulla deve disporsi invece per i resistenti che non hanno svolto attività difensiva.

(Omissis)

Pensioni - Reversibilità - Coniuge - Morte di uno degli *ex* coniugi successivamente alla sentenza di divorzio - Attribuzione al coniuge superstite della pensione di reversibilità o di quota di essa - Titolarità dell'assegno divorzile al momento della morte del coniuge - Nozione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 29.09.2006, n. 21129 - Pres. Senese - Rel. Toffoli - P.M. Patrone - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Camardese) - B. (Avv. Concetti)

A seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 5 della legge 28 dicembre 2005 numero 263 deve ritenersi che il diritto alla pensione di reversibilità a favore del coniuge divorziato sussiste solo ove questi sia titolare di assegno divorzile, intendendosi per titolarità dell'assegno l'avvenuto riconoscimento di esso da parte del tribunale.

FATTO – Il Tribunale di Pisa riconosceva il diritto di I.B. di fruire della pensione di reversibilità in qualità di *ex* coniuge di E.M., sulla base della circostanza che la stessa versava in stato di effettivo bisogno e che, alla luce di una corretta interpretazione dell'art. 9 della legge n. 898/1970, così come novellato dalla l. n. 74/1987, ai fini del riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità è sufficiente che l'interessato sia astrattamente titolare dell'assegno di cui all'art. 5 della medesima legge n. 898/1970.

A seguito di appello proposto dall'Inps, la Corte d'appello di Firenze confermava la sentenza impugnata. Rilevava che un'interpretazione meramente letterale del citato art. 9 sarebbe poco appagante per le evidenti iniquità cui darebbe luogo e che è preferibile un'interpretazione meno restrittiva, che valorizzi lo stato di bisogno al momento della maturazione del diritto alla pensione di reversibilità. La Corte di merito osservava anche che questa interpretazione è più rispondente alle intenzioni del legislatore e ai parametri costituzionali di cui all'art. 38 Cost. e richiamava i lavori preparatori della legge n. 74/1987 e specificamente la relazione al Senato, rilevando che essa utilizza indifferentemente le espressioni “titolare dell'assegno di mantenimento” e “titolare del diritto alla somministrazione dell'assegno”. Ricordava, poi, l'estensione della platea degli aventi diritto alla pensione di reversibilità operata da varie sentenze della Corte costituzionale, nonché l'interpretazione giurisprudenziale dell'espressione “coniuge obbligato alla somministrazione” del testo originario della legge n. 898/1970.

Prospettava, infine, la tesi che, mentre l'effettiva titolarità dell'assegno sia presupposto del riconoscimento automatico del diritto alla pensione di reversibilità da parte dell'istituto assicuratore, il beneficio possa essere attribuito *ope iudicis*, una volta che venga provata la mancanza di mezzi adeguati, quale presupposto dell'assegno.

Nella specie non era stata contestata dall'Inps la situazione di mancanza di redditi da lavoro autonomo o dipendente della B.

L'Inps ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo.

La B. si è limitata a depositare procura difensiva.

A seguito dell'udienza di discussione del 13 maggio 2005, il collegio pronunciava ordinanza con cui, rilevato che il ricorso riproponeva (così come altri ricorsi discussi alla medesima udienza) la questione relativa alla necessità o meno della concreta titolarità dell'assegno divorzile ai fini della sussistenza del diritto alla pensione di reversibilità (o a una sua quota) a seguito del decesso dell'ex coniuge, rimetteva la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della stessa alle Sezioni Unite, in considerazione del contrasto di giurisprudenza esistente in materia e illustrato nell'ordinanza stessa. Dopo l'entrata in vigore dell'art. 5 della legge 28 dicembre 2005, contenente una disposizione di interpretazione autentica dei commi 2 e 3 dell'art. 9 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, la causa era restituita alla Sezione lavoro, davanti a cui era discussa all'odierna udienza pubblica.

DIRITTO – Il ricorso denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 9 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, degli artt. 10 e 13, secondo comma, della legge 6 marzo 1987 n. 74, nonché dell'art. 9 c.p.c.

Si censura la sentenza impugnata, osservandosi che il diritto alla pensione di reversibilità da parte del coniuge divorziato presuppone l'effettiva titolarità dell'assegno di mantenimento, senza che rilevi la maturazione dei soli presupposti per conseguirlo, e, che non può confondersi lo stato di bisogno presupposto delle prestazioni previdenziali con quello in cui viene a trovarsi il coniuge divorziato privo di redditi propri. Si osserva anche come sia irragionevole la tesi della rilevanza dello stato di bisogno che non abbia comportato l'effettivo riconoscimento di un assegno divorzile, in quanto ne deriverebbe l'affidamento all'Inps di poteri discrezionali in materia di verifica della sussistenza dei requisiti di legge e un conseguente anomalo sindacato del giudice del lavoro in materia di stato, in difetto del contraddittorio garantito nelle relative controversie.

La questione oggetto del presente giudizio, come si è già ricordato, ha dato luogo a contrasti nella giurisprudenza di questa Corte.

Si trattava dell'interpretazione dei commi 2 e 3 dell'art. 9 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, così come sostituito dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987 n. 74, che disciplinano il diritto del soggetto divorziato alla pensione di reversibilità a seguito della morte dell'ex coniuge e in relazione alla posizione assicurativa del medesimo.

Precisamente, il comma 2 disciplina i diritti pensionistici dell'ex coniuge con riferimento all'ipotesi di insussistenza di un coniuge superstite avente diritto alla pensione di reversibilità e in concreto prevede il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità alla condizione che lo stesso – oltre a non essere passato a nuove nozze – “sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5”. Ulteriore presupposto previsto dalla norma è che il rapporto (contributivo o di impiego) da cui trae origine il trattamento pensionistico sia anteriore alla sentenza di divorzio. Il comma successivo, invece, regola le ipotesi di concorso, con il soggetto divorziato, di coniuge superstite del lavoratore pensionato o deceduto, oppure (in ulteriore concorso o in alternativa) di altri ex coniugi del medesimo. La disposizione, in particolare, prevede la ripartizione della pensione tra gli interessati da parte del

tribunale tenendo conto della durata del rapporto e, in caso di decesso o passaggio a nuove nozze di uno dei precedenti assegnatari di quote di pensione, con la permanenza di più aventi diritto, la ripartizione tra questi ultimi delle quote rese-si disponibili.

Secondo un primo e prevalente orientamento, ai fini del diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, il requisito della titolarità dell'assegno presuppone il riconoscimento giudiziale del cosiddetto assegno divorzile, a seguito della proposizione della relativa domanda, senza che possa attribuirsi rilevanza ad un'eventuale convenzione privata o ad erogazioni effettuate in linea di fatto (cfr. Cass., sez. I, 16 aprile 1991 n. 4041; Cass., sez. un., 25 maggio 1991 n. 5939 (1), chiamata a comporre il contrasto circa l'applicabilità o meno delle nuove norme sul diritto dell'ex coniuge alla pensione di reversibilità o una sua quota in riferimento alle situazioni conseguenti a decesso del *de cuius* anteriore all'entrata in vigore della legge n. 74/1987; Cass., sez. lav., 26 luglio 1993 n. 8335 (2); Cass., sez. lav., 19 gennaio 1996 n. 412 (3); Cass., sez. I, 8 gennaio 1997 n. 75; Cass., sez. lav., 15 febbraio 1999 n. 14111; Cass., sez. lav., 15 febbraio 2000 n. 1704; Cass., sez. lav., 27 novembre 2000 n. 15242; Cass., sez. lav., 18 luglio 2002 n. 10458).

Il contrastante orientamento non presenta formulazioni del tutto univoche, in quanto talvolta si è riproposta in sostanza una tesi interpretativa simile a quella prevalsa nella vigenza del testo dell'art 9 come novellato dalla legge n. 436/1978 (che parlava di "obbligato" all'erogazione dell'assegno), sostenendosi che per la legge rilevano anche le situazioni che non abbiano già dato luogo al riconoscimento del diritto all'assegno (cfr. Cass., sez. I, 10 settembre 1990 n. 9309 e Cass., sez. lav., 17 gennaio 2000 n. 457). In altre pronunce invece, o si è fatto riferimento a situazioni particolari, come all'ipotesi in cui nel procedimento divorzile il diritto all'assegno sia stato escluso pur in presenza di uno stato di bisogno, in considerazione delle precarie condizioni economiche anche dell'altro coniuge (Cass., sez. I, 12 novembre 1994 n. 9528 (4)), oppure, in senso contrario, si è ritenuto non precluso l'accertamento del possesso dei requisiti per il diritto all'assegno di mantenimento nel solo caso in cui in sede di procedimento divorzile la relativa domanda non sia stata proposta e quindi possa ritenersi non presente un giudicato sul punto (Cass., sez. lav., 25 marzo 2005 n. 6429, in contrasto con l'orientamento della prima Sezione, secondo cui in questa materia ai fini del giudicato assume comunque rilevanza il mancato riconoscimento del diritto, pur concretamente non rivendicato dall'interessato: cfr. Cass. 25 agosto 1998 n. 8427; 15 gennaio 2000 n. 412; 24 settembre 2002 n. 13860; 2 novembre 2004 n. 21049).

Deve darsi atto che ormai l'accennata questione interpretativa è stata risol-

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 944.

(2) Idem, 1993, p. 1176.

(3) Idem, 1996, p. 362.

(4) Idem, 1995, p. 115.

ta in senso conforme al prevalente orientamento giurisprudenziale dall'art. 5 della legge 28 dicembre 2005 n. 263, che con norma avente esplicita funzione di interpretazione autentica quindi effetti retroattivi, stabilisce che "le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, si interpretano nel senso che per titolarità dell'assegno ai sensi dell'art. 5 deve intendersi l'avvenuto riconoscimento dell'assegno medesimo da parte del tribunale ai sensi del predetto art. 5 della legge n. 898 del 1970".

Quanto all'ipotesi che la disciplina dei requisiti per il riconoscimento a favore del coniugo divorziato del diritto al pensione di reversibilità o di una sua quota, così come puntualizzata dalla norma di interpretazione autentica, possa presentare profili di illegittimità costituzionale, deve ricordarsi che in realtà la Corte costituzionale ha già nettamente preso posizione sul punto. Infatti con la sentenza n. 777 del 1988, nel dichiarare non fondata una questione di costituzionalità sollevata, in relazione all'art. 3 Cost., con riferimento al prevalente, più rigoroso, orientamento interpretativo, oltre a sottolineare lo scopo della scelta normativa del 1987 di eliminare quelle occasioni di litigiosità di cui la norma abrogata si era dimostrata gravida, ha in particolare rilevato che carattere essenziale del trattamento di reversibilità è quello di realizzare una garanzia di continuità del sostentamento del superstite, onde non poteva dubitarsi del fondamento razionale dell'esclusione del diritto alla pensione di reversibilità quando l'ex coniuge non sia titolare di assegno ai sensi dell'art. 5. La stessa Corte, ritornando sul tema con la sentenza n. 87 del 1995, ha richiamato di nuovo la funzione della pensione di reversibilità di assicurare la prosecuzione del sostentamento assicurato dall'assegno divorzile e ha ritenuto che è giustificata la scelta normativa di dare rilievo, ai fini dei successivi rapporti con l'ente pensionistico, solo alla regolazione dei rapporti economici tra gli ex coniugi effettuata giudizialmente.

Mancano dunque, come già recentemente rilevato da questa stessa Sezione (sentenza 13 marzo 2006 n. 5422 (5)), i presupposti per investire nuovamente della questione la Corte costituzionale.

Consegue l'accoglimento del ricorso e la cassazione della sentenza impugnata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, visto che pacificamente l'attuale intimata non era titolare di assegno divorzile, la causa può essere decisa nel merito con il rigetto della domanda proposta dalla medesima.

Sussiste l'irripetibilità delle spese dell'intero giudizio, ex art. 152 disp. att. c.p.c. nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, del d.l. 30.9.2003 n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24.11.2003 n. 326, non applicabile *ratione temporis*.

(Omissis)

(5) Idem, 2006, p. 196.

Processo civile - Pagamento - Prova - Quietanza - Necessità – Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 28.09.2006, n. 21038 - Pres. Mercurio - Rel. Morcavallo - P.M. Iannelli - P. (Avv. Greco) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente)

Il giudice del merito ben può ritenere provato l'avvenuto pagamento di una obbligazione all'esito del suo prudente apprezzamento di documenti pure non costituenti quietanza ai sensi dell'articolo 1199 del codice civile.

FATTO – Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale di Roma, pronunciando in sede di gravame sulla domanda proposta da P.J., intesa a percepire dall'INPS accessori sui ratei, tardivamente erogati, del trattamento pensionistico spettante in regime di convenzione internazionale, ha ridotto gli importi riconosciuti a tale titolo dal primo giudice detraendo la somma già corrisposta dall'INPS.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione P.M., erede del pensionato, deducendo tre motivi, illustrati con memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

L'Istituto ha resistito con controricorso.

DIRITTO – Il primo motivo di ricorso denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 115, 116 c.p.c. e 1199, 2697 c.c. Si lamenta che il Tribunale abbia accolto l'eccezione di pagamento parziale degli interessi e della rivalutazione, benché sfornita di prova e fondata solo su una nota dell'INPS, inidonea a configurare una quietanza di pagamento.

Tale motivo è infondato.

Va premesso che, secondo i principi generali in materia di adempimento delle obbligazioni, il debitore ha il diritto di provare l'avvenuto pagamento dell'obbligazione a suo carico e l'esercizio di questo diritto non può essere impedito dall'omesso rilascio della quietanza (cfr. Cass. 6 giugno 1973, n. 1630). Quanto alla idoneità della prova offerta, essa è rimessa alla valutazione del giudice di merito, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., mentre il controllo del giudice di legittimità in ordine al convincimento della rilevanza probatoria degli elementi considerati può riguardare solo la congruità della motivazione e il rispetto dei principi di diritto che regolano la prova (cfr. Cass. 25 marzo 2003, n. 4373; 1 settembre 2003, n. 12747). Applicando tali principi al caso di specie, si osserva in primo luogo che non è dato rinvenire alcuna violazione riguardo alle norme generali sulla disponibilità e valutazione della prova (art. 115-116 c.p.c.) e sulla ripartizione dell'onere probatorio (art. 2697 c.c.), atteso che, da un lato, il giudice di merito ha posto a fondamento della sua decisione un documento proposto da una delle parti e ha proceduto alla relativa valutazione secondo il suo prudente apprezzamento e che, dall'altro, l'onere della prova è stato correttamente attribuito all'ente debitore. Del tutto erroneo, poi, alla stregua delle superiori considerazioni, si rivela l'assunto della ricorrente secondo cui l'art. 1199 c.c. attribuirebbe efficacia liberatoria soltanto alla quietanza di pagamento: affermazione che contrasta con i principi generali sopra enunciati e che non trova riscontro neanche nella sentenza di questa Corte n. 10652 del 7 luglio 2003, impropriamente richiamata nel ricorso e nella memoria, la quale ha

soltanto escluso valore di quietanza ad una mera offerta di pagamento formulata dall'INPS in corso di giudizio, senza prendere in considerazione la diversa ipotesi – ricorrente nella specie in esame – dell'effettivo pagamento, attestato anche da specifica nota dell'Istituto e in ordine al quale, giova precisare, la parte privata non ha specificato di avere mosso alcuna contestazione nei gradi di merito.

Il secondo motivo denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 1194 c.c. Si sostiene che, ai sensi degli art. 1193 e 1194 c.c., il pagamento parziale eseguito dall'Istituto doveva essere imputato agli interessi e non al capitale, sicché i giudici di merito avrebbero dovuto rilevare che lo stesso Istituto era comunque debitore a titolo di residuo debito previdenziale.

Anche tale motivo è infondato.

Alla proposizione della domanda giudiziale per il conseguimento degli accessori possono ricondursi effetti sostanziali indiretti derivanti dalla volontà manifestata dalla parte, se pure mediante il ministero del difensore; pertanto, così come ne deriva l'effetto di interrompere la prescrizione del diritto del quale distintamente si domanda il riconoscimento giudiziale, allo stesso modo può considerarsi conseguente la implicita accettazione del pagamento parziale, eseguito dall'Istituto debitore, come pagamento del capitale: e ciò, configurando il consenso richiesto dall'art. 1194, primo comma, c.c., vale ad escludere l'imputabilità del suddetto pagamento agli accessori del credito (v. Cass. nn. 161 e 9074 del 2006).

Con il terzo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 210 c.p.c., per avere i giudici di merito omesso di valutare l'istanza di esibizione del fascicolo amministrativo.

Il motivo è inammissibile, poiché non indica quale concreto risultato – collegato alle censure proposte in questa sede – poteva scaturire dalla esibizione della documentazione amministrativa.

In conclusione, il ricorso va rigettato.

Nulla per le spese, in applicazione dell'art. 152 disp. att. c.p.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.l. 30 settembre 2003 n. 269, inapplicabile nella specie *ratione temporis*)

(*Omissis*)

Contributi - Ricongiunzione periodi assicurativi - Fondo speciale Telefonici - Domanda presentata *ex lege* 29 del 1979 - Mancata definizione - *Ius superveniens* - Art. 5 legge 20 febbraio 1992, n. 58 - Applicabilità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 26.09.2006, n. 20857 - Pres. Mattone - Rel. Di Cerbo - P.M. Matera (Conf.) - S., Telecom Italia spa (Avv.ti Fessi, Boer) - INPS (Avv.ti Sgroi, Correrà, Coretti).

Il nuovo meccanismo obbligatorio di ricongiungimento delle posizioni assicurative introdotto dalla legge 20 febbraio 1992, n. 58 per i lavoratori addetti ai pubblici servizi di telefonia in servizio alla data del 20 febbraio 1992 opera anche nei confronti dei lavoratori che, pur essendosi avvalsi della procedura di cui all'art. 2 della legge n. 29 del 1979, non avevano ancora provveduto alla data di entrata in vigore della nuova legge al versamento della somma dovuta ai sensi dell'art. 2 o almeno alle prime tre rate di tale somma. In assenza del predetto versamento, pur essendo stata proposta la domanda di ricongiunzione sotto il vigore della l. n. 29 del 1979, non si determina il consolidamento e, pertanto, può trovare applicazione lo ius superveniens costituito dall'art. 5 della legge n. 58 del 1992, che introduce una disciplina speciale rispetto a quella generale della legge n. 29 del 1979, riferita unicamente al settore delle telecomunicazioni.

FATTO – Con distinti ricorsi al Pretore di Roma S. S. e la s.p.a. Telespazio esponevano che il primo, dipendente della seconda ed iscritto al Fondo speciale telefonici gestito dall'INPS, aveva presentato domanda di ricongiunzione dei periodi assicurativi esistenti nell'assicurazione generale obbligatoria e in altre gestioni alternative ai sensi dell'art. 2 della legge n. 29 del 1979; che l'INPS non aveva adottato alcun provvedimento; che nelle more, in data 20 febbraio 1992, era entrata in vigore la legge n. 58 del 1992 la quale, nel dettare disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni, aveva stabilito, all'art. 5, l'obbligo delle società telefoniche di garantire a tutto il personale in servizio alla data di entrata in vigore della legge la costituzione di un'unica posizione assicurativa ed aveva posto per intero a carico dei datori di lavoro l'onere di versare le somme necessarie per la costituzione della riserva matematica determinata ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, senza la riduzione del 50% prevista dall'art. 2 della legge n. 29 del 1979; che l'INPS con circolare del 24 giugno 1992 n. 164 aveva ritenuto che tutte le domande di ricongiunzione presentate in precedenza e che non si erano consolidate con il pagamento dell'intera somma dovuta o quanto meno delle prime tre rate dovevano intendersi annullate per effetto dell'art. 5 della legge n. 58 del 1992. Ciò premesso i ricorrenti, assumendo la sussistenza di un loro interesse alla definizione della domanda in base alla legge n. 29 del 1979 e sostenendo che le domande presentate nel vigore di detta legge non potevano non essere prese in esame dall'INPS secondo le norme vigenti al momento della presentazione della domanda, chiedevano che fosse accertato l'obbligo dell'INPS di esaminare e definire le domande di ricongiunzione avanzate dagli iscritti al Fondo telefonici anteriormente al 20 febbraio 1992 in base alla legge n. 29 del 1979 con conseguente declaratoria che i rapporti giuridici sorti in base a quest'ultima legge non rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 5 della legge n. 58 del 1992.

L'INPS si costituiva in giudizio rilevando il difetto di interesse ad agire in quanto la ricongiunzione prevista dall'art. 5 della legge n. 58 del 1992 era obbligatoria e gratuita per tutti i lavoratori.

Riuniti i giudizi il Pretore dichiarava l'insussistenza dell'interesse ad agire del lavoratore e rigettava la domanda della società.

Con sentenza depositata il 30 settembre 2003 il Tribunale di Roma rigettava il gravame proposto avverso detta sentenza dai ricorrenti in primo grado. Premesso che il diritto alla ricongiunzione non era contestato, osservava che la pretesa del lavoratore non era basata sulla concreta lesione di un interesse giuridicamente rilevante; in particolare non era stato neppure astrattamente ipotizzato che la scelta del sistema normativo di cui alla legge n. 29 del 1979 avrebbe condotto ad un risultato più vantaggioso rispetto a quello derivante dall'applicazione della nuova legge. Per quanto riguarda il datore di lavoro osservava che questo non aveva fatto valere alcun diritto proprio e pertanto non poteva vantare alcun interesse, neppure di fatto, all'accoglimento della domanda proposta dal lavoratore.

Per la cassazione di tale sentenza propongono ricorso S.S. e Telecom Italia s.p.a (quale incorporante Telespazio s.p.a.) affidato a tre motivi illustrati da memoria. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO – Col primo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 100 cod. proc. civ. e falsa applicazione dell'art. 5 della legge n. 58 del 1992 a rapporti disciplinati dagli artt. 2 e 5 della legge n. 29 del 1979, nonché vizio di motivazione. Contestano le conclusioni della sentenza impugnata circa l'inesistenza di un concreto ed attuale interesse ad agire da parte dell'assicurato e della società. Infatti la definizione della domanda amministrativa di ricongiunzione presentata dall'assicurato produce effetti sia per quest'ultimo, sia per il datore di lavoro. Il lavoratore, che nelle more ha ottenuto la ricongiunzione con onere a carico del datore di lavoro, ma con riserva di ripetizione di quanto dovuto in base al piano di ammortamento, ha interesse o a far fronte all'onere in proprio, ovvero a trasformare, attraverso l'esaurimento del procedimento amministrativo, l'obbligo del datore di lavoro a sostenere la spesa della ricongiunzione da potenziale in attuale. A sua volta il datore di lavoro ha interesse a verificare se l'obbligo che la nuova legge ha imposto, originariamente sorto come obbligo di garantire, si sia convertito in un obbligo di pagare.

Col secondo motivo i ricorrenti denunciano violazione degli artt. 11 e 15 delle disposizioni della legge in generale. Deducono l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dato implicitamente per pacifica l'applicabilità della norma sopravvenuta ai rapporti giuridici pendenti solo perché non ancora esauriti, conferendo così alla nuova disposizione effetti sostanzialmente abrogativi del diritto alla ricongiunzione a domanda. Sostengono altresì che la nuova legge non ha posto nel nulla il diritto alla definizione della domanda di ricongiunzione, ma ha sommato al precedente diritto un nuovo diritto alla ricongiunzione della posizione assicurativa solo parzialmente alternativo al precedente diritto e che coesiste con esso perché destinato a produrre effetti con decorrenza diversa e ad interessare periodi assicurativi diversi.

Col terzo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 5 della legge n. 58 del 1992 e degli artt. 2 e 5 della legge n. 29 del 1979. Deducono l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha adeguatamente considerato il carattere eccezionale della legge n. 58 del 1992 la quale ha disposto la ricongiunzione, a totale carico del datore di lavoro, di tutti i periodi assicurativi del personale comune in servizio. Secondo i ricorrenti la legge n. 58 del 1992 ha posto a carico del

datore di lavoro l'onere di ricongiungere le posizioni assicurative non altrimenti ricongiungibili alla data del 20 febbraio 1992. Pertanto l'esaurimento della trattazione amministrativa della domanda di ricongiunzione costituisce un *prius* indispensabile per far sorgere un onere attuale del datore di lavoro.

I tre motivi di ricorso sono logicamente connessi e devono essere pertanto esaminati congiuntamente.

L'art. 2, terzo comma, della legge n. 29 del 1979 (la quale pone una disciplina generale della ricongiunzione dei periodi assicurativi dei lavoratori ai fini previdenziali) pone a carico dell'assicurato che, come nel caso di specie, abbia chiesto la ricongiunzione delle proprie posizioni assicurative, un importo pari al 50% della differenza tra la riserva matematica, determinata in base ai criteri ed alle tabelle di cui all'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, necessaria per la copertura assicurativa relativa al periodo utile considerato, e le somme versate dalla gestione o dalle gestioni assicurative interessate dalla ricongiunzione, somme che comprendono i contributi di pertinenza maggiorati dell'interesse composto al tasso annuo del 4,50%. Si tratta pertanto di una ricongiunzione normalmente onerosa per l'assicurato, ove la gestione assicurativa presso la quale si effettua la ricongiunzione, nell'assicurare un trattamento più favorevole, sia più onerosa rispetto a quella ordinaria.

L'art. 5 della legge n. 58 del 1992 (la quale reca disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni) prevede l'iscrizione obbligatoria al Fondo speciale telefonici gestito dall'INPS di tutto il personale addetto ai pubblici servizi di telefonia di cui alla legge n. 1450 del 1956, dei dipendenti delle società di cui all'art. 4 della legge n. 1790 del 1962 nonché del personale transitato alla società di cui all'art. 1 o alle concessionarie ai sensi dell'art. 4, comma 4, della legge n. 58 citata. La stessa norma prevede a carico delle suddette società l'obbligo di garantire a tutti i dipendenti in servizio alla data di entrata in vigore della legge la costituzione di un'unica posizione assicurativa dell'intera situazione previdenziale singolarmente maturata, con correlativo obbligo di versare al Fondo le somme necessarie alla costituzione della riserva matematica determinata ai sensi dell'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, e sulla base delle tabelle allegate al decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale del 19 dicembre 1981 al netto del trasferimento al Fondo, da parte della gestione o delle gestioni interessate, dell'ammontare dei contributi relativi ai periodi precedenti di loro pertinenza, maggiorati dell'interesse composto al tasso annuo del 4,5%. Dal chiaro disposto della norma citata si evince che la ricongiunzione ivi prevista, che opera esclusivamente nel settore delle telecomunicazioni, ha carattere obbligatorio, a differenza di quella disciplinata dall'art. 2 della legge n. 29 del 1979, ed è certamente più conveniente per l'assicurato, nei confronti del quale non è previsto alcun onere, laddove è più onerosa per le aziende sulle quali viene a gravare in via esclusiva il costo della ricongiunzione.

L'oggetto del contendere è costituito dalla sussistenza o meno di un diritto dell'assicurato che abbia già richiesto la ricongiunzione ai sensi dell'art. 2 della legge n. 29 del 1979 alla definizione di tale domanda in base alla norma da ultimo citata; tale diritto viene contestato dall'INPS secondo il quale tale norma non è più applicabile per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 58 del 1992 ed in particolare del più volte citato art. 5 di tale legge che, secondo l'istituto, costituisce *ius superveniens* e che si applica pertanto anche alle posizioni di quei lavoratori (come lo S.)

in servizio alla data del 20 febbraio 1992, la cui domanda di ricongiunzione proposta ai sensi dell'art. 2 non si era consolidata, con il pagamento dell'intera somma dovuta o quanto meno delle prime tre rate.

Tutto ciò premesso deve ritenersi erronea, per le ragioni di seguito illustrate, la decisione del Tribunale che ha negato la configurabilità, in capo a tutte le parti appellanti, dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 cod. proc. civ. Poiché, peraltro, nonostante l'erronea motivazione in diritto, il dispositivo della sentenza impugnata deve ritenersi conforme a diritto, questa Corte si limita, ai sensi dell'art. 384, ultimo comma, cod. proc. civ., a correggere la motivazione senza procedere a cassare detta sentenza.

Per la sussistenza dell'interesse ad agire nelle azioni di accertamento, come quella in esame, è sufficiente che il provvedimento richiesto sia idoneo ad eliminare una situazione di incertezza oggettiva in ordine ad un diritto non essendo necessaria anche l'attuale lesione di esso (cfr, Cass. 11 maggio 2000 n. 6046).

Orbene, nel caso in esame, sussiste il suddetto interesse non solo per l'azienda, rispetto alla quale l'applicazione della normativa di cui all'art. 5 della legge n. 58 comporta maggiori oneri, ma anche per l'assicurato. È infatti evidente che accertare se, con riferimento alla domanda dallo stesso presentata ed alle posizioni assicurative da ricongiungere, maturate prima della presentazione di essa, debba o meno trovare applicazione la normativa sopravvenuta incide direttamente sulla determinazione degli oneri economici scaturenti, a carico dell'interessato, dal meccanismo del ricongiungimento.

Ciò premesso deve comunque ritenersi corretto il dispositivo di rigetto contenuto nella decisione impugnata.

Tenuto conto della disciplina della ricongiunzione prevista dall'art. 2 della legge n. 29 del 1979 e della volontà manifestata dal legislatore di introdurre, con la legge n. 58 del 1992, nei confronti dei soli lavoratori addetti ai pubblici servizi di telefonia in servizio al 20 febbraio 1992, un nuovo meccanismo di ricongiungimento delle posizioni assicurative destinato ad operare obbligatoriamente, deve ritenersi che tale nuovo meccanismo sia destinato ad operare anche nei confronti di coloro che, come lo S., pur essendosi avvalso della procedura di cui all'art. 2 della legge n. 29 del 1979, non avevano ancora provveduto alla data di entrata in vigore della nuova legge, al versamento della somma dovuta ai sensi dell'art. 2 o almeno delle prime tre rate di tale somma. Va rilevato in proposito che, a norma dell'art. 5, terzo comma, della legge n. 29 del 1979, solo il versamento, anche parziale, dell'importo dovuto determina l'irrevocabilità delle domande di ricongiunzione, e quindi determina il consolidamento della situazione. In assenza di tale versamento la situazione determinatasi a seguito della presentazione della domanda di ricongiunzione, pur essendo stata quest'ultima proposta sotto il vigore della legge n. 29 del 1979, non si è ancora consolidata e pertanto nei suoi confronti può trovare applicazione lo *ius superveniens* costituito dall'art. 5 della legge n. 58 del 1992, che introduce una disciplina speciale, rispetto a quella generale della legge n. 29 del 1979, riferita unicamente al settore delle telecomunicazioni.

Non appaiono fondati, in relazione alla soluzione accolta, i sospetti di incostituzionalità del nuovo assetto normativo – sospetti prospettati peraltro dai ricorrenti in modo affatto generico – atteso che per l'assicurato esso si risolve, come si è sopra

rilevato, in un apprezzabile vantaggio mentre per le aziende telefoniche il maggior onere contributivo deve essere inquadrato nel contesto complessivo della riforma del settore delle telecomunicazioni introdotta dalla nuova normativa.

Il ricorso deve essere in definitiva rigettato.

Tenuto conto della complessità e della novità della questione si ritiene conforme a giustizia compensare tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

Contributi - Impresa Artigiana - Iscrizione all'Albo - Contestazione requisiti previsti dalla legge - Impugnazione davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria *ex art. 7*, sesto comma, legge n. 443 del 1985 - Mancanza - Disapplicazione - Ammissibilità - Onere prova - Impresa artigiana - Prova documentale.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 21.09.2006, n. 20443 - Pres. Sciarelli - Rel. La Terza - P.M. Fuzio (Conf.) - B.V.S. (Avv.ti D'Ottavi, Zuppiroli) - INPS (Avv.ti Sgroi, Ponzo).

L'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, avente natura di atto di certificazione a contenuto interamente vincolato, anche nell'ipotesi in cui non sia stato impugnato secondo la procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 443 del 1985, a fronte della contestazione da parte dell'ente previdenziale della insussistenza dei presupposti previsti dalla legge, può essere oggetto di un sindacato incidentale da parte del Giudice ordinario e disapplicato. Ne consegue, pertanto, che l'impresa che agisce in giudizio per ottenere l'applicazione dei contributi previsti per il settore artigiano in luogo di quelli per il settore industriale ha l'onere di dimostrare di possedere i requisiti propri delle imprese artigiane e la prova deve essere fornita con il documento che attesti l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane.

FATTO – Con tre separati ricorsi al Pretore di Ferrara del 2 marzo 1996 B.S., V.I. e S.A. esponevano che il 2 aprile 1974 era stata costituita, tra il B. e lo S., la snc T. Oberti di S. e B., avente ad oggetto produzione e riparazione di motori, che era stata iscritta all'Albo Imprese Artigiane di Ferrara ed i cui titolari erano stati iscritti negli elenchi nominativi per l'assicurazione obbligatoria malattie ed IVS; che i soci avevano poi, nel 1980, ceduto parte delle proprie quote alle rispettive consorti L. G. e V.I., che si iscrivevano anch'esse nei suddetti elenchi nominativi, mentre nel 1992 la V. aveva ceduto la propria quota al figlio S. A.; che nel 1992, nel corso di una ispezione effettuata dall'Inps, era stata contestata la mancata partecipazione delle due socie L. e V. all'attività aziendale, ed era stata quindi chiesta

– giacché la maggioranza dei soci non partecipava all'attività aziendale – la cancellazione dell'impresa alla Commissione Provinciale per l'Artigianato, la quale aveva disposto la cancellazione, ma era stata poi corretta dalla Commissione Regionale, che aveva confermato il diritto dell'impresa all'iscrizione all'albo ed il diritto dei soci all'inquadramento nella gestione artigiano; che tuttavia l'Inps aveva trasferito la snc Oberti dal settore artigiano a quello dell'industria dal luglio 1980 ed aveva preso provvedimenti conseguenti in ordine alla posizione assicurativa degli interessati; i tre ricorrenti chiedevano quindi che venisse accertato il diritto dell'impresa di permanere nel settore artigiano ed il diritto di essi titolari alla iscrizione alla relativa gestione, deducendo di avere sempre partecipato all'attività aziendale, mentre le assenze della Lombardi erano dovute a malattie.

Nel contraddittorio con l'Inps ed espletata prova testimoniale, il Tribunale di Ferrara, subentrato al Pretore, con sentenza del 7 febbraio 2000, accoglieva la domanda, ma sull'appello dell'Istituto, la Corte d'appello di Bologna, all'esito di ulteriori prove testimoniali, riformava la statuizione, rigettando la pretesa dei ricorrenti.

La Corte territoriale – premesso che i dipendenti, mentre in occasione delle indagini ispettive avevano riferito di non avere mai visto al lavoro le due socie L.G. e V.I., viceversa, sentiti in sede giudiziale, avevano riferito il contrario – affermavano non essere credibili le giustificazioni rese da costoro di avere dichiarato agli ispettori circostanze non vere per timore di provocare danno all'azienda, di talché tutte le loro deposizioni avevano finito per essere prive di valore, mentre doveva essere conferito preminente rilievo agli ispettori Inps, i quali avevano riferito che nelle due giornate in cui erano stati presenti in azienda nel corso del mese in cui si era prolungata l'ispezione, mai avevano visto le due socie al lavoro. Poiché dunque non era emersa la prova, che è a carico dei richiedenti, di avere diritto all'inquadramento nel settore artigiano e nella relativa gestione previdenziale, la Corte di Bologna rigettava la domanda.

Avverso detta sentenza B.S., V.I. e S.A. propongono ricorso affidato a cinque motivi.

Resiste l'Inps con controricorso.

DIRITTO – Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 5 terzo comma e 7 legge n. 443 del 1985, legge quadro per l'artigianato, perché ai sensi di dette disposizioni l'iscrizione all'albo è costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni favore delle imprese artigiane, per cui l'Inps non potrebbe disattendere la qualifica artigiana dell'impresa e dei relativi soci se non previa impugnazione della delibera adottata dalla Commissione Regionale per l'Artigianato e solo dopo l'annullamento di tale provvedimento l'Istituto potrebbe recuperare i contributi.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e disapplicazione dell'art. 5 della legge n. 1533 del 1956 e della legge 463/59 riguardanti le iscrizioni obbligatorie negli elenchi nominativi per l'assicurazione contro le malattie e IVS degli artigiani, perché detta iscrizione avrebbe natura costitutiva.

Con il terzo motivo si denuncia erronea applicazione dell'art. 2697 cod. civ. perché l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane ha efficacia costitutiva e vincolante a tutti gli effetti di legge.

Con il quarto motivo si denuncia la disapplicazione dell'art. 5 terzo comma della legge 443/85 perché la socia L.G. era stata assente per malattia, come le era

consentito per un periodo massimo di cinque anni, anche in mancanza dei requisiti di cui all'art. 2 della medesima legge.

Con il quinto motivo si denuncia l'errata applicazione dell'art. 116 cod. proc. civ. perché il fatto che gli ispettori Inps non avevano visto le due sode per i due giorni che erano stati in azienda, non poteva dimostrare la loro assenza per l'intero mese, anche perché la L. si era assentata per malattia.

Il ricorso non è fondato.

1. Per decidere sui primi tre motivi di ricorso, occorre esaminare la questione relativa agli effetti che l'iscrizione della impresa nell'albo delle imprese artigiane determina nei riguardi dell'Inps, e quindi sul piano prettamente previdenziale, sia per quanto riguarda la posizione dei titolari, sia per quanto riguarda il regime relativo ai contributi da versare per i lavoratori dipendenti, questione che è stata regolata diversamente attraverso varie disposizioni succedutesi nel tempo. In primo luogo la legge 25 luglio 1956 n. 860, Norme per la disciplina giuridica delle imprese artigiane, disponeva all'art. 1 che la qualifica artigiana di un'impresa "è comprovata dall'iscrizione all'albo di cui all'art. 9". Successivamente il quarto comma dell'art. 5 della legge 8 agosto 1985, n. 443 ha invece disposto che l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane "è costitutiva e condizione per la concessione delle agevolazioni a favore delle imprese artigiane". La disposizione è stata poi confermata e ribadita dal DL 15 gennaio 1993 n. 6, convertito nella legge 17 marzo 1993 n. 63, il quale – nel modificare parzialmente le disposizioni già introdotte dall'art. 14 comma 4 della legge 30 dicembre 1991 n. 412 per la iscrizione unica da parte delle aziende presso gli sportelli polifunzionali, istituiti da Inps, Inail, Scau e Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura – all'art. 3 prevedeva che le commissioni provinciali dell'artigianato, a seguito della iscrizione, dovevano "provvedere d'ufficio, ovvero su richiesta del soggetto iscritto o della pubblica amministrazione interessata, alla verifica della sussistenza dei requisiti di qualifica artigiana del titolare dell'impresa con dipendenti, adottando provvedimento vincolante ai fini previdenziali e assistenziali, impugnabile ai sensi delle procedure previste dall'art. 7 della citata legge n. 443 del 1985". Detto carattere vincolante nei confronti dell'Inps delle iscrizioni e delle verifiche rimesse alle commissioni regionali per l'artigianato, sembrava peraltro contraddire il precedente assetto in tema di classificazione dei datori di lavoro introdotto, in via generalizzata, dall'art. 49 della legge n. 88 del 9 marzo 1989, secondo cui "La classificazione dei datori di lavoro disposta dall'Istituto ha effetto a tutti i fini previdenziali e assistenziali..." giacché secondo quest'ultima disposizione, come interpretata peraltro dalla consolidata giurisprudenza di legittimità (cfr Cass. sezioni unite n. 4837 del 18 maggio 1994 (1), cui si sono conformate tutte le sentenze successive) spettava solo all'Inps di determinare l'inquadramento delle aziende nel settore artigianato, attenendosi ai criteri di cui alla legge n. 443 del 1985.

La disciplina è stata successivamente modificata sia dalla legge 20 maggio 1997 n. 133 (ma solo per quanto concerne il tipo di società), sia dall'art. 44 comma 8 della legge n. 326 del 24 novembre 2003 (di conversione del DL 30 settembre 2003 n. 269) secondo cui «A decorrere dal primo gennaio 2004 le domande di iscrizione alle Camere di commercio, industria, artigianale e agricoltura delle imprese artigiane, nonché di quel-

(1) V. in q. Riv. 1994, p. 963.

le esercenti attività commerciale, hanno effetto, sussistendo i presupposti di legge, anche ai fini dell'iscrizione agli enti previdenziali e del pagamento dei contributi e premi agli stessi dovuti...» Si prevede poi che le Camere di commercio debbano inviare agli enti previdenziali la avvenuta iscrizione, affinché questi ultimi la notifichino agli interessati e richiedano il pagamento dei contributi. Questa medesima disposizione ha anche abrogato l'ultimo periodo dell'art. 3 della citata legge 63/93 nel senso di escluderne la impugnabilità ai sensi dell'art. 7 della legge 443/85, con la procedura ivi prevista (impugnazione entro sessanta giorni della decisione della commissione regionale davanti al tribunale competente, che decide in camera di consiglio sentito il pubblico ministero).

2. Quanto alla assicurazione propria dei titolari delle imprese artigiane, la prima normativa di tutela fu introdotta con la legge 29 dicembre 1956 n. 1533, la quale estese a dette categorie l'assicurazione obbligatoria malattie; nella stessa (art. 2) si disponeva che la commissione provinciale per l'artigianato, ex artt. 12 e 13 della legge 25 luglio 1956 n. 860, dovesse compilare l'elenco nominativo di tutti gli artigiani e dei rispettivi nuclei familiari a carico. Seguì la legge 4 luglio 1959 n. 463, che estese e rese obbligatoria per gli artigiani ed i familiari coadiuvanti l'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti; agli effetti di detta legge (art. 1) sono considerati artigiani i titolari delle imprese che abbiano i requisiti di cui agli artt. 1, 2, e 3 della già citata legge n. 860 del 1956. Seguì ancora l'art. 4 della legge 2 agosto 1990 n. 233, di riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi assicurati presso l'Inps., per cui, ai sensi dell'art. 4, le amministrazioni competenti a tenere gli albi devono comunicare all'Inps la iscrizione di un'impresa all'albo delle imprese artigiane, affinché l'Istituto ne venga a conoscenza e provveda alla assicurazione IVS del titolare e dei coadiuvanti.

3. Non è vero che, nella specie, la mancata impugnazione da parte dell'Inps del provvedimento della commissione regionale che ha confermato la iscrizione all'albo delle imprese artigiane, emesso dalla commissione regionale competente, renda intangibile per l'azienda l'inquadramento in questo settore ed intangibile per i soci la iscrizione nella gestione Inps degli artigiani.

Infatti il sistema che regola l'obbligo di pagamento della contribuzione previdenziale è improntato al carattere meramente ricognitivo dei provvedimenti di classificazione dei datori di lavoro, ossia della loro inclusione o iscrizione nell'uno o nell'altro settore sulla cui base si determina il regime assicurativo, giacché a detti provvedimenti è estranea ogni discrezionalità da parte di qualunque autorità pubblica. In altri termini, poiché l'inquadramento del datore di lavoro, e quindi il regime assicurativo applicabile è regolato esclusivamente dalla legge, la quale richiede la esistenza di determinati presupposti in fatto per includere il datore nell'uno o nell'altro settore (industria, artigianato, terziario ecc.), tutti i provvedimenti di classificazione o inquadramento sono pienamente sindacabili in sede giudiziale. È stato infatti già ritenuto da numerose precedenti pronunzie (Cass. n. 2090 del 26 febbraio 1998, n. 2630 del 20 marzo 1999, n. 3792 del 15 marzo 2001 n. 4607 del 6 marzo 2004) che dall'entrata in vigore della legge 17 marzo 1993, n. 63 (di conversione, con modificazioni, del D.L. 15 gennaio 1993, n. 6), la iscrizione all'albo delle imprese artigiane ha efficacia vincolante anche ai fini previdenziali ed assistenziali, ed è impugnabile attraverso le procedure previste dall'art. 7 della legge n. 443 del 1985 (ricorso alla Commissione Regionale; impugnazione del relativo provvedimento davanti al Tribunale competente per territorio, che decide in Camera di

Consiglio, sentito il Pubblico Ministero), senza tuttavia che ciò impedisca al giudice del merito, a fronte della contestazione formulata in giudizio dal convenuto e della prova offerta dal medesimo, di verificare se sussistono tutti i requisiti di legge per la qualifica artigiana, e di disapplicare, in caso di insussistenza dei requisiti medesimi, l'atto di iscrizione, ancorché non impugnato in sede amministrativa e poi giudiziaria con la procedura di cui al citato art. 7 legge n. 443 del 1985. Si tratta infatti di atti di certazione a contenuto interamente vincolato, che possono essere sindacati "incidenter tantum" dal giudice ordinario e disapplicati in quanto non conformi a legge, atteso che il giudice ha il potere di verificare l'esistenza dei requisiti per il sorgere del regime pertinente, indipendentemente dall'accertamento compiuto in sede amministrativa. Ne consegue che l'impresa che agisce in giudizio per ottenere l'applicazione dei contributi previsti per il settore artigiano, negando che siano dovuti, invece, quelli per il settore industriale, ha l'onere di dimostrare di possedere i requisiti propri delle imprese artigiane e la prova deve essere fornita con il documento che attesti l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane (ed eventualmente, in aggiunta, mediante altri mezzi istruttori), fermo restando che il giudice del merito, a fronte della prova contraria eventualmente fornita dall'ente previdenziale, non può limitarsi a decidere la causa in base al semplice riscontro dell'esistenza dell'iscrizione nell'albo, ma deve pervenire alla decisione mediante la comparazione e il prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa. Peraltro il medesimo orientamento è stato adottato per quanto riguarda la iscrizione del titolare della impresa artigiana nella gestione Inps degli artigiani, essendosi ritenuto che l'obbligo contributivo viene meno quando venga meno uno dei suddetti requisiti, anche se l'impresa non venga di fatto cancellata dal relativo albo (cfr. Cass. n. 6625 del 24 luglio 1996 (2), n. 2658 del 21 marzo 1994).

I primi tre motivi vanno quindi rigettati, giacché i Giudici di merito ben potevano disapplicare il provvedimento della commissione regionale di iscrizione dell'impresa nell'albo delle imprese artigiane.

Non è fondato neppure il quarto motivo, giacché la sospensione o cessazione che consente di conservare la qualità artigiana dell'impresa e quindi la iscrizione al relativo albo è prevista dall'invocato art. 5 comma 3 della legge 443/85 solo a richiedere degli interessati, che nella specie non si deduce neppure essere stata proposta.

Ne è fondato il quinto motivo, giacché – a prescindere dall'elemento indiziario per cui gli ispettori non avevano mai visto in azienda le consorti dei due soci – i ricorrenti non hanno adempiuto all'onere della prova gravante su di essi di dimostrare, trattandosi di società, che la maggioranza dei soci svolgeva prevalente lavoro personale, anche manuale, nel processo produttivo e detta prova è stata correttamente ritenuta non raggiunta dalla Corte territoriale da parte dei ricorrenti che ne erano onerati, non essendo stati forniti elementi a sostegno, dal momento che logicamente non sono stati ritenuti credibili i dipendenti escussi come testi.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

(2) Idem, 1996, p. 979.

Contributi - Azione accertamento negativo - Verbale ispettivo congiunto
- Interesse ad agire - Sussistenza - Limiti.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 31.08.2006, n. 18852 - Pres. Ravagnani - Rel. Toffoli - PM. Matera - Aquileia srl in liquidazione (avv. Scuderi) - Ispettorato Provinciale Lavoro (Avv. Gen. Stato) - INAIL (Avv.ti Quaranta, Pignataro) - INPS (Avv.ti Correra, Cossu, Coretti)

Il ricorso giurisdizionale per accertamento negativo degli addebiti contenuti in un verbale ispettivo redatto congiuntamente dall'Ispettorato del lavoro, dall'INPS, dall'INAIL e dalla Guardia di Finanza è ammissibile soltanto nei confronti degli enti previdenziali poiché le obbligazioni contributive ed i relativi accessori sussistono a prescindere dall'esistenza di atti impositivi degli enti previdenziali interessati. È invece inammissibile il ricorso giurisdizionale avverso le contestazioni dell'Ispettorato del Lavoro in quanto il verbale ispettivo è un atto prodromico, di per sé non lesivo di situazione giuridiche soggettive.

FATTO e DIRITTO – La Corte d'appello di Catania, confermando la sentenza di primo grado, che aveva dichiarato “improcedibile” per difetto di interesse la domanda proposta dalla s.r.l. Aquileia contro l'Inps, l'Inail e l'Ispettorato provinciale del lavoro di Catania, diretta all'accertamento dell'infondatezza degli addebiti formulati nei suoi confronti con i verbali dell'11.3.1998, redatti a conclusione di una visita ispettiva effettuata congiuntamente dall'Ispettorato del lavoro (che eccipiva l'inammissibilità della domanda), dall'Inps e dall'Inail (che chiedevano il rigetto del ricorso), insieme alla Guardia di finanza.

Il giudice d'appello rilevava che l'atto impugnato aveva funzione endoprocedimentale ed era privo di efficacia esecutiva o sanzionatoria. La domanda doveva quindi considerarsi espressione di un mero interesse di fatto privo di giuridica rilevanza, inidoneo a fornire una legittimazione processuale o un interesse ad agire.

La s.r.l. Aquileia propone ricorso per cassazione con cui, denunciandosi violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e dell'art. 24 del d.lgs. 26.2.1999 n. 46, unitamente a vizio di motivazione, si sostiene che l'azione di accertamento proposta mira al risultato giuridicamente utile dell'eliminazione dell'incertezza circa la permanenza del diritto al godimento degli sgravi e della fiscalizzazione degli oneri sociali. Osserva anche che con riferimento ai fatti oggetto del verbale di accertamento era stata notificata alla società un'ordinanza ingiunzione e poi una cartella esattoriale e che la pendenza del presente giudizio aveva giustificato la sospensione del ruolo da parte del giudice dell'esecuzione del ruolo, e che, del resto, l'art. 24, comma 3, del d.lgs. n. 46/1999 prevede, in caso di impugnazione dell'accertamento effettuato dell'ufficio in materia di crediti degli enti previdenziali, che l'iscrizione a ruolo sia eseguita in presenza del provvedimento esecutivo del giudice.

L'Ispettorato provinciale del lavoro di Catania resiste con controricorso. L'Inps e l'Inail hanno depositato procure difensive.

Il ricorso è manifestamente infondato nei confronti dell'Ispettorato del lavoro, che può essere titolare potenziale di pretese relative a sanzioni amministrative, poi-

ché, come ripetutamente precisato dalla giurisprudenza, il verbale di accertamento delle relative violazioni è un atto prodromico, di per sé non lesivo di situazioni giuridiche soggettive, con la conseguenza che non è ammesso ricorso giurisdizionale nei confronti del verbale stesso (Cass. 6485/2000, 15152/2003, 812/2004, 17674/2004, 19243/2004). Peraltro il ricorso neanche prospetta di quale tipo di pretesa avrebbe potuto essere titolare tale amministrazione.

A conclusioni diverse deve pervenirsi con riferimento alle domande proposte nei confronti dell'Inps e dell'Inail, poiché le obbligazioni contributive (e quelle aventi ad oggetto i relativi accessori) sussistono a prescindere dall'esistenza di atti impositivi degli enti previdenziali interessati e d'altra parte il verbale ispettivo dell'ente previdenziale con cui vengano accertate inadempienze contributive è idoneo a manifestare una pretesa dell'ente pubblico, con la conseguenza che il relativo accertamento giustifica senza dubbio l'interesse del destinatario dello stesso ad un'azione di accertamento.

In conclusione il ricorso deve essere rigettato nei confronti dell'Ispettorato provinciale del lavoro e accolto nei confronti dell'Inps e dell'Inail, con conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio della causa a altro giudice.

Le spese del giudizio devono essere liquidate in favore dell'Ispettorato provinciale del lavoro, in base al criterio della soccombenza. La loro regolazione è rimessa al giudice di rinvio quanto ai rapporti tra la società ricorrente e i due enti previdenziali.

(Omissis)

Pensioni - Reversibilità - Figli - Ultradiciottenni viventi a carico - Requisito della inabilità - Sussistenza al momento del decesso del genitore assicurato o pensionato - Necessità - Insorgenza dello stato di inabilità in un momento successivo - Rilevanza – Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 25.08.2006, n. 18530 - Pres. Mileo - Rel. Di Nubila - P.M. Gaeta - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - S.

In tema di pensione di reversibilità di cui all'art. 13 l. 4 aprile 1952 n. 218, nel testo sostituito dall'art 22 l. 21 luglio 1965 n. 903, il requisito della inabilità, prescritto ai fini della sussistenza del diritto alla pensione di reversibilità o indiretta in favore del figlio ultradiciottenne vivente a carico del genitore, pensionato o assicurato, al momento del decesso di quest'ultimo, deve esistere con riferimento a tale momento perché possa ritenersi integrata la fattispecie costitutiva del diritto stesso.

FATTO – 1. S.G. adiva il Tribunale di Agrigento, onde conseguire la pensione di reversibilità quale figlia inabile di F.M. Il Tribunale rigettava la domanda.

Proponeva appello l'attrice e la Corte di Appello di Palermo, in riforma della sentenza di primo grado, dichiarava il diritto della Schifano alla pensione, siccome totalmente inabile alla data della morte di F. M., avvenuta il 21.1.1998.

2. Ha proposto ricorso per Cassazione l'INPS, deducendo con unico motivo violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 n. 3 CPC., degli artt. 13 sub 2 della Legge n. 218.1952 come sostituito dall'art. 22 della Legge n. 903, nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ex art. 360 n. 5 CPC: ai fini del riconoscimento del diritto azionato, doveva farsi riferimento alla sussistenza di una inabilità totale non già alla morte della madre (titolare di pensione di reversibilità del marito) ma alla morte del padre, avvenuta il 9.6.1958.

DIRITTO – 3. Il ricorso è manifestamente fondato e va accolto. L'art. 22 della Legge n. 903.1965 ha sostituito l'art. 13 sub 2 della Legge n. 218.1952, stabilendo che in caso di morte del pensionato o dell'assicurato, spetta una pensione di reversibilità al coniugo e ai figli i quali, *al momento della morte del pensionato o dell'assicurato*, siano riconosciuti inabili al lavoro.

4. Cass. 8.8.2002 n. 11999 ha chiarito che, in tema di pensione ai superstiti a norma del citato art. 22, il diritto a pensione di reversibilità spetta, alla morte del pensionato o dell'assicurato, iure proprio a ciascuno dei soggetti individuati dalla norma in ragione dei rapporti col defunto e alla situazione in cui si trova al *momento del decesso di questo*. Deve pertanto escludersi che sia prevista la trasmissibilità della pensione di reversibilità. In senso conforme Cass. 10.8.2004 n. 15440.

5. Applicando i suddetti principi al caso in esame, se ne deduce che l'indagine circa l'inabilità totale di S. G. doveva essere condotta con riferimento temporale al 9.6.1958 e non al 21.1.1998.

6. La sentenza impugnata deve essere pertanto cassata ed il processo va rinviato alla Corte di Appello di Messina, anche per le statuizioni circa le spese.

(Omissis)

Contributi - Omesso versamento totale o parziale - Somma aggiuntiva dovuta in base al regime di cui all'art. 4 del D.L. n. 536 del 1987 - Commisurazione al tasso di interesse di cui all'art 13 del D.L. n. 102 del 1981 - Conseguente credito dell'istituto previdenziale - Prescrizione decennale - Applicabilità - Prescrizione quinquennale ex n. 4 dell'art 2948 - Esclusione – Fondamento.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 10.08.2006, n. 18148 - Pres. Sciarelli - Rel. D'Agostino - P.M. Fuzio (Conf.) - Inps (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correrà) - TES di A. G.& C. sas (Avv.ti Rossi, Mereu).

Con riguardo alla disposizione di cui all'art. 4, comma primo, del D.L. 30 dicembre 1987, n. 536, convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 1988, n. 48, secondo la quale i soggetti inadempienti in tutto od in parte all'obbligazione di pagamento di contributi e premi dovuti alle gestioni previdenziali erano tenuti al pagamento di una somma aggiuntiva a titolo di sanzione in ragione d'anno, commisurata – secondo le specificazioni di cui alle lettere a), b) e c) dello stesso comma – al tasso dell'interesse di differimento e dilazione di cui all'art. 13 del D.L. 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 dicembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, il conseguente credito dell'istituto previdenziale per detta somma aggiuntiva (sussistente, ai sensi del comma sesto, dello stesso art. 4, anche per inadempimenti precedenti l'entrata in vigore della disposizione), resta assoggettato al termine prescrizione decennale, di cui all'art. 2946 cod. civ. e non a quello previsto dall'art. 2948 n. 4 cod. civ., che è applicabile alle obbligazioni di pagamento di interessi soltanto allorquando rivestano il connotato della periodicità, atteso che il riferimento a ciò che deve pagarsi in ragione di anno o per periodi più brevi concerne anche tali obbligazioni e considerato che, nella specie, tale presupposto non può essere ravvisato, in quanto l'indicata disposizione fa riferimento ad una somma per il cui pagamento non è prevista alcuna scadenza periodica.

FATTO – Con ricorso del 30.7.1999 al Tribunale di Cagliari, la T.E.S di A. G. & C. s.a.s. e A. G. in proprio, proponevano opposizione avverso il decreto ingiuntivo n.904 del 16 luglio 1999 con il quale era stato loro intimato il pagamento, in favore dell'INPS, della somma di lire 46.292.262 a titolo di somme aggiuntive per il tardivo versamento di contributi per il periodo giungo/dicembre 1992. Gli opposenti eccepivano la prescrizione quinquennale del credito. Nel merito deducevano l'erroneità del calcolo delle sanzioni.

Nella resistenza dell'INPS, il Tribunale, con sentenza del 5.12.2000, rigettava l'opposizione.

Proponevano appello i soccombenti e la Corte di Appello di Cagliari, con sentenza depositata il 22 maggio 2003, in riforma della decisione del Tribunale, accoglieva l'opposizione e revocava il decreto ingiuntivo.

La Corte territoriale osservava che l'obbligo del pagamento della somma aggiuntiva a titolo di sanzione sorge contestualmente all'atto della presentazione, tardiva o incompleta, dei modelli DM/10, sicché la presentazione di tali modelli - avvenuta tra il 20 agosto ed il 22 novembre 1993 - non può integrare alcun effetto interruttivo di una prescrizione che inizia a decorrere dal momento della loro presentazione. Rilevava, di conseguenza, che prima del 31.12.1995 non era intervenuto alcun atto interruttivo che abbia impedito l'applicazione del nuovo termine quinquennale di prescrizione introdotto dall'art. 3, comma 9, della legge n. 335 del 1995. Poiché non vi erano stati altri atti interruttivi oltre la notifica del decreto ingiuntivo, avvenuta il 21 luglio 1999, concludeva per la prescrizione del credito azionato dall'INPS.

Per la cassazione di tale sentenza l'INPS ha proposto ricorso sostenuto da un

unico articolato motivo. Gli intimati, che resistono con controricorso, hanno proposto ricorso incidentale condizionato con tre motivi.

DIRITTO – Preliminarmente deve disporsi la riunione dei ricorsi a norma dell'art. 335 c.p.c.

Con l'unico motivo del ricorso principale, denunciando violazione dell'art. 3 commi 9 e 10 della legge 8 agosto 1995 n. 335 e violazione dell'art. 2944 c.c. nonché vizi di motivazione, l'INPS, con un primo profilo di censura, sostiene che trattandosi nella specie di somme aggiuntive dovute per contribuzioni corrisposte in ritardo e relative a periodi (giugno-dicembre 1992) precedenti il 1 gennaio 1996, secondo quanto stabilito dall'art. 3 commi 9 e 10 della legge n. 335/1995 per esse trova applicazione, anche in assenza di atti interruttivi, la prescrizione decennale e non quella quinquennale.

Con un secondo profilo di censura l'Istituto sostiene che l'obbligo relativo alle somme aggiuntive che il datore di lavoro è tenuto a versare in caso di omesso o tardivo pagamento dei contributi previdenziali costituisce una conseguenza automatica dell'inadempimento o del ritardo; il debito per le somme aggiuntive ha dunque la sua fonte genetica nel ritardo o nell'omissione del pagamento dei contributi e non certo nella presentazione dei mod. DM10/M. Ne consegue che in caso di tardiva presentazione del modello suddetto il termine di prescrizione delle somme aggiuntive è già pendente in quanto inizia a decorrere dalla scadenza del versamento dei contributi.

Con un terzo profilo di censura l'INPS sostiene che, avendo la società provveduto, unitamente alla presentazione del mod. DM10/M, anche al pagamento tardivo dei soli contributi e non anche delle somme aggiuntive, nella specie si è avuto un pagamento parziale del debito che ha il valore di atto interruttivo della prescrizione a norma dell'art. 2944 c.c. Infatti le c.d. somme aggiuntive hanno una funzione risarcitoria e tendono al rafforzamento dell'obbligo contributivo con il quale si compenetrano dando luogo ad un'unica obbligazione. Ne consegue che il pagamento dei soli importi corrispondenti ai contributi omessi costituisce pagamento parziale del debito al quale va riconosciuto il valore di atto interruttivo della prescrizione.

Con il primo motivo del ricorso incidentale condizionato gli intimati denunciano difetto di motivazione e sostengono che l'obbligazione di pagamento delle somme aggiuntive costituisce una obbligazione autonoma rispetto all'obbligazione contributiva, soggetta a prescrizione quinquennale, in quanto somme dovute periodicamente ad anno o frazione di anno, perché collegate ad obbligazione (contributiva) anch'essa dovuta ad anno o frazione di anno.

Con il secondo motivo denunciano ancora difetto di motivazione e sostengono che il giudice di merito avrebbe dovuto tener conto del fatto che attraverso il mod. DM10/M il datore di lavoro denuncia una pluralità di contributi aventi diverso termine di prescrizione, nonché del fatto che il datore di lavoro aveva diritto di operare la compensazione tra le varie poste con imputazione delle partite creditorie secondo i criteri fissati dall'art. 1193 c.c.

Con il terzo motivo denunciano nullità del decreto ingiuntivo opposto per essere stato emesso da un giudice (Pretore) non più esistente alla data di presentazione del ricorso.

Il ricorso principale è fondato nei limiti delle considerazioni che seguono.

Il giudice di appello ha esattamente rilevato che la pretesa fatta valere dall'INPS nella presente controversia riguarda non già l'omesso versamento di contributi – atteso che è incontrovertito che la somma versata di lire 170.111.000 coincide esattamente con quella indicata come dovuta – bensì le somme aggiuntive a titolo di sanzione civile, pari a lire 46.292.262, dovute per la ritardata presentazione dei mod. DM/10 relativi ai mesi di giugno e dicembre 1992, per contributi pagati tra il 20 agosto ed il 22 novembre 1993.

Le somme aggiuntive sono sanzioni civili pecuniarie irrogate al datore di lavoro per l'omesso o ritardato pagamento dei contributi. Le sanzioni civili, pertanto, costituiscono obbligazioni di natura diversa dall'obbligazione contributiva. Scopo dell'obbligazione contributiva è la costituzione presso l'ente gestore della provvista necessaria all'erogazione delle prestazioni previdenziali e assistenziali. Scopo della sanzione civile è il rafforzamento dell'obbligazione contributiva mediante l'irrogazione di una pena pecuniaria al trasgressore. L'innegabile funzione accessoria della sanzione pecuniaria rispetto all'obbligazione contributiva non vale ad annullare le sostanziali differenze esistenti tra le due figure.

Una prima conseguenza sul piano pratico è che alle sanzioni civili (o somme aggiuntive) non è applicabile il regime di prescrizione previsto per le obbligazioni contributive. In particolare non è applicabile il disposto dell'art. 3 commi 9 e 10 della legge n. 335 del 1995 che si riferisce espressamente soltanto alle contribuzioni di previdenza e di assistenza e non alle sanzioni pecuniarie.

In tema di somme aggiuntive l'art. 4 del d.l. 30.12.1987 n. 536, convertito con modificazioni dalla legge 29.2.1988 n. 48, dispone nel primo comma che “i soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali e assistenziali ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti al pagamento di una somma aggiuntiva a titolo di sanzione civile in ragione d'anno”. Tale somma, sempre secondo (o stesso articolo, è pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'art. 13 del decreto legge 29.12.1981 n. 402, convertito con modificazioni dalla legge 26.9.1981 n. 537 e successive modificazioni ed integrazioni, maggiorato di cinque punti o senza maggiorazione a seconda delle ragioni del mancato o ritardato pagamento dei contributi o premi.

La predetta disposizione è stata riprodotta con modifiche nell'art. 1 comma 217 della legge 23.12.1996 n. 662 (non applicabile alla fattispecie in esame *ratione temporis*) il quale dispone “che i soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali e assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti: a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una somma aggiuntiva, in ragione d'anno, pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'art. 13 del d.l. 29.7.1981 n. 402, convenite con modificazioni dalla legge 26.9.1981 n. 527, e successive modificazioni ed integrazioni, maggiorato di tre punti.....”.

Con riferimento alle sanzioni previste dall'art 4 della legge n. 48/1988 questa Corte ha ripetutamente affermato che la prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 n. 4 c.c. per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi si riferisce alle obbligazioni periodiche e di durata, caratterizzate dal fatto che

la prestazione è suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo, sicché anche gli interessi previsti dalla stessa disposizione debbono rivestire il connotato della periodicità; ne consegue che detto regime non si applica all'obbligazione di interessi che non abbia scadenza periodica annuale o infrannuale. Tale presupposto non può essere ravvisato nel caso delle somme aggiuntive, perché la norma sopra considerata fa indubbiamente riferimento ad una somma da versare in unica soluzione, per il pagamento della quale non è prevista alcuna scadenza periodica, sicché il corrispondente credito dell'ente previdenziale resta assoggettato al termine prescrizione decennale previsto in via generale dall'art. 2946 c.c. (vedi Cass. n. 14152 del 2004 (1), Cass. n. 411 del 1999, Cass. n. 2498 del 1998, Cass. n. 1110 del 1994).

Questa Corte, inoltre, non ha mancato di precisare che l'obbligo relativo alle somme aggiuntive costituisce una conseguenza automatica del mancato o ritardato pagamento dei contributi alla data stabilita dalla legge e trova la sua fonte genetica nell'inadempimento contributivo (vedi Cass. n. 2566 del 2001, Cass. n. 8324 del 2000, Cass. n. 8644 del 2000, Cass. n. 5310 del 1987 (2)); pertanto è da tale momento che inizia a decorrere la prescrizione del credito per somme aggiuntive e non dal diverso momento della presentazione dei modelli DM10.

Nella specie deve dunque ritenersi che il decreto ingiuntivo, emesso in data 16 luglio 1999, è intervenuto prima del decorso del termine decennale di prescrizione del credito per somme aggiuntive, atteso che il ritardo nel pagamento dei contributi si riferisce al periodo giugno-dicembre 1992.

Ne consegue che la sentenza impugnata non è conforme a diritto, avendo affermato che il termine di prescrizione delle somme aggiuntive è quinquennale e che inizia a decorrere dal momento di presentazione dei modelli DM10.

Il ricorso dell'INPS, dunque, deve essere accolto per quanto di ragione e la causa deve essere rinviata ad altro giudice per un nuovo esame.

Il ricorso incidentale proposto dalla società TES e dal suo socio accomandatario deve essere dichiarato inammissibile. Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, infatti, il ricorso incidentale, anche se qualificato come condizionato, deve essere giustificato dalla soccombenza. Ne consegue che è inammissibile il ricorso proposto dalla parte che sia rimasta completamente vittoriosa nel giudizio di appello, poiché in caso di accoglimento del ricorso principale e di cassazione della sentenza impugnata resta salva la facoltà della parte di riproporre dinanzi al giudice del rinvio le domande e le eccezioni sollevate con il ricorso incidentale (Cass. n. 12680 del 2003, Cass. n. 15344 del 2002, Cass. n. 2087 del 2005),

In definitiva, il ricorso principale deve essere accolto per quanto di ragione, mentre il ricorso incidentale deve essere dichiarato inammissibile. La sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al ricorso accolto e la causa rinviata ad altro giudice, designato in dispositivo, che si atterrà ai principi di diritto sopra enunciati e provvedere altresì alla liquidazione delle spese del presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, 1105.

(2) Idem, 1987, p. 1674.

CORTE DI APPELLO

Sezioni Civili

Processo civile - Controversie in tema di invalidità civile - Ministero dell'Economia e Finanze - Litisconsorte necessario - Condanna alle spese di lite - Principio di soccombenza - Applicabilità.

Corte d'Appello di Brescia - 29.06/25.08.2006 n. 353 - Pres. Rel. Nora - Ministero dell'Economia (Avv. dello Stato) - B. (Avv. Carbonelli) - INPS (Avv. Maio).

Nelle controversie in tema di invalidità civile, nel regime post D.L. 30.09.2003 conv. in L. 326/2003, il Ministero dell'Economia e Finanze ha la qualità di litisconsorte necessario, sta in causa alla stregua di qualsiasi contraddittore, partecipando al giudizio secondo le ordinarie regole procedurali e contrastando la domanda attorea, cosicché, in caso di esito del giudizio favorevole a parte attrice, è passibile di condanna, anche esclusiva, alle spese di lite.

FATTO E DIRITTO – Avverso la sentenza dell'11 novembre 2005, con la quale il Tribunale gdl di Brescia, nella causa promossa da B. B. contro l'Inps e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha accolto la domanda e condannato l'Inps alla corresponsione dell'assegno di cui all'art. 13 legge n. 118/71, con compensazione delle spese processuali nei confronti dell'Inps ed accollo al Ministero di quelle in favore della ricorrente e di quelle di ctu, ha interposto appello il Ministero, che, eccependo la sua carenza di legittimazione passiva e la nullità per ultrapetizione, ha denunciato come erronea la sua condanna alla rifusione delle spese e chiesto, in subordine, la condanna in solido anche dell'Inps.

Radicatesi il contraddittorio con gli appellati, B. e Inps che, con distinte difese, si sono opposti all'accoglimento del gravame, e sentite le parti all'odierna udienza di discussione, osserva la Corte, all'esito, che l'appello non può essere accolto.

È vero che, la nuova disciplina dettata in materia dal di. 30.9.2003, convertito in legge 24.11.2003 n.326, non ha innovato la disciplina precedente (d.lvo n.112/98), secondo la quale, nel solco dell'orientamento creatosi in sede di legittimità (Cass.Sez.Lav., 29.8 2002 n. 12681 (1)), nelle azioni di accertamento e di condanna alla prestazione assistenziale legittimati passivi sono, a seconda dei casi, le Regioni o l'Inps, tuttavia, la stessa nuova legge, all'art.42, ha stabilito che nei procedimenti giurisdizionali concernenti l'invalidità civile, la cecità civile sordomuti-

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 875.

smo, l'handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro, gli atti introduttivi debbono essere notificati anche al Ministero dell'Economia e delle Finanze (laddove l'uso dell'avverbio anche" lascia chiaramente capire che s'è voluto solo allargare la platea dei legittimati), il quale è il litisconsorte necessario ai sensi dell'art. 102 cod. proc. civ. e può essere difeso, oltre che dall'Avvocatura dello Stato, da propri funzionali o, in base ad apposite convenzioni con l'Inps o con l'Inail, da avvocati dipendenti da questi Enti, non solo, ma ha altresì stabilito che, nel caso in cui il giudice nomina un consulente tecnico, alle indagini deve assistere, con le facoltà di cui all'art. 194 cod. proc. civ., un componente delle Commissioni mediche di verifica, su richiesta, a pena di nullità, del ctu.

Si conviene senz'altro sul fatto che la assegnazione di questa nuova veste al Ministero risponde a un'esigenza (del resto, già desumibile dalla rubrica del Capo III della legge) di controllo della spesa pubblica, ma ciò non toglie che il Ministero, proprio per la sua anzidetta qualità di litisconsorte necessario, stia in causa alla stessa stregua di ogni altro contraddittore, goda, quale portatore di un interesse pubblico, di "legitimatio ad causarne partecipi attivamente al giudizio secondo le ordinarie regole procedurali, contrastando o favorendo l'accoglimento della domanda attorea cosicché risulterà vittorioso o soccombente a seconda dell'esito; con tutte le ricognesse conseguenze sul piano della disciplina delle spese, *ex* art. 91 cod. proc. civ., rimanendo, così, esclusa la ravvisabilità di un vizio di ultrapetizione nella sentenza.

Ed, infatti, nella specie, il Ministero ha assunto una precisa posizione in ordine alla domanda di parte, chiedendo "rigettare la domanda, nella ipotesi in cui il ctu o il componente della Commissione medica di verifica confermassero le valutazioni medico-legati della Commissione ASL; decidere secondo diritto, nell'ipotesi in cui, con valutazione concorde del ctu e del componente della Commissione medica di verifica, si ritenesse la sussistenza dei requisiti sanitari".

Ne l'ambivalenza della formula (rigettare se..., decidere secondo diritto se...) vale a porre al riparo dalla statuizione sulle spese di lite, perché con quella formula niente altro si chiede al giudice, se non di dar corso al giudizio, ai fini dell'accertamento della fondatezza o meno della domanda, il che, secondo il principio di causalità, cui si ispira l'art. 91 cod. proc. civ., lo rende passibile della condanna alle spese.

D'altra parte, se altresì si considera che nelle conclusioni il Ministero ha chiesto la compensazione a suo favore delle spese, a maggior ragione se ne ricava che ha esso stesso riconosciuto di non potersi sottrarre alla relativa disciplina.

Del tutto legittimamente, quindi, il Tribunale, a seguito dell'accoglimento della domanda dell'assistito, ha posto le spese a carico del Ministero.

Quanto, poi, all'eccezione che esse avrebbero dovuto essere poste a carico solidale di entrambi gli Enti, la doglianza non sortisce effetto, posto, innanzitutto, che, nei rapporti tra la parte privata e l'Inps, il giudice, avvalendosi del suo potere discrezionale, ne ha disposto la compensazione e tale decisione non è stata fatta oggetto di censura e, in secondo luogo, che l'istituto della solidarietà passiva è posto a vantaggio del creditore, il quale è l'unico soggetto a potersene dolere.

L'appello va, dunque, respinto, con compensazione delle spese per giusti motivi.

(Omissis)

Pensioni - Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Coadiutore familiare - Non spettanza.

Corte d'Appello di Genova - 24.03/29.05.2006, n. 552 - Pres. Russo - Rel. Pavera - T. (Avv. Figheti) - INPS (Avv. Bonicioli).

Il beneficio pensionistico della rivalutazione dei periodi assicurativi per esposizione ultradecennale all'amianto non è estensibile al coadiutore familiare che, in quanto iscritto alla Gestione dei lavoratori autonomi, non è assimilabile al lavoratore familiare dipendente.

FATTO – Con ricorso depositato il 28.5.2003 il Sig. G. T., esponeva:
di avere svolto, quale coadiutore familiare della ditta individuale del fratello, la “T.A.”, attività di coibentatore, per il periodo intercorrente 1.10.1964-31.12.1978 e, conseguentemente di essere stato esposto all’inalazione di polveri e fibre d’amianto (come risultante da certificazione INAIL);

di avere proposto all’INPS domanda al fine di ottenere la liquidazione della pensione di anzianità avendo diritto per il periodo suindicato alla rivalutazione contributiva prevista dalla l. 257/92;

che detta domanda era stata respinta in via amministrativa;

chiedeva di accertare e dichiarare il suo diritto a percepire la pensione di anzianità da calcolarsi su 40 anni di contribuzione, con decorrenza 1.10.2001 o dalla data meglio vista, riconosciuto il diritto alla rivalutazione ex art. 13, comma 8 della l. 257/92 per il periodo 1.10.1964-31.12.1978.

L’INPS si costituiva in giudizio e chiedeva la reiezione della domanda.

Il tribunale rigettava il ricorso escludendo l’applicabilità dei benefici previsti dall’art 13 l. 257/92 in quanto, secondo il tribunale, detta norma si applicava ai soli lavoratori dipendenti.

Avverso la sentenza ha proposto appello il T. il quale rileva come la posizione del coadiuvante familiare sia sostanzialmente omogenea a quella del lavoratore dipendente e del resto il legislatore in diverse disposizioni normative aveva parificato la posizione dei coadiuvanti familiari di imprese artigiane a quella dei lavoratori subordinati (cfr. l. 463/59) e la stessa Corte costituzionale (sentenza 18/95) aveva esteso ai familiari dell’artigiano la tutela del lavoratore dipendente, tutela che dovrebbe estendersi anche nel caso in esame con una interpretazione costituzionalmente orientata del citato articolo 13, comma 8°.

In difetto sollevava questione di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 38 della Costituzione.

Si costituiva in giudizio l’INPS che chiedeva il rigetto dell’appello.

Sulle conclusioni in epigrafe riportate la causa veniva decisa dal Collegio con separato dispositivo di cui veniva data lettura.

DIRITTO – L’appello è infondato.

Il ricorrente ha lavorato come coadiutore nell’impresa di cui era titolare il fratello.

Come risulta dagli atti (v. doc. 1 ricorrente) la contribuzione versata riguarda l’attività di artigiano.

La l. 463/59, che ha istituito presso l'INPS uno specifico fondo artigiani per i c.d. coadiutori familiari, ha peraltro tenuto ben distinta la loro la posizione da quella dei familiari dipendenti (art. 2).

Deve quindi ritenersi che i coadiuvanti familiari non siano per nulla assimilabili ai lavoratori familiari dipendenti. Del resto la contribuzione, come affermato dall'INPS nella memoria in primo grado e in questo grado (circostanza non smentita dall'appellante), è stata versata nel relativo Fondo lavoratori autonomi e non in quello dei lavoratori dipendenti.

L'appellante non ha mai dedotto di essere stato lavoratore dipendente ma appunto coadiutore familiare e coerentemente i contributi versati sono stati conferiti al fondo artigiani presso l'INPS.

Trattandosi di contribuzione autonoma e non dipendente non è quindi possibile, per la diversità tra le due posizioni lavorative che stanno alla base della contribuzione stessa, pervenire ad una interpretazione estensiva dell'art. 13 comma 8 o addirittura a ritenere fondata questione di illegittimità della citata disposizione con l'art. 3 e 38 della Costituzione.

Al riguardo deve ricordarsi che «dal tenore letterale e dalle vicende modificative della legge n. 257 del 1992 (Norme relative alla cessazione dell'impiego dell'amianto) si evince che il beneficio pensionistico della rivalutazione dei periodi assicurativi di cui all'art. 13, comma 8, della legge si applica soltanto ai lavoratori dipendenti, con esclusione dei lavoratori autonomi, non sussistendo dubbi di legittimità costituzionale in considerazione sia delle peculiarità che differenziano le due categorie, sia delle particolari condizioni in cui operano i lavoratori dipendenti, costretti a svolgere la loro attività nell'ambiente e con gli orari prescelti dal datore di lavoro e impossibilitati a ricorrere a misure di protezione contro l'azione nociva dell'amianto che non siano quelle apprestate dall'azienda» (Cass. 26.7.2002, n. 11110).

Per le sovraesposte ragioni l'appello è infondato.

Data la particolarità della questione sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

(Omissis)

Pensioni - Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Azione giudiziaria di condanna a periodo infradecennale in presenza di altro periodo riconosciuto dall'Inail - Infondatezza.

Corte d'Appello di Genova - 03/08.02.2006, n. 166 - Pres. Rel. Russo - S. (Avv. Firriolo) - INPS (Avv. Capurso).

Posto che la certificazione di esposizione all'amianto rilasciata dall'Inail ha valore solo in sede amministrativa, è inammissibile la domanda giudi-

ziaria alla condanna dell'INPS ad un periodo infradecennale di esposizione all'amianto, al fine di ricongiungerlo poi ad altro periodo infradecennale riconosciuto in sede amministrativa dall'Inail.

FATTO E DIRITTO – Il signor A.S. esponeva al Giudice del lavoro di Genova di aver lavorato dal 20-2-1984 al 30-4-1991 presso varie acciaierie per il montaggio di prodotti refrattari SANAC, e che nello svolgimento delle predette mansioni aveva sempre lavorato a contatto con materiali contenenti amianto; aveva inoltrato domanda in via amministrativa per il riconoscimento del beneficio di cui alla l. 271/93, ma l'INAIL aveva escluso per detto periodo l'esposizione ad amianto, riconoscendola solo per il periodo anteriore in cui aveva lavorato presso lo stabilimento SANAC; chiedeva la condanna dell'INPS a maggiorare con il coefficiente 1,5 i contributi previdenziali per il periodo 20-2-1984 - 30-4-1991.

Si costituiva in giudizio l'INPS, eccependo la carenza di esposizione ultradecennale e l'infondatezza nel merito della domanda.

In sede di discussione della causa la difesa del ricorrente chiedeva di poter modificare la domanda estendendo la rivalutazione al periodo dal 29-10-1971 al 28-2-1979 ed il Giudice riteneva inammissibile tale richiesta e respingeva la domanda rilevando che veniva chiesto l'accertamento dell'esposizione a rischio per un periodo inferiore a 10 anni – e dunque che non dava diritto all'accredito contributivo – mentre la mera circostanza che una certificazione INAIL riconosceva l'esposizione qualificata per un periodo precedente era irrilevante ai fini della maturazione del diritto, come dimostravano le numerose vertenze promosse contro l'INPS anche quando il lavoratore era munito del predetto documento redatto dall'INAIL.

Avverso tale decisione ha proposto appello lo S. che osservava che sommando il periodo riconosciuto dall'INAIL con quello richiesto in giudizio si superavano i dieci anni di esposizione. Rilevava che il documento dell'INAIL era una certificazione amministrativa sufficiente ed autonoma per ottenere la maggiorazione contributiva; sottolineava la contraddizione in cui era incorso l'INPS che aveva espressamente sostenuto negli atti che era privo di legittimazione passiva e nel contempo affermava che non, poteva riconoscere il beneficio “in mancanza della certificazione dell'unico ente preposto”. Le argomentazioni della sentenza erano errate in quanto l'accoglimento delle domande, alle quali il Tribunale aveva fatto riferimento, dimostravano la validità della certificazione dell'INAIL la quale, d'altronde, aveva consentito l'accoglimento di migliaia di domande in via amministrativa.

Si costituiva l'INPS che affermava che il diritto alla supercontribuzione è unitario, che le dichiarazioni rese dall'INAIL non hanno carattere vincolante ed esauriscono i loro effetti in via amministrativa e che l'INPS non poteva ritenersi vincolato ad un accertamento amministrativo estragiudiziale effettuato da un terzo.. Proponeva appello incidentale in punto spese, compensate dal Tribunale, mentre - dovevano essere poste a carico del ricorrente.

La causa veniva decisa all'udienza del 3 febbraio 2006 mediante lettura del dispositivo nella stessa pubblica udienza.

L'appello proposto deve essere respinto; invero il ricorrente ha chiesto, la condanna dell'Istituto a maggiorare i contributi accreditatigli per un periodo di circa sette anni, durante i quali è stato esposto all'inhalazione di fibre di amianto oltre i

limiti di cui al d. lgs. 277/91: l'INPS ha eccepito che tale accertamento non era idoneo a determinare l'insorgenza del diritto ai benefici contributivi stabiliti dalla legislazione sull'amianto; alla prima udienza il procuratore dello Scaniglia ha chiesto di estendere la domanda ad un precedente periodo di circa 8 anni, dal 1971 al 1979, ma l'Istituto si è opposto. Correttamente il Tribunale non ha consentito tale modifica della domanda, in quanto si trattava non di replica ad una eccezione in senso stretto, ma di un elemento costitutivo del diritto che si faceva valere in giudizio, onde già nel ricorso introduttivo lo S. avrebbe dovuto indicare anche tale periodo di tempo. Si rileva, inoltre, che trattatasi di domanda non di mera accertamento, ma di condanna: così invero leggesi nelle conclusioni: "condannare l'INPS a maggiorare i contributi previdenziali ed l. 271/93, relativamente al ricorrente sig. S.A. nato a Genova il 3. 8.1940, mediante l'applicazione del coefficiente 1,5 per ciascuna unità per il periodo dal 20 02 84 al 30 04 91". Per completezza di motivazione, si rileva che appare da confermare quanto dedotto dai Tribunale, e cioè che le dichiarazioni rese dall'INAIL non hanno carattere vincolante ed esauriscono i loro effetti in via amministrativa e che l'INPS non poteva ritenersi vincolato ad un accertamento amministrativo stragiudiziale effettuato da un terzo.

L'appello deve essere respinto; deve, invece, essere accolta l'impugnazione proposta dall'INPS in via incidentale in punto spese, che il Tribunale aveva compensato, attesa la soccombenza dello S., anche le spese di questo grado vanno poste a carico dello stesso, il tutto nella misura indicata nel dispositivo.

(Omissis)

Processo civile - Sentenza - Procedimento di correzione dell'errore materiale - Ordinanza di correzione - Appello - Limiti.

Corte di Appello di Milano - 26.01/13.02.2006 n. 148 - Pres. Ruiz - Rel. Trogni - M. (Avv. Creola) - Comune di Milano (Avv.ti Surano, Ammendola) - INPS (Avv. Mostacchi).

Introdotta il procedimento per la correzione dell'errore materiale di una sentenza, dopo l'emanazione dell'ordinanza di correzione l'appello è ammesso solo per i vizi propri del procedimento stesso e non comporta una rimessione in termini per l'impugnativa della sentenza nel merito, ove sia vanamente spirato il relativo termine.

FATTO – Con ricorso depositato in data 26 settembre 2004 E. M. ha appellato la sentenza del Tribunale di Milano n. 1657 del 27 maggio 2003 che ha riconosciuto il diritto della stessa di percepire l'indennità di accompagnamento dal 1° febbraio 2002 e ha condannato il Comune di Milano e l'Inps in via fra loro solidale a

pagare l'indennità, oltre a interessi legali e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo (a partire dal 1 febbraio 2000).

Il Tribunale ha accolto le conclusioni del c.t.u. riconoscendo i requisiti sanitari per fruire dell'indennità di accompagnamento dal 19.1.2000 al 9.7.2002.

Successivamente ad istanza del Comune di Milano ha disposto con decreto in data 4 maggio 2004 la correzione dell'errore materiale contenuto nel dispositivo della sentenza "nel senso che nel 2° capoverso del dispositivo" *dopo le parole: indennità di accompagnamento, vengano inserite le parole dall'1.2.2000 al 1.8.2002*".

Lamenta l'appellante che il c.t.u. abbia errato nella valutazione laddove ha ritenuto che dopo il 1° agosto 2002 la ricorrente fosse in grado di deambulare.

Rileva inoltre che la correzione dell'errore materiale in data 4 maggio 2004 con provvedimento non notificato ha determinato l'appellabilità della sentenza ex art. 288, comma 4, c.p.c.

Costituendosi in giudizio l'INPS ha eccepito la tardività dell'appello, essendo la sentenza stata notificata all'Istituto in data 24 luglio 2003; ne ad avviso dell'Inps è invocabile l'art. 288 c.p.c., che si riferisce esclusivamente alla verifica di legittimità ed esattezza della disposta correzione.

A sua volta il Comune di Milano ha eccepito la tardività dell'appello.

All'udienza del 26 gennaio 2006, in esito alla discussione orale, la causa è stata decisa con lettura del dispositivo in udienza.

DIRITTO – Con ricorso depositato in data 1 ottobre 2002 E. M. ha chiesto la condanna dei convenuti a pagare *"i ratei di indennità di accompagnamento maturati e non corrisposti con decorrenza 1.12.01"*.

La sentenza n. 1657 del 27 maggio 2003 del Tribunale di Milano reca questo dispositivo:

"In accoglimento delle domande proposte da E. M. riconosce "il diritto di E. M. di percepire l'indennità di accompagnamento dall'1. 2.2002 condannando conseguentemente il Comune di Milano e l'Inps in via fra loro solidale a corrispondere la stessa indennità oltre interessi legali e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo (a partire dall'1. 2.2000)".

Nella motivazione della sentenza il Tribunale ha dichiarato di accogliere le conclusioni del c.t.u. che ha riconosciuto la sussistenza dei requisiti sanitari per fruire dell'indennità di accompagnamento dal 19.1.2000 al 9.7.2002. Si legge in motivazione; *"... si deve concludere che alla ricorrente E. M. deve essere riconosciuto il diritto all'indennità di accompagnamento ex art. 1 L.N. 18/88 con decorrenza dall'1.2.2000, primo giorno del mese successivo a quello in cui si sono verificate le condizioni di legge (19.1.2000) e fino al 1.8.2002 - (essendo venute meno le condizioni di legge in data 9.7.2002)"*.

Successivamente, ad istanza del Comune di Milano, il Tribunale ha disposto con decreto in data 4 maggio 2004 la correzione dell'errore materiale contenuto nel dispositivo della sentenza *"nel senso che nel 2° capoverso del dispositivo "dopo le parole: indennità di accompagnamento, vengano inserite le parole dall'1.2.2000 al 1.8.2002"*.

Con ricorso depositato in data 26 settembre 2004 E. M. ha appellato la sen-

tenza, lamentando che il c.t.u. ha errato nella valutazione laddove ha ritenuto che dopo il 1° agosto 2002 la ricorrente fosse in grado di deambulare.

Rileva inoltre che la correzione dell'errore materiale in data 4 maggio 2004, con provvedimento non notificato, ha determinato l'appellabilità della sentenza ex art. 288, comma 4, c.p.c.

Costituendosi in giudizio sia l'INPS che il Comune di Milano hanno eccepito la tardività dell'appello, essendo la sentenza stata notificata in data 24 luglio 2003.

Rileva la Corte che l'impossibilità di assoggettare ad un'autonoma impugnazione l'ordinanza che dispone la correzione dell'errore materiale (in considerazione della natura non giurisdizionale, ma amministrativa del procedimento e del carattere non decisorio dell'ordinanza che lo conclude quest'ultima non è soggetta ad impugnazione neppure con il ricorso per Cassazione ex art. 111 così: v. da ult., Cass. ord. 2 dicembre 2004 n. 22658) implica che la verifica dell'ammissibilità, della regolarità del provvedimento e dell'esattezza della correzione possa avvenire soltanto mediante l'impugnazione della sentenza nelle parti corrette ai sensi dell'art. 288 ult. comma c.p.c.

Correttamente la giurisprudenza di legittimità ha così enucleato i requisiti di ammissibilità dell'impugnazione prevista dall'ultimo comma dell'art. 288 c.p.c. (da ult. Cass. ord. 2 dicembre 2004 n. 22658):

- a) che l'impugnazione abbia per oggetto le parti corrette della sentenza;
- b) che sia volta a far valere la tesi che non si trattava di errore materiale o di calcolo, ma di giudizio e che quindi vi è stata violazione del giudicato.

In altri termini, il procedimento della correzione della sentenza previsto e disciplinato dagli art. 287 ss. c.p.c. non costituisce un nuovo giudizio o una nuova fase processuale rispetto a quella in cui la sentenza è stata emessa, ma un mero incidente dello stesso giudizio diretto ad identificare con la sua corretta espressione grafica l'effettiva volontà del giudice come già risulta espressa nella sentenza, mediante l'eliminazione dei difetti di formulazione esteriore dell'atto scritto la cui incongruenza rispetto al concetto contenuto nella sentenza appare manifesta sulla base della sola lettura; del testo del provvedimento giurisdizionale.

L'impugnazione nel caso in esame è ammissibile poiché il procedimento di correzione incide realmente sull'effettivo contenuto della decisione che interessa l'odierna appellante.

S'è detto infatti che il dispositivo è stato corretto nel senso che l'indennità di accompagnamento, riconosciuta nella versione originaria con decorrenza 1.2.2002 e senza termine finale, è stata riconosciuta "*dall'1.2.2000 al 1.8.2002*".

Tuttavia l'impugnazione deve essere respinta.

Parte appellante avrebbe potuto nel termine ex art. 288 c.p.c. evidenziare che non si trattava di errore materiale o di calcolo, ma di insanabile contrasto tra dispositivo e motivazione che determina la nullità della sentenza.

Questa ipotesi ricorre quando, come nel caso in esame, dispositivo e motivazione affermano realtà del tutto antitetiche fra loro. In tal caso la sentenza è nulla ai sensi dell'art. 156 c.p.c. perché non in grado di raggiungere l'effetto suo proprio, costituito dalla inequivocabile individuazione del *decisum*, presupposto indefettibile per la formazione del giudicato (Cass. 11 gennaio 2001 n. 300; Cass. 18 giugno 2004 n. 11432).

Tuttavia la regola, di cui all'art. 161 comma 1 c.p.c., di conversione delle nullità della sentenza in motivi di impugnazione comporta la non rilevabilità d'ufficio del vizio della sentenza, con la conseguenza che in difetto di impugnazione prevale il dispositivo che, acquistando pubblicità con la lettura in udienza, cristallizza stabilmente la statuizione emanata.

Nel caso in esame prevale il dispositivo così come corretto.

Introdotta da altra parte il procedimento di correzione di errore materiale, dopo l'emanazione del decreto di correzione l'odierno appellante poteva infatti essere rimesso in termini solo per i vizi propri del procedimento di correzione il che non ha fatto, non potendo ora entrare nel merito della decisione, così come risultante dal dispositivo corretto.

L'appello deve essere rigettato.

La natura delle questioni affrontate rende equa la totale compensazione delle spese del grado.

(Omissis)

Pensioni - Pensione di vecchiaia - Anticipazione - Requisiti ridotti *ex art.* 1, comma 8, D. Lgs. n. 503 del 1992 - Requisito sanitario - Invalidità *ex lege* n. 222/1984 - Necessità.

Corte d'Appello di Torino - 17.05/23.05.2006, n. 940 - Pres. Girolami - Rel. Mancuso - B. (Avv. Bonazzi) - INPS (avv. Bagnasco).

La norma di cui all'art. 1 del D. Lgs. n. 503/1992 è dettata nell'ambito della disciplina dell'A.G.O. per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti e, poiché non viene richiamata, direttamente o indirettamente, la differente disciplina concernente l'invalidità civile, ben può la generica formulazione del comma 8 della norma citata essere riferita al regime dell'invalidità vigente in ambito INPS: la percentuale dell'invalidità dell'80% deve pertanto essere accertata in base ai criteri previsti dalla legge n. 222/1984.

FATTO – Con ricorso diretto al Tribunale di Torino il sig. B. V. evocava in giudizio l'INPS ed esponeva:

- di aver presentato il 3.10.2003 domanda di pensionamento di vecchiaia con requisiti ridotti, essendo invalido in misura pari all'80%;
- di avere l'INPS respinto la domanda per carenza del requisito di invalidità;
- di avere vanamente proposto ricorso amministrativo avverso detta decisione.

Deduceva il B. di avere diritto, sulla base della documentazione allegata (verbale di visita della Commissione per l'invalidità civile del 29.5.2003), al beneficio

richiesto, sicché chiedeva, previo esperimento di CTU, la condanna dell'INPS al pagamento del dovuto, con decorrenza accertando e con il favore delle spese.

L'INPS, costituendosi con memoria, chiedeva il rigetto della domanda ex adverso proposta, deducendo che la disposizione di cui all'art. 1, co. 8, D. Lgs. n. 503/1992 aveva fatto riferimento alla invalidità accertata ex L. n. 222/1984 e non già all'invalidità civile, avente presupposti e caratteristiche differenti e che, pertanto, mentre nessun valore poteva attribuirsi, ai fini di causa, all'accertamento svolto dalla Commissione competente per l'accertamento dell'invalidità civile, non sussisteva il diritto vantato dal B. avendo la Commissione medica dell'INPS acclamato l'insussistenza in capo allo stesso di una situazione di invalidità.

Esperita CTU medico-legale, il Tribunale adito, con sentenza in data 17.11.2005-24.11.2005, dichiarava che il ricorrente era soggetto invalido con riduzione della capacità lavorativa in misura pari all'85% dalla data della domanda amministrativa e condannava l'INPS al pagamento delle spese processuali e di CTU.

Avverso detta sentenza, notificata il 22.12.2005, interponeva appello l'INPS con ricorso depositato il 30.12.2005, chiedendone la riforma con l'accoglimento delle conclusioni sopra trascritte.

Si è costituito il B., che ha chiesto la reiezione dell'appello.

All'udienza di discussione del 17.5.2006, dopo l'intervento dei difensori delle parti, la Corte ha pronunciato sentenza dando lettura del dispositivo deliberato.

DIRITTO – L'art. 1 del D. Lgs. 30.12.1992 n. 503 ha previsto al 1° comma che *“// diritto alla pensione di vecchiaia a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti è subordinato al compimento dell'età indicata, per ciascun periodo, nella tabella allegata”* e, poi, al comma 8°, che *“L'elevazione dei limiti di età di cui al comma 1 non si applica agli invalidi in misura non inferiore ali '80/o”*.

È noto che, sulla base della disciplina introdotta dal cit. D. Lgs., sono stati progressivamente elevati i limiti di età per il pensionamento di vecchiaia e che, pertanto, dall'1.1.2000 possono accedere a detto trattamento gli uomini che abbiano compiuto 65 anni di età e le donne che ne abbiano compiuti 60 (laddove, prima del nuovo regime, il limite di età era costituito rispettivamente da 60 e da 55 anni).

Il B., accertato soggetto invalido in misura pari all'80% in data 29.5.2003 dalla Commissione competente per l'accertamento degli stati di invalidità civile, ha agito proprio per ottenere la pensione di vecchiaia con i “vecchi” requisiti di età (alla data della domanda amministrativa presentata all'INPS il 3.10.2003, egli aveva infatti, essendo nato il 31.8.1942, solamente 61 anni), volendo per l'appunto avvalersi della disposizione di cui al cit. 8° comma.

Il CTU nominato in prime cure, dott. Maurizio Oberto, ha ritenuto corretta la valutazione espressa dalla cit. Commissione nel maggio 2003 (80% di invalidità), ritenuto che all'epoca della consulenza il grado di invalidità civile del B. aveva raggiunto l'85% e rilevato, però, che in ambito INPS, ove occorre, ex art. 1 L. n. 222/1984, valutare la capacità di lavoro del soggetto in occupazioni confacenti, il B. è attualmente invalido in misura superiore ai 2/3 ma in misura inferiore all'80% e che tale situazione ricorreva, *a fortiori*, all'epoca della domanda amministrativa di pensione.

Il Tribunale, sostanzialmente accogliendo la prospettazione del ricorrente, ha

dichiarato che lo stesso è invalido “con riduzione permanente della capacità lavorativa in misura pari all’85% dalla data della domanda amministrativa”, richiamando al riguardo la sentenza n. 13495/03 della Cassazione.

Nell’appello, l’INPS censura la sentenza del Tribunale riproponendo, in buona sostanza, le tesi difensive svolte in prime cure e sottolineando, altresì, come il precedente giurisprudenziale richiamato nella sentenza non è univoco e consolidato, che viceversa la S.C. ha più volte ribadito il necessario collegamento tra le disposizioni del D.Lgs. n. 503 e la L. n. 222/1984, che questa stessa Corte, infine, decidendo analoga controversia, ha già ritenuto come, ai fini dell’applicazione dell’art. 1, co. 8, D. Lgs. cit., debba farsi riferimento alla invalidità accertata secondo i criteri vigenti in ambito INPS.

L’appellato, dal canto suo, rileva come detta sentenza di questa Corte d’Appello sia anteriore al pronunciamento della Cassazione n. 13495/03 e come, del resto, sempre questa Corte di Appello abbia successivamente, in fattispecie analoga, aderito alla giurisprudenza della Cassazione.

Il Collegio ritiene che l’appello sia fondato.

Affrontando una controversia analoga, questa Corte, nella sentenza n. 448/2003 resa in causa INPS contro C., ha già avuto modo di rilevare che : “*...anche se l’ultimo comma dell’art. 1 D. Lgs. n. 503/92 non specifica a quale tipo di invalidità si debba fare riferimento e non menziona espressamente la legge 222/84, si deve ritenere che la percentuale di invalidità dell’80% debba essere accertata in base ai criteri stabiliti per l’invalidità pensionabile, dal momento che la disposizione di legge è inserita in un contesto normativo concernente i trattamenti previdenziali dell’assicurazione generale obbligatoria, e non i benefici di carattere assistenziale*”.

Da tale orientamento non ritiene il Collegio di doversi oggi discostare: è sì vero che la sentenza predetta è stata pronunciata anteriormente alla sent. n. 13495/2003 della Cassazione, richiamata dal Tribunale nella sentenza oggi impugnata e dalla difesa del B. nella memoria costitutiva di questo grado, ma tale pronunciamento, peraltro allo stato del tutto isolato, non pare convincente.

A parte il fatto che la controversia affrontata dalla S.C. pare concernesse un soggetto inabile ex art. 2 L. n. 222/1984, va rilevato che la Cassazione, in quella sentenza, ha ritenuto che la nozione di invalidità di cui all’art. 1, 8° comma, D.Lgs. cit. non coincidesse con quella prevista dalla L. n. 222/1984, ma comprendesse “tutti i soggetti invalidi, anche se con capacità di guadagno”, sostanzialmente per due ragioni : perché la norma aveva “percentualizzato” in maniera puntuale l’invalidità “in una misura finora estranea al regime pensionistico generale” e perché “l’ampiezza della formula adoperata” per indicare i soggetti ai quali non si applicavano i nuovi limiti di età e “la mancanza di qualsiasi altra specificazione” deponeva per l’ampiezza massima del contenuto normativo.

Osserva questa Corte, da un lato, che la indicazione normativa dell’80% di invalidità non è elemento sufficiente per ritenere che la nozione di invalidità accolta dalla norma non sia quella dell’invalidità pensionabile ex L. n. 222/1984, ben potendo detta indicazione giustificarsi con l’intendimento del legislatore di escludere dall’applicazione della nuova normativa i soggetti riconosciuti invalidi in misura rilevante e, dall’altro, come l’assenza di ogni “specificazione” non sia elemento che,

univocamente, indirizza nel senso indicato dalla S.C.: poiché, infatti, la norma in parola è dettata nell'ambito della disciplina dell'a.g.o. per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti (v. art. 1, co. 1, D.Lgs. cit.) e poiché, del resto, neppure viene richiamata, direttamente o indirettamente, la differente disciplina normativa concernente l'invalidità civile, ben può la generica formulazione del comma 8 essere riferita al regime dell'invalidità vigente in ambito INPS.

Diversamente, poi, da quanto asserito dalla difesa dell'appellato, questa Corte non ha affatto accolto in una sentenza (successiva a quella n. 448/03 cit.) l'interpretazione della norma offerta dalla Cassazione nella sentenza ora esaminata: infatti, nella sentenza n. 1856/05 pronunciata in causa INPS contro R. ed altri, questa Corte non si è affatto pronunciata in ordine all'interpretazione dell'art. 1, 8° co., cit. (perché ha ritenuto l'assicurata priva di interesse attuale all'azione), ma sul beneficio previsto dalla (diversa) disposizione dettata dall'art. 80, 3° co., L. n. 388/2000.

Per completezza, va ancora segnalato, a conferma dell'orientamento qui accolto, che Cass., 19.1.2002 n. 580, in ordine all'applicazione dell'elevazione dei limiti di età ex art. 1 D.Lgs. cit., ha proprio fatto riferimento all'accertamento dell'invalidità secondo i criteri dettati dalla L. n. 222/1984.

Poiché la CTU esperita in prime cure, e non fatta oggetto di rilievi negli atti di questo grado, ha accertato che il sig. B. ne all'epoca della domanda amministrativa di pensione ne successivamente è invalido in misura pari o superiore all'80% ai sensi dell'art. 1 L. n. 222/1984, ne consegue che, in accoglimento dell'appello dell'INPS ed in riforma della sentenza del Tribunale, la domanda proposta con il ricorso introduttivo deve essere respinta.

L'esistenza di contrasti giurisprudenziali sulla questione controversa giustifica, tuttavia, ex art. 92 c.p.c., la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

(Omissis)

Contributi - Guardia giurata - Attività lavorativa - Continuità - Necessità accertamento in concreto - Contributo su lavoro straordinario.

Contributi - Retribuzione imponibile - Erogazioni del datore di lavoro a titolo di "premio *una tantum*" o transazione - Dipendenza delle stesse dal rapporto di lavoro - Necessità - Onere probatorio relativo.

Contributi - Somme aggiuntive - Regime sanzionatorio ex L. 388/2000 - Inapplicabilità.

Corte d'Appello di Torino - 22.12.05/27.01.2006, n. 2067/05 - Pres. Buzano - Rel. Sanlorenzo - IVE DETECTIVE AGENCY (Avv.ti Amerio, Pacchiana Parravicini) - INPS (Avv. Borla)

La prestazione lavorativa della guardia giurata implica un'attività continua ed assidua di vigilanza sui beni aziendali: per poter escludere l'applicazione del contributo aggiuntivo di cui all'art. 2, comma 19, L. 549/1995 sul lavoro straordinario, la discontinuità delle mansioni deve risultare da un accertamento compiuto in concreto caso per caso.

Nell'ampio concetto di retribuzione imponibile ai fini contributivi di cui all'art. 12 l. 153/1969, per escludere la computabilità degli emolumenti erogati dal datore di lavoro non è sufficiente la mancanza di uno stretto nesso di corrispettività ma occorre un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro.

La prova della non assoggettabilità a contribuzione delle somme erogate ai dipendenti a titolo di "premio una tantum" o transazione spetta al datore di lavoro.

Il regime sanzionatorio introdotto dall'art. 116, comma 18, della legge n. 388/2000 non è applicabile ai crediti contributivi già in essere alla data del 30.9.2000 : per tali crediti va applicata la legge n. 662/1996.

FATTO – Con sentenza del 17.4.2003, il tribunale di Torino in funzione di giudice del lavoro, in parziale accoglimento dell'opposizione proposta dalla IVA DETECTIVES AGENCY S.r.l. nei confronti della cartella di pagamento n. 110 2000 0094486801, con la quale le era stato ingiunto il pagamento della somma complessiva di £ 69.873.301 per il periodo 3.96/2.98, con riferimento all'omesso versamento del contributo aggiuntivo di cui all'art. 2 L. 549/95, e per il periodo 3.95/12.97 con riferimento all'omessa contribuzione in relazione ad alcuni emolumenti indicati in busta paga, dichiarava che la società opponente era debitrice della somma indicata nella cartella impugnata, previa deduzione di quanto già versato a titolo di contributi e sanzioni per i titoli di cui al punto 2) del verbale di accertamento n.1674/98.

Contro tale decisione ha proposto appello la IVA DETECTIVE AGENCY S.r.l., chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituito l'INPS per ottenere il rigetto dell'appello.

All'udienza del 29.9.2005 la corte, ritenutane l'opportunità, ha invitato l'INPS a specificare separatamente in relazione ai due addebiti portati dalla cartella, i criteri di quantificazione delle somme aggiuntive e dell'una tantum.

Depositata la relazione illustrativa, sulle conclusioni delle parti la causa è stata decisa come dal dispositivo trascritto in calce alla presente sentenza.

DIRITTO – Il tribunale ha ritenuto fondate le pretese dell'INPS, quali esposte nel verbale d'accertamento n. 1674 del 17.4.1998 (doc. 1 fasc. INPS), concernenti sia, come esposto al punto 1) del medesimo verbale, l'omesso versamento per il periodo dal 3.96 al 2.98 il contributo sulle prestazioni straordinarie, previsto dall'art.2 della L. 28.12.1995 n.549, sia, come risulta dal punto 2), l'omessa contribuzione relativamente ad importi corrisposti ai dipendenti occupati nel periodo tra il

marzo 1995 ed il dicembre 1997, e regolarmente indicati in busta paga, sotto voci diverse quali “premio una tantum”, “transazione ex 1965 c.c.” (v. buste paga prodotte dall'appellante).

Quanto alla prima voce, il tribunale ha disatteso la prospettazione dell'opponente secondo cui la norma invocata non si applicherebbe in quanto il personale di vigilanza rende prestazioni discontinue, per cui gli eventuali compensi per straordinario sarebbero esenti dal contributo aggiuntivo di cui all'art. 2 L. 549/95. In specie, il primo giudice ha affermato, anche sulla base delle risultanze istruttorie, che la prestazione lavorativa della guardia giurata implica un'attività continua ed assidua di vigilanza sui beni aziendali, dal momento che le pause utilizzate dai lavoratori, ad es. per consumare il pasto, non consentivano loro in alcun modo di allontanarsi dal luogo di lavoro, se non esponendosi al rischio di sanzioni disciplinari.

Con primo motivo d'appello, la S.r.l. IVA DETECTIVE AGENCY contesta tale conclusione, sostenendo che le prove raccolte negavano l'assiduità e la continuità della prestazione, comprovando la riconducibilità della prestazione delle attività lavorative in questione al vero e proprio lavoro discontinuo, quindi con esenzione dalla imposizione contributiva in questione.

L'appello sul punto è infondato e come tale deve essere respinto.

La norma sulla quale l'INPS fonda la sua pretesa contributiva è l'art. 2, comma 19, della L. 549/1995, che testualmente dispone: “L'esecuzione del lavoro straordinario comporta, a carico delle imprese con più di quindici dipendenti, il versamento, a favore del Fondo prestazioni temporanee dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), di un contributo pari al 5 per cento della retribuzione relativa alle ore di straordinario compiute (...)”.

Il comma 18 dello stesso articolo, a sua volta, recita: “Ai fini dell'applicazione del comma 19, si considera lavoro straordinario per tutti i lavoratori, ad eccezione del personale che svolge funzioni direttive:

- a) *quello che eccede le quaranta ore nel caso di regime di orario settimanale;*
- b) *quello che eccede la media di quaranta ore settimanali nel caso di regime di orario plurisettimanale previsto dai contratti collettivi nazionali (...).”*

Il comma 20 disciplina, poi, la destinazione finanziaria della quota del gettito contributivo *de quo* ed infine il comma 21 stabilisce che il versamento del contributo in esame non è dovuto, fra l'altro, “per specifiche attività individuate con decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale di concerto con il Ministro del Tesoro, in considerazione delle particolari caratteristiche di espletamento delle prestazioni lavorative”.

Tale decreto interministeriale dispone, all'art. 1, che “la contribuzione di cui all'art. 2, comma 20, della legge 28.12.1995 n. 549 non è dovuta:

- a) per le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia elencate nella tabella approvata con R.D. 6.12.1923 n. 2657 e successive modificazioni e integrazioni, alle condizioni ivi previste (...).”

Si tratta, quindi, di valutare se l'attività lavorativa prestata dalle guardie giurate dipendenti dall'appellante, per le quali l'INPS ha avanzato la pretesa contributiva, possa o meno farsi rientrare nelle occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo elencate nella citata tabella la quale, tra i numerosi altri, comprende (ai nn. 1 e 2) i custodi ed i guardiani diurni e notturni.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha osservato, in via generale, che “l’elencazione dei lavoratori discontinui o di semplice attesa o custodia contenuta nella tabella approvata con R.D. 6.12.1923 n. 2657 (e, successivamente, più volte modificata), ha carattere tassativo; pertanto non è consentito includervi, per effetto di interpretazioni analogiche, altre mansioni, diverse da quelle contemplate (...)” (Cass. 7.12.1981 n. 6490; in termini, v. anche Cass. 6.11.1982 n. 5823).

Con specifico riferimento alle guardie giurate, come già ricordato dal primo Giudice, la S.C. ha poi affermato: “L’attività delle guardie giurate non può ritenersi ontologicamente discontinua o di semplice attesa o custodia, ai sensi dell’art. 3 del R.D.L. 15.3.1923 n. 692 sulle limitazioni dell’orario di lavoro, con equiparazione a quella dei custodi e guardiani diurni e notturni, previsti ai nn. 1 e 2 della tabella di cui al R.D. 6.12.1923 n. 2657, ma la discontinuità delle loro mansioni può affermarsi solo se risulta da un accertamento in concreto compiuto caso per caso” (Cass. 29.7.1995 n. 8337: nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza con cui il giudice di merito – in una causa relativa all’applicabilità del contributo a favore del Fondo per la disoccupazione previsto, in riferimento alle retribuzioni corrisposte per lavoro straordinario, dall’art. 5 bis del R.D.L. n. 692/1923, introdotto dalla legge 30.10.1955 n. 1079, norma che costituisce l’antecedente storico dell’art. 2, comma 19, L. n. 549/1995 sul quale l’INPS fonda la sua pretesa contributiva – aveva escluso la discontinuità del lavoro prestato da guardie giurate dipendenti da un istituto di vigilanza, valutando in punto di fatto, tra l’altro, la previsione da parte dei contratti collettivi e degli ordini di servizio dello svolgimento dell’attività in continua condizione di allerta e con notevole attenzione e concentrazione).

In esito all’istruttoria espletata, il Giudice di primo grado ha correttamente escluso il carattere della discontinuità nel lavoro prestato dalle guardie particolari giurate dipendenti dell’IVE DETECTIVE AGENCY.

Anzitutto, è pacifico, che nel periodo oggetto dell’accertamento ispettivo, le guardie giurate per le quali l’INPS ha avanzato la pretesa contributiva prestavano costantemente lavoro straordinario, che veniva regolarmente retribuito dalla società appellante con le relative maggiorazioni contrattuali (v. buste paga in atti e verbale INPS).

Il teste Papale, già responsabile operativo della società, ha dichiarato che i turni di lavoro variavano dalle 10 alle 12 ore giornaliere.

In causa non sono stati prodotti i contratti di appalto dei servizi di vigilanza, stipulati dall’appellante con i suoi committenti: ma dalle dichiarazioni dei testi è emerso chiaramente che le guardie giurate non potevano mai allontanarsi dal posto di lavoro, continuando a svolgere il servizio di sorveglianza, pur essendo concesse loro delle pause per consumare il pasto, assumere un caffè, leggere il giornale o guardare la televisione.

In realtà, se durante i tempi di attesa non lavorati propri del lavoro discontinuo, al lavoratore non viene richiesto di prestare alcuna attività, cosicché questi può riposare e reintegrare le energie psico-fisiche consumate, l’obbligo di custodire e di vigilare permaneva a carico della guardia giurata anche quando mangiava qualcosa o parlava con un collega, non trattandosi di pause effettive dal lavoro ma del compimento di attività estranee al contratto di lavoro, tollerate e realizzate a titolo precario durante l’adempimento della prestazione lavorativa.

In proposito, la S.C. ha rilevato che il criterio distintivo tra il vero e proprio riposo intermedio ed il semplice periodo di inattività “va individuato nella condizione in cui versa il lavoratore che fruisce della pausa, perché se egli deve tenersi pronto ad una nuova prestazione si ha uno stato di disponibilità equivalente al lavoro effettivo ...” (Cass. 17.6.1981 n. 3948).

Nella fattispecie in esame, risulta provato che le guardie giurate dipendenti dell'IVE DETECTIVE AGENCY non potevano dedicarsi al riposo durante le pause sopra descritte, ma continuavano a mettere a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative, essendo contrattualmente obbligate a mantenersi in condizioni di costante allerta e concentrazione anche durante detti periodi, essendo indubitabile che, qualora si fosse verificata una necessità di servizio, anche la guardia intenta a mangiare o a leggere il giornale era tenuta a riprendere immediatamente l'attività lavorativa.

Non può non evidenziarsi, infine, la contraddittorietà del comportamento della società appellante la quale, da un lato pagava regolarmente ai suoi dipendenti il lavoro straordinario – consapevole, pertanto, del limite massimo di orario di lavoro previsto dal CCNL di categoria e del suo costante superamento da parte dei lavoratori in questione – e, dall'altro, ometteva di versare all'INPS la maggiorazione contributiva prevista dalla legge sui compensi erogati per il lavoro straordinario.

Con secondo motivo d'appello, si censura la decisione del primo giudice laddove ha confermato l'assoggettabilità a contribuzione delle somme erogate ai dipendenti a titolo di “premio una tantum” o transazione.

Il tribunale ha sottolineato l'estrema genericità delle allegazioni dell'opponente, a cui sarebbe spettato viceversa fornire la prova circa la natura non retributiva delle somme erogate ai lavoratori, considerato che nell'ampio concetto di retribuzione imponibile ai fini contributivi di cui all'art. 12 L. 153/69, e successive modificazioni legislative, per escludere la computabilità di un emolumento, 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 (Cass., n. 3213/2001 (1); n. 6663/02 (2)): ciò che nel caso di specie è stato ritenuto non provato.

L'appellante si limita a richiamare la giurisprudenza che esclude l'assoggettamento a contribuzione delle somme versate al dipendente a seguito di effettiva transazione: la corte, pur non volendo disattendere sul punto l'autorevole insegnamento della S.C., si limita a ribadire quanto già osservato dal primo giudice, circa l'assoluta mancanza di prova di una causa, o comunque di una controversia, precedentemente esistente tra la datrice di lavoro ed i suoi dipendenti. Di qui, deve trarsi il convincimento a proposito dell'infondatezza del motivo.

Tra l'altro, non può tacersi che nel corso del primo grado l'attuale appellante risulta avere versato all'INPS la somma di euro 4.198,12 per le omissioni in questione, relativamente al periodo 3.95/12.96: di queste somme oggi la società non chiede in alcun modo la restituzione, così prestando acquiescenza alle pretese dell'Istituto.

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 796.

(2) Idem, 2002, p. 1059.

In via di subordine, l'atto di appello censura la decisione del primo giudice anche in relazione alle somme aggiuntive/accessori ed altri accessori.

Innanzitutto, opina l'appellante, verrebbero meno le sanzioni e gli accessori per essere venuti meno gli addebiti contributivi: cosa che, nel caso di specie, per quanto sin qui detto, non può dirsi avvenuto. Il rilievo pertanto non ha pregio.

Secondariamente, sostiene la parte, la società nel gestire la situazione di cui è causa si sarebbe attenuta "ad una corposa normativa nonché alle circolari INPS che legittimano il suo operato".

Le deduzioni sul punto svolte appaiono per vero del tutto generiche e fumose: alla corte non risultano contrasti interpretativi rispetto ad una materia che può agevolmente affrontarsi sulla scorta dei tradizionali canoni ermeneutici. Le circolari del Ministero invocate si sono limitate a ribadire l'inesegibilità della contribuzione di cui all'art. 2 L. 549/1995 "per le occupazioni che richiedono un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia", in cui pacificamente non possono rientrare quelle in questione. Le circolari indicate si limitano ad affrontare il problema della sopravvenuta modifica (ad opera della L. 196/1997) del limite orario settimanale, ridotto da 48 a 40 ore, argomento questo che qui non interessa posto che pacificamente l'INPS ha formulato le sue pretese solo per le prestazioni eccedenti le 48 ore. Non si ravvisa pertanto in alcuna delle disposizioni amministrative invocate una "sospensiva della contribuzione di cui è causa".

Non possono trovare accoglimento nemmeno le censure rispetto alle argomentazioni del primo giudice a proposito dell'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 116 L. 388/00.

La norma in questione infatti dispone:

"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".

Ora, non v'è dubbio che la fattispecie rientri tra quelle sopra delineate, dal momento che il credito vantato dall'INPS risulta essere stato accertato nel 1998, ed ancora in essere al momento dell'entrata in vigore della riforma.

Sotto un particolare profilo possono trovare accoglimento le doglianze dell'appellante: il legislatore, con la norma sopra riportata, non ha richiamato tutto il previgente regime sanzionatorio, ma ha invece effettuato esclusivo riferimento alle norme della legge 662/96, indicando anche quali fossero i commi applicabili.

Ad avviso di questa corte, già espresso in precedenti sentenze (in partic., n.1145/2002), la lettera della legge non dà pertanto adito a dubbi sulla volontà del legislatore di individuare nella sola legge 662/96 la fonte normativa per la determinazione dell'ammontare delle sanzioni.

Ciò induce a ritenere non dovute le sanzioni quantificate in base alla normativa previgente (in particolare, L. n.48/88) e che, sulla base della relazione esplicativa prodotta dall'INPS a seguito dell'ordinanza del collegio, ammontano a complessivi euro 917,48: di tale somma dovrà essere decurtato il credito complessivamente vantato dall'Istituto.

Le residue ragioni di doglianza avanzate con l'atto d'appello si mostrano inammissibili per l'estrema genericità: per ciò che concerne le rinnovate eccezioni di prescrizione e decadenza, non si considera in alcun modo quanto sul punto già

specificato dal primo giudice, che pare a questa corte pienamente condivisibile nel merito.

Anche l'eccezione di nullità e/o illegittimità e/o inefficacia dei ruoli pare inammissibile per genericità: l'appellante non specifica di quali vizi essi dovrebbero risultare affetti, posto che, per quel che concerne l'indicazione delle causali degli addebiti, la cartella richiama espressamente il verbale ispettivo ed i periodi rispetto ai quali è stata contestata l'evasione contributiva.

Il parziale accoglimento dell'appello consiglia la compensazione delle spese fra le parti in ragione di un quinto, ponendosi la parte restante a carico dell'appellante.

(Omissis)

Contributi - Società cooperativa - Azione di accertamento negativo dell'obbligo contributivo - Omessa specifica contestazione delle singole circostanze accertate e dedotte in sede ispettiva - Pacificità delle circostanze.

Contributi - Società cooperativa - Opzione per regime contributivo convenzionale - Variabilità dei tempi lavorativi e delle retribuzioni - Irrilevanza.

Corte d'Appello di Venezia - 14.02/15.03.2006 n. 86 - Pres. Pivotti - Rel. Santoro - Coop. Giovane a r.l. - INPS (Avv. Attardi).

Nel rito del lavoro, attesa la preclusione di cui all'art 416 C.P.C, la non contestazione di un fatto, cui è equiparato il silenzio o la contestazione generica, rende tale fatto pacifico con la conseguenza che, ove le parti, attrici in giudizio di accertamento negativo avverso verbale ispettivo, non abbiano specificamente contestato la veridicità o l'insussistenza delle circostanze poste a base della pretesa contributiva e valorizzate in sede ispettiva, tali circostanze devono ritenersi ammesse.

Ove una cooperativa abbia optato per il regime contributivo convenzionale, connesso al semplice status di socio lavoratore, tale opzione è vincolante ed infrazionabile ed è svincolata dalla variabilità temporale del lavoro svolto o dalla retribuzione reale.

FATTO – Con ricorso depositato in data 17.5.2000 presso il Tribunale del Lavoro di Venezia la Coop Giovane s.c.a.r.l. ed E. R. in proprio e quale presidente e legale rappresentante della società convenivano in giudizio l'Inps e la Direzione Provinciale del Lavoro chiedendo l'accertamento dell'insussistenza delle violazioni accertate con verbale INPS di Venezia notificato il 20.11.99 e con verbale della

Direzione Provinciale del Lavoro di Venezia notificato il 2.12.1999, nonché della non debenza delle somme ivi pretese rispettivamente a titolo di contributi omessi/somme aggiuntive e sanzioni amministrative. I ricorrenti contestavano la configurabilità di un obbligo contributivo in relazione alla qualità di socio senza considerare la prestazione sottostante; contestavano, altresì la configurabilità della subordinazione nelle prestazioni di lavoro assente dall'Inps.

L'Inps si costituiva in giudizio e chiedeva il rigetto della domanda.

La Direzione Provinciale del Lavoro di Venezia a sua volta si costituiva e, in via preliminare, evidenziato che il verbale di accertamento a cui si riferivano gli opposenti era, a suo parere, quello recante la data 2.1.2000, negava l'ammissibilità dell'opposizione per l'incertezza del verbale impugnato; assumeva poi l'ammissibilità della stessa atteso che nessuna ordinanza- ingiunzione era stata adottata; nel merito contestava il fondamento della pretesa.

Escussi i testi ammessi, la causa veniva discussa e decisa, con rigetto dei ricorsi a spese compensate.

Con ricorso depositato l'11 febbraio 2004 le parti ricorrenti e soccombenti, insistendo nei loro assunti, proponevano appello per sentire accogliere le conclusioni in epigrafe riportate.

In contumacia della Direzione Provinciale del Lavoro, si costituiva l'INPS chiedendo il rigetto dell'appello e la rifusione delle spese, anche di primo grado.

All'udienza del 14 febbraio 2006 la controversia era discussa oralmente e decisa come da separato dispositivo, letto in udienza.

DIRITTO – La sentenza di primo grado, per quel che rileva in questa sede in relazione a quanto oggetto di appello, sulla prima questione di causa riproposta con il gravame ha ritenuto la sussistenza di un rapporto subordinato con gli operai menzionati nell'allegato al verbale ispettivo ed utilizzati in attività di facchinaggio, pulizia di piazzali e di magazzini – poi diventati soci – evidenziando che i testi dei contratti stipulati con gli stessi fanno riferimento a prestazioni di tipo meramente esecutivo da eseguirsi senza alcuna autonomia nell'organizzazione dell'attività e dei mezzi, a fronte di un compenso orario fisso a prescindere dal risultato, ritenendo irrilevante l'elemento dell'asserita occasionalità delle prestazioni (peraltro smentita dai contratti sottoscritti che attestano l'impegno ad eseguire la prestazione richiesta per diversi mesi consecutivi) e il motivo delle stesse, finalizzate all'acquisizione della qualità di soci.

Con il gravame le parti appellanti censurano sul punto l'impugnata sentenza assumendo che le uniche prove fornite dall'ente previdenziale (onerato della prova della subordinazione) sarebbero costituite dalle dichiarazioni della lavoratrice S. – addetta a mansioni tecnico – amministrative e da qualificarsi incapace per essere stata oggetto di accertamento anche la sua posizione lavorativa come lavoratrice subordinata – e dalle risultanze ispettive, non suscettibili di una valutazione privilegiata e da valutarsi unitamente a tutte le risultanze probatorie, con possibile conclusione diversa da quella dell'accertamento ispettivo, da adottarsi nel caso in esame dal momento che i lavoratori fonte di causa svolgevano la loro attività di facchinaggio in forma autonoma (come possibile e previsto legislativamente), essendo liberi (come da dichiarazioni di R. e F.) di prestare la loro attività lavorativa, svol-

ta occasionalmente, in via non esclusiva e senza utilizzo di attrezzature della cooperativa.

L'appello non è fondato.

In relazione al contenuto della memoria di costituzione sembra opportuno precisare che la prima doglianza del gravame è relativa solo alla valorizzazione delle dichiarazioni rese dalla S. e, non anche alla natura subordinata del rapporto intercorrente con la stessa; sul punto la censura (non ben comprensibile) è irrilevante perché la posizione S., come emerge dalla stessa sentenza appellata non è stato oggetto di opposizione e di conseguenza l'evidenziata incapacità non sussiste.

Peraltro in sentenza in alcun modo si è valorizzata la dichiarazione della S. ai fini della questione della natura del rapporto degli operai.

In ordine alle altre argomentazioni di cui al gravame è da evidenziarsi che, in conformità a giurisprudenza espressasi sul punto (non senza contrasti), potrebbe anche ritenersi condivisibile quanto accennato dagli appellanti circa onere della prova dell'esistenza di rapporti di lavoro a carattere subordinato, mediante le circostanze di fatto poste a base della pretesa contributiva e sanzionatoria, a carico delle parti odierne appellate ed opposte in primo grado, anche nel caso di azioni di accertamento negativo, quali sono quelle derivanti dai ricorsi di primo grado, proposti avverso verbale di accertamento, prima che tale sia atto seguito da ordinanza di ingiunzione di sanzione amministrative ed atti di richieste di pagamenti contributivi

La questione (non prospettata in sede di primo grado) non merita approfondimento perché nel caso specifico, per quanto di seguito enunciato, in ogni caso può ritenersi provato l'onere da assolversi.

È anche condivisibile quanto assunto dagli appellanti circa il valore delle risultanze dei verbali ispettivi nel senso che gli stessi fanno piena prova, fino a querela di falso dei fatti che il pubblico ufficiale attesti essere avvenuti in sua presenza o dei fatti essere stati da lui compiuti, senza che tale fede privilegiata si estenda al contenuto intrinseco delle dichiarazioni a lui rese, per la cui piena valorizzazione è necessaria conferma in sede giudiziaria (cfr., tra le tante, Cass. nr. 17555 del 10 dicembre 2002; Cass. nr. 4608 dell'11 aprile 2000).

L'applicazione di tali principi giurisprudenziali, validi in linea generale, deve, però, avvenire tenendo presente le peculiarità dei singoli fatti accertati, nonché la valutazione degli stessi alla luce della singola realtà processuale come derivante dalle posizioni e dagli assunti delle parti.

Va precisato, infatti, che il valore privilegiato è da attribuirsi a fatti documentati nel verbale che, in relazione alle modalità della loro percezione, sono suscettibili di conoscenza secondo criteri diretti ed oggettivi e la cui conoscenza non implica alcun margine di apprezzamento da parte del verbalizzante (cfr. Cass.S.U. nr. 12545/92 in Foro It., 1993, 1, 2225), come può ritenersi avvenire nel caso in esame per le risultanze documentali valorizzate in sede ispettiva e nell'appellata sentenza.

È da tener presente, inoltre, che in base alle più recenti ed autorevole giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. S.U. 23 gennaio 2002 nr. 761, pubblicata, tra le tante, in Foro It. 2002, 1, 2017 e in Mass. Giur. Lav., 2002, 11, 812), nel rito del lavoro, ai sensi della preclusione contenuta nell'art. 416 c.p.c. la non contestazione

di un fatto rende lo stesso pacifico, esonerando la parte dalla necessità di fornire la prova, non solo (come ammesso anche da giurisprudenza precedente) quando la parte l'abbia esplicitamente ammesso, o abbia impostato la propria difesa su argomenti logicamente incompatibili con il suo disconoscimento, o, ancora, rispetto ad una pluralità di fatti dedotti dalla controparte, si sia limitata a contestarne esplicitamente e specificatamente taluni soltanto, ma anche quando la non contestazione deriva da silenzio o contestazione generica.

Nel caso in esame è da tenere presente che le parti oppponenti mai, e in nessun modo, hanno contestato la veridicità e l'insussistenza delle circostanze poste a base della pretesa contributiva consistenti nei dati valorizzati in sede ispettiva e in sentenza (risultanti dai prodotti accordi scritti con gli stessi intervenuti) consistenti nelle mansioni meramente esecutive e di "fatica" degli operai (rispetto alle quali, anche ove sussistente, non rileva l'eventuale inutilizzo di attrezzature della cooperativa) dalle modalità di compenso ad ora, dalla continuità dei rapporti per mesi, dall'inerimento nell'organizzazione della cooperativa.

In sede di gravame a sostegno dello stesso si è evidenziato la possibilità legislativa di effettuare attività di facchinaggio in regime di "libero esercente", ma la circostanza (peraltro non dedotta in primo grado) non è stata minimamente provata con riguardo ai lavoratori di cui è causa con la produzione delle relative licenze previste dalla legge invocato a sostegno dell'assunto.

La circostanza (peraltro in contrasto con l'asserito status di "soci in prova") non è provata e non può inficiare le conclusioni dell'impugnata sentenza, sul punto da confermarsi.

Il secondo motivo d'appello attiene ad altra questione di causa relativa al regime contributivo previsto per i soci delle cooperative dall'art. 4 del d.P.R. 30 aprile 1970 n. 602, il quale dispone che per essi i contributi per le varie forme di previdenza sociale sono dovuti "su imponibili giornalieri e per periodi di occupazione mensile" da determinarsi con decreto del Ministro del Lavoro, soggetto a revisione triennale.

I contributi vengono quindi versati su un salario convenzionale (istituto tra l'altro non esclusivo del settore; cfr. la legge n. 398/1987 con riferimento alla determinazione degli obblighi contributivi dei lavoratori italiani operanti all'estero in paesi extracomunitari) al fine di valorizzare, con un regime speciale e di favore, la previdenza per soggetti per i quali non sarebbe possibile la costruzione di una base contributiva e previdenziale in ragione delle caratteristiche di grande variabilità e precarietà dei redditi degli associati nella cooperazione e della mancanza di minimi retributivi giornalieri.

Il regime contributivo rapportato al salario convenzionale non è però l'unico applicabile potendo la cooperativa optare, ai sensi dell'art. 6, ultimo comma, del d.P.R. in argomento, per il regime contributivo ordinario basato "sulle retribuzioni effettive purché non inferiori alla retribuzione imponibile eventualmente stabilita", secondo le analitiche modalità previste nei commi precedenti, che possono operare liberamente anche solo per alcuni soci (cfr. Cass. 11766 (1) dell'1 agosto 2003 che

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1102.

evidenzia la libertà di scelta tra i due regimi e che il regime convenzionale, per i bassi livelli del salario convenzionale, e di conseguenza dei contributi dovuti, determina un trattamento previdenziale peggiore).

È pacifico, in fatto, che la cooperativa appellante ha scelto il regime contributivo convenzionale versando i contributi solo per i mesi nei quali il socio lavoratore ha prestato una qualche attività; l'Inps li pretende ritenendo che l'obbligo contributivo sia connesso, ove scelto il regime convenzionale, allo status di socio e che inizi e cessi con l'acquisizione ed il venir meno di tale qualità, ne viene meno per i mesi in cui sia assente con una prestazione lavorativa minima.

Con il gravame la cooperativa, richiamando giurisprudenza di merito espressasi sul punto, insiste nel suo assunto evidenziando non potersi ammettere una così grave ed importante eccezione al principio per cui solo "la prestazione lavorativa e comunque l'obbligo retributivo è l'elemento discriminante dell'obbligazione contributiva", non potendo sussistere obbligo contributivo in assenza di svolgimento di attività lavorativa e, di conseguenza meramente "virtuale", come derivante dalla tesi contrastata ed accolta in primo grado.

Ritiene, ancora, che tale principio sia valido anche per le cooperative "ordinarie", come all'epoca dei fatti di causa disciplinato, in via generale, dal R.D. 1422/24, prevedendo lo stesso, ai fini contributivi, un'assimilazione dei soci delle cooperative ai lavoratori subordinati solo in quanto impegnati in attività lavorativa per conto della cooperativa.

La norma fonte di causa suindicata (art. 4 del d.p.r. 602/70) dovrebbe essere interpretata come una deroga al principio generale limitatamente al quantum della contribuzione e non all'an, ritenuto sussistente solo nel caso di una qualche prestazione lavorativa nell'arco di un mese, desumendo tale conclusione dal titolo della normativa (relativa a soci *che prestino* la loro attività), dal contenuto di precedenti norme costituite dall'art. 2 lette) e dall'art. 3, comma 2 nr. 3, che farebbero sempre riferimento a soci impegnati effettivamente in attività lavorativa.

Si assume, infine, che l'assunto dell'ente odierno appellato sia anche contrario a sua circolare interpretativa della normativa fonte di causa (nr. 18 del 25 maggio 1988) ed alla ratio legis, ravvisabile nella natura "povera" delle cooperative di lavoro e nella saltuarietà della prestazione dei soci.

La Corte, premesso che sul punto non è ancora intervenuta giurisprudenza di legittimità, ritiene infondato l'appello.

A tale conclusione induce la considerazione che i richiami ai principi generali in tema d'obbligo contributivo e alla disciplina contributiva delle cooperative "ordinarie", non sono pertinenti ai fini della questione di causa, disciplinata da norma speciale, per la cui interpretazione i dati contenuti nel titolo della legge e nelle precedenti norme non sono rilevanti, perché è ovvio che la normativa, in generale, disciplina la contribuzione di soci lavoratori, che, però, rimangono tali anche ove non lavorano per un mese.

Premesso che l'opzione per il salario convenzionale, una volta esercitata è sicuramente vincolante nel senso che la cooperativa deve poi effettuare per tutti i soci lavoratori gli adempimenti contributivi sulla base dei salari medi, si osserva che dal particolare regime contributivo scelto, svincolato dalla variabilità del lavoro svolto e dalla retribuzione reale, non può non derivarne l'obbligo di versamento

per l'intero periodo in cui il socio lavoratore ha rivestito detta qualità in forza del principio informatore della speciale disciplina contributiva della non frazionabilità dell'orario, non solo giornaliero o mensile ma riferito all'intero periodo in cui il socio lavoratore ha rivestito tale qualifica.

Infatti, sarebbe ben assurdo che nell'ipotesi d'intensa prestazione per alcuni mesi e di nessuna prestazione per altri, la contribuzione complessiva sia inferiore a quella dovuta per una prestazione minima di solo qualche giorno in ciascun mese.

Come ben osserva l'Inps l'espressione letterale "periodi d'occupazione mensile" di cui all'art. 4 del citato d.P.R. 602 costituisce un riferimento ad un periodo temporale (unità di misura) necessario per l'applicazione del contributo e per individuare l'ampiezza del periodo e non riferite all'effettiva prestazione di un quantum se pur minimo lavorato nel mese da parte del socio lavoratore. Infatti i contributi sono riferiti ad apposite tabelle di salari medi e di periodi di occupazione mensile per il richiamo dell'art. 4 citato all'art. 35 del d.P.R. 30 maggio 1955 n. 797, che consentono determinazione in 26 giorni delle prestazioni effettuate nell'arco di un mese (cfr. Cass. 5417/96 (2), che esclude anche profili di incostituzionalità della normativa).

Convalida la conclusione sopra esposta il fatto che la cooperativa è tenuta per legge (art. 3, comma 2, numero 3 del cit. d.P.R.) ha comunicare agli enti di previdenza "l'elenco nominativo dei soci con la indicazione per ciascuno dei soci stessi, della qualifica professionale e contestualmente che i soci medesimo lavorano per conto della società cooperativa" e non il prospetto delle ore e dei giorni lavorati.

Corretta appare anche l'osservazione dell'Inps a termini della quale lo scopo mutualistico implica il diritto alla corresponsione di una somma che non rappresenta un mero salario, bensì anche una remunerazione cooperativa con la conseguenza che al singolo socio, anche a prescindere dalla attività in fatto prestata e salvo conguagli, spetta la divisione degli utili della cooperativa.

Per quel che vale, è da escludere che la soluzione assunta dall'ente previdenziale sia contraria a sua circolare interna, (richiamata nel gravame a sostegno dello stesso) perché l'indicazione in essa contenuta che, *ove la cooperativa operi in più province, ai fini dell'osservanza dei solari convenzionali, si fa riferimento a quelli delle province ove è "dislocato" il singolo lavoratore*, non implica che il riferimento alla dislocazione del lavoratore faccia necessariamente riferimento al luogo ove lo stesso debba prestare la sua attività lavorativa; né l'indicazione contenuta in tale circolare nel senso assunto dall'appellante, relativamente ad ipotesi di sospensione dell'attività lavorativa tipiche (malattia, maternità, aspettativa, leva militare, non ricorrenti e non invocate nella fattispecie concreta in esame) e caratterizzate in tutti i regimi di contribuzione da disciplina particolare, possono determinare – contrariamente a quanto assunto – che tale disciplina debba avere carattere generale per ipotesi atipiche e diverse di mancata prestazione lavorativa.

È, infine, da rilevarsi che non è pertinente ai fini di causa il richiamo effettuato in sede di discussione orale al contenuto della sentenza della S.C. nr. 6432/05, la quale, senza nulla enunciare sul contrasto dell'odierna causa, accoglie un ricorso di

(2) Idem, 1996. p. 831.

società cooperativa, riformando sentenza di merito e rigettando domanda proposta dell'ente previdenziale, in fattispecie completamente diversa dalla presente nella quale l'ente agiva chiedendo la contribuzione per soci della cooperativa assumendo un indimostrato rapporto subordinato.

La richiesta dell'INPS di rifusione delle spese di primo grado, investendo un capo autonomo della decisione impugnata, è inammissibile per doversi fare valere tramite appello incidentale.

La natura della seconda questione trattata e l'assenza allo stato di una pronuncia specifica in punto della Suprema Corte di Cassazione, fermo restando la statuizione di primo grado sulle spese, giustifica la compensazione per metà delle spese del grado, con condanna dell'appellante, soccombente anche sull'ulteriore questione, al pagamento della residua metà, come liquidata in dispositivo.

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Pensioni - Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Indicazione delle mansioni - Necessità.

Tribunale di Chiavari - 05.10/03.12.2005, n. 332 - Dott. Del Nevo - T. (Avv. Paolillo) - INPS (Avv. Capurso).

Il lavoratore che chieda la condanna dell'Inps ai benefici pensionistici per esposizione ultradecennale all'amianto deve indicare analiticamente le mansioni svolte.

FATTO – Con ricorso depositato il 26.09.30 G.T. chiedeva l'applicazione in suo favore dei benefici previdenziali di cui all'art. 13 comma 8 della legge 257/92 in relazione ai periodi dal 01.07.1977 al 01.04.1978, dal 01.04.1978, dal 01.04.1979 al 01.02.1987 e dal 01.06.1989 al 31.12.1992 trascorsi alle dipendenze della SIP (oggi TELECOM) con sede lavorativa presso il "grattacielo" SIP sito tra Via Fiume e Via S. Vincenzo in Genova.

Si costituiva in causa l'I.N.P.S. contestando la domanda del ricorrente.

La causa, istruita con CTU tecnica, veniva decisa all'udienza del 05.10.05 mediante pubblica lettura del dispositivo.

DIRITTO – Come risulta da un'attenta lettura del ricorso, nello stesso le mansioni del ricorrente non risultano analiticamente specificate, tanto che le medesime sono emerse con sufficiente chiarezza soltanto della C.T.U. dell'Ing. Gambale (da cui è risultato che il T. sarebbe stato il responsabile degli impianti dell'edificio per cui è causa).

La mancata indicazione delle mansioni inficia però la validità di tutto il ricorso, perché fin da tale atto il T. avrebbe dovuto offrire in prova di essere stato esposto per un tempo tendenzialmente costante alla fuoriuscita di fibre di amianto, provenienti dalla struttura e degli impianti del palazzo in questione.

Il ricorrente invece, soltanto a seguito dell'esito negativo della C.T.U., ha dedotto all'udienza del 27.04.05 prove orali sullo svolgimento delle mansioni e sulla esposizione all'amianto, e tali deduzioni devono considerarsi secondo il rito del lavoro tardive e quindi inammissibili.

Le istanze del ricorrente sono rimaste di conseguenza prive di prova positiva ed il ricorso merita quindi rigetto, a spese di lite peraltro compensate stante la complessità dell'accertamento in fatto, che non consentiva al T. prima del giudizio di comprendere l'infondatezza delle proprie domande.

(Omissis)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Mobilità dal comparto-scuola - Assegno di garanzia stipendio - Riassorbibilità.

Tribunale di Fermo - 15.06/26.07.2005 n. 245, Dott. Cozzolino - A.Q. (Avv. Piergentili) - INPS (Avv. Cimmino).

L'assegno di garanzia stipendio, attribuito ad personam al personale transitato in INPS dal comparto-scuola e ragguagliato alla differenza col trattamento di maggior favore goduto presso l'Amministrazione di provenienza, è riassorbibile con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi.

FATTO – Con ricorso depositato in data 23/4/2003, A.Q., già dipendente della scuola, area della funzione docente - personale equiparato scuola materna ed elementare, attualmente alle dipendenze dell'INPS di Ascoli Piceno, citava in giudizio dinanzi all'intestato Tribunale (Giudice del Lavoro) l'Istituto affinché si sentisse dichiarare nei suoi confronti il diritto di esso ricorrente alla conservazione del trattamento economico più favorevole goduto al momento del transito nella nuova amministrazione, con la conseguente condanna al pagamento delle differenze stipendiali dal 13/11/95, più accessori di legge, il tutto col favore delle spese e degli onorari di causa.

Premetteva il ricorrente di essere dipendente dell'INPS con la qualifica di assistente coordinatore di settimo livello; di essere transitato alle dipendenze dell'INPS in seguito a mobilità dal comparto scuola, area della funzione docente - personale equiparato alla scuola materna; che al momento del passaggio gli veniva riconosciuto, oltre allo stipendio spettante al personale dell'Istituto di pari qualifica ed anzianità, un assegno *ad personam* pari alla differenza con il trattamento economico di maggior favore goduto presso l'amministrazione di provenienza; che detto assegno, denominato "assegno di garanzia stipendio", veniva completamente assorbito con gli incrementi economici di mano in mano conseguiti presso l'INPS per effetto della contrattazione collettiva; che siffatto assorbimento era da considerarsi illegittimo.

All'udienza di discussione, il giudice adito declinava la giurisdizione; indi la Corte di Appello, in sede di gravame, in parziale difformità, rimetteva le parti dinanzi a questo stesso Tribunale (Giudice del Lavoro) limitatamente alle pretese patrimoniali successive alla data del 30/6/98, conforme alla giurisprudenza elaborata in ordine alla delimitazione della giurisdizione del giudice ordinario rispetto quella del giudice amministrativo dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego.

Nei termini di cui all'art. 353 c.p.c. la causa veniva riassunta dall'INPS con atto depositato in data 16/2/2005. Con l'atto di riassunzione, l'Istituto contestava la domanda e ne chiedeva il rigetto. Si costituiva l'A., deducendo, a fondamento delle proprie richieste, le stesse ragioni sviluppate nel giudizio di primo grado.

All'udienza del 15/6/2005, essendo la controversia risolvibile in diritto, fatte precisare le contusioni in epigrafe trascritte, la causa veniva decisa come

dal sotto indicato dispositivo, di cui veniva data contestuale lettura, per i seguenti.

DIRITTO – Nel presente giudizio, l'interesse che muove le parti, attiene alla sopravvivenza o meno del trattamento retributivo goduto dal ricorrente, nella condizione di appartenente al personale del comparto scuola, al momento in cui transitava nell'Amministrazione dell'INPS, in seguito a mobilità volontaria, così come previsto dall'art. 33 del d.lgs. 29/93 (ora art. 30 del d.lgs. 165/2001) concernente il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse. La controversia prende l'abbrivio dall'assorbimento dell'assegno *ad personam* erogato al ricorrente dall'INPS, pari alla differenza tra il trattamento economico in godimento e quello previsto per il livello di inquadramento nell'Amministrazione di destinazione, in seguito ai miglioranti retributivi previsti dalla contrattazione collettiva, di mano in mano conseguiti.

Ad avviso del ricorrente, il predetto assegno *ad personam* andava, diversamente, conservato, siccome costituente retribuzione individuale di anzianità e quindi, non assorbibile con successivi miglioramenti contrattuali, così come recita il chiarimento fornito in data 14/9/99 dal Dipartimento della Funzione Pubblica. Invero, secondo detto chiarimento, al personale trasferito a seguito dei processi di mobilità ex DPCM 325/88, anteriormente al DPCM n. 716/94, la eventuale differenza tra il trattamento economico in godimento e quello previsto per il livello di inquadramento nell'Amministrazione di destinazione andava attribuita come retribuzione individuale di anzianità e quindi, non riassorbibile con successivi miglioramenti contrattuali. Omette, però, il ricorrente, di completare l'esposizione del chiarimento, e precisamente laddove si puntualizza il caso riverso dei trasferimenti attuati in vigenza del DPCM n. 716/94. In tal caso, detto DPCM espressamente prevede, qualora il dipendente godesse, all'atto del trasferimento, di un trattamento economico superiore a quello spettante nel nuovo Ente, l'attribuzione di un assegno *ad personam* riassorbibile a seguito di futuri miglioramenti.

In tali premesse, di tutta evidenza appare come il ricorrente muove le mosse da premesse completamente errate e non adattabili al caso che ne occupa, siccome chiaramente deduce che il suo trasferimento presso l'INPS risulterebbe essere disciplinato dal DPCM 325/88 e non già da quello successivo n. 716/94. L'equivoco in cui cade il ricorrente si annida nella lettura incompleta del predetto decreto: invero, se all'art. 1, lettera a) si esclude dall'ambito della disciplina da esso prevista il personale indicato nell'art. 2, comma 4, del d.lgs. 3/2/1993 n. 29, nonché il personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del comparto scuola, si fa salvo, per quest'ultimo personale quanto previsto dall'art. 7, comma 7. Secondo tale ultima norma, i dipendenti del comparto scuola possono presentare domanda individuale di mobilità, per essere trasferiti presso amministrazioni diverse, sino all'attuazione degli accordi di cui all'art. 1, commi 7 e 8 del decreto legislativo 12/2/1993 n. 35. Gli accordi di cui all'art. 1, comma 8 del suddetto decreto legislativo possono prevedere l'opzione tra la mobilità disciplinata dal presente regolamento e quella di cui allo stesso decreto legislativo. Ne consegue, pertanto, che nella specie non è ipotizzabile l'ultrattività del DPCM 325/88 e quindi, l'inapplicabilità della clausola del riassorbimento dell'assegno *ad perso-*

nam di cui all'art. 18 del DPCM n. 716/94. Invero, in base all'art. 18 del più menzionato decreto, espressamente è previsto che il dipendente trasferito è collocato nei ruoli della nuova amministrazione conservando l'anzianità maturata ed il trattamento economico, ove più favorevole, mediante attribuzione di assegno *ad personam* della differenza con il trattamento economico previsto per la qualifica di appartenenza, fino al riassorbimento a seguito di futuri miglioramenti economici. Ne l'invocata ultrattività è possibile desumerla dalla norma transitoria di cui all'art. 20 dello stesso DPCM, così come sostiene il ricorrente: invero, prevede detta norma, che per consentire la mobilità del personale nelle more dell'emanazione del primo bando, la normativa vigente alla data di entrata in vigore del presente regolamento è applicabile sino al 28 febbraio 1995. Ebbene, nella specie, mentre il bando di mobilità di personale delle pubbliche amministrazioni per Panno 1995 veniva adottato il 15 giugno del 1995, il ricorrente transitava nell'amministrazione di destinazione, così come egli stesso afferma, ed in base a detto bando, nel mese di novembre del '95 e quindi, in un momento in cui il DPCM n. 716/94 trovava piena applicazione, abrogando qualsiasi altro regolamento previgente.

Ma vi è di più.

È stato autorevolmente affermato, come ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 31/3/1998 n. 80, che ha sostituito l'art. 2 del d.lgs. 3/2/1993 n. 29, sia stato sancito il principio generale della riassorbibilità, con conseguente inapplicabilità di precedenti disposizioni di diverso segno cui fa riferimento il ricorrente. Invero, secondo la norma in esame, le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti dai contratti cessano di aver efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva. Il che risponde alla logica dell'attribuzione dell'assegno *ad personam*, che non è quella di creare condizioni di maggior favore al personale mobilitato, bensì quella di evitare che il trasferimento dall'una all'altra amministrazione si traduca in un detrimento del trattamento economico complessivo spettante al dipendente trasferito. Detrimento che ovviamente viene meno allorquando il trattamento economico si sia posto in parallelo con quello previsto per la qualifica di inquadramento nell'amministrazione di destinazione in seguito ai miglioramenti contrattuali, per l'assorbente ragione del riacquisito equilibrio statico del principio della parità di trattamento perseguito dalla pubblica amministrazione (secondo l'art. 49 del d.lgs. n. 29 del '93, come sostituito dall'art. 23 del d.lgs. n. 546 del 1993. Le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti di cui all'art. 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi). E tutto questo, senza necessità di richiamare la copiosa giurisprudenza sul punto indicata dall'Istituto convenuto.

In conclusione, per tutto quanto precede, il ricorso deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese.

(Omissis)

Contributi - Iscrizione a ruolo - Opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi - Legittimazione passiva dell'INPS - Carenza.

Tribunale di Genova - 21.09.2006 - n. 1554 - Dott. Basilico - M. (avv. Bertini) - INPS (Avv. Bonicioli) - Gest Line (Avv.ti Misurale, Tamagno).

L'Inps è estraneo alla procedura di riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo per il recupero dei contributi non versati e pertanto non è legittimato passivo nelle controversie di opposizione all'esecuzione ed agli atti esattoriali, per le quali unico legittimato passivo è il concessionario della riscossione.

FATTO e DIRITTO – M. M. ha convenuto in giudizio INPS e Gest Line s.p.a. proponendo “opposizione all'esecuzione e/o agli atti esecutivi” a seguito dell'iscrizione d'ipoteca su beni immobili di sua proprietà compiuta dal secondo soggetto per la garanzia di crediti contributivi del primo istituto previdenziale. Con l'atto introduttivo di tale giudizio ha contestato la sussistenza e la legittimità del titolo azionato, rappresentato dai ruoli incorporati in tre cartelle esattoriali emesse ai sensi del d. Ivo 46/99.

INPS ha eccepito innanzi tutto il difetto della propria legittimazione passiva, sia in quanto non è stata destinataria di domande – che il ricorrente ha in effetti rivolto nei confronti della sola altra parte convenuta – sia in quanto soggetto estraneo alla procedura di riscossione successiva all'iscrizione a ruolo dei propri crediti. Quest'ultimo argomento è decisivo per l'accoglimento dell'eccezione.

Ai sensi dell'art. 45 DPR 602/73 (come modificato dall'art. 16 d. Ivo 46/99), alla riscossione coattiva delle somme iscritte a ruolo, per crediti previdenziali e relativi accessori e spese, procede il concessionario; in forza delle disposizioni successive, anch'esse innovate dal citato art. 16, è solo il concessionario a dare corso ad ogni atto della procedura e dell'esecuzione, compresa l'iscrizione d'ipoteca legale, contestata nel presente giudizio, secondo il dettato del vigente art. 77 DPR 602. La legittimazione passiva dell'istituto di previdenza risulta confinata pertanto nei soli limiti dei giudizi di cognizione previsti dall'art. 24, commi terzo e quinto, rispettivamente prima della formazione del titolo esecutivo (il ruolo), di sua competenza, o dopo questa, ma entro il termine perentorio di quaranta giorni.

È pertanto fondata l'eccezione dell'INPS in virtù della quale si è chiesta la “estromissione” dal presente giudizio. Le domande attrici vanno cioè respinte nei suoi confronti per carenza di una delle condizioni dell'azione (Cass., sez. II, 13 luglio 2004, n. 13766).

Va dunque dichiarato il difetto della legittimazione passiva dell'INPS nel presente giudizio.

La relativa novità delle questioni complessivamente introdotte nel giudizio giustifica la compensazione integrale delle spese tra il ricorrente e l'INPS.

(Omissis)

Pensioni - Reversibilità - Coniuge separato - Vivenza a carico all'epoca del decesso del dante causa - Necessità.

Tribunale di Genova - 13.06.2006 - n. 1206 - Dott. Barengi - B. (Avv. Marino) - INPS (Avv. Lolli).

Il coniuge separato che chieda la pensione di reversibilità deve fornire la prova dellaivenza a carico dell'altro coniuge all'epoca del decesso.

FATTO E DIRITTO – Il ricorso è infondato.

Parte attrice fonda la propria pretesa di liquidazione della pensione di reversibilità, quale coniuge superstite del sig M., deceduto in data 25.4.2001, sulla applicabilità al caso di specie dell'art. 13 RDL n 636/1939, norma che riconosce il diritto al trattamento pensionistico anche al coniuge separato con colpa in forza di sentenza passata in giudicato.

L'INPS, nelle difese svolte nel proprio atto difensivo, contesta l'applicabilità degli elementi normativi indicati da parte attrice, richiamando la sentenza n. 11428/04 della suprema Corte che subordina il diritto alla pensione di reversibilità al presupposto della vivenza a carico.

Peraltro l'esame degli elementi di fatto della domanda attorea appare nel caso di specie operazione preliminare all'individuazione dei principi di diritto applicabili alla fattispecie concreta.

In tale ambito va rilevato che il Tribunale di Genova con sentenza 1576/1959 ha pronunciato la separazione dei coniugi M. e B., per colpa attribuita a quest'ultima; la statuizione è divenuta cosa giudicata.

Risulta altresì pacifico che la ricorrente dopo il decesso del coniuge non ha contratto novo matrimonio;

che la medesima è titolare di pensione di guerra a seguito della deportazione del coniuge in Germania, in epoca bellica, nonché di pensione, di invalidità a carico della AGO;

risulta altresì incontestato che l'INPS successivamente al decesso del marito le aveva liquidato la pensione di reversibilità la quale nell'anno 2005 è stata revocata.

In via preliminare la ricorrente invoca l'illegittimità del provvedimento amministrativo che ha disposto la revoca della pensione di reversibilità, in quanto assunto in violazione dell'obbligo di motivazione prescritto dalla legge n. 241/1990;

tale censura non è fondata in quanto i provvedimenti adottati dall'ente previdenziale in materia di liquidazione ovvero revoca di trattamenti pensionistici costituiscono meri atti di accertamento della sussistenza o meno di presupposti per il riconoscimento di diritti oggetto del rapporto previdenziale; di talché non configurando esercizio di poteri di natura autoritativa, sono estranei al campo di operatività delle disposizioni di cui alla legge 241/90.

Nel merito il ricorso non merita accoglimento.

Ai fini di comprendere l'oggetto della questione controversa, occorre assumere quale dato normativo di riferimento la norma regolatrice dei presupposti per la liquidazione della pensione reversibilità che è per l'appunto l'art. 13 RDL n. 636/1939 nel testo riformulato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 24 Legge

153/1969; testo cui questo giudice rinvia integralmente in sede di interpretazione della suddetta disposizione.

La difesa di parte attrice osserva che la propria posizione soggettiva diretta tutela in forza della sentenza n. 286/1987 Corte Cost. (1) che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 24 Legge 30 aprile 1969 n. 153, nonché dell'art. 23 della legge n. 1357/1962 nella parte in cui escludono dalla erogazione della pensione di reversibilità il coniuge separato per sua colpa, con sentenza passata in giudicato; ulteriore argomento difensivo fatto valere dalla ricorrente è rinvenibile nel richiamo alla sentenza della Suprema Corte n. 15516/2003 (2).

Reputa questo Giudice di non poter aderire all'interpretazione fornita dall'autorevole Supremo Collegio, ove in un passo della motivazione è dato leggere:

“Le considerazioni contenute nella motivazione, invero, se conducono con sicurezza ad equiparare la separazione per colpa a quella con addebito, omissis, non autorizzano minimamente l'interprete a ritenere che sia residua una differenza di trattamento per il coniuge superstite separato in ragione del titolo della separazione”.

In sostanza la Suprema Corte avverte che a seguito della sentenza di accoglimento della Corte Cost. n. 286/87, la pronunzia di addebito nella separazione personale non costituisce motivo di differenziazione nella disciplina dei presupposti per l'accesso del coniuge superstite alla pensione di reversibilità.

La suddetta tesi interpretativa, ad avviso del giudice adito, è il frutto di un processo interpretativo e ricostruttivo del sistema normativo relativo al settore della pensione di reversibilità che non tiene in adeguata considerazione la ratio del detto trattamento previdenziale che consiste nell'interno di garantire al coniuge superstite la prosecuzione del sostentamento assicurato in vita dalla situazione obiettiva connotata dalla percezione della pensione diretta e dalla vivenza a carico del percettore di quest'ultima, ovvero, nelle ipotesi di *separazione personale*, dall'assegno di mantenimento.

La funzione della pensione di reversibilità e per contro efficacemente evidenziata da Cass n. 11428/04 nella parte in cui si rileva che il trattamento va riconosciuto, senza differenziazione alcuna, anche al coniuge separato per sua colpa, quando a carico dell'altro coniuge, in seguito deceduto, era stato posto un assegno alimentare in considerazione dello stato di bisogno dell'alimentando.

Ancora può osservarsi come la norma di legge, cioè l'art. 13 comma 1 RDL n. 636/1939 non direttamente interessato dalla pronunzia di accoglimento a seguito di Corte Cost. n. 286/87, tuttora in vigore non preveda un meccanismo di attribuzione automatica al coniuge ed ai figli del trattamento di reversibilità ma richiede l'elemento indefettibile della vivenza a carico all'epoca del decesso.

In tale ottica di verifica del detto presupposto, pare al Giudicante che la ricorrente non abbia provato né offerto di provare che quest'ultimo sino all'epoca del decesso, provvedeva al suo sostentamento; la deduzione relativa ad una situazione di reciproca assistenza morale e materiale non pare soddisfare il necessario requisito di sufficiente specificità del capitolo di prova, rispetto agli elementi costitutivi del diritto azionato.

Deve per contro ritenersi che la titolarità della pensione di invalidità INPS,

(1) V. in q. Riv., 1987, p. 1454.

(2) Idem, 2003, p. 1298.

dovendosi escludere una sostanziale rilevanza alla pensione di guerra per il suo modestissimo importo, porti ad evidenza un elemento oggettivo di dubbia compatibilità con l'esistenza di uno stato di bisogno.

Inoltre la sentenza di separazione da atto che nessuno dei coniugi aveva avanzato istanze per prestazioni alimentari.

Non solo, ma anche le considerazioni rinvenibili nella successiva giurisprudenza Costituzionale, si veda Corte Cost. n. 284/97 hanno portato ad emersione il principio per cui la facoltà riconosciuta al coniuge separato per colpa di essere ammesso a fruire della pensione di reversibilità è da collegarsi necessariamente al pregresso godimento del diritto agli alimenti a carico del defunto.

Pertanto, non avendo la ricorrente fornito la prova del presupposto della vivenza a carico del coniuge, la domanda proposta deve rigettarsi; motivi di equità consigliano la compensazione totale delle spese.

(Omissis)

Processo civile - Ricorso - Nullità - Riproposizione del ricorso - Ammissibilità - Prescrizione - Irrilevanza del ricorso nullo.

Tribunale di Genova - 06.06/29.08.2006 - n. 1146 - Dott. Barenghi - A. + 2 (Avv. Cavallari) - INPS (Avv. Fuochi).

Il ricorso dichiarato nullo non contiene alcun accertamento sulla sussistenza o meno del diritto e quindi non preclude una successiva azione giudiziaria, né costituisce atto interruttivo della prescrizione (fattispecie di domanda di ricostituzione di pensione oltre il decennio dalla prima liquidazione)

FATTO – Con ricorsi depositati in cancelleria il 28.6.2005 gli attori indicati in epigrafe esponevano di avere lavorato alle dipendenze del Consorzio Autonomo del Porto di Genova sino alle date 1.12.92, 1.8.94 ed 1.6.1986 allorché venivano collocati in pensione;

lamentavano inoltre che l'INPS aveva provveduto alla liquidazione della pensione consortile utilizzando un metodo scorretto, in quanto l'ente aveva corrisposto loro una pensione di importo inferiore a quella dovuta in applicazione delle norme e dei criteri previsti dalle Norme Transitorie sul trattamento di pensione del personale consortile, in pensione ed in servizio alla data del 30 marzo 1987, nel testo aggiornato al 15 dicembre 1987;

pertanto convenivano in giudizio l'INPS per sentirlo condannare al pagamento delle differenze dovute per riliquidazione;

gli odierni ricorrenti producevano altresì un conteggio delle somme maturate a titolo di maggiorazione competenze accessorie.

Si costituiva in giudizio l'INPS con memorie difensive con cui nel merito contestava la fondatezza delle pretese avversarie.

Quindi la causa veniva discussa dai procuratori delle parti e decisa all'udienza del 6 giugno 2006, come da allegato dispositivo pubblicamente letto.

DIRITTO – Il ricorso di parte attrice è infondato.

In via preliminare, l'INPS eccepisce l'inammissibilità del ricorso giudiziale poiché asseritamente proposto in evidente violazione del fondamentale principio del *ne bis in idem*; in particolare la difesa dell'INPS invoca l'effetto preclusivo che deriverebbe dal giudicato riguardante la sentenza n. 2479/02 emessa dal Tribunale di Genova, l'eccezione sollevata dall'INPS è infondata dovendosi rilevare che detta sentenza non contiene accertamento alcuno sulla sussistenza o meno del diritto azionato attraverso il ricorso introduttivo della presente causa;

la pronunzia in oggetto, nel dichiarare infanti l'inammissibilità delle domande proposte, produce effetti che devono ritenersi limitati alla sfera processuale, essendo la pronunzia improduttiva di effetti riguardo al rapporto obbligatorio in contestazione.

Risulta invece fondata l'eccezione di prescrizione del credito per ratei pensionistici sollevata dall'INPS.

Il credito fatto valere dai ricorrenti ha ad oggetto il ricalcolo dei ratei pensionistici che secondo la tesi attorca sarebbero dovuti a seguito dall'illegittima liquidazione della pensione;

tale credito derivando direttamente dal riconoscimento del diritto alla riliquidazione di un trattamento pensionistico in precedenza liquidato non matura di per sé allo spirare di scadenze temporali prefissate e risulta pertanto soggetto all'ordinario termine prescrizione decennale;

nel caso di specie per il ricorrente B. il *dies a quo*, costituito dalla data di decorrenza della pensione CAP, corrisponde al 1.6.1986 come risulta dal listino pensione prodotto in causa.

Per i due ricorrenti A. G. e B. B. il *dies a quo* va individuato rispettivamente nel mese successivo al 1.12.1992 ed al 1.8.1994, in conformità a quanto dedotto nel punto 1 del ricorso introduttivo, ed in assenza di documentazione comprovante la data di decorrenza originaria della pensione.

Orbene avuto riguardo alle date che integrano il *dies a quo* per il compimento di atti di rivendicazione del credito, deve ritenersi che i crediti fatti valere dei singoli ricorrenti risultano tutti estinti per intervenuto decorso del termine di prescrizione; al riguardo il primo atto interruttivo del termine prescrizione va ravvisato nella notifica del ricorso introduttivo depositato in cancelleria il 23 giugno 2005, quindi in epoca nella quale la prescrizione risulta già maturata anche nei confronti della posizione creditoria del ricorrente B.

Il ricorso amministrativo prodotto da parte attrice non contiene infatti alcun riferimento nei confronti degli odierni ricorrenti e pertanto non può pertanto essere invocato quale atto di diffida ad adempiere.

Il ricorso va quindi rigettato in accoglimento dell'eccezione di prescrizione.

Motivi di equità suggeriscono la compensazione totale delle spese.

(*Omissis*)

Contributi - Azione di regolarizzazione proposta dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro - Domanda contestuale nei confronti dell'Inps di indennità di maternità - Mancanza di apposita domanda amministrativa - Inammissibilità.

Tribunale di Genova - 14.02/19.04.2006, n. 728 - Dott. Melandri - R. (Avv. Ciminelli) - R. (contumace) - INPS (Avv. Capurso)

Il lavoratore che proponga azione giudiziaria nei confronti del proprio datore di lavoro per mancato versamento dei contributi non può contestualmente convenire in giudizio l'Inps per chiederne la condanna alla erogazione della indennità di maternità in forza del principio di automaticità delle prestazioni qualora non abbia in precedenza avanzato apposita domanda amministrativa.

FATTO – Con ricorso ex art. 700 c.p.c. la ricorrente ha chiesto, nel contraddittorio con l'INPS, che il giudice ordinasse a R.P., titolare del bar Nadila Cafè alle dipendenze del quale aveva lavorato dal 11.8.2003 sinché il 13.1.2004 non si è dovuta fermare per interdizione anticipata dal lavoro disposta dalla D.P.L. a causa di gravidanza a rischio, di corrisponderle l'indennità di maternità prevista per legge e per contratto sulla base di un rapporto a tempo pieno e non, come formalmente denunciato, di 12 ore settimanali.

Avendo in sede cautelare il convenuto – seppur non costituitesi – ammesso al giudice in interrogatorio che la ricorrente di fatto aveva lavorato per 48 ore settimanali (8 ore giornaliere per sei giorni lavorativi) percependo una retribuzione pari ad €. 800,00 mensili, il giudice, in applicazione dell'art. 43 comma 1 del D.Lgs. n. 151/2001, ordinava a R. P. di corrispondere alla ricorrente l'indennità di maternità nella misura pari all'80% della retribuzione di €. 800 mensili dal 17.1.2003 al 22.10.2004.

La causa è stata riassunta nel merito dalla ricorrente sia nei confronti del datore di lavoro che dell'INPS, il quale istituto si è costituito in giudizio ed ha eccepito l'inammissibilità ed improcedibilità della domanda di condanna nei suoi confronti sia perché non proposta in sede cautelare, sia perché non preceduta dalla apposita domanda amministrativa; nel merito ha sostenuto che la ricorrente non aveva fornito la prova di aver percepito la prestazione dal datore di lavoro. Ha proposto infine domanda riconvenzionale nei confronti del R. al pagamento della contribuzione previdenziale relativa alla posizione della lavoratrice ricorrente tenuto conto di un rapporto a tempo pieno.

Il Sig. R. non si costituiva in giudizio sia in relazione alla domanda principale proposta dalla ricorrente, sia in relazione alla domanda riconvenzionale proposta da INPS, nonostante la regolarità delle notifiche effettuate nei suoi confronti.

All'udienza del 4.4.2006 si procedeva alla discussione della causa da parte dei difensori delle parti costituite ed il giudice decideva come da separato dispositivo di cui dava lettura.

DIRITTO – È provato agli atti che il rapporto di lavoro tra la ricorrente e il sig. R. è stato denunciato per sole 12 ore settimanali, mentre di fatto la ricorrente

ha lavorato per 48 ore settimanali percependo una retribuzione mensile di €. 800 mensili. Ciò è quanto ha dichiarato lo stesso datore di lavoro sia nel giudizio cautelare, sia in sede ispettiva ai funzionari dell'INPS.

Il datore di lavoro va quindi condannato in questa fase di merito al pagamento dell'indennità di maternità per il periodo di legge nella misura dell'80% della retribuzione pari a €. 800,00, detratto quanto già percepito a tale titolo.

La domanda proposta dalla lavoratrice nei confronti dell'INPS in sede di merito non può invece essere accolta – a prescindere dalla questione relativa al fatto che in sede cautelare il ricorso era stato soltanto notificato ad INPS senza che nei suoi confronti fosse stata formulata alcuna domanda – in quanto è pacifico che la ricorrente non abbia proposto la necessaria domanda amministrativa.

In mancanza di domanda amministrativa la giurisprudenza è consolidata nel ritenere il ricorso giudiziale improponibile, per cui il giudice deve emettere una pronuncia di rigetto dello stesso e non di sospensione del giudizio che si verifica in caso di improcedibilità per mancanza del ricorso in via amministrativa.

Appare invece fondata la domanda riconvenzionale dell'INPS proposta nei confronti del datore di lavoro, volta ad ottenere la regolarizzazione contributiva del rapporto di lavoro sulla base di un orario di lavoro di 48 ore settimanali Il sig. R. va quindi condannato al pagamento dei relativi contributi e delle sanzioni previste per legge in caso di evasione contributiva per tutto il periodo lavorativo.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

(Omissis)

Pensioni - Benefici pensionistici per esposizione ultradecennale ad amianto - Pensionati di invalidità *ex lege* n. 1272 del 1939 e ultrasessantenni alla data della entrata in vigore della legge di riconoscimento del beneficio - Non spettanza.

Tribunale di Genova - 30.11.05/01.02.2006, n. 2463/05 - Dott. Melandri - F. ed altri (Avv. Ciminelli) - INPS (Avv. Capurso)

I benefici pensionistici per esposizione ultradecennale all'amianto non spettano, a prescindere dalla trasformazione di tale trattamento da pensione di invalidità a pensione di vecchiaia, ai pensionati di invalidità ex lege n. 1272 del 1939, che abbiano superato, alla data di entrata in vigore della legge che riconosce il beneficio, l'età per il pensionamento di vecchiaia, non potendo essere più considerati lavoratori.

FATTO – Con separati ricorsi successivamente riuniti ex art. 151 disp. att. c.p.c. i ricorrenti, tutti già titolari di pensione di invalidità erogata ai sensi del r.d.l.

n. 636 del 1939, convertito in L. n. 1272/39, hanno agito in giudizio per ottenere per ottenere il beneficio della rivalutazione dell'anzianità contributiva prevista dall'art 13 L. n. 257/92, come modificato dalla L. n. 271/93, per aver lavorato – quali dipendenti del CAP Ramo industriale del Porto di Genova, contatto con materiali contenenti amianto nei periodi specificamente indicati in ciascun ricorso come da certificazione INAIL che producevano.

Si costituiva in giudizio l'INPS, sostenendo che i ricorrenti non avevano diritto a tale rivalutazione contributiva in quanto al momento dell'entrata in vigore della predetta normativa avevano già raggiunto l'età pensionabile che, all'epoca era fissata, per gli uomini, al compimento del sessantesimo anno di età.

All'udienza del 30.11.2005 si procedeva alla discussione della causa da parte dei difensori delle parti che concludevano come in atti ed il giudice decideva come da separato dispositivo di cui dava lettura.

DIRITTO – Il testuale disposto di cui all'art 13 comma 8° L. n. 257/92, così come sostituito dall'art. 1 comma 1° D.L. n. 169/93, – ancora applicabile alle fattispecie in esame secondo il regime transitorio previsto dal comma n. 132 dell'art. 3 della L. n. 299/2003 (finanziaria per l'anno 2004) – così recita: “per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a 10 anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'INAIL, moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5”.

È ormai pacifico l'orientamento della Corte di Cassazione volto ad escludere il diritto al beneficio in questione ai soggetti che alla data dell'entrata in vigore della L. n. 257/92 (28.4.1992) fossero già titolari di pensione di anzianità, o di vecchiaia o di inabilità, mentre va riconosciuta - oltre ai soggetti che ancora prestino attività lavorativa - si trovino in uno stato di temporanea disoccupazione ovvero siano titolari di pensione o assegno di invalidità.

Questi ultimi, infatti, a differenza dei titolari di pensione di inabilità (per i quali l'art. 2, comma 5, della legge n. 222. 84 stabilisce l'incompatibilità del trattamento con un'attività lavorativa retribuita, autonoma o subordinata, possono essere ancora considerati “lavoratori”, ai semi e per gli effetti delle ripetute disposizioni, non essendo loro preclusa la possibilità di utilizzare le residue capacità lavorative in impieghi remunerati. La circostanza, poi, che di fatto, alla data di entrata in vigore della legge n. 257/92, i titolari degli anzidetti trattamenti non svolgessero attività lavorativa non può considerarsi ostativa all'applicabilità del beneficio, atteso che il presupposto dell'attualità della prestazione – connesso (di nonna) a situazioni fortuite e non del tutto dipendenti dalla volontà degli interessati – risulta estraneo alla lettera ed alla ratio dei citati commi settimo ed ottavo dell'art. 13, finalizzati ad agevolare, attraverso il previsto incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione “fisiologicamente” collegata (come quelle di anzianità e di vecchiaia) alla definitiva cessazione del lavoro; esigenza questa che sussiste, per certo, anche per i titolari di trattamenti di invalidità. Peraltro, la riferita interpretazione – nella parte in cui considera esclusi dal beneficio i soggetti già fruitori della pensione di anzianità o di vecchiaia al momento di entrata in vigore della legge n. 257/92 e vi ricomprende, viceversa, coloro che

abbiano conseguito il relativo diritto con decorrenza successiva, è stata ritenuta dalla Corte costituzionale (sent. n. 434 del 31 ottobre 2002) conforme ai principi degli artt. 3 e 38 Cost., sul rilievo, tra gli altri, che funzione preminente della concessa rivalutazione contributiva è quella di agevolare il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia, così da doverne ritenere esclusi i lavoratori che già abbiano avuto accesso a uno di questi trattamenti alla data di entrata in vigore della legge e destinati, viceversa, i soggetti il cui pensionamento decorra da data successiva” (Cass., sez. lav., 13 febbraio 2004, n. 2849; nello stesso senso, tra le altre, Cass., 27 febbraio 2004, n. 4063, Cass., 26 febbraio 2003, n. 2932; Cass., 31 luglio 2001, n. 13786; Cass., 19 aprile 2001, n. 5764).

Invocando questa giurisprudenza e alla luce del recente intervento della Corte di Cassazione (sentenza n. 622/2005 (1)) che ha cassato una sentenza della Corte d'Appello di Bari che, in una fattispecie analoga, aveva escluso il beneficio ai pensionati di invalidità ritenendo che tale trattamento al momento dell'entrata in vigore della predetta legge si era già trasformato in pensione di vecchiaia per il compimento dell'età pensionabile, i ricorrenti sostengono di aver diritto al beneficio richiesto, in quanto aventi ancora una residua capacità lavorativa da utilizzare in impieghi remunerati.

Tale impostazione non può essere seguita: se è vero che i ricorrenti, al momento della liquidazione della pensione di invalidità (assimilabile all'attuale assegno di invalidità) avevano ancora una seppur ridotta capacità lavorativa, è pur vero che alla data del 28.4.1992 sotto altro diverso profilo non potevano più lavorare perché avevano raggiunto l'età pensionabile.

Anche ad accogliere la tesi di recente sostenuta dalla Cassazione secondo la quale la pensione di invalidità erogata ai sensi del r.d.l. n. 636 del 1939, convertito in L. n. 1272/39 si trasforma al compimento dell'età pensionabile in pensione di vecchiaia non automaticamente, ma previa richiesta del titolare, ciò non significa che in assenza dell'apposita domanda, i ricorrenti potessero all'epoca ancora essere considerati lavoratori per il conseguimento del beneficio previdenziale.

A prescindere quindi dalla trasformazione di tale trattamento da pensione di invalidità a pensione di vecchiaia, è pacifico che i ricorrenti, avendo raggiunto l'età pensionabile prima dell'entrata in vigore della L. n. 257/92, non potevano a quella data più lavorare e vanno quindi esclusi dal beneficio. Ed infatti all'epoca era vigente la disciplina di cui all'art. 1 legge 29 dicembre 1990, n. 407, in base alla quale *“gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti ed alle gestioni sostitutive, esonerative o elusive della medesima, possono continuare a prestare la loro opera fino al compimento del sessantaduesimo anno di età, anche nel caso in cui abbiano raggiunto la anzianità contributiva massima utile prevista dai singoli ordinamenti”* (comma 1°); *“[...] l'esercizio della facoltà di cui al comma primo deve essere comunicato al datore di lavoro ed all'ente previdenziale competente almeno sei mesi prima della data di conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia”* (comma 2°). Non risulta che alcuno tra i ricorrenti svolgesse attività lavorativa al momento

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 91

del compimento del sessantesimo anno di età e nessuno di loro ha comunque comunicato all'INPS la propria intenzione di esercitare la facoltà di opzione di cui all'art. 1 L. 407/90, che non può dunque trovare applicazione nella vicenda in esame.

I ricorsi vanno pertanto rigettati, ma, in considerazione della opinabilità e novità delle questioni trattate, pare equo compensare integralmente le spese di lite.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Soci di cooperativa utilizzati da impresa - Insussistenza di autonomia gestionale ed organizzativa della cooperativa - Promiscuità di mansioni con personale dipendente della pseudo-mandante - Illiceità appalto.

Tribunale di Venezia - 18.11/09.12.2005 n. 1006 - Dott. Bortolaso - Gardiplast srl (Avv.ti Olivetti, Scopinich) - INPS (Avv. Attardi) - Gerico spa (cont.) - INAIL (Avv.ti Zordan, Capelluti).

Ove una società cooperativa metta a disposizione di altra impresa, in virtù di un apparente appalto di facchinaggio, personale utilizzato in alternativa al reclutamento di lavoratori a termine per sopperire all'assenza di dipendenti ed adibito a mansioni comuni al restante personale, percependo un corrispettivo commisurato non al servizio offerto, ma alle ore lavorate, deve ritenersi sussistente un'ipotesi di intermediazione illecita di manodopera.

FATTO – Con ricorso ex art. 442 c.p.c. - 24 D. Lgs n. 46/1999 depositato in data 19 maggio 2003 presso la sezione lavoro del Tribunale di Venezia la GARDIPLAST s.r.l. proponeva opposizione avverso la cartella di pagamento n. 119/2002 0022998O 06 notificata il 9.4.2003 con la quale l'Inps tramite il Concessionario Gerico s.p.a. pretendeva il pagamento di € 6.215.62 a titolo di contributi omessi e relative somme aggiuntive inerenti il periodo 2/2000-4/2002.

Osservava che gli addebiti posti a fondamento della pretesa, di cui al verbale di ispezione Inps 17.5.2002. riguardavano, da un lato, lavoratori asseritamente subordinati che avevano in realtà lavorato, non tanto, alle dipendenze di Gardiplast, quanto quali soci di varie cooperative di facchinaggio, segnatamente delle cooperative Quadrifoglio, SAM, Triveneto Service ed Eurosystem, alle quali la Gardiplast stessa aveva affidato le operazioni su merci nel magazzino; dall'altro emolumenti per pretese retribuzioni mensili fuori busta nel periodo settembre 2001-aprile 2002 di due dipendenti. B. D. e P. M., che in realtà avevano sempre percepito unicamente le retribuzioni registrate.

Chiedeva quindi al Tribunale di annullare e revocare il ruolo e la cartella di paga-

mento opposta e per l'effetto dichiarare non dovute le somme tutte in essa indicate.

L'INPS nel costituirsi in giudizio asseriva la legittimità e la fondatezza dell'accertamento ispettivo con cui era stata verificata la violazione della disciplina in materia di interposizione fittizia nel rapporto di lavoro ed era stata contestata l'omissione contributiva conseguente: quanto ai contributi su retribuzioni non registrate inerenti i lavoratori B. D. e P.M., precisava che l'addebito si fondava su puntuali e precise dichiarazioni rese agli Ispettori dagli stessi lavoratori interessati: concludeva per il rigetto dell'opposizione.

A tale causa, iscritta al n. 767/2003 RG, venivano riunite le cause n. 1132/2004 RG e n. 316/2005 RG promosse dalla medesima Gardiplast s.r.l. con ricorsi depositati rispettivamente il 2.7.2004 e il 8.3.2005 entrambe nei confronti dell'Inail e di Gest Line, aventi ad oggetto le cartelle di pagamento rispettivamente n. 119/2004 00044330 43 e n. 119/2004 00152121 47, fondate sul medesimo verbale di accertamento 17.5.2002.

Le cause riunite venivano istruite attraverso l'acquisizione della documentazione offerta dalle parti ed assunzione di prove orali; indi discusse e decise all'udienza del 18.11.2005.

DIRITTO – Le pretese azionate da Inps ed Inail con le cartelle opposte, relative al medesimo verbale ispettivo Inps del 17.5.2002, risultano fondate.

Gli addebiti riguardano:

1. lavoratori che hanno svolto presso Gardiplast, apparentemente e formalmente quali soci delle cooperative di facchinaggio Quadrifoglio, SAM, Triveneto Service ed Eurosystem, ma in realtà quali dipendenti di Gardiplast per effetto di un'ipotesi di illecita intermediazione di manodopera, attività inerenti la gestione del magazzino, nel periodo dal febbraio 2000 all'aprile 2002;

2. emolumenti per retribuzioni mensili fuori busta erogate ai dipendenti B.D. e P.M., in misura pari ad € 103,29/mese ciascuno, nel periodo da settembre 2001 ad aprile 2002.

Il presupposto del primo addebito è quindi costituito dalla riconducibilità dell'utilizzo dei soci delle cooperative ad un'ipotesi di intermediazione illecita di manodopera.

Come noto, la legge n. 1369/1960 vieta all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono (art. 1. comma I); vieta altresì di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari (art. 1, comma 2; art. 2127. cod. civ.).

Fin dall'entrata in vigore di tale disciplina si è posto il problema di inquadrare in termini precisi il contratto, appunto vietato, di fornitura di mera manodopera, distinguendolo da quello, lecito, dell'appalto di opere e servizi.

Questa seconda figura negoziale, disciplinata all'art. 1655. cod. civ., è il contratto con il quale un soggetto (appaltatore) si impegna, in cambio di un corrispettivo, a realizzare a proprio rischio un determinato risultato (opera o servizio), avva-

lendosi in piena autonomia di una propria organizzazione imprenditoriale e di propri dipendenti, nell'interesse di un altro soggetto (appaltante o committente).

Il fittizio contratto di appalto, che si distingue da tale, lecita, fattispecie e cela un'illegittima intermediazione nelle prestazioni di lavoro vietata dalla legge n. 1369/1960, ricorre quando il soggetto clic assume la veste formale di appaltatore si limita a mettere a disposizione del soggetto che assume la veste forniate di committente le prestazioni lavorative dei propri dipendenti, i quali, pertanto, pur figurando alle dipendenze dello pseudo-appaltatore sono, in realtà, utilizzati per il conseguimento dell'opera o del servizio direttamente dallo pseudo-committente il quale esercita nei loro confronti i poteri tipici del datore di lavoro.

La distinzione tra le due ipotesi si fonda sul fatto che l'appalto è connotato, da un lato, dalla sussistenza di un'obbligazione di fare e quindi dall'apporto dell'imprenditore appaltatore di un *quid pluris* rispetto alla sola manodopera. dall'altro dall'esistenza di un'autonomia organizzativa e gestionale, e quindi dalla concorrenza dei requisiti dell'organizzazione e del rischio.

Tali requisiti vanno esclusi – e ricorre quindi un appalto di mere prestazioni di lavoro e quindi un pseudo-appalto – non solo nell'ipotesi legislativamente prevista (art. 1, comma 3, legge n. 1369/1960) e strutturata come presunzione assoluta, di impiego da parte dell'appaltatore di capitali, macchine ed altre attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante, ma anche nei casi in cui l'appaltatore risulta comunque essere una specie di appendice o dipendenza del committente per assenza di qualsiasi forma di diversificazione produttiva, mancanza di magazzini, esclusività delle commesse, ecc.

Nel caso di specie gli indici rivelatori del carattere fittizio del contratto d'appalto in forza dei quali i lavoratori formalmente iscritti come soci delle cooperative di facchinaggio (Quadrifoglio, SAM, Triveneto Service ed Eurosystem) hanno svolto attività lavorativa per la Gardiplast sono stati, dagli enti impositori sui quali incombe il relativo onere probatorio, adeguatamente dimostrati.

Sulla base dell'istruttoria svolta – in particolare dalle deposizioni testimoniali assunte – risulta infatti che i lavoratori in questione non si occupavano di una fase del ciclo aziendale ben distinta da quelle di cui si occupavano dipendenti Gardiplast: l'incombenza cui erano adibiti i soci delle cooperative (di solito presenti presso Gardiplast uno per volta) consisteva non tanto nella gestione dell'intero magazzino, quanto nel solo imballaggio della merce.

La merce stessa veniva posta sfusa sul bancale da personale Gardiplast e poi "inscatolata" (ossia i singoli pezzi sfusi venivano riposti all'interno degli scatoloni, talvolta previa pesatura con la bilancia conta-pezzi) appunto dal socio della cooperativa, gli scatoloni, chiusi dal socio stesso, venivano poi riposti sugli scaffali del magazzino da personale Gardiplast (v. dep. F. B.).

Il collegamento tra operazioni del magazzino, antecedenti e successive all'imballaggio, svolte da personale Gardiplast, ed imballaggio stesso, di competenza della cooperativa, era così stretto che, da un lato, le indicazioni giorno per giorno sulla merce da imballare venivano impartite al socio presente in magazzino dal capoturno di Gardiplast B. F. (v. teste Y. M.), dall'altro l'attività veniva svolta nel medesimo orario in cui prestava attività il personale Gardiplast, normalmente dalle 8 alle 12 e dalle 13 alle 17 (v. testi Y., B. e B. D.).

Erano gli stessi responsabili di Gardiplast che affidavano al socio il lavoro da eseguire, nel senso che gli dicevano che cosa doveva fare (v. deposizione di B.).

Nei periodi in cui la gestione completa del magazzino, per il minor lavoro, non era particolarmente gravosa, tale attività di imballaggio veniva svolta da personale interno utilizzando gli operai dei vari reparti: secondo quanto concordemente riferito dal già citato B. e dall'ulteriore teste di parte oppponente G. B., l'operazione di imballaggio veniva affidata alle cooperative nei periodi di maggior lavoro per l'Azienda ovvero in caso di assenza di proprio personale (v. sostituzione di P. L., assente per il servizio di leva, con il socio di cooperativa S. O., riferita dal teste B.).

Non vi era, d'altro canto, alcun controllo diretto da parte della Cooperativa ne sulle modalità di svolgimento del lavoro da parte dei soci ne sull'orario, il socio veniva accompagnato presso Gardiplast da un responsabile della Cooperativa unicamente all'inizio del periodo lavorativo; poi tale responsabile passava in azienda del tutto saltuariamente (secondo il teste B. ogni 2 settimane).

Al contrario il socio firmava lo stesso registro presenze dei dipendenti Gardiplast e se eseguiva male il lavoro veniva richiamato direttamente dal capoturno di Gardiplast medesima, che gli dava disposizioni sulle modalità corrette di procedere (v. dep. B.).

A sostegno della tesi di Inps ed Inail, e quindi a favore dell'illiceità dell'appalto, è quindi in primo luogo riscontrata la mancanza di una significativa netta diversificazione dell'attività prestata dai soci delle cooperative rispetto alle mansioni svolte dai dipendenti della Gardiplast, essendosi al contrario in presenza di diverse operazioni nell'ambito dell'unitaria attività di gestione del magazzino.

Manca, in secondo luogo, una reale autonomia operativa e gestionale della cooperativa, essendosi al contrario in presenza di una mera messa a disposizione di energie lavorative gestite direttamente dalla pseudo-mandante sotto il profilo sia della puntuale indicazione delle modalità di svolgimento dell'attività che quanto alla verifica circa il corretto espletamento della stessa.

Significative nel senso del carattere fittizio dell'appalto risultano sia le dichiarazioni rese agli Ispettori dal legale rappresentante di Gardipalst T. A. il quale ha dichiarato che *"sostanzialmente i soci intervenivano per sostituire personale assente"*, che quelle del teste B. D. laddove, reintrodotta all'esito della deposizione di P.A. per rendere chiarimenti sull'avvenuta sostituzione di dipendenti Gardipalst mediante utilizzo di soci di cooperativa, ha precisato che tra soci e lavoratori a termine non vi era alcuna differenza nelle modalità di svolgimento del lavoro (così testualmente *".... non ricordo se fosse un socio della cooperativa o un lavoratore a tempo determinato. Tra i 2 tipi di lavoratore non c'era alcuna differenza: le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa erano le stesse"*).

Significativo è, inoltre il fatto, desumibile dalle deposizioni della G., che il corrispettivo dell'appalto non fosse determinato con riferimento al servizio offerto nel suo complesso, bensì commisurato alle singole ore di lavoro effettivamente prestate (v. deposizione G. laddove riferisce che ai fini della fatturazione alla cooperativa i capoturno B. o F., annotavano le ore di presenza dei soci al lavoro segnalando eventuali ritardi).

Dunque, la cooperativa veniva in sostanza utilizzata, in via alternativa rispetto al reclutamento di lavoratori a termine, per l'inserimento temporaneo in azienda di

personale destinato a sopperire, per essenze di dipendenti (significativo il caso L. P. – S.O.) o in concomitanza di periodi di maggior lavoro, carenze di personale interno: la cooperativa si limitava a fornire manodopera, laddove nessun riscontro è stato di contro fornito circa l'effettiva esistenza di un'autonomia organizzativa e gestionale, e quindi della concorrenza dei requisiti dell'organizzazione e del rischio.

Il primo addebito su cui si fonda la pretesa di pagamento di cui alla cartelle opposte risulta, quindi, riscontrato.

Parimenti fondato risulta il secondo addebito, avente ad oggetto il fuori busta dei lavoratori P. e B.

Le puntuali e spontanee dichiarazioni rese in tal senso dai due lavoratori all'Inps nell'immediatezza della verifica in sede testimoniale sono state, quanto al P., ribadite.

Il teste B. le ha invece ritrattate, ma tale ritrattazione non risulta credibile sia in quanto proviene da persona tuttora dipendente di Gardiplast e quindi presumibilmente compiacente, sia in quanto la diversa circostanza del fuori busta è stata ammessa dallo stesso Amministratore della società, il quale nell'immediatezza della verifica ha dichiarato agli Ispettori Inps che *“dal settembre 2001 due operai. B. D. e P. M. percepiscono L. 200.000 mensili pro capite per alcune ore di lavoro non registrate”*.

Le cartelle opposte vanno, quindi, confermate.

Tenuto conto che l'esatta ricostruzione delle modalità operative della prestazione lavorativa, decisive per la risoluzione della controversia, o stata possibile solo all'esito di articolata istruttoria orale, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

(Omissis)

Contributi - Socio di srl - Iscrizione gestione commercianti e gestione separata - Incompatibilità - Non sussiste.

Tribunale di Venezia - 23.03/23.07.2005 n. 559 - Dott. Menegazzo - M. (Avv.ti Vitolo, Zanardi) - INPS (Avv. Cavallari) - Gerico spa (cont.).

Non sussiste incompatibilità tra contribuzione a favore della gestione dei commercianti e ed a favore della gestione separata ex L. 335/1995 per il socio di srl che eserciti attività commerciale, essendo i due tipi di contribuzione ancorati a differenti presupposti di fatto e riferiti a basi imponibili diverse, costituite, l'una dal reddito percepito come socio, l'altra dal compenso ricevuto per la collaborazione coordinata e continuativa prestata.

FATTO – Con ricorso depositato in data 15.7.2003 R.M. proponeva opposizione avverso a cartella di pagamento n. 119 2002 0019219000 avente ad oggetto

contributi asseritamente omessi afferenti alla gestione commercianti (di cui all'art. 1, co. 203, L. 662/96) per il periodo 1.1.1997 - 31.1.1999, in relazione alla sua attività di socio amministratore per Tecnolegno Veneziana Legnami s.r.l.. Deduceva che durante il periodo in questione egli aveva svolto attività di collaborazione continuativa e coordinata, ricevendo un compenso assoggettato a contributi a favore della gestione separata a partire dal settembre 1996, in forza di quanto previsto dall'art. 2, co. 26, della L. 335/95, e che viceversa non sussistevano le condizioni per il suo assoggettamento anche a contributi a favore della gestione commercianti non essendo egli titolare o gestore in proprio dell'impresa, considerata la quota di 1/100° da lui posseduta. Concludeva dunque per l'annullamento della cartella di pagamento opposta, come meglio indicato in epigrafe.

Si costituiva in giudizio l'INPS, anche quale mandatario speciale di S.C.C.I. s.p.a, società cessionaria *ex lege* dei crediti previdenziali, contestando quanto *ex adverso* dedotto e deducendo che in relazione alla sua qualifica di socio di società di capitali e per l'avere prestato in essa attività abituale e continuativa il ricorrente era assoggettato ai contributi afferenti alla gestione commercianti, sussistendo tutte le condizioni di cui all'art. 1, co. 203, della L. 662/96. Concludeva dunque per il rigetto del ricorso in opposizione e la conferma della cartella di pagamento impugnata.

Nel corso del giudizio, non ammesse le istanze istruttorie formulate in via subordinata dall'INPS, la causa veniva in un primo tempo rinviata onde consentire una eventuale definizione in via amministrativa della questione relativa al rimborso, a favore dell'opponente, dei contributi versati nell'ambito della gestione separata *ex* L. 335/95; quindi, non essendo intervenuto alcun accordo in sede amministrativa, la causa veniva decisa mediante separato dispositivo all'udienza del 23.3.2005.

DIRITTO – La questione per cui è causa riguarda l'assoggettabilità o meno dei redditi del socio di società a responsabilità limitata alla contribuzione a favore della gestione per gli esercenti attività commerciali. Sul punto, l'art. 1 co. 203 della L. 662/96 ha modificato i precedenti requisiti per l'iscrizione obbligatoria a detta gestione, stabilendo che esso riguarda "i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti: a) siano titolari o gestori in proprio di imprese che, a prescindere dal numero dei dipendenti, siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero siano familiari coadiutori preposti al punto di vendita; b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa e assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione. Tale requisito non è richiesto per i familiari coadiutori preposti al punto di vendita nonché per i soci a responsabilità limitata; e) partecipino personalmente a lavoro aziendale con carattere di abitudine e prevalenza...". Pacifico che il ricorrente svolgesse nell'ambito della società in questione attività abituale e prevalente, come da atto costitutivo della medesima società (ciò è riferito da parte degli ispettori INPS nel verbale di accertamento in atti, che sul punto costituisce atto pubblico) e per quanto dedotto in ricorso, nonché che fosse socio a responsabilità limitata della stessa, l'unica questione che si pone è se sussistesse altresì il requisito della titolarità o gestione in proprio dell'impresa. Ora, è vero che il ricorrente risulta possedere nel periodo in questione una quota limitata (1/100°), tuttavia il suo

ruolo di socio impone di considerarlo, quantomeno agli effetti della L. 662/96, come "titolare" della società stessa nonché soggetto cui era rimessa l'organizzazione e la direzione dell'impresa (così anche la giurisprudenza di merito allegata dall'INPS).

Risultano dunque fondate le pretese azionate dall'INPS e volte alla corresponsione dei contributi afferenti alla gestione commercianti per il periodo 1.1.1997 - 31.1.1999.

Quanto alla diversa questione, posta da parte opponente, della (asserita) incompatibilità tra contribuzione a favore della gestione commercianti con quella a favore della gestione separata *ex* L. 335/95, si rileva che dal punto di vista astratto le due iscrizioni sono compatibili, essendo ancorate a diversi presupposti di fatto e riferiti a diverse basi imponibili (rispettivamente il reddito percepito come socio e il compenso ricevuto per la prestazione coordinata e continuativa prestata).

Per quanto fin qui rilevato, accertata la legittimità della cartella di pagamento impugnata e la fondatezza delle pretese dell'INPS, il ricorso deve essere rigettato.

La particolarità della questione costituisce giusto motivo per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Lavoro (Rapporto di) - Lavoratori moldavi - Distacco presso datore di lavoro italiano - Mancato pagamento della contribuzione previdenziale - Revoca autorizzazione al lavoro - Legittimità.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LIGURIA, sez. II, 26.04.2006, n. 403 - Est. Morbelli - Valsem Construction Italia s.r.l. (Avv.ti Libanori, Piria, Tamassi) - Direzione provinciale lavoro di Imperia (Avv. Stato) - Inps (Avv.ti Capurso, Fuochi, Fonzo, Filograna).

È legittimo il provvedimento di revoca dell'autorizzazione al lavoro da parte della Direzione provinciale del lavoro, allorquando sia stato accertato che il datore di lavoro, che fruisce dell'attività lavorativa prestata da lavoratori extracomunitari distaccati, non abbia provveduto al pagamento della contribuzione previdenziale obbligatoria presso l'Inps.

FATTO – Con ricorso notificato il 24 aprile 2004 alle Amministrazioni intime e depositato il successivo 28 aprile, la ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il provvedimento in epigrafe.

Avverso il provvedimento impugnato la ricorrente, dopo avere premesso che la revoca era dovuta all'accertato omesso versamento dei contributi previdenziali all'INPS, deduce, con unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione dell'art. 27 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, dell'art. 40 d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394, dell'art. 14 par. 1 lett. a) regolamento CEE 14 giugno 1971 n. 1408, dell'art. 11 Regolamento CEE 21 marzo 1972 n. 574, Regolamento CE 14 maggio 2003 n. 859, del trattato di partenariato tra la Repubblica di Moldova e la Comunità Europea del 28 novembre 1994, reso esecutivo con l. 4 marzo 1997 n. 83, art. 24 in riferimento agli scambi di note tra autorità di governo meglio citati nel seguito del ricorso, dell'art. 3 del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 72, della Direttiva 96/71 CE del 16 dicembre 1996 del parlamento e consiglio dell'Unione Europea, degli artt. 1 e 3 del d.l. 31 luglio 1987 n. 317 conv. in l. 3 ottobre 1987 n. 398, dell'art. 37 r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827, dell'art. 57 l. 31 maggio 1995 n. 218, con riferimento alla Convenzione di Roma 19 giugno 1980, resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984 n. 975, violazione del generale principio di parità del trattamento dello straniero a condizioni di reciprocità eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria.

In particolare la ricorrente articola tre ordini di censure:

a) la normativa relativa all'autorizzazione al lavoro di cui all'art. 27 d.lgs.

286/98 non prevede tra le cause di revoca della stessa l'omesso pagamento dei contributi previdenziali;

b) la normativa comunitaria sul distacco dei lavoratori relativi ad imprese aventi sede nell'U.E, di cui al Regolamento CE 1408/1971 estesa anche ai paesi extracomunitari con il regolamento 14 maggio 2003 n. 859 prevede che i contributi previdenziali siano versati dall'impresa distaccante, cioè quella dalla quale il lavoratore normalmente dipende, in questo senso si sarebbe espresso anche il Ministero degli esteri;

c) esisterebbe una convenzione o comunque uno strumento internazionale tra Italia e Moldavia, in forza del quale i lavoratori distaccati presso i rispettivi paesi sarebbero tenuti al pagamento dei contributi previdenziali solo nel paese di origine;

Si costituivano le Amministrazioni intime.

Con ordinanza n. 297 del 6 maggio 2004 veniva respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 30 marzo 2006 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO – Il ricorso in esame è rivolto avverso la revoca dell'autorizzazione al lavoro relativa a lavoratori extracomunitari rilasciata ai sensi dell'art. 27 lett. g) d.lgs. 286/98.

L'autorizzazione al lavoro è stata revocata in quanto, a seguito di ispezione, si è accertato l'omissione del versamento di contributi previdenziali.

Si prescinde dall'esame delle eccezioni di inammissibilità per difetto di interesse attesa l'infondatezza nel merito del ricorso.

Con la prima censura la ricorrente, in sostanza, lamenta che l'omissione di versamento di contributi previdenziali non costituisce causa di revoca dell'autorizzazione al lavoro in quanto non prevista dalla normativa.

A tal riguardo la ricorrente sostiene che un obbligo di pagamento dei contributi previdenziali come condizione di legittimità del permanere dell'autorizzazione al lavoro, è stato introdotto con il d.p.r. 18.10.2004 n. 394 che ha modificato sul punto, prevedendo espressamente l'adempimento di tali obblighi, l'art. 40 d.p.r. 394/1999.

La tesi non convince.

Il nuovo testo dell'art. 40 d.p.r. 394/99, come risultante dalla modifiche allo stesso apportate, non fa che rendere esplicito un obbligo che poteva desumersi chiaramente dal vecchio testo dell'art. 40 d.p.r. 394/99.

Invero l'art. 27 d.lgs. 286 /98 rimette alla disciplina regolamentare la regolamentazione dell'istituto dell'autorizzazione al lavoro.

L'art. 40 nel testo vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato stabiliva: "l'autorizzazione al lavoro per gli stranieri di cui all'art. 27, commi 1 e 2, del testo unico, quando richiesta, è rilasciata con l'osservanza delle modalità previste dall'art. 30 commi 2 e 3, del presente regolamento e delle ulteriori modalità previste dal presente articolo. L'autorizzazione al lavoro è rilasciata al di fuori delle quote stabilite con il decreto di cui all'art. 3, comma 4, del testo unico".

A sua volta l'articolo 30 comma 2, d.p.r. 394/99 nel testo vigente al momento dell'adozione del provvedimento recitava: "La richiesta di cui al comma 1 deve contenere: a) le complete generalità del titolare o legale rappresentante dell'impresa, della

sua denominazione e sede, ovvero, se si tratta di lavoro a domicilio, le complete generalità del datore di lavoro committente; b) le complete generalità del lavoratore straniero o dei lavoratori stranieri che si intende assumere; c) l'impegno ad assicurare allo straniero il trattamento retributivo ed assicurativo previsto dalle leggi vigenti e dai contratti collettivi nazionali di lavoro di categoria o comunque applicabili...".

Ne consegue che l'autorizzazione al lavoro veniva, nella vigenza degli originari artt. 30 e 40 d.p.r. 394/99, subordinata all'impegno all'osservanza della legislazione sociale applicabile. La mancata osservanza di tale legislazione, pertanto, legittimava la revoca dell'autorizzazione.

Con la seconda censura la ricorrente deduce l'esistenza di una disciplina comunitaria che, regolando l'istituto del distacco tra paesi extra UE, consente che i contributi previdenziali siano versati dall'impresa distaccante nel paese extracomunitario.

La censura è infondata.

Il principio generale di territorialità per la materia che interessa è stabilita dall'art. 13 comma 2, lett. a) reg. CEE 14 giugno 1971 n. 1408/71 che stabilisce: "la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro".

L'eccezione al principio di territorialità in relazione alla fattispecie del distacco di lavoratori è regolata dall'art. 14 comma 1, lett. 1) a che stabilisce: "la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da questa impresa nel territorio di un altro Stato membro per svolgervi un lavoro per conto della medesima, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco".

La ricorrente pretende che tale normativa per quello che riguarda gli obblighi contributivi delle imprese sia stata estesa anche ai paesi extracomunitari dall'art. 1 del Reg. CE 14 maggio 2003 n. 859/2003.

Tale norma stabilisce: "fatte salve le disposizioni di cui all'allegato del presente regolamento le disposizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 si applicano ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità nonché ai loro familiari e superstiti, purché siano in situazione di soggiorno legale nel territorio di uno Stato membro e si trovino in una situazione in cui non tutti gli elementi di collochino all'interno di un solo Stato membro".

Le conclusioni che pretende di trarre parte ricorrente dalla norma in questione, e cioè la deroga alla territorialità dell'obbligo contributivo anche a favore di imprese che utilizzino lavoratori distaccati da imprese extra UE, non sono accettabili.

In primo luogo la fattispecie sottoposta all'attenzione del Collegio sembra esaurirsi tutta tra Italia e Moldavia; ricorre, pertanto, una prima causa di esenzione dalla normativa comunitaria che, al contrario, impone che non tutti gli elementi della fattispecie si collochino all'interno di uno Stato membro.

In secondo luogo la normativa comunitaria invocata estende la tutela sociale

già prevista per i lavoratori comunitari anche agli extracomunitari legalmente soggiornanti, ma non estende il regime alle imprese datrici di lavoro ovvero che si avvalgono del personale distaccato da imprese extra UE. Ed anzi un'interpretazione sistematica della norma induce a ritenere che l'estensione delle tutele operata dal regolamento n. 859/2003 abbia imposto, ove non già previsto dalla legislazione sociale dei paesi membri, l'obbligo contributivo. Deve, infatti, rilevarsi come il versamento dei contributi costituisca la fonte di erogazione delle prestazioni; non si vede quindi come le prestazioni possano essere erogate se non previo versamento dei relativi contributi. Ne consegue che l'estensione delle tutele importa anche l'estensione degli obblighi contributivi a carico delle imprese.

Da ultimo la ricorrente sostiene l'esistenza di una convenzione tra Italia e Moldavia relativa alla disciplina della contribuzione sociale.

Anche tale censura appare infondata.

Non esiste, infatti, alcuna convenzione in tal senso operante tra i due paesi, convenzione che sola consentirebbe la deroga.

Né le manifestazioni di volontà citate dalla ricorrente, favorevoli alla stipula di simile convenzione internazionale, appaiono sufficienti a tal fine atteso il mancato perfezionamento del procedimento di formazione dello strumento internazionale.

Infine la ricorrente cita una circolare del Ministero degli esteri che ammetterebbe e farebbe propria l'interpretazione in questa sede sostenuta.

Anche tale censura si appalesa infondata, attesa la non vincolatività della circolare e la sua, per quanto già esposto, illegittimità. In conclusione il ricorso in esame deve essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

(Omissis)

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Risarcimento del danno psico - fisico - Esposizione al fumo passivo - Giurisdizione.

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Risarcimento del danno psico - fisico - Domanda giudiziale - Mancato previo esperimento del procedimento per il riconoscimento della causa di servizio - Inammissibilità.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LE MARCHE, 08.02/16.06.2006 n. 427, Pres. Sammarco - Est. Manzi - S. (Avv.ti Alleva, Menghini) - INPS (Avv.ti Cimmino, Fiori, Mazzaferri).

La domanda del dipendente di un Ente pubblico volta a far valere la responsabilità del datore di lavoro per via dell'esposizione al fumo pas-

sivo rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo poiché offerisce ad un aspetto eminentemente contrattuale ex art. 2087 c.c. La domanda del dipendente di un Ente pubblico volta a far valere la responsabilità del datore di lavoro per via dell'esposizione al fumo passivo, proposta direttamente in sede giudiziaria, deve ritenersi inammissibile poiché il previo esperimento del procedimento amministrativo ex d.P.R. n. 411/1976 per il riconoscimento dell'equo indennizzo per causa di servizio rappresenta una condizione pregiudiziale per la successiva tutela giurisdizionale.

FATTO – Con il ricorso in epigrafe il deducente, in qualità di dipendente dell'Istituto Nazionale per la Previdenza Sociale, in servizio presso la Sede territoriale dello stesso Istituto di Ascoli Piceno, ha proposto azione, di accertamento del proprio diritto ad essere risarcito dei danni psico-fisici asseriti subito in conseguenza della sua illegittima esposizione a fumo passivo sul luogo di lavoro, cui è stato sottoposto a causa del mancato rispetto da parte del proprio datore di lavoro delle norme di legge in materia di tutela della salute dei lavoratori e più precisamente degli obblighi imposti dalla legge 11 novembre 1975, n. 584, recante norme in materia di divieto di fumo in determinati locali e sui mezzi di trasporto pubblico.

In particolare, il deducente fa risalire il danno biologico lamentato al fatto di essere stato trasferito presso un ufficio in cui prestavano la propria attività lavorativa altri colleghi che durante le ore di lavoro fumavano in violazione dei divieti imposti con la legge suddetta, per cui, a suo dire, il disagio sopportato per effetto di tale avvenuta esposizione al fumo passivo protrattasi per 15 mesi, ha determinato l'insorgenza di una patologia ipertensiva con danni alla salute ed al benessere psico-fisico dei quali l'interessato chiede di essere indennizzato.

Per contrastare l'iniziativa giudiziaria di parte ricorrente, in data 19.1.2006, si è costituito in giudizio l'Ente pubblico intimato i cui difensori hanno negato fondamento alle pretese di parte attrice, evidenziando al riguardo che nessun appunto può essere mosso agli organi territoriali dell'Ente i quali si sono attivati con diligenza per garantire il rispetto del divieto di fumo negli ambienti di lavoro nella puntuale osservanza della legge n. 584 del 1975 e della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 dicembre 1995.

In ogni caso, la difesa dell'Ente contesta che le crisi ipertensive denunciate dal ricorrente, se ci sono state, possono essere fatte risalire all'esposizione al fumo.

DIRITTO – 1) Il ricorso in epigrafe è stato proposto in riassunzione di una identica iniziativa giudiziaria in precedenza promossa dal deducente davanti al Tribunale di Ascoli Piceno che, tuttavia, ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione con sentenza n. 110 del 16 febbraio 2000, sul presupposto che la domanda del ricorrente era rivolta a far valere una responsabilità di tipo contrattuale nei confronti dell'ente datore di lavoro per violazione dei doveri di tutela dell'integrità fisica dei dipendenti di cui all'art. 2087 del c.c. per cui la cognizione della relativa controversia è stata ritenuta riservata al Giudice amministrativo investito all'epoca di giurisdizione esclusiva per quanto riguarda le controversie correlate al rapporto di impiego dei dipendenti pubblici.

Pertanto, pur in presenza della successiva intervenuta devoluzione al Giudice ordinario delle controversie relative ai rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche operata con l'art. 68 del D.Lgs. n. 29 del 1993, con effetto dall'1.7.1998, il ricorrente si è visto costretto ad adire la giurisdizione amministrativa in conformità a quanto disposto dall'art. 45, comma 17 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che ha riservato al Giudice amministrativo le controversie riguardanti questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.6.1998, nel caso in cui il giudizio davanti al competente Tribunale Amministrativo Regionale fosse stato proposto entro il 15.9.2000, come si appunto verificato nella vicenda di cui è causa.

2) Ciò posto e ritenuta quindi la propria giurisdizione ai sensi delle norme richiamate, osserva il Collegio che con la presente iniziativa giudiziaria la parte attrice si è limitata a proporre un'azione di accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni asseriti subiti per effetto della denunciata violazione da parte dell'Ente pubblico datore di lavoro, degli obblighi giuridici di tutela dell'integrità fisica dei lavoratori, fatti dipendere in particolare dalla affermata illegittima esposizione del dipendente al fumo passivo, in quanto, nonostante le rimostranze dal medesimo manifestate al riguardo, i suoi superiori gerarchici lo hanno costretto illegittimamente a prestare la propria attività lavorativa per un prolungato periodo di 15 mesi in ambienti di lavoro nei quali veniva consentito che altri dipendenti potessero fumare senza alcuna limitazione, nonostante i divieti imposti dalla legge 11 novembre 1975, n. 584.

A fronte di tale contestata violazione da parte dell'Ente datore di lavoro dei doveri di tutela della integrità fisica dei lavoratori imposti dall'art. 2087 del c.c. il ricorrente asserisce di avere contratto una patologia ipertensiva di cui chiede il risarcimento.

Con riferimento a quanto illustrato, va tuttavia osservato che il dipendente ricorrente si è limitato a proporre soltanto l'accennata, azione di accertamento del proprio diritto al risarcimento del danno alla propria salute, senza tuttavia promuovere in precedenza il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio delle patologie lamentate ai fini della liquidazione dell'equo indennizzo, secondo le norme di stato giuridico dei dipendenti dell'INPS.

Al riguardo, deve essere nel contempo segnalato che con riferimento a quanto risolta dagli atti e documenti versati dalla difesa dell'Ente resistente, il ricorrente già in passato ebbe a presentare domanda (23.4.1990) di riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di alcune infermità asserite contratte in conseguenza dell'attività lavorativa, tra le quali figurava anche una cardiopatia ipertensiva da ansia, identica quindi alla patologia che con la presente iniziativa giudiziaria si assume determinata dall'avvenuta esposizione a fumo passivo.

Tuttavia, all'esito dei giudizi cimini all'epoca formulati dai competenti collegi medici, fu esclusa qualsiasi eziologia tra le malattie denunciate dal dipendente e l'attività lavorativa dal medesimo espletata (vedi copia delle relazioni dei Collegi medici del 28.4.1992 e n. 31.5.1994 in atti), con la contestuale precisazione che le stesse infermità non avevano comunque prodotto menomazioni di carattere permanente dell'integrità fisica del dipendente.

Tutto ciò premesso, se si considera che ai dipendenti degli enti pubblici di cui

alla legge n. 70 del 1975, tra i quali va ricompreso anche l'INPS. nel caso di infermità contratte per causa o concausa di servizio, compete l'equo indennizzo ai sensi del D.P.R. 26 maggio 1976, n. 411, il cui accertamento va compiuto sulla base di un apposito procedimento amministrativo, ne consegue che non è possibile per i dipendenti dell'ente resistente richiedere direttamente al giudice il risarcimento di danni alla salute asseriti causati dalle disagiate condizioni di lavoro o comunque da fatti di servizio addebitabili alla responsabilità del datore di lavoro, essendo necessario promuovere prima in sede amministrativa l'accertamento delle infermità denunciate ed il riconoscimento della loro eventuale dipendenza eziologica dall'attività lavorativa.

Per cui, solo dopo la conclusione di tale procedimento che rappresenta una condizione pregiudiziale per la successiva tutela giurisdizionale, è possibile adire il Giudice amministrativo, dal momento che il suo sindacato, in materia di equo indennizzo, risulta per legge limitato al controllo della legittimità dei provvedimenti con cui l'ente pubblico datore di lavoro ha negato la dipendenza da causa di servizio di determinate patologie oppure ha concesso un equo indennizzo ritenuto inadeguato dall'interessato.

Alla stregua di quanto si è avuto modo di precisare, l'iniziativa giudiziaria di cui è causa deve dunque essere dichiarata inammissibile, in quanto sulla base delle norme di stato giuridico vigenti presso l'INPS, non è consentito di adire direttamente il Giudice amministrativo per ottenere il riconoscimento della dipendenza da causa di servizio di determinate infermità e della conseguente liquidazione del previsto equo indennizzo.

Ciò in quanto, secondo le norme che regolano lo stato giuridico dei dipendenti dello stesso Ente, le eventuali limitazioni delle capacità lavorative sopportate e subite per effetto di patologie contratte in servizio e per effetto dell'attività lavorativa disimpegnata, risultano indennizzate mediante la erogazione di un equo indennizzo la cui liquidazione presuppone comunque l'accertamento della effettiva esistenza delle infermità denunciate da parte del lavoratore, nonché il riscontro da parte dell'ente datore di lavoro della dipendenza eziologica da fatti di servizio delle relative patologie cui potestà accertativa è riservata all'Amministrazione pubblica datrice di lavoro che vi provvede attraverso un procedimento che vede coinvolti collegi medici appositamente costituiti, preposti alle necessarie verifiche medico - legali.

Ne consegue quindi l'inammissibilità della domanda di riconoscimento diretto da parte di questo Tribunale della dipendenza dal servizio dell'infermità del cui indennizzo si controverte, poiché come è noto il giudice non si può sostituire all'Amministrazione pubblica datrice di lavoro nell'esplicazione delle sue funzioni e dei suoi procedimenti, tra ai quali rientra anche quello specificamente disciplinato dalla legge e dalle norme di stato giuridico in materia di riconoscimento della causa di servizio per le infermità contratte dal dipendente pubblico nel corso della sua attività lavorativa (Cons. St., Sez. IV, 17 gennaio 1992, n. 66; Sez. VI, 30 gennaio 1997, n. 109; TAR Puglia, LE, 19 giugno 2003, n. 4235).

Ciò in quanto la connessa richiesta di risarcimento mediante l'erogazione dell'equo indennizzo, ha la consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, con la conseguenza che poiché solo successivamente all'emanazione da parte

dell'Ente datore di lavoro dell'atto che concede o rifiuta detta indennità, possono emergere per l'interessato posizioni di diritto soggettivo, non sono ammissibili azioni di accertamento di tale beneficio prima della conclusione del procedimento finalizzato al riscontro delle condizioni richieste dalla legge e dalle norme di stato giuridico per acclarare la sussistenza della dipendenza da causa di servizio delle infermità denunciate dal dipendente e la contestuale esistenza di effettive menomazioni della sfera psico - fisica riferibili alle stesse patologie.

Per le considerazioni che precedono il ricorso va quindi dichiarato inammissibile.

Le spese del giudizio possono essere compensate fra le parti sussistendone giusti motivi.

(Omissis)

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale - Università degli studi di Udine

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

30 maggio 2006

«Libertà di stabilimento - Libera prestazione dei servizi

Regole di concorrenza applicabili alle imprese

Aiuti concessi dagli Stati - Centri di assistenza fiscale

Esercizio di talune attività di consulenza e di assistenza fiscale

Diritto esclusivo - Compensi per queste attività»

Nel procedimento C-451/03,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte,
ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Corte d'appello di Milano con decisione 15 ottobre
2003, pervenuta in cancelleria il 27 ottobre 2003, nella causa

Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl

contro

G. C.,

omissis

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 4 CE, 10 CE, 82 CE, 86 CE e 98 CE in materia di concorrenza, degli artt. 43 CE, 48 CE e 49 CE in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e dell'art. 87 CE in materia di aiuti di Stato.

2. Questa domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la società Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl (in prosieguo: l'«ADC Servizi») e il sig. C., notaio, relativamente al rifiuto di quest'ultimo di procedere

(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".

all'iscrizione nel registro delle imprese di Milano della decisione adottata dall'assemblea generale di tale società di modificare lo statuto di quest'ultima.

Ambito normativo nazionale

3. L'ambito normativo nazionale, quale risulta dalla decisione di rinvio, può essere riassunto nel modo seguente.

4. Il decreto legislativo 9 luglio 1997 n. 241, come integrato dal decreto legislativo 28 dicembre 1998, n. 490 (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 241/97»), riserva esclusivamente ai centri di assistenza fiscale (in prosieguo: i «CAF») il diritto di esercitare determinate attività di consulenza e di assistenza in materia tributaria, tra le quali rientrano le attività relative alla dichiarazione annuale dei redditi dei lavoratori dipendenti e assimilati.

5. L'art. 34, n. 4, del decreto legislativo n. 241/97 attribuisce una competenza esclusiva ai CAF per la liquidazione della dichiarazione dei redditi presentata in base ad un modello semplificato (modello 730), compresa la consegna al contribuente di una copia della dichiarazione elaborata e del prospetto di liquidazione delle imposte, nonché la comunicazione ai sostituti d'imposta del risultato della dichiarazione ai fini del conguaglio in sede di ritenuta d'acconto e l'invio delle dichiarazioni all'amministrazione finanziaria.

6. L'art. 35, n. 2, lett. b), del decreto legislativo n. 241/97 riserva inoltre ai CAF la verifica della conformità alla documentazione allegata dei dati indicati nelle dichiarazioni.

7. I CAF devono essere costituiti sotto forma di società di capitali che esercitano la loro attività previa autorizzazione del Ministero delle Finanze. Essi possono essere costituiti solo dai soggetti indicati agli artt. 32 e 33 del decreto legislativo n. 241/97. Si tratta, in particolare, o di associazioni datoriali o di organizzazioni sindacali ovvero di organizzazioni territoriali da esse delegate aventi complessivamente almeno 50.000 aderenti, o di sostituti d'imposta, aventi complessivamente almeno 50.000 dipendenti, o ancora di associazioni di lavoratori promotrici di istituti di patronato aventi complessivamente almeno 50.000 aderenti. Per quanto riguarda alcuni dei soggetti menzionati nel decreto legislativo n. 241/97, risulta che la possibilità di istituire CAF è limitata a quelli che sono stabiliti in Italia.

8. Inoltre, l'art. 33, n. 2, del decreto legislativo n. 241/97 prevede che i CAF designino uno o più responsabili dell'assistenza fiscale da individuare tra gli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti o in quello dei ragionieri.

9. La normativa di cui è causa prevede, per le attività riservate ai CAF, il versamento a questi ultimi di un compenso, a carico del bilancio dello Stato, fissato inizialmente a ITL 25.000 per ciascuna dichiarazione elaborata e trasmessa, successivamente elevato a circa EUR 14.

La causa principale

10. L'ADC Servizi, con sede a Milano, aveva ad oggetto l'assistenza e la consulenza in materia contabile e amministrativa.

11. Il 25 febbraio 2003, l'assemblea generale straordinaria di questa società ha

deciso di approvare l'adozione di un nuovo statuto per tener conto del fatto che la società esercitava anche attività di assistenza fiscale per le imprese, per i lavoratori dipendenti ed assimilati, nonché per i pensionati.

12. Il notaio verbalizzante, sig. C., ha rifiutato di procedere all'iscrizione di questa decisione nel registro delle imprese di Milano, ritenendo che la modifica dello statuto, con la quale si autorizzava la società ad esercitare le dette attività di assistenza fiscale, fosse incompatibile con l'art. 34 del decreto legislativo n. 241/97.

13. L'ADC Servizi ha chiesto al Tribunale di Milano di ordinare l'iscrizione della detta decisione nel registro delle imprese di Milano. Con ordinanza 15 maggio 2003 questo giudice ha respinto il ricorso.

14. L'ADC Servizi ha impugnato questa ordinanza dinanzi alla Corte d'appello di Milano facendo valere che le disposizioni del decreto legislativo n. 241/97, in quanto riservano esclusivamente ai CAF talune attività di consulenza e di assistenza fiscale, sono incompatibili con il Trattato CE.

15. La Corte d'appello di Milano ritiene che la soluzione della controversia dinanzi ad essa pendente sollevi questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario.

16. Essa indica, innanzi tutto, che i lavoratori dipendenti, i pensionati ed i soggetti assimilati sono indotti a rivolgersi ai CAF anche per questioni che non sono riservate a questi organismi dalla normativa di cui è causa, il che ha per effetto di falsare il gioco della concorrenza su questo mercato. Pertanto, il sistema venutosi così a creare sarebbe in contrasto con gli artt. 10 CE, 81 CE, 82 CE e 86 CE.

17. La Corte d'appello di Milano rileva poi che il fatto di riservare esclusivamente la liquidazione e la presentazione delle dichiarazioni dei redditi ad alcuni soggetti dotati di particolari requisiti costituisce non solo per l'operatore economico nazionale, ma anche per l'operatore stabilito in un altro Stato membro, un ostacolo all'esercizio della sua attività tale da poter rappresentare una restrizione vietata dagli artt. 43 CE, 48 CE e 49 CE.

18. Infine, secondo il detto giudice nazionale, il compenso menzionato al punto 9 della presente sentenza, esclusivamente riservato ai CAF a carico del bilancio dello Stato, sembra cadere nel divieto di cui agli artt. 87 CE e 88 CE.

Le questioni pregiudiziali

19. Sulla base di queste considerazioni, la Corte d'appello di Milano ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni:

«1) Se gli artt. 4 [CE], 10 [CE], 82 [CE], 86 [CE] e 98 [CE] (...) debbano essere interpretati in modo da ritenere che ostino ad una disciplina nazionale, quale quella risultante dal [decreto legislativo n. 241/97], in riferimento anche al T.U. delle imposte sui redditi (D.P.R. [decreto del Presidente della Repubblica] 22 dicembre 1986, n. 917) ed alla [legge] 30 dicembre 1991, n. 413, che riserva in via esclusiva il diritto di svolgere alcune attività di consulenza tributaria ad un'unica categoria di soggetti, i (...) CAF, negando agli altri operatori economici del settore, pur in possesso di un'abilitazione all'esercizio della professione in materia di consulenza fiscale e contabile (dottori, ragionieri commercialisti, avvocati, nonché

consulenti del lavoro), l'esercizio a parità di condizioni e modalità di svolgimento di quelle stesse attività riservate ai [CAF].

2) Se gli artt. 43 [CE], 48 [CE] e 49 [CE] (...) debbano essere interpretati in modo da ritenere che essi ostino ad una disciplina nazionale, quale quella risultante dal [decreto legislativo n. 241/97], in riferimento anche al T.U. delle imposte sui redditi (D.P.R. [...] n. 917) ed alla [legge] 30 dicembre 1991, n. 413, che riserva in via esclusiva il diritto di svolgere alcune attività di consulenza tributaria ad un'unica categoria di soggetti, i (...) CAF, negando agli altri operatori economici del settore, pur in possesso di un'abilitazione all'esercizio della professione in materia di consulenza fiscale e contabile (dottori, ragionieri commercialisti, avvocati, nonché consulenti del lavoro), l'esercizio a parità di condizioni e modalità di svolgimento di quelle stesse attività riservate ai [CAF].

3) Se l'art. 87 [CE] (...) debba essere interpretato in modo da ritenere che costituisca aiuto di Stato una misura quale quella risultante dalla disciplina del [decreto legislativo n. 241/97], ed in particolare dall'art. 38 dello stesso, che prevede a favore dei CAF compensi a carico del bilancio dello Stato per le attività di cui al comma 4 dell'art. 34 e per le attività di cui al comma 2 dell'art. 37 del [decreto legislativo] n. 241».

Sulla prima questione

(omissis)

21. Si deve pertanto ritenere che il giudice del rinvio con la prima questione chiede in sostanza se gli artt. 82 CE e 86 CE ostino ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che riserva esclusivamente ai CAF il diritto di esercitare talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale.

(omissis)

25. Orbene, occorre rilevare che, indipendentemente dalla questione se siffatti diritti speciali o esclusivi siano stati conferiti ai CAF dalla normativa nazionale, né la decisione di rinvio né le osservazioni scritte forniscono alla Corte gli elementi di fatto e di diritto che le consentirebbero di determinare se siano soddisfatte le condizioni relative all'esistenza di una posizione dominante o di un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 82 CE.

26. In tale contesto, la Corte non è in grado di risolvere utilmente la prima questione.

Sulla seconda questione

27. Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 43 CE e 49 CE si oppongano ad una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nella causa principale che riserva esclusivamente ai CAF il diritto di esercitare talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale.

(*omissis*)

30. Occorre quindi esaminare se le disposizioni del Trattato, di cui è chiesta l'interpretazione, si oppongano all'applicazione di una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nella causa principale, laddove essa verrebbe applicata a soggetti che risiedono in altri Stati membri.

31. In via preliminare, va ricordato che gli artt. 43 CE e 49 CE impongono l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi e che devono essere considerate come tali tutte le misure che vietano, ostacolano o rendono meno attraente l'esercizio di tale libertà (v., segnatamente, sentenza 15 gennaio 2002, causa C 439/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I 305, punto 22).

32. A tal riguardo, dalla decisione di rinvio risulta che il decreto legislativo n. 241/97 attribuisce una competenza esclusiva ai CAF ad offrire ai contribuenti taluni servizi di consulenza e di assistenza in materia fiscale e, in particolare, servizi di assistenza fiscale ai lavoratori dipendenti e ai soggetti assimilati relativi alla compilazione del modello semplificato della dichiarazione tributaria.

33. Per quanto riguarda la libera prestazione dei servizi, una tale normativa nazionale, riservando queste attività ai CAF, impedisce totalmente l'accesso al mercato dei servizi di cui trattasi agli operatori economici stabiliti in altri Stati membri.

34. Relativamente alla libertà di stabilimento, una tale normativa, limitando la possibilità di costituire CAF a taluni soggetti che soddisfano condizioni tassative e, come risulta dalle informazioni fornite, a taluni di questi soggetti aventi la loro sede in Italia, è idonea a rendere più difficile, se non ad impedire totalmente, l'esercizio da parte degli operatori economici provenienti da altri Stati membri del loro diritto di stabilirsi in Italia al fine di fornire i servizi in questione.

35. In tale contesto, l'attribuzione di una competenza esclusiva ai CAF di offrire taluni servizi di consulenza e assistenza fiscale costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, vietata, in via di principio, dagli artt. 43 CE e 49 CE.

36. Le disposizioni della normativa nazionale che limitano la possibilità di creare CAF a taluni soggetti già stabiliti in Italia sono discriminatorie. Siffatte disposizioni possono essere giustificate solo da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica, previsti agli artt. 46 CE e 55 CE, che non sono stati fatti valere nella fattispecie (sentenza 29 maggio 2001, causa C 263/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I 4195, punto 15).

37. Per contro, le disposizioni della normativa nazionale di cui trattasi che si applicano a qualsiasi persona o impresa che esercita un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante possono essere giustificate qualora rispondano a motivi imperativi di interesse pubblico, purché siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenza 17 ottobre 2002, causa C 79/01, Payroll e a., punto 28 e giurisprudenza citata).

38. A tal riguardo occorre rilevare che l'interesse pubblico collegato alla tutela dei destinatari dei servizi di cui trattasi nei confronti del danno che essi potreb-

bero subire a causa di servizi prestati da soggetti che non abbiano le necessarie qualifiche professionali o morali può giustificare una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi (v., in tal senso, sentenza 25 luglio 1991, causa C 76/90, Säger, Racc. pag. I 4221, punti 15 17).

39. Ora, come l'avvocato generale ha sottolineato al paragrafo 49 delle sue conclusioni, taluni dei servizi riservati ai CAF, come la consegna di una copia della dichiarazione tributaria e del progetto di liquidazione delle imposte, l'invio delle dichiarazioni tributarie all'amministrazione finanziaria nonché la comunicazione ai sostituti d'imposta del risultato finale delle dichiarazioni, hanno essenzialmente un carattere semplice e non richiedono qualifiche professionali specifiche.

40. È evidente che la natura di questi servizi non può giustificare una limitazione del loro esercizio ai soli titolari di una qualifica professionale specifica.

41. Se taluni compiti riservati ai CAF risultano invece più complessi, ossia, in particolare, il controllo della conformità dei dati esposti nella dichiarazione tributaria alla documentazione allegata, non sembra che gli organismi autorizzati a costituire CAF offrano garanzie di competenze professionali specifiche al fine di svolgere questi compiti.

42. Come risulta dalla decisione di rinvio, conformemente all'art. 33, n. 2, del decreto legislativo n. 241/97, i CAF designano le persone responsabili dello svolgimento di tali compiti tra gli iscritti nell'albo dei dottori commercialisti o in quello dei ragionieri, ossia di professionisti che non possono offrire, in nome proprio, i servizi riservati ai CAF.

43. Alla luce di queste circostanze, non sembra che le disposizioni del decreto legislativo n. 241/97, attribuendo una competenza esclusiva ai CAF ad offrire taluni servizi di consulenza ed assistenza in materia tributaria, siano idonee a garantire l'interesse pubblico menzionato al punto 38 della presente sentenza.

44. All'udienza, il governo italiano ha fatto valere che la normativa nazionale di cui trattasi è, in ogni caso, giustificata in forza degli artt. 45, primo comma, CE, e 55 CE in base ai quali la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi non si applicano alle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri.

45. A tal riguardo occorre ricordare che gli artt. 45 CE e 55 CE, ponendo una deroga alla regola fondamentale della libertà di stabilimento, sono soggetti a un'interpretazione che limita la loro portata a quanto è strettamente necessario per tutelare gli interessi che le stesse norme permettono agli Stati membri di proteggere (sentenze 15 marzo 1988, causa 147/86, Commissione/Grecia, Racc. pag. 1637, punto 7, e 29 ottobre 1998, causa C 114/97, Commissione/Spagna, Racc. pag. I 6717, punto 34).

46. Pertanto, secondo una giurisprudenza costante, la deroga prevista da questi articoli va limitata alle attività che, considerate di per sé, costituiscono una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri (sentenze 21 giugno 1974, causa 2/74, Reyners, Racc. pag. 631, punto 45; 13 luglio 1993, causa C 42/92, Thijssen, Racc. pag. I 4047, punto 8; Commissione/Spagna, cit., punto 35, e 31 maggio 2001, causa C 283/99, Commissione/Italia, Racc. pag. I 4363, punto 20).

47. Occorre constatare che il controllo della conformità dei dati esposti nella dichiarazione alla documentazione allegata, anche se in realtà raramente viene rimesso in discussione dall'amministrazione finanziaria, non costituisce una parte-

cipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, ma una misura destinata a preparare o a facilitare lo svolgimento dei compiti che spettano all'amministrazione finanziaria.

48. Lo stesso vale per quanto riguarda gli altri compiti, indicati agli artt. 34 e 35 del decreto legislativo n. 241/97 e menzionati dal giudice nazionale nella sua decisione di rinvio, ossia la consegna al contribuente di una copia della dichiarazione elaborata e del progetto di liquidazione delle imposte, nonché la comunicazione ai sostituti d'imposta del risultato finale delle dichiarazioni e l'invio delle dichiarazioni all'amministrazione finanziaria.

49. Occorre quindi constatare che attività riservate ai CAF quali quelle cui si fa riferimento nella decisione di rinvio non rientrano nella deroga di cui agli artt. 45 CE e 55 CE.

50. Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere la seconda questione dichiarando che gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che si oppongono ad una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nella causa principale, che riserva esclusivamente ai CAF il diritto di esercitare talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale.

Sulla terza questione

51. In via preliminare, occorre indicare che, nella terza questione, il giudice del rinvio fa riferimento al tempo stesso alle disposizioni dell'art. 38 del decreto legislativo n. 241/97 relative al versamento di compensi a favore dei CAF, a quelle dell'art. 34, n. 4, di questo stesso decreto relative alle attività di assistenza fiscale prestate dai CAF e a quelle dell'art. 37, n. 2, del detto decreto relative alle attività di assistenza fiscale prestate da altri soggetti.

(omissis)

54. Occorre quindi constatare che, con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se compensi quali quelli percepiti dai CAF per l'elaborazione e l'invio di una dichiarazione tributaria, conformemente agli artt. 34, n. 4, e 38, n. 1, del decreto legislativo n. 241/97 costituiscano un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

55. In via preliminare occorre anche ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, la qualificazione di «aiuto» richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione (v. sentenze 21 marzo 1990, causa C 142/87, Belgio/Commissione, detta «Tubemeuse», Racc. pag. I 959, punto 25; 14 settembre 1994, cause riunite da C 278/92 a C 280/92, Spagna/Commissione, Racc. pag. I 4103, punto 20; 16 maggio 2002, causa C 482/99, Francia/Commissione, Racc. pag. I 4397, punto 68, nonché 24 luglio 2003, causa C 280/00, Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, Racc. pag. I 7747, punto 74).

56. Innanzi tutto, deve trattarsi di un intervento dello Stato o effettuato mediante risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

57. Per quanto riguarda il primo presupposto, questo è soddisfatto poiché i compensi di cui all'art. 38, n. 1, del decreto legislativo n. 241/97 sono a carico del bilancio dello Stato.

58. Per quanto riguarda il secondo presupposto, occorre rilevare che importi rilevanti possono essere versati ai CAF a titolo dell'art. 38, n. 1, del decreto legislativo n. 241/97 e che operatori economici provenienti da altri Stati membri potrebbero essere autorizzati a creare CAF che beneficino di questi importi. In tali circostanze, il provvedimento in questione può incidere sugli scambi commerciali tra gli Stati membri.

59. Per quanto riguarda il terzo e il quarto presupposto, occorre ricordare che vengono considerati aiuti gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente determinate imprese o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 84).

60. Per contro, nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 87).

61. Tuttavia, affinché, in un caso concreto, una siffatta compensazione possa sottrarsi alla qualificazione di aiuto di Stato, devono ricorrere taluni presupposti (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 88).

62. In primo luogo, l'impresa beneficiaria di una siffatta compensazione deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere definiti in modo chiaro (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 89).

63. A tal riguardo, non è escluso che uno Stato membro possa qualificare come «servizio pubblico» i servizi di assistenza fiscale forniti dai CAF, conformemente all'art. 34, n. 4, del decreto legislativo n. 241/97, ai lavoratori dipendenti e assimilati, i quali sono diretti ad aiutare i contribuenti ad adempiere i loro obblighi tributari ed a facilitare lo svolgimento dei compiti che incombono alle autorità fiscali.

64. In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 90).

65. A tal riguardo, il compenso che è stato fissato a circa EUR 14 per ogni dichiarazione elaborata e inviata all'amministrazione finanziaria sembra idoneo a soddisfare tale presupposto.

66. In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile

ragionevole per il suddetto adempimento (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 92).

67. In quarto luogo, la compensazione dovrebbe essere determinata sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento dei detti obblighi (sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, cit., punto 93).

68. L'esame di questi due ultimi presupposti relativi al livello dei compensi di cui è causa richiede una valutazione dei fatti della causa principale.

69. A tal riguardo occorre ricordare che la Corte non è competente a pronunciarsi sui fatti della causa principale o ad applicare a provvedimenti o a situazioni nazionali le norme comunitarie di cui essa ha fornito l'interpretazione, dato che tali questioni rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale (v. sentenze 19 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*, Racc. pag. 601, in particolare pag. 612; 23 gennaio 1975, causa 51/74, *Van der Hulst*, Racc. pag. 79, punto 12; 8 febbraio 1990, causa C 320/88, *Shipping and Forwarding Enterprise Safe*, Racc. pag. I 285, punto 11; 5 ottobre 1999, cause riunite C 175/98 e C 177/98, *Lirussi e Bizzaro*, Racc. pag. I 6881, punto 38, e 15 maggio 2003, causa C 282/00, *RAR*, Racc. pag. I 4741, punto 47).

70. Spetta quindi al giudice nazionale valutare, alla luce dei fatti della causa principale, se i compensi di cui all'art. 38, n. 1, del decreto legislativo n. 241/97 costituiscano un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.

71. In tale contesto occorre anche indicare che il giudice nazionale non è competente a valutare la compatibilità delle misure di aiuto o di un regime di aiuti con il mercato comune. Questa valutazione rientra nella competenza esclusiva della Commissione delle Comunità europee, sotto il controllo del giudice comunitario (v. sentenze 21 novembre 1991, causa C 354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, Racc. pag. I 5505, punto 14; 11 luglio 1996, causa C 39/94, *SFEI e a.*, Racc. pag. I 3547, punto 42, e 17 giugno 1999, causa C 295/97, *Piaggio*, Racc. pag. I 3735, punto 31).

72. Tenuto conto di quanto precede, occorre risolvere la terza questione dichiarando che una misura con cui uno Stato membro prevede il versamento di compensi a carico del bilancio dello Stato a favore di talune imprese incaricate di assistere i contribuenti, per quanto riguarda l'elaborazione e l'invio delle dichiarazioni tributarie all'amministrazione finanziaria, deve essere qualificata come aiuto di Stato dell'art. 87, n. 1, CE allorché:

- il livello del compenso eccede quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento, e

- il compenso non è determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto-

to sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi.

(*omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

1) Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che si oppongono ad una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nella causa principale che riserva esclusivamente ai CAF il diritto di esercitare talune attività di consulenza e di assistenza in materia fiscale.

2) Una misura con cui uno Stato membro prevede il versamento di compensi a carico del bilancio dello Stato a favore di talune imprese incaricate di assistere i contribuenti, per quanto riguarda l'elaborazione e l'invio delle dichiarazioni tributarie all'amministrazione finanziaria, deve essere qualificata come aiuto di Stato a sensi dell'art. 87, n. 1, CE allorché:

– **il livello del compenso eccede quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento, e**

– **il compenso non è determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi necessari al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi.**

* * * * *

Il diritto comunitario ha avuto modo recentemente di occuparsi del problema dell'applicazione del diritto della concorrenza alle professioni liberali. In questo ambito rientrano sia le questioni in materia di tariffe professionali e limiti alla pubblicità, sia quelle in materia di riserve di attività. Su questo aspetto la Corte si è recentemente pronunciata in una questione in cui l'esclusiva contestata non era prevista nei confronti degli appartenenti ad un Ordine professionale, bensì escludeva proprio tali soggetti, per quanto pienamente qualificati, dalla possibilità di svolgere tali attività (per approfondimenti sul punto ci si permette di rinviare a E. Bergamini, *La concorrenza tra professionisti nel mercato interno dell'Unione europea*, Napoli, 2005).

Si tratta della normativa italiana che attribuiva ai Centri di assistenza fiscale (CAF) il monopolio sul modello di dichiarazione dei redditi semplificato 730 per il lavoratori dipendenti, che consente di ricevere in tempi brevi rimborsi dal soggetto che eroga il reddito. I CAF possono essere costituiti da associazioni sindacali di lavoratori dipendenti o imprenditori e da sostituti d'imposta (con certe caratteristiche), essendo sufficiente che unicamente il soggetto nominato quale responsabile del CAF sia un ragioniere o dottore commercialista. Questi ultimi contestavano da tempo su più fronti (anche davanti all'Autorità garante) tale normativa che attribui-

sce ai CAF in esclusiva una funzione che loro stessi sarebbero pienamente qualificati per effettuare, prevedendo altresì un rimborso ai CAF che potrebbe rappresentare un aiuto di Stato.

Il rinvio pregiudiziale in questione nasce dalla richiesta di una società composta da soli commercialisti di inserire nel proprio oggetto sociale l'attività di CAF, richiesta rigettata dal notaio che procedeva all'omologa e conseguentemente giunta davanti alla Corte di Appello di Milano che ha operato il rinvio. È evidente che il ragionamento svolto nel senso di ritenere i regimi di esclusiva incompatibili col diritto comunitario ove non giustificati deve trovare applicazione non solo ove tali regimi siano a favore dei professionisti, ma anche ove siano tesi ad escludere i medesimi. Questo a maggior ragione ove non vi siano dubbi sulla competenza dei soggetti in questione a svolgere tale attività.

La Corte ha dovuto perciò valutare in base a tali elementi l'anticoncorrenzialità delle misure poste in essere dallo Stato a favore dei CAF e la potenziale limitazione alla libertà di stabilimento che si ricava dall'impossibilità per i professionisti stranieri, adeguatamente qualificati, di svolgere l'attività in questione. Come risulta dalle conclusioni dell'Avvocato generale Colomer, presentate il 28 giugno 2005, la normativa italiana rappresenta un ostacolo ingiustificato alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi in quanto non consentirebbe a soggetti provenienti da altri Stati membri (e in possesso di competenze adeguate) di esercitare l'attività di CAF. Il fatto che la questione rivesta nel caso di specie rilevanza meramente interna non vale a escludere la possibilità per la Corte di valutare l'esame della potenzialità della violazione in riferimento ai prestatori di servizi di altri Stati membri. Quanto alla questione della "potenzialità" della lesione, si deve infatti tenere presente che negli ultimi tempi la Corte sembra aver espresso la volontà, contrariamente a quanto per lungo tempo affermato, di occuparsi anche di situazioni puramente interne nelle quali la violazione del diritto comunitario sia solo potenziale. Ciò in quanto, pur in mancanza di elementi di collegamento fra la causa che ha dato origine al rinvio e l'esercizio delle libertà previste dal trattato, gli ordinamenti nazionali prevedono al loro interno disposizioni (di rango costituzionale) sul principio di uguaglianza, che sono state usate dalle rispettive Corti Costituzionali per estendere ai propri cittadini i risultati sanciti dalla Corte di giustizia in relazione ai cittadini comunitari. Basti pensare alla sentenza della Corte Costituzionale italiana sul divieto di produzione di pasta di grano tenero che era stato reso inoperante per i cittadini stranieri a seguito della pronuncia della Corte di giustizia nel caso Zoni (sentenza 14 luglio 1988, causa 90/86, in *Racc.* p. 4285). La Corte comunitaria pertanto, con la più recente giurisprudenza, tende a precorrere questi effetti pronunciandosi immediatamente anche in ipotesi di normative che incidano in una situazione meramente interna nel caso di specie, ma che possano avere potenzialmente l'effetto di restringere anche le libertà previste dal trattato (Per esempi di tale tendenza si veda la sentenza del 5 dicembre 2000, Guimont, causa C-448/98, in *Racc.* p. I-10663).

L'attribuzione di competenza esclusiva ai CAF ad offrire ai contribuenti taluni servizi di consulenza e di assistenza in materia fiscale relativi ai lavoratori dipendenti e ai soggetti assimilati non può ritenersi giustificata (per partecipazione ai pubblici poteri), né proporzionata agli obiettivi di tutela degli utenti.

Inoltre l'attribuzione di un vantaggio economico agli operatori del settore rientranti nella definizione di CAF rappresenterebbe un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 Tr. CE nel caso in cui il livello del compenso ecceda quanto necessario per coprire (interamente o in parte) i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico e il compenso non sia determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media sosterebbe per fornire lo stesso servizio (in generale sugli aiuti di Stato si veda, da ultimo, Orlandi M., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in Tizzano A. (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, tomo II, Milano, 2006, p. 1668 ss.; Strozzi G., *Gli aiuti di Stato*, in Strozzi G. (a cura di), *Diritto dell'Unione europea - parte speciale*, Torino, 2005, p. 361 ss.)

La Corte ha quindi deciso di ritenere la normativa italiana in contrasto con la libertà di circolazione dei servizi e col diritto di stabilimento, lasciando al giudice nazionale la possibilità di valutare sulla base degli elementi indicati nella sentenza se si sia in presenza anche di un aiuto di Stato. Sul punto il legislatore italiano ha già avuto modo di intervenire, modificando la disciplina preesistente mediante l'art. 3-bis, comma 10, e l'art. 7-quinquies, comma 1, della legge 2 dicembre 2005, n. 248, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, prevedendo che dal 2006 l'assistenza fiscale sia prestata, oltre che dai sostituti d'imposta e dai CAF-dipendenti, anche da professionisti abilitati, quali consulenti del lavoro, dottori commercialisti e ragionieri e periti commerciali.