ISSN 1593-5914

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE SETTEMBRE-DICEMBRE 2006 NN. 5-6

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

In questi numeri:

- **Corte Cost. 23 ottobre 2006, sentenza n. 343 ..... 704**
Procedure esecutive di pignoramento presso terzi nei confronti di Enti Previdenziali e intervento di creditori *ex* art. 551 c.p.c. – Improcedibilità rilevabile d'ufficio *ex* art. 14 comma 1/bis del D.L. n. 669/96 convertito con modificazioni in legge n. 30/1997. Art. 44 comma 3, lett. b) D.L. 269/03, conv. in legge n. 326/03

- **Corte Cass. SS.UU. 8 novembre 2006, sentenza n. 23736 ..... 852**
Pensioni - Decadenza sostanziale *ex* art. 6, comma 1°, del D.L. n. 103 del 1991 – Efficacia retroattiva - Limiti

- **Corte Cass. SS.UU. 8 novembre 2006, sentenza n. 23734 ..... 860**
Dipendenti Ferrovie dello Stato - Benefici pensionistici per esposizione ad amianto *ex* art. 13, comma 8, della legge n. 257/1992 - Giurisdizione della Corte dei Conti

- **Corte Cass. Sez. Lavoro, 10 novembre 2006, sentenza n. 24037 .... 711**
Invalidità civile - Accertamento dei requisiti sanitari nel procedimento amministrativo - Efficacia vincolante in sede giudiziaria - Esclusione

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

INPS ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

5-6

SETTEMBRE-DICEMBRE 2006

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

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

5

SETTEMBRE-OTTOBRE 2006

Edigraf Editoriale Grafica - Via E. Morosini, 17 - Roma
Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: giugno 2007

SOMMARIO N. 5/2006

INDICI		pag.	VII
DOTTRINA			
CASSANO G.	«Norme applicabili all'amministrazione di sostegno e disciplina processuale»	»	623
DE GIORGI M.	«L'espropriazione mobiliare presso terzi»	»	659
RUSSO C.	«Il distacco»	»	674
NOTE A SENTENZA			
MORMILE L.	«Termine per l'adempimento e prescrizione nelle obbligazioni contributive»	»	683
GATTA C.	«Nuove resistenze all'applicazione della decadenza dall'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli»	»	699
GIURISPRUDENZA			
CORTE COSTITUZIONALE		»	704
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili		»	711
CORTE D'APPELLO – Sezioni Civili		»	718
TRIBUNALI – Sezioni Civili		»	759
NOTA Avv. Mauro Ricci		»	778
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	780

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

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

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

SOMMARIO N. 6/2006

INDICI		pag.	VII
DOTTRINA			
SFERRAZZA M.	«Capacità di testimoniare del lavoratore e controversie fallimentari»	»	791
MORELLI M.	«Natura giuridica delle obbligazioni del fondo di garanzia *ex* art. 2 L. 297/82: nota a Cass., sez. lav., 19/12/2005, n. 27917»	»	798
SOCCI A.M.	«Gli effetti delle riforme del fallimento e del diritto societario sui reati fallimentari e societari»	»	816
NOTE A SENTENZA			
LAGANÀ A.	«Il diritto di accesso ai verbali ispettivi e alle dichiarazioni dei lavoratori»	»	828
PEREGO N.	«Contribuzione indebita nell'ambito del sistema degli obblighi contributivi»	»	842
GIURISPRUDENZA			
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Unite Civili		»	852
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Civili		»	867
CORTE DI CASSAZIONE – Sezioni Penali		»	838
CORTE D'APPELLO – Sezioni Civili		»	875
TRIBUNALI – Sezioni Civili		»	911
CONSIGLIO DI STATO – Sez. VI		»	826
GIUDICE DI PACE		»	934
TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI		»	936
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	938
SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE		»	961

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

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

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

INDICE DELLE SENTENZE nn. 5-6/2006

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CORTE COSTITUZIONALE.			
	343/06	23.10.2006	704
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Unite Civili)	23736/06	08.11.2006	852
	23734/06	08.11.2006	860
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Civili)	27297/06	21.12.2006	867
	25853/06	05.12.2006	869
	24037/06	10.11.2006	711
	23724/06	07.11.2006	713
	3882/06	22.02.2006	694
	2853/06	09. 02.2006	694
	2178/06	31.01.2006	715
	4582/05	07.02/03.03.2005	838
CORTE DI CASSAZIONE			
(Sezioni Penali)	32848/05	08.07/02.09.2005	838
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Ancona	297/06	16.06/04.07.2006	718
Ancona	270/06	09.06/20.06.2006	722
Ancona	178/06	21.04/05.06.2006	726
Ancona	157/06	21.04/27.04.2006	731
Ancona	154/06	07.04/22.05.2006	737
Ancona	56/06	10.02/23.02.2006	744
Ancona	440/05	23.09/17.10.2005	750
Bologna	319/06	04.12.2006	875
Genova	939/06	29.09/12.10.2006	880
Genova	573/06	28.04/07.07.2006	882
Genova	503/06	04.07.2006	884
Genova	414/06	07.06.2006	753
Genova	10/06	22.11.2006	886

Napoli	2187/06	15.06.2006	887
Torino	1184/06	24.07.2006	895
Torino	965/06	23.05/24.07.2006	756
Venezia	363/06	13.06/05.09.2006	898
Venezia	328/06	06.06/02.10.2006	901
Venezia	296/06	23.05/23.09.2006	904
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Ancona	620/06	14.06.2006	911
Ancona	318/06	22.03.2006	913
Napoli	12082/06	27.04.2006	915
Napoli	7133/06	01.03.2006	759
Napoli	1088/06	16.01.2006	761
Napoli	29421/05	20.12.2005	765
Napoli	21670/05	07.10.2005	768
Napoli	19745/05	06.09.2005	769
Palermo		12 .12. 2003	681
Ravenna	234/06	28.05.2006	919
Roma	2664/06	07.02.2006	924
Roma	29054/05	28.10.2005	930
Viterbo	609/05	26.09/17.10.2005	775
CONSIGLIO DI STATO			
Sez. VI	7321/06	24.10/13.12.2006	826
GIUDICE DI PACE			
Piacenza	589/06	17.06.2006	934
T.A.R.			
Lazio	1540/06	06.11.2006	936

INDICE ANALITICO NN. 5-6/2006

CONTRIBUTI

- Accertamento ispettivo - Attestazione di regolarità - Nuovo accertamento ispettivo - Preclusione - Condizioni. (pag. 737)
- Assunzione di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi *ex* art. 8 legge n. 223 del 1991 - Presupposti - Effettiva cessazione dell'originaria azienda - Necessità - Prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo imprenditore o da parte di impresa cessionaria - Spettanza dei benefici a seguito della riattivazione dei precedenti rapporti lavorativi - Esclusione. (pag. 913)
- Attività commerciale - Cessazione - Onere di comunicazione - Sussistenza. (pag. 722)
- Attività commerciale - Lavoro dipendente - Coesistenza - Ammissibilità. (pag. 722)
- Cartella di pagamento - Notificazione effettuata a mani proprie del legale rappresentante anziché presso la sede della persona giuridica - Nullità - Sanatoria. (pag. 750)
- Cartella di pagamento e ruolo - Vizi formali - Opposizione - Termine breve *ex* artt. 617 e 618 bis c.p.c. - Applicabilità. (pag. 744)
- Domanda di dilazione - Riconoscimento di debito – Ammissibilità. (pag. 894)
- Omesso versamento - Azione del lavoratore per la costituzione da parte del datore di lavoro di una rendita vitalizia *ex* art. 13 della legge n. 1338 del 1962 - Prova scritta relativa all'esistenza del rapporto di lavoro nel periodo di omissione contributiva - Necessità. (pag. 753)
- Opposizione a verbale di accertamento INPS - Riqualificazione rapporti di lavoro - Collaborazione coordinata e continuativa e rapporto di lavoro subordinato - Ripartizione dell'onere della prova. (pag. 875)
- Prescrizione - Interruzione - Contributi relativi al periodo antecedente all'entrata in vigore della legge 335 del 1995 - Contributi dovuti alle gestioni pensionistiche obbligatorie - Contributi diversi - Differenze. (pag. 715)
– Reato di omesso versamento delle trattenute previdenziali ed assistenziali – Corresponsione della retribuzione al lavoratore – Necessità. (pag. 838)
- Sgravi - Imprese del settore navale - Limitazione alle sole imprese che armano navi battenti bandiera italiana - Sussistenza - Fondamento. (pag. 915)
- Sgravi - Sgravio annuale *ex* art. 1, comma 2, d.l. n. 71 del 1993 - Sostituzione

dello sgravio totale decennale di cui all'art. 59, comma 9, d.P.R. n. 218 del 1978 - Sussistenza - Conseguenze - Proroga generalizzata *ex* art. 1, comma 1, d.l. n. 71 del 1993 dello sgravio decennale – Esclusione. (pag. 769)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sentenza della Corte Costituzionale n. 261/1991 - Interessi anatocistici - Diritto - Insussistenza. (pag. 718)
- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Territori "minori" *ex* art. 1 d.P.R. 6.3.1978 n. 218 - Fiscalizzazione degli oneri sociali - Fruibilità - Esclusione. (pag. 737)
- Socio amministratore di s.r.l. - Iscrizione alla gestione esercenti attività commerciali – Condizioni. (pag. 919)
- Socio di srl - Iscrizione alla gestione commercianti - Condizioni - Esiguità della quota societaria - Domanda di esonero dall'iscrizione - Infondatezza. (pag. 898)
- Versamento indebito – Ripetizione – Legittimazione attiva del datore di lavoro – Quota a carico del dipendente – Legittimazione dipendente – Esclusione. (pag. 838)

CONTRIBUZIONE

- Contributi unificati in agricoltura – Servizio per i contributi - Elenchi - Provvedimento definitivo di iscrizione o di mancata iscrizione o di cancellazione - Termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria - Decadenza - Ipotesi alternativa di decorrenza - Interpretazione analogica o estensiva - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie. (pag. 694)
- Contributi unificati in agricoltura – Servizio per i contributi - Elenchi - Provvedimento definitivo di iscrizione o di mancata iscrizione o di cancellazione - Termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria - Decadenza - Ipotesi alternativa di decorrenza - Interpretazione analogica o estensiva - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie. (pag. 694)

DEBITO CONTRIBUTIVO

- Termine dell'adempimento - Riconoscimento del debito – Prescrizione. (pag. 681)

ESECUZIONE FORZATA

- Procedura esecutiva nei confronti di enti previdenziali - Intervento dei creditori ai sensi dell'art. 551 c.p.c. - Esperibilità esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti *ex* art. 543 cod. proc. civ. pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'inter-

vento - Mancata previsione - Interpretazione della norma censurata nel senso della sua applicabilità anche al creditore interveniente - Non fondatezza della questione. (pag. 704)

IMPIEGO PUBBLICO

- Dipendente INPS - Mansioni superiori - Direzione agenzia autonoma di produzione - Responsabilità dirigenziale - Onere probatorio. (pag. 911)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Associazione in partecipazione - Lavoro subordinato - Distinzione - Criteri. (pag. 726)
- Associazione in partecipazione - Rischio d'impresa - Partecipazione - Necessità. (pag. 726)
- Dipendente INPS - Dirigente medico - Indennità di esclusività - Determinazione da parte di CCNL – Necessità. (pag. 765)
- Dipendente INPS - Procedura concorsuale per soli interni - Passaggio da una qualifica ad un'altra nella medesima area - Giurisdizione Giudice Ordinario – Sussiste. (pag. 761)
- Dipendente (pubblico) - Dipendente INPS - Indennità di funzione - Salario di professionalità - Non computabilità ai fini del trattamento di buonuscita. (pag. 901)
- Lavoro a domicilio - Sussistenza di subordinazione tecnica - Iscrizione albo imprese artigiane - Non è vincolante ai fini qualificatori. (pag. 904)
- Prestazione di fatto con violazione di legge - Cittadino extracomunitario sprovvisto del permesso di soggiorno - Obbligo del datore di lavoro di pagare i contributi - Sussistenza. (pag. 894)
- Procedure concorsuali per soli interni - Candidato valutato positivamente - Cessazione del rapporto di lavoro anteriormente alla approvazione della graduatoria finale - Collocazione nella graduatoria – Esclusione. (pag. 761)

PENSIONI

- Benefici pensionistici per esposizione all'amianto - Dipendenti delle Ferrovie dello Stato - Giurisdizione - Corte dei Conti – Sussiste. (pag. 860)
- Decadenza sostanziale - Art. 6, comma primo, d.l. n. 103 del 1991 - Efficacia retroattiva - Limiti - Applicabilità ai giudizi in corso iniziati dopo l'emanazione dei d.l., non convertiti, n. 338 del 1990 e n. 28 del 1991 - Esclusione. (pag. 852)
- Diritto alla rivalutazione contributiva dei periodi di esposizione all'amianto -

Soggetto già pensionato alla data del 28 aprile 1992 - Spettanza - Esclusione - Rilievo della qualità di pensionato - Eccezione in senso stretto – Esclusione. (pag. 884)

- Gestione Lavoratori autonomi – Liquidazione dei supplementi di pensione – Necessità di formale domanda – Sussiste – Decorrenza del diritto dal primo giorno del mese successivo alla richiesta. (pag. 775)

- Indennità integrativa speciale - Titolare di due o più pensioni - Cumulo - Divieto - Pensione di importo superiore al trattamento minimo – Sussistenza. (pag. 924)

- In genere - Lavoratori del settore dell'amianto - Benefici pensionistici *ex* art. 13, ottavo comma, legge 257/1992 - Attribuzione - Presupposti - Valori di rischio di cui al D.Lgs. n. 277/1991 - Sussistenza – Necessità. (pag. 867)

- Invalidità civile - Accertamento dei requisiti sanitari nel procedimento amministrativo - Effetti vincolanti in giudizio per l'amministrazione debitrice della prestazione - Esclusione - Potere dell'amministrazione di contestare in giudizio il requisito sanitario – Sussistenza. (pag. 711)

- Pensione in regime internazionale - Liquidazione - Calcolo della pensione virtuale - Importo comprensivo della integrazione al minimo - Ammissibilità - Condizioni - Spettanza di detta integrazione ai sensi della legge italiana. (pag. 930)

- Versamenti contributivi nella gestione separata - Diritto al supplemento nell'AGO - Non spettanza. (pag. 882)

PRESTAZIONI

- Commercianti - Elenchi nominativi - Provvedimenti di iscrizione e cancellazione - Controversie - Legittimazione passiva - Camera di commercio – Sussiste. (pag. 869)

- Indennità di disoccupazione - Domanda amministrativa - Termine di presentazione. (pag. 759)

- Indennità di disoccupazione - Iscrizione nelle liste - Necessità. (pag. 756)

- Indennità di malattia - Braccianti agricoli - Iscrizione negli elenchi nominativi - Periodo di riferimento - Anno precedente a quello per il quale è richiesta la prestazione. (pag. 759)

PREVIDENZA E ASSISTENZA SOCIALE

- Pensione di anzianità - Requisito contributivo – Prova – Insussistenza. (pag. 887)

PROCESSO CIVILE

- Decreto ingiuntivo - Notificazione - Presso la struttura territoriale dell'Ente - Difetto - Nullità del decreto. (pag. 768)

- Giuramento decisorio - Apprezzamento comportante una valutazione giuridica - Ammissibilità del giuramento – Esclusione. (pag. 713)
- Interesse ad agire - Difetto - Conseguenze - Inammissibilità della domanda. (pag. 930)
- Invalidità civile - Condizione di non ricovero - Non è elemento costitutivo del diritto. (pag. 880)
- Invalidità civile – Resistenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze sulla sussistenza dei requisiti sanitari – Condanna alle spese. (pag. 886)
- Prova - Dichiarazioni rese agli ispettori dell'INPS - Contrasto con le dichiarazioni rese in sede testimoniale - Prevalenza delle prime - Fondamento. (pag. 894)
- Sentenza del Giudice Ordinario - Esecuzione - Giudizio di ottemperanza – Limiti. (pag. 936)

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- Diritto di accesso - Atti coperti da segreto istruttorio penale – Non sussiste. (pag. 826)
- Diritto di accesso - Denunce di reato provenienti dalla p.a. nell'esercizio di funzioni amministrative – Sussiste. (pag. 826)
- Diritto di accesso - Verbali ispettivi - Dichiarazioni dei lavoratori. (pag. 826)

SANZIONI AMMINISTRATIVE E DEPENALIZZAZIONE

- Ordinanza ingiunzione - Criteri di determinazione della sanzione - Omessa indicazione - Irrilevanza. (pag. 731)
- Ordinanza ingiunzione - Termine entro cui proporre opposizione - Omessa indicazione - Mera irregolarità. (pag. 731)

SANZIONI CIVILI

- Errata quantificazione - Eccezione - Genericità - Inammissibilità. (pag. 744)

SURROGATORIA (AZIONE)

- Surrogazione legale dell'assicuratore - Concorso di colpa fra l'infortunato e terzo responsabile - Diritto dell'ente previdenziale all'intero ammontare delle prestazioni erogate – Sussistenza. (pag. 934)

GIUSEPPE CASSANO

Già Docente di Diritto Privato nell'Università Luiss di Roma

NORME APPLICABILI ALL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E DISCIPLINA PROCESSUALE

Sommario: 1. Amministrazione di sostegno e norme in materia di interdizione e di inabilitazione. – 2. Estensione giudiziale di previsioni relative all'interdetto e all'inabilitato. – 3. Amministrazione di sostegno: profili processuale. – 4. Competenza e giurisdizione. – 5. La proposizione del ricorso. – 6. Il problema della difesa tecnica. – 7. Le fasi successive del procedimento. – 8. Cessazione dell'amministrazione di sostegno, revoca e modifica del decreto di apertura. – 9. Impugnazioni

1. AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO E NORME IN MATERIA DI INTERDIZIONE, E DI INABILITAZIONE

Ai sensi dell'art. 411, co. 1 c.c. si applicano all'amministrazione di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. da 349 a 353 e da 374 a 388 c.c.

Non sono stati richiamati gli artt. 362 ss. c.c., concernenti l'inventario, e gli artt. 371 e 372 c.c. concernenti i provvedimenti circa l'educazione e l'amministrazione del patrimonio del minore, e le prescrizioni relative all'investimento dei capitali del minore.

Il rinvio di cui all'art. 411 non distingue fra amministrazione sostitutiva e amministrazione di mera assistenza, né sussiste nella disciplina in esame alcun rinvio alle norme che disciplinano la curatela.

Le norme sulla tutela sono dichiarate applicabili, in quanto compatibili: occorrerà, dunque, verificare volta par volta se la *ratio* di ogni singola norma presente in tali articoli, sia compatibile con analoghi interessi perseguiti dalla disciplina dell'amministrazione di sostegno (Bonilini).

In primo luogo vengono in rilievo gli artt. 374 e 375 c.c. concernenti le autorizzazioni che il tutore deve chiedere al Tribunale per il compimento di specifici atti.

Non sembrano sussistere dubbi sul fatto che l'amministratore debba chiedere l'autorizzazione al giudice tutelare per quegli atti elencati negli artt. 374 e 375 c.c., previsti nel decreto istitutivo dell'amministrazione di sostegno, o successivamente, quali atti che devono essere compiuti dall'amministratore di sostegno o con la sua assistenza.

Ai sensi dell'art. 411 c.c. co. 1, i provvedimenti autorizzatori di cui agli artt. 375 e 376 c.c. devono essere emessi dal giudice tutelare e non dal tribunale.

Gli atti previsti dall'art. 374 c.c. sono: l'acquisto di beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del beneficiario, per l'economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio;

la riscossione di capitali; il consenso alla cancellazione di ipoteche o allo svincolo di pegni; l'assunzione di obbligazioni, salvo che queste riguardino le spese necessarie per il mantenimento del minore e per l'ordinaria amministrazione del suo patrimonio; l'accettazione di eredità o la rinuncia alle stesse; l'accettazione di donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni; la stipulazione di contratti di locazione d'immobili oltre il novennio;

la promozione di giudizi, salvo che si tratti di denunzie di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto, e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi.

Ai sensi dell'art. 375 sarà necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare per l'alienazione di beni, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento;

per la costituzione di pegni o ipoteche; per procedere a divisioni o promuovere i relativi giudizi;

per fare compromessi e transazioni o accettare concordati.

Il giudice dovrà aver riguardo agli interessi personali e patrimoniali del beneficiario e stabilire le modalità della vendita e le modalità di reimpiego del capitale (CALICE).

Nessun dubbio che le autorizzazione in oggetto siano necessarie anche con riguardo all'amministrazione di assistenza.

Non saranno invece necessarie allorché il decreto di nomina contempli nell'oggetto dell'incarico conferito all'amministratore il compimento di uno specifico atto, e non di una categoria di atti: in tale caso non vi è ragione per non ritenere che il giudice abbia autorizzato il compimento dell'atto nel decreto stesso (DELLE MONACHE).

All'amministrazione di sostegno sono dichiarate applicabili, in quanto compatibili, dall'art. 411, co. 2 c.c., le disposizioni degli artt. 596, 599 e 779, norme che stabiliscono l'incapacità del tutore o del protutore di ricevere per testamento del tutore, la nullità delle disposizioni testamentarie in favore di persona interposta, e la nullità della donazione disposta in favore del tutore e del protutore.

Ex art. 388 c.c., inoltre, l'amministratore di sostegno non potrà stipulare alcuna convenzione con il beneficiario prima che sia decorso un anno dall'approvazione del conto.

Le eventuali disposizioni testamentarie e donazioni sono colpite da nullità, a nulla rilevando che si tratta di atti per i quali il beneficiario non sia stato privato della capacità di agire.

Il divieto non opera, ex art. 411, co. 3, qualora l'amministratore di sostegno sia parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente: si tratta di una previsione meno rigida rispetto all'art. 596 c.c., che esclude l'operatività del divieto allorché il tutore sia ascendente, discendente, fratello, coniuge del testatore.

Si ritiene che tale previsione sancisca anche la validità della donazione fatta a

favore del parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente, a differenza dell'art. 596 che non consente le donazioni a favore del tutore o del protutore, ancorché stretti congiunti dell'incapace, né a persone interposte.

Oltre alle donazioni sono esclusi dal divieto altri negozi che comportino un beneficio in capo all'amministratore, ed in generale i negozi a titolo gratuito.

Si noti, infine, che si dubita circa la possibilità di applicare i divieti in esame anche nell'ipotesi di amministrazione di sostegno di mera assistenza (DELLE MONACHE; BONILINI). Analoghe perplessità si nutrono con riguardo all'ammissibilità di un'estensione analogica di alcune previsione in materia di interdetti e inabilitati all'amministrazione di sostegno: in particolare ha suscitato l'attenzione della dottrina la questione se possano trovare applicazione nei confronti del beneficiario le numerose norme che collegano alla sopravvenuta incapacità di una parte contrattuale lo scioglimento di rapporti patrimoniali pendenti.

A titolo esemplificativo possiamo ricordare l'art. 1626 c.c., che stabilisce lo scioglimento dell'affitto in caso di interdizione o inabilitazione dell'affittuario; o l'art. 1722 c.c., ai sensi del quale il mandato si estingue in caso di interdizione o inabilitazione di una delle parti.

Convincenti ci appaiono le argomentazioni di chi ritiene che la decisione di estendere le norme che disciplinano gli effetti della sopravvenuta incapacità sui rapporti contrattuali di cui il beneficiario sia parte spetti al giudice tutelare, il quale deciderà caso per caso (BONILINI).

Deve escludersi che siano applicabili al beneficiario le norme che si riferiscono, genericamente, agli incapaci, poiché questi – come si è più volte ribadito – non può essere considerato soggetto incapace di agire. Tuttavia, con riguardo agli atti relativamente ai quali il beneficiario deve essere assistito o rappresentato dall'amministratore, e che egli compia da solo, deve ritenersi applicabile l'art. 1445, ai sensi del quale l'annullamento che dipende da incapacità legale non fa salvi i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, o l'art. 1966 c.c., a norma del quale "Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite".

Infine, la legge nulla dispone con riguardo all'illecito civile commesso dal beneficiario: in particolare ci si chiede se l'amministratore di sostegno in tale ipotesi sia chiamato a rispondere, ex art. 2047 c.c., in quanto tenuto alla sorveglianza.

Concordiamo con quella dottrina che ha rilevato come la responsabilità dell'amministratore andrà commisurata ai poteri che il giudice gli abbia attribuito nel decreto di nomina o in quelli successivi (CALÒ).

2. ESTENSIONE GIUDIZIALE DI PREVISIONI RELATIVE ALL'INTERDETTO E ALL'INABILITATO

Il giudice tutelare potrà disporre nel decreto con il quale nomina l'amministratore di sostegno o in un decreto successivo che determinati "effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno (art. 411 c.c.).

Nel fare ciò, il giudice dovrà avere riguardo all'interesse del beneficiario ed a quello tutelato dalle disposizioni oggetto di estensione.
Il provvedimento è assunto con decreto motivato, a seguito di ricorso che può essere presentato anche dal beneficiario direttamente.
Legittimati a proporre il ricorso devono ritenersi altresì i soggetti che, ex art. 406 c.c., sono legittimati a proporre il ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.
Si esclude che il giudice possa procedere d'ufficio all'estensione in oggetto, vista la gravità degli effetti della stessa per il beneficiario (Bonilini).
La stessa lettera dell'art. 411 c.c. sembra confermare una tale interpretazione, là dove richiede che il decreto possa essere emesso a seguito di ricorso.
Senza dubbio l'estensione potrà riguardare atti ancora da compiere e non potrà incidere su quelli già compiuti (Campese).
Il giudice potrà espressamente richiamare le norme contenenti le limitazioni da estendere al beneficiario, o prevedere semplicemente che il beneficiario sia privato della capacità in ordine ad un determinato atto.
Anche in tale ultimo caso troverà applicazione la norma in materia di interdizione o di inabilitazione che preveda analoga limitazione della capacità di agire per l'interdetto o l'inabilitato.
La dottrina è divisa sul punto se l'estensione potrà riguardare tutte le previsioni previste dall'ordinamento giuridico riguardo all'interdetto giudiziale e l'inabilitato: riteniamo, in ciò confortati dalle prime pronunzie giurisprudenziali in materia di amministrazione di sostegno, che una estensione generalizzata priverebbe di senso la scelta del legislatore di mantenere in vigore gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

> Nel raffronto d'altro canto di tale strumento di tutela con quella differente misura di protezione introdotta con la citata L. 6/2004, consistente nella nomina di Amministratore di Sostegno (pronuncia che l'innovato art. 418 c. 3 c.c. consentirebbe anche in assenza di istanza di parte), ritiene il Collegio che quest'ultima possa rivelarsi insufficiente nel caso di specie. Trattandosi invero di nomina di soggetto legittimato ad assistere o rappresentare l'incapace nei soli atti (o tipologia di atti) che lo stesso non sia in grado di compiere, quali necessari ed esattamente indicati nel decreto di nomina, e derivandone solo per tali atti, ai sensi degli artt. 409 e 412 c.c., l'incapacità dello stesso di procedere in via autonoma, con conseguente annullabilità dell'atto compiuto senza assistenza o rappresentanza dell'a.d.s., tale misura si reputa sufficiente per soggetti con specifiche incapacità (in grado di esplicitare adeguatamente valide capacità residue) ovvero anche per soggetti del tutto privi di capacità, quando siano nell'impossibilità materiale di relazionarsi autonomamente con l'esterno e quindi di porre in essere comportamenti idonei a produrre effetti giuridici e negoziali, mentre può rivelarsi tutela inadeguata ove sia necessario inibire al soggetto di esplicitare all'esterno capacità viziate che espongano sé od altri a possibili pregiudizi.
> In altre parole si potrebbe dire che l'intervento dell'A.d.S. sembra sufficiente per soggetti anche del tutto incapaci, ove sia necessario attribuire a

> un terzo quei soli specifici poteri, in sostituzione dell'incapace, che gli consentano di soddisfare le ricorrenti e ben individuabili esigenze personali o patrimoniali dell'incapace stesso, mentre sia inutile estenderne la sostituzione a restanti atti che comunque l'incapace non potrà mai compiere in quanto materialmente non in grado, e cui pertanto non è necessario estendere l'effetto di annullabilità ove compiuti in autonomia. L'intervento dell'A.d.S. può invece presentarsi insufficiente misura di protezione per quei soggetti la cui mantenuta capacità di relazionarsi con l'esterno, ma viziata sotto il profilo della consapevolezza o volontà, li espone a compiere atti in ogni direzione dai quali possano derivarne effetti giuridici dannosi, non immediatamente annullabili ove non compresi nell'elenco di poteri riconosciuti all'Amministratore. Nel caso di specie Z, per quanto sopra accertato, non solo presenta capacità intellettive e volitive fortemente compromesse, che le impediscono di rapportarsi alla realtà con consapevolezza e discernimento e di assumere le più opportune decisioni di gestione della sua persona e del suo patrimonio, ma, sempre come effetto della patologia, si pone in atteggiamento non collaborante, passivo od oppositivo, nei confronti di chi le indichi vie di cura, e si relaziona all'esterno con capacità viziate che la espongono ad atti di circonvenzione di chi ne voglia ottenere indebiti vantaggi personali o patrimoniali. Sintomatico è il difficile rapporto instaurato con il compagno, nei cui confronti non esplicita parole di affetto, descrivendone piuttosto le richieste economiche o il comportamento assente, nervoso e violento (da cui anche l'acuirsi delle sue crisi d'ansia), ma che non riesce ad allontanare da sé, o piuttosto non vuole, non comprendendo o sottovalutando che lo stesso possa mirare unicamente a vantaggi personali (del tutto verosimile è che la stessa richiesta di matrimonio, di cui da ultimo riferiscono i genitori, sia motivata da sole aspettative di cittadinanza o di arricchimento economico, non ravvisando i ricorrenti sincero trasporto affettivo nel suo comportamento sempre assente, ancorchè sia persona senza lavoro, e traendosene conferma dalle stesse parole della Z., quando lamenta al CTU che *la esclude dalle proprie relazioni, è spesso nervoso o anche violento).* Figlia unica di genitori abbienti, la comprensibile preoccupazione di questi ultimi è che la futura acquisizione di un consistente patrimonio possa accrescere il rischio che Z., non solo non lo sappia gestire, ma possa divenire sempre più oggetto di indebite circonvenzioni, ancorchè mascherate da false attenzioni o interessamento affettivo, che la stessa non sia in grado di riconoscere o arginare (Trib. Milano 21.3.05, n. 3289, in *Altalex*, 20.7.05).

Infine, il giudice afferma espressamente l'inutilità di aprire un'amministrazione di sostegno allorché la stessa, al fine di tutelare il soggetto, finisca per avere un contenuto analogo all'interdizione.

> Se pertanto, al fine di garantire la più completa protezione della persona incapace, i poteri dell'Amministratore di Sostegno devono estendersi, sia a decisioni personali inerenti la cura del soggetto, sia a qualunque tipologia

negoziale, con il rischio di riportare un elenco incompleto di atti, residuandone altri non previsti che sfuggano agli effetti di annullabilità di cui agli artt. 409 e 412 c.c. (rimarrebbe sempre l'impugnabilità ex art. 428 c.c., ma subordinata alla prova di malafede dell'altro contraente), e se ci si trova a dover integrare detta misura richiamando, ex art. 411 c.c. e sempre a fini di tutela, disposizioni previste per l'interdetto (quali l'incapacità di contrarre matrimonio -art. 85 c.c., di testare -art. 591 c.c., di donare -art. 774 c.c.), la sovrapposizione di contenuto dei due istituti di amministrazione di sostegno e di interdizione induce a privilegiare quest'ultimo, che annulla ogni possibilità di azione del soggetto a suo danno o ne consente un immediato annullamento, riconoscendo alla persona autonomia di azione solo per specifici atti che si palesino non nocivi. Si osserva d'altro canto che la modifica, sia dell'art. 414 c.c., nella parte in cui mantiene l'interdizione per i soggetti che *si trovano in condizioni di abituale infermità di mente… quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione,* sia dell'art. 427 c.c., ove consente di *stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto*, depongono per una volontà legislativa di riconoscere all'interdizione una valenza di protezione necessaria, non già per soggetti che siano necessariamente del tutto privi di capacità intellettive e volitive (per i quali, come sopra osservato, potrebbe essere sufficiente una pronuncia di nomina di A.d.S., indifferentemente prevista dall'art. 404 c.c. per chi si trovi nell'impossibilità anche parziale o temporanea – e quindi anche totale o permanente – di attendere ai propri interessi), bensì per soggetti che, ancorchè in grado di esplicitare capacità residuali, possano ritenersi adeguatamente protetti, da loro stessi e dagli altri, solo se li si escluda da qualunque capacità (in ciò si concretizza l'interdizione), nel senso di impedire che si producano effetti giuridici quando si attivano con modalità non sorrette da valide capacità intellettive e volitive in tutti gli ambiti (anche non immediatamente prevedibili) da cui possano derivarne pregiudizi, riconoscendo loro quei soli ambiti di azione certamente non nocivi.Ritornando pertanto al caso di specie, si ribadisce, per le ragioni sopra esposte, la necessità di proteggere Z. con una pronuncia d'interdizione che, garantendole la presenza costante di un tutore che la sostituisca in tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, sotto il controllo dell'Autorità Giudiziaria, la tuteli nella gestione e conservazione del suo patrimonio e nell'assunzione di ogni decisione attinente la cura della sua persona, ponendola ulteriormente al riparo da possibili azioni di raggiro di terzi che mascherino dietro false attenzioni intenti di personale profitto, e che coesista, ex art. 427 c.c., con la possibilità riconosciutale di spendere in autonomia importi periodici. Tali importi, in linea con la situazione di fatto rappresentata al CTU dalla stessa Politi, si reputano allo stato congrui, a fronte delle emerse disponibilità della stessa quali integrate dalla famiglia, ove rimangano nell'ambito massimo di Euro 800,00 mensili, sino a che possa accertarsi che siano destinate ad effettive esigenze di spesa della stessa o di gestione della casa, mentre potranno essere ulteriormente ridotti ove il Giudice Tutelare, che sovrintende alla tutela ex art. 344 c.c. e che si repu-

> ta *l'autorità giudiziaria* competente per i *successivi provvedimenti* di cui all'art. 427 c.c., dovesse verificarne uno sconsiderato utilizzo per soli acquisti pregiudizievoli all'interessata (ad esempio per procurarsi droga o alcol) (Trib. Milano 21.3.05, n. 3289, in *Altalex*, 20.7.05).

L'orientamento espresso dalla pronuncia del Tribunale di Milano ci induce a concordare con quegli autori che escludono l'opportunità di estendere al beneficiario dell'amministrazione di sostegno la limitazione relativa alla capacità di contrarre matrimonio, prevista dall'art. 85 c.c. con riguardo all'interdetto per infermità di mente (Bonilini). Anche un'eventuale limitazione in ordine alla capacità di testare *ex* art. 591 c.c. suscita perplessità, poiché non si vede come l'atto possa danneggiare il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, potendo al più recare pregiudizio agli eredi legittimi, la tutela dei cui interessi non dovrebbe rilevare nell'ambito dell'istituto dell'amministrazione di sostegno. Tuttavia, non possiamo escludere che i giudici tutelari reputino opportuno applicare l'art. 591 c.c. anche al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, anche se non ci risultano ad oggi decreti che dispongano in tal senso. Di difficile soluzione si presenta il problema concernente la sussistenza o meno della capacità di donare in capo al beneficiario, poiché l'art. 779 c.c., nel richiedere la piena capacità di disporre dei propri beni ai fini della validità di una donazione, sembrerebbe escludere il beneficiario dal novero dei soggetti capaci di donare. Tuttavia, secondo alcuni autori il problema della capacità di donare del beneficiario andrebbe risolto caso per caso (Delle monache). Spetterà dunque al giudice estendere o meno la previsione di cui all'art. 774 al beneficiario.

Il giudice potrà prevedere che anche determinati effetti previsti in favore dell'interdetto o dell'inabilitato si estendano al beneficiario. Sicuramente il giudice potrà richiamare la previsione di cui all'art. 2941, nn. 3 e 4 c.c. relativa alla sospensione del termine prescrizionale (Delle monache); l'art. 183 ult. cpv., c.c., ai sensi del quale il coniuge interdetto è escluso di diritto dall'amministrazione dei beni in comunione fino a quando permanga lo stato di interdizione (Calò); l'art. 192 c.c. ai sensi del quale "la separazione giudiziale dei beni può essere pronunziata in caso di interdizione o di inabilitazione di uno dei coniugi" (Calò).

Con riguardo al diritto successorio, il giudice potrà estendere al beneficiario l'art. 471, ai sensi del quale "Non si possono accettare le eredità devolute ai minori e agli interdetti, se non col beneficio d'inventario, osservate le disposizioni degli articoli 321 e 374", o l'art. 472, ai sensi del quale "I minori emancipati e gli inabilitati non possono accettare le eredità, se non col beneficio d'inventario, osservate le disposizioni dell'articolo 394". Il giudice potrà inoltre applicare al beneficiario le norme concernenti la sostituzione fidecommissoria di cui agli artt. 692 ss. c.c. (Bonilini). Infine, il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno o uno successivo potranno prevedere che determinate decadenze previste per l'interdetto o l'inabilitato si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Ad esempio potrebbe essere estesa al beneficiario la decadenza prevista dall'art. 2382 c.c., ai sensi del quale "Non può essere nominato amministratore, e se nominato decade dal suo ufficio, l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubbli-

ci uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi". Il giudice potrà anche prevedere l'estensione al beneficiario delle norme che prevedono l'estinzione di rapporti contrattuali pendenti: così, con riguardo ad un contratto di mandato, potrà trovare applicazione l'art. 1722, co. 4, c.c. Fra le norme che sicuramente potranno trovare applicazione anche nei confronti del beneficiario dell'amministrazione di sostegno deve annoverarsi l'art. 425 c.c., ai sensi del quale l'inabilitato può essere ammesso a continuare l'esercizio di un'impresa commerciale. La relativa autorizzazione sarà di competenza del giudice tutelare. Con riguardo all'esercizio di un impresa commerciale, il giudice potrebbe anche estendere al beneficiario le norme dettate dagli artt. 371 e 324 per l'interdetto (art. 411, ult. co, c.c.)

- il fine dell'Amministrazione di sostegno è quello di 'tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente (art. 1 legge 9.1.2004, n. 6);
- la legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno non disciplina espressamente i casi nei quali l'incapacità sopravvenuta del maggiore di età comprometta la possibilità di continuare l'esercizio di un'impresa commerciale, mentre le norme del codice civile applicabili alla società in nome collettivo, e segnatamente l'art. 2294 c.c., dispongono che la partecipazione dell'incapace alla s.n.c. sia subordinata all'osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 320, 371, 397, 424 e 425 c.c.;
- nell'ipotesi in cui il Giudice Tutelare verifichi, nell'istruire il procedimento per Amministrazione di sostegno, la sopravvenuta incapacità d'intendere e di volere dell'amministratore di una s.n.c., è tenuto a stabilire se la nomina di un amministratore di sostegno sia idonea o meno a regolamentare, in linea con le finalità della legge, il caso concreto;
- soccorre, da un lato, l'applicazione analogica dell'art. 2294 c.c., che prescrive l'autorizzazione del tribunale, su parere del giudice tutelare, per la continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale da parte dell'interdetto (artt. 371 e 424 c.c.), salva l'autorizzazione del giudice tutelare all'esercizio provvisorio in pendenza della deliberazione del tribunale;
- soccorre, dall'altro lato, il criterio dettato dalla nuova formulazione dell'art. 414 c.c., che delimita il confine dell'istituto dell'amministrazione di sostegno rispetto all'interdizione stabilendo che 'il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione';
- non può trascurarsi, inoltre, la possibilità (riconosciuta dall'art. 411, ult. co., c.c.) che il giudice tutelare, su ricorso di parte, disponga che determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti per l'interdetto si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno;
- si potrebbe, in astratto, desumere che per la continuazione dell'esercizio di un'impresa commerciale, da parte di una persona che il giudice accerti essere incapace d'intendere e di volere, le norme del codice civile sopra

indicate suggeriscano di preferire la misura dell'interdizione a quella dell'amministrazione di sostegno, posto che solo nel primo caso gli atti del tutore sarebbero assoggettati al doppio vaglio dell'organo collegiale del tribunale e del giudice tutelare: non appare, infatti, seriamente contestabile che dal combinato disposto degli artt. 2294, 371 e 424 c.c. sia desumibile il principio per cui il sindacato del collegio ed il parere del giudice tutelare rappresentino lo strumento 'necessario per assicurare l'adeguata protezione' dell'incapace nella gestione dell'impresa commerciale;
- si potrebbe, però, anche ritenere che la stessa misura dell'amministrazione di sostegno, 'modellata' sul caso concreto con l'estensione al beneficiario delle norme dettate dagli artt. 371 e 424 c.c. per l'interdetto (art. 411, ult. co., c.c.) si riveli in realtà parimenti idonea ad assicurare l'adeguata protezione dell'incapace;
- vi è, d'altro canto, da valutare l'eventualità che il socio, una volta interdetto, venga escluso dalla società a norma dell'art. 2286 c.c., applicabile alla società in nome collettivo in virtù del disposto dell'art. 2293 c.c.: tale evenienza potrebbe far dubitare del fatto che l'interdizione sia la misura più idonea ad assicurare adeguata protezione degli interessi dell'incapace;
- in ogni caso, va qui evidenziato come il giudice tutelare sia stato adito per la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio, al fine di consentire la continuazione dell'esercizio dell'impresa, attualmente paralizzata dal fatto che l'amministratrice unica della società non è in grado di sottoscrivere alcun atto e tanto meno di partecipare alle deliberazioni societarie;
- la lettera della Legge 9 gennaio 2004, n. 6 consente che sia nominato un amministratore di sostegno provvisorio nelle ipotesi in cui tale misura risulti necessaria per la conservazione e l'amministrazione in via d'urgenza del patrimonio dell'interessato (art. 405, 4° co., c.c.) e non esclude che tale misura venga adottata anche con riferimento a soggetti e casi in relazione ai quali si ritengano necessari, ai sensi del citato art. 414 c.c., la pronuncia d'interdizione ovvero, ai sensi dell'art. 411, ult.co., c.c., il ricorso per l'estensione al beneficiario dell'amministrazione di sostegno di determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti per l'interdetto;
- l'evidente urgenza di consentire la continuazione dell'attività societaria, anche nell'interesse della stessa socia Tizia, impone di accogliere il ricorso per la nomina di un amministratore di sostegno provvisorio allo specifico fine di sostituire alla beneficiaria altro socio nella carica di amministratore societario, dunque al fine di sottoscrivere, in nome e per conto di Tizia, l'atto notarile di nomina della socia yyyyy Rosalba, indicata dalla ricorrente e dagli altri congiunti sentiti personalmente, quale amministratrice della Xxxxxx di Tizia & C. s.n.c., nonché di modificazione della denominazione e ragione sociale;
- sentiti i soggetti di cui all'art. 406 c.c., è stato indicato concordemente Xxxxxx Giorgio, figlio dell'interessata dichiaratosi disponibile, quale persona idonea ad assumere l'incarico di Amministratore di sostegno;
- risulta, in ogni caso, opportuno trasmettere copia degli atti al Pubblico Ministero in sede anche per le sue determinazioni in merito all'eventuale

esercizio dell'azione d'interdizione; (Trib. Roma 17.1.05, in *Altalex* 10.1.05)

Infine, il giudice tutelare potrà estendere all'amministrazione di sostegno la previsione di cui all'art. 2048 c.c., in materia di responsabilità dell'amministratore per danni cagionati ai terzi dal beneficiario con lui convivente.

3. AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO: PROFILI PROCESSUALI

La disciplina processuale dell'amministrazione di sostegno è contenuta nelle disposizioni del XII titolo del Libro I del Codice Civile, e nell'art. 720–*bis* c.p.c.

In particolare, gli artt. 405-413 c.c. dettano specifiche disposizioni processuali concernenti la nomina dell'amministratore di sostegno, la modifica dei provvedimenti e la revoca.

I procedimenti di apertura e di cessazione dell'amministrazione di sostegno sono modellati su quelli del giudizio di interdizione, poiché l'art. 720-*bis* c.p.c. dispone che ai procedimenti in materia di amministrazione di sostegno si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 712, 713, 716, 719 e 720 c.p.c., ma in realtà le norme richiamate sono perlopiù incompatibili con la disciplina processuale dettata dagli art. 405-413 c.c. (CHIZZINI).

Non sono invece richiamate le norme relative ai procedimenti in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c., che definiscono i caratteri formali e strutturali dei procedimenti di volontaria giurisdizione.

Le regole procedurali relative all'amministrazione di sostegno divergono da quelle del procedimento di interdizione nella forma del provvedimento conclusivo e nella disciplina dei gravami: il provvedimento conclusivo dell'interdizione è una sentenza appellabile; mentre l'amministrazione di sostegno viene aperta con decreto reclamabile.

In entrambi i procedimenti, i provvedimenti di secondo grado sono ricorribili per cassazione.

La ragione di una tale affinità è dovuta al fatto che anche il provvedimento per l'apertura dell'amministrazione di sostegno presenta le caratteristiche dei processi a contenuto oggettivo, nei quali oggetto dell'accertamento è il dovere del giudice di pronunciare in presenza di una determinata situazione di fatto (TOMMASEO) .

Vedremo in seguito quali siano i raccordi fra il procedimento di interdizione e quello relativo all'amministrazione di sostegno

Con riguardo alla **legittimazione al ricorso,** si rileva come l'art. 406 c.c. richiami espressamente il catalogo dei legittimati attivi a proporre la domanda di interdizione indicati all'art. 417 c.c. – ovvero: il pubblico ministero, il coniuge, i parenti e gli affini entro un determinato grado, la persona stabilmente convivente –; inoltre è legittimato lo stesso beneficiario anche se minore, interdetto o inabilitato.

Si ritiene che il beneficiario sia titolare della *legittimatio ad processum* e che non sia richiesto l'agire dei rappresentanti legali, salvo le condizioni soggettive dell'interessato non siano tali da non consentire una idonea gestione della vicenda pro-

cessuale, ad avviso del giudice tutelare, ipotesi in cui il giudice dovrebbe poter nominare una amministratore provvisorio per la conduzione della fase processuale (CHIZZINI).

Particolarmente innovativa è la previsione di cui all'art. 406, co. 3, c.c., ai sensi del quale i sevizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e nell'assistenza del disabile sono tenuti a proporre ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno.

Si ritiene che la legge abbia attribuito la legittimazione agli organi che hanno la **rappresentanza esterna** del servizio sociale e non ai singoli operatori, sui quali graverebbe, invece, il dovere di informare il pubblico ministero dei fatti che rendono opportuna l'apertura del procedimento.

La legittimazione dei soggetti in esame si fonda sul potere di chiedere l'attuazione del diritto obiettivo e non sull'affermazione di far valere un diritto soggettivo proprio o altrui.

Conseguentemente l'azione proposta da un collegittimato impedisce ad altro collegittimato di proporre l'identica domanda, poiché si ha litispendenza; inoltre l'accoglimento della domanda proposta da un collegittimato impedisce ad altro soggetto dotato di pari legittimazione di riproporre la medesima azione.

La domanda si propone con ricorso al giudice tutelare del luogo in cui il disabile ha la propria residenza o il domicilio. La proposizione del ricorso da un soggetto non legittimato comporterà l'inammissibilità dello stesso.

La legge prevede che al procedimento in esame non si applichi la sospensione feriale dei termini (art. 92, r.d. 30.1.41, n. 12, come modificato dall'art. 19 della legge istitutiva dell'amministrazione). Gli atti relativi all'amministrazione di sostegno non sono soggetti all'obbligo di registrazione e sono esenti dal pagamento del contributo unificato previsto dall'art. 9 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al d.p.r. 30.5.02, n. 115 (art. 46-*bis* disp. att. c.c.).

4. COMPETENZA E GIURISDIZIONE

La legge attribuisce la competenza per materia a conoscere le domande di ammissione all'amministrazione di sostegno al giudice tutelare. Il giudice tutelare è il giudice del tribunale al quale sono state affidate le relative funzioni ai sensi dell'art. 140 d.lgs. n. 51/98.

Il giudice tutelare è competente, oltre che a nominare l'amministratore di sostegno, a rimuoverlo e sostituirlo, a convocarlo, ad impartire direttive e ad autorizzare gli atti dell'amministratore ex artt. 375, 376 c.c.

Se il ricorso riguarda una persona interdetta o inabilitata, la domanda deve essere presentata congiuntamente all'istanza di revoca della sentenza di interdizione e di inabilitazione, la quale, ovviamente, deve essere proposta davanti al giudice competente.

Il giudice tutelare non può, dunque, conoscere l'istanza proposta nell'interesse di un interdetto se non gli viene fornita la prova della pendenza del giudizio di revoca dell'interdizione.

Dubbio è se la competenza del giudice tutelare sussista quando il ricorso sia presentato nell'interesse di un minore.

Per alcuni, infatti, essa spetterebbe al Tribunale dei Minorenni, come impone l'art. 40 disp. att. c.c. con riferimento all'art. 416 c.c. (Chizzini)

Il decreto di ammissione dell'interdetto all'amministrazione di sostegno acquista efficacia dal momento della pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione (art. 405, co.3, c.c.).

La competenza territoriale appartiene al giudice del luogo in cui il disabile ha la propria residenza o il proprio domicilio. Se il disabile è un minore avrà domicilio nel luogo di residenza della famiglia; se questi è un interdetto si farà riferimento al domicilio del tutore.

Trattasi di competenza per territorio inderogabile *ex* art. 28 c.p.c., ai sensi del quale la competenza per territorio non può essere derogata per accordo delle parti con riguardo alle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (Campese).

Si ritiene che l'opzione per una determinata competenza alternativa vincolerà le successive evoluzioni del procedimento (Chizzini).

Qualora il soggetto interessato sia cittadino italiano ma non abbia la residenza o il domicilio in Italia, la competenza dovrà spettare al giudice tutelare del luogo di residenza o domicilio di colui che promuove l'azione ai sensi dell'art. 18, co. 2, c.p.c., o al capo dell'ufficio consolare di I categoria – se il beneficiario è residente nella sua circoscrizione ai sensi dell'art. 35 d.p.r. n. 200/1967. Tale norma recita, infatti: "Il capo dell'ufficio consolare di I categoria, anche al di fuori delle ipotesi previste dal presente decreto, può emanare nei confronti dei cittadini residenti nella circoscrizione, e quando particolari circostanze ciò consiglino, i provvedimenti di volontaria giurisdizione, in materia di diritto di famiglia e di successione, che per le leggi dello Stato sono di competenza del giudice tutelare, del pretore e del presidente di tribunale, ivi compreso quello per i minorenni" (Chizzini).

Allorché un soggetto non sia cittadino italiano non può ritenersi applicabile la disciplina dell'amministrazione di sostegno: infatti l'art. 43 l. 31.5.1995, n. 218 dispone che i presupposti e gli effetti delle misure di protezione degli incapaci maggiori di età, ed i rapporti fra l'incapace e chi ne ha cura sono regolati dalla legge nazionale dell'incapace.

Esclusivamente per proteggere in via provvisoria e urgente la persona e i beni dell'incapace, il giudice potrà adottare le misure previste dalla legge italiana.

Tuttavia, là dove la legge nazionale rinvii indietro alla legge italiana (ex art. 13 l n. 218/1995), o allorché l'istituto straniero sia compatibile con l'amministrazione di sostegno, tale istituto potrà essere applicato al disabile straniero.

L'assetto normativo descritto muterà, allorché sarà in vigore la Convenzione de L'Aja del 13.1.00 sulla Protezione Internazionale degli Adulti, il cui art. 5 prevede che sono competenti a prendere provvedimenti relativi alla protezione della persona le autorità giudiziarie e amministrative dello Stato contraente nel quale il soggetto risieda, e che, in caso di cambio di residenza del soggetto, sono competenti le autorità dello Stato in cui questi abbia la nuova residenza.

Ex art. 13 le Autorità applicheranno il diritto nazionale nell'esercizio della competenza loro attribuita dalle disposizioni del capitolo II.

5. LA PROPOSIZIONE DEL RICORSO

La fase introduttiva del procedimento inizia con il deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale competente, adempimento che produce la costituzione del ricorrente ed implica la pendenza del processo.

La norma di cui all'art. 407 deve essere integrata dall'art. 125 c.p.c., norma che disciplina il contenuto del ricorso, il quale dovrà, dunque, contenere l'indicazione del giudice adito; l'indicazione del ricorrente (nome, cognome e residenza); l'indicazione del beneficiario, specificandone anche la dimora abituale; la prova – se necessaria – della preventiva presentazione dell'istanza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione; l'indicazione del coniuge, dei discendenti, degli ascendenti, dei fratelli e dei conviventi del beneficiario, se conosciuti dal ricorrente, e, ove conosciuto, del loro domicilio; le ragioni per cui si richiede la nomina dell'amministratore.

La legge non prevede che il ricorrente formuli le proprie conclusioni

Si ritiene che la previsione di cui all'art. 407 co .1, c.c. imponga al ricorrente di indicare, oltre ai presupposti per l'apertura dell'amministrazione di sostegno, anche gli atti per i quali si chiedono gli interventi di sostegno e l'indicazione della persona a cui affidare l'amministrazione (TOMMASEO).

Eventuale è l'indicazione dell'amministratore da nominarsi mediante rinvio all'atto di designazione di cui all'art. 408 c.c. Inoltre, là dove il beneficiario sia in grado di intendere e di volere, tale indicazione può essere inserita nel ricorso stesso.

La mancanza di uno o più di tali requisiti provoca la nullità dell'atto introduttivo, qualora impedisca a quest'ultimo di raggiungere lo scopo obiettivo a cui è preordinato. Altrimenti, eventuali vizi del ricorso relativi all'esposizione di fatti, potranno rendere necessaria un'integrazione, su istanza delle parti, o attraverso l'utilizzo dei poteri inquisitori da parte del giudice.

Dubbio e se la domanda possa essere proposta verbalmente al giudice tutelare.

Una tale possibilità è prevista, per i procedimenti di competenza del giudice tutelare, nei casi urgenti, dall'art. 43 disp. att. c.c., ai sensi del quale "I provvedimenti del giudice tutelare sono emessi con decreto. Nei casi urgenti la richiesta di un provvedimento può essere fatta al giudice anche verbalmente".

Tuttavia, si ritiene che tale regola possa trovare applicazione esclusivamente con riguardo alle domande che non esigono la difesa tecnica e quindi nella gestione dell'amministrazione di sostegno, ma non per la domanda di apertura dell'amministrazione di sostegno (TOMMASEO).

In generale, con riguardo all'amministrazione di sostegno, la legge non specifica se le parti possano stare in giudizio personalmente o se sia necessario il ministero di un difensore.

Con riguardo all'interdizione, la Cassazione ritiene pacifico che l'interdicendo possa costituirsi nel giudizio di interdizione esclusivamente col ministero di un difensore

> La peculiarità del procedimento di interdizione ed inabilitazione – determinate dalla natura e non disponibilità degli interessi coinvolti, dagli ampi poteri inquisitori del giudice e dalla stessa revocabilità della sentenza che lo

> conclude – non escludono il rispetto delle norme in tema di patrocinio delle parti in giudizio e segnatamente di quella che impone il patrocinio di un procuratore legale abilitato ad esercitare presso il tribunale adito, con conseguente nullità insanabile del ricorso sottoscritto da procuratore privo dello "ius postulandi", perché iscritto all'albo di altro distretto (Cass. 22.6.94, n. 5967, in *Mass. Giust. civ*., 1994, fasc. 6).

In quest'ottica l'art. 716, c.p.c., ai sensi del quale "L'interdicendo e l'inabilitando possono stare in giudizio e compiere da soli tutti gli atti del procedimento, comprese le impugnazioni, anche quando è stato nominato il tutore o il curatore provvisorio previsto negli articoli 419 e 420 c.c.)", deve essere interpretato nel senso che l'interdicendo e l'inabilitando mantengono piena capacità processuale.

> La "ratio" dell'art. 716 c.p.c., a norma del quale l'interdicendo non perde la capacità processuale di agire e contraddire nel giudizio di interdizione, pur dopo che gli è stato nominato un tutore provvisorio, è di consentirgli di difendere il diritto all'integrale conservazione della capacità di agire. Ne deriva da un lato che il predetto tutore non è parte necessaria di tale giudizio, non configurandosi un interesse della tutela all'esito del medesimo; dall'altro che il tutore provvisorio non assume la veste, nel giudizio di interdizione, di rappresentante processuale dell'interdicendo (Cass. 16.11.00, n. 14866, in *Mass. Giust. civ*., 2000, 2349).

Anche la nomina del curatore provvisorio non priva l'inabilitando della capacità processuale con riguardo agli atti del procedimento di inabilitazione

> La nomina, ai sensi del comma 3 dell'art. 419 c.c., del curatore provvisorio all'inabilitando anticipa cautelarmente gli effetti della pronuncia definitiva e priva, quindi, l'inabilitando della capacità di stare in giudizio senza l'assistenza del curatore, tranne che per gli atti del procedimento di inabilitazione, nel quale, in virtù della specifica disposizione dell'art. 716 c.p.c., l'inabilitando può stare in giudizio e compiere da solo tutti gli atti del procedimento anche quando sia stato nominato il curatore provvisorio (Cass. 15.11.94, n. 9634, in *Mass. Giust. civ*., 1994, fasc. 11).

In dottrina è dubbio se il procedimento di ammissione dell'amministrazione di sostegno costituisca un giudizio contenzioso che culmina con un provvedimento dichiarativo suscettibile di acquistare l'autorità di cosa giudicata, non riconducibile ai procedimenti camerali di giurisdizione volontaria. Secondo alcuni, infatti, il procedimento relativo all'apertura dell'amministrazione di sostegno si concluderebbe con un provvedimento non idoneo al giudicato, e si configurerebbe come un procedimento di **volontaria giurisdizione** non finalizzato all'accertamento di uno *status* ma funzionale alla gestione degli interessi del soggetto (Chizzini).

Argomento posto a sostegno di tale tesi è la previsione di cui all'art. 407 c.c., ai sensi del quale il giudice tutelare può modificare o integrare in ogni tempo, anche

d'ufficio, le decisioni assunte con il decreto di nomina dell'amministratore, potere ritenuto incompatibile con il sistema del giudicato (CHIZZINI).

In tale ultima ottica, il giudice tutelare, ove lo ritenga necessario, nominerà per il procedimento un amministratore di sostegno provvisorio nella persona di un difensore tecnico, ma non è necessaria la difesa tecnica.

Tali argomentazioni ci sembrano apprezzabili, tuttavia, vedremo come la giurisprudenza in argomento sia divisa.

La legge notarile attribuisce al notaio la *facultas postulandi* negli affari di giurisdizione volontaria per i quali è richiesto il suo ufficio: di conseguenza il notaio potrà assistere sicuramente il beneficiario nei reclami contro gli atti dell'amministratore (art. 410 c.c.); nelle istanze per l'estensione al beneficiario di regole dettate per l'interdetto (art. 411, co. 4, c.c.), per la sostituzione dell'amministratore inidoneo (art. 413, co. 1, c.c.).

Deve trattarsi di istanze connesse con l'esigenza di compiere stipulazioni (ex art. 1, l. notarile). Si noti, infine, che il procedimento per l'apertura dell'amministrazione di sostegno può anche essere attivato se, nel corso del giudizio di interdizione o di interdizione, appaia opportuno applicare l'amministrazione di sostegno: infatti, in tali ipotesi, il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, disporrà la trasmissione del procedimento al giudice tutelare (art. 418 c.c.).

> Oggetto del processo: «interdizione» (…). Conclusioni per l'attrice:
> «Addivenire alla pronuncia della sentenza di interdizione di C.M. ai sensi dell'art. 414 c.c. con contestuale nomina del suo tutore»;
> (…) Nel corso della causa è mutato il quadro normativo. Ai fini della decisione dovrà pertanto tenersi conto delle innovazioni apportate con la legge 9 gennaio 2004, n. 6 recante «Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali».
> (…) Dopo la legge 9 gennaio 2004, n. 6 l'interdizione e l'inabilitazione si presentano quali misure aventi carattere residuale. A tali conclusioni si giunge sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica del complesso di norme oggi racchiuse sotto il titolo XII del libro primo del codice civile («Delle misure di protezione delle persone prive in tutto od in parte di autonomia»). In estrema sintesi, basti qui ricordare che:
> - il legislatore ha espressamente dichiarato di voler perseguire «la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente» (art. 1, l. 9 gennaio 2004, n. 9);
> - a tale scopo è stato introdotto il nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno (art. 404 c.c.: «La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo

in cui questa ha la residenza o il domicilio») volto a fornire una protezione commisurata alle concrete esigenze di tutela della persona (cfr. gli artt. 405, 4° e 5° co., 407, 2° co., 408, 1° co., 410 c.c.) senza determinare in via automatica e generale una privazione o riduzione della capacità di agire (art. 409 c.c.: «Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana»; v. anche l'art. 411, 4° co., c.c.);
- l'art. 414 c.c. è stato riformulato in termini restrittivi, non solo perché è venuto meno (nella rubrica e nel testo) il riferimento alle persone che «devono» essere interdette, ma soprattutto perché non potrà pronunciarsi l'interdizione quando ciò non sia «necessario» ad assicurare alla persona una «adeguata protezione» e dunque quando sia possibile ricorrere ad una diversa e meno invasiva misura di tutela, da individuarsi in linea generale nell'amministrazione di sostegno («Persone che possono essere interdette. - Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione»). Ciò premesso nel caso di specie neppure risultano sussistenti i presupposti sostanziali richiesti dall'art. 414 c.c. (o dall'art. 415 c.c.). (…)
In realtà, alla luce della nuova disciplina delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia, un'adeguata tutela della signora M.C. può essere realizzata applicando l'amministrazione di sostegno (cfr. l'art. 418, 3° co., c.c.), tanto più che, come sottolineato dallo stesso C.T.U., una diversa collocazione ambientale (ad es. in un gruppo appartamento) è idonea a risolvere o contenere gli stati patologici da cui la convenuta è occasionalmente affetta.
La riduzione dell'autonomia della convenuta può essere adeguatamente fronteggiata dall'amministrazione di sostegno.
L'art. 6 della l. 9 gennaio 2004, n. 6 ha aggiunto quale ultimo comma dell'art. 418 c.c. la seguente disposizione: «se nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione appare opportuno applicare l'amministrazione di sostegno, il giudice, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione del procedimento al giudice tutelare. In tal caso il giudice competente per l'interdizione o per l'inabilitazione può adottare i provvedimenti urgenti di cui al quarto comma dell'articolo 405».
La disciplina processuale così delineata non è di agevole interpretazione (e ha già dato origine a differenti letture) anche sotto il profilo del coordinamento con altre previsioni (ad es. l'art. 422 c.c., non toccato dalla riforma). L'ampia formula «nel corso del giudizio di interdizione o di inabilitazione» (ricorrente anche nel nuovo terzo comma dell'art. 429, 3° co., c.c., ma già presente nel secondo comma dello stesso art. 418 c.c., rimasto immutato) si riferisce ad ogni momento, cioè ogni stato o fase (trattazione, istruzione, decisione) del procedimento in occasione del quale «il giudice» possa rav-

visare i presupposti per la nomina di un amministratore di sostegno. Il giudice di cui parla l'art. 418, 3° co., c.p.c. va identificato col tribunale in composizione collegiale (cfr. l'art. 429, 3° co., c.c.).
Il giudice istruttore potrà limitarsi a segnalare il caso al giudice tutelare per i provvedimenti urgenti, qualora non ritenga di rimettere la causa al collegio.
L'espressione «trasmissione del procedimento al giudice tutelare» deve intendersi come trasmissione degli atti ai fini dell'attivazione del procedimento per la nomina di amministratore di sostegno (cfr. l'art. 429, 3° co., c.c.). Nell'attuale quadro normativo sono astrattamente ipotizzabili tre esiti del giudizio d'interdizione o d'inabilitazione: a) accoglimento dell'istanza (sia pure in via residuale); b) rigetto dell'istanza puro e semplice; c) rigetto dell'istanza con trasmissione degli atti al giudice tutelare per l'applicazione dell'amministrazione di sostegno.
Ad avviso del collegio, mentre il provvedimento di trasmissione degli atti al giudice tutelare assume forma e contenuto di ordinanza, occorre pur sempre una sentenza che pronunci sull'istanza di interdizione. È vero che l'art. 418, 3° co., c.c. non ne parla espressamente ma tale soluzione, oltre che conforme alla regola secondo cui il procedimento in esame si conclude con sentenza che accoglie o rigetta la domanda (regolando se del caso le spese processuali), da un lato appare simmetrica a quella disciplinata dall'art. 429, 3° co., c.c. («Se nel corso del giudizio per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione appare opportuno che, successivamente alla revoca, il soggetto sia assistito dall'amministratore di sostegno, il tribunale, d'ufficio o ad istanza di parte, dispone la trasmissione degli atti al giudice tutelare»), non essendo dubbio che il giudizio per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione debba concludersi con sentenza (artt. 430-431 c.c.); dall'altro garantisce al soccombente, o comunque al soggetto che ne abbia interesse e sia legittimato ex art. 718 c.p.c., la possibilità di chiedere il controllo da parte del giudice dell'impugnazione, tanto più che il giudice tutelare al quale vengono rimessi gli atti non è vincolato nella sua decisione dall'orientamento espresso nell'ordinanza collegiale. In conclusione, respinta l'istanza di interdizione, va disposta la trasmissione di copia degli atti al giudice tutelare.
Non si ravvisa la necessità di adottare provvedimenti urgenti.
Il costo della C.T.U. viene posto definitivamente a carico della ricorrente (Trib. Bologna 18.1.05, in *Altalex*, 23.4.05.).

Il giudice tutelare deve provvedere alla nomina dell'amministratore di sostegno nel termine di sessanta giorni dalla data del deposito del ricorso (art. 405, co. 1).

La fase introduttiva del procedimento è disciplinata dalle regole processuali concernenti i giudizi di interdizione e di inabilitazione: l'art. 720–*bis* c.p.c., infatti, richiama, in quanto compatibili, le norme di cui all'art. 713 c.p.c., ai sensi del quale il presidente ordina la comunicazione del ricorso al pubblico ministero, e, quando questi gliene fa richiesta, può con decreto rigettare senz'altro la domanda. Altrimenti nomina il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione davanti a

lui del ricorrente, dell'interdicendo o dell'inabilitando, e delle altre persone indicate nel ricorso, le cui informazioni ritenga utili.

Tale norma prevede, altresì, che il ricorso e il decreto siano notificati a cura del ricorrente, entro il termine fissato nel decreto stesso, alle persone indicate nel comma precedente. Il decreto è comunicato, inoltre, al pubblico ministero.

Si ritiene che un'applicazione compatibile dell'art. 713 c.p.c. implichi che non si possa affidare al presidente la valutazione preventiva della domanda di apertura dell'amministrazione di sostegno. Di conseguenza, i poteri che la norma attribuisce al presidente del tribunale nel giudizio di interdizione devono essere considerati spettanti al giudice tutelare (TOMMASEO).

Seguendo una tale ricostruzione la fase introduttiva del procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno risulterà così strutturata: il giudice tutelare, ricevuto il ricorso, ordinerà la comunicazione al pubblico ministero; fisserà con decreto in calce al ricorso l'udienza di comparizione davanti a sé, ordinerà al cancelliere di comunicarlo al pubblico ministero; assegnerà un termine al ricorrente affinché questi provveda a notificare il ricorso e il decreto all'inabile e alle persone indicate nell'atto introduttivo, le cui informazioni ritenga utili.

I soggetti indicati nel ricorso non sono parti necessarie del contraddittorio, ma il decreto viene notificato esclusivamente a coloro che possano fornire al giudice utili informazioni.

I legittimati al ricorso possono intervenire volontariamente nel processo ed assumere la qualità di parte, anche qualora il giudice non abbia disposto la notificazione nei loro confronti. Inoltre, essi possono impugnare con reclamo il decreto di apertura pronunciato dal giudice tutelare e chiederne la revoca, anche qualora non abbiano partecipato al giudizio di apertura dell'amministrazione di sostegno.

6. IL PROBLEMA DELLA DIFESA TECNICA

Abbiamo accennato nel paragrafo precedente ai dubbi suscitati dalla nuova normativa con riguardo alla necessità o meno della difesa tecnica, nell'ambito dei procedimenti relativi all'amministrazione di sostegno.

La questione vede divisa in primo luogo la dottrina ma anche la giurisprudenza.

In alcune pronunce si legge, infatti, che il procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno ha lo scopo di consentire al giudice tutelare di organizzare la più efficace gestione degli interessi di un inabile, e che si tratta di un procedimento di giurisdizione volontaria che non incide sui diritti o *status* dalla parte e non esige, pertanto, il ministero di un difensore.

Esso si distinguerebbe, pertanto, dai giudizi di **cognizione** che incidano su diritti o *status* personali

> (a) L'analisi di natura e regolamento del procedimento introdotto dalla legge n. 6 del 2004 porta a ritenere la piena legittimazione ad agire in giudizio di parte ricorrente senza il patrocinio di un difensore tecnico; donde la piena ammissibilità del ricorso; ad avviso del giudicante il patrocinio non

sarebbe comunque necessario ancorche' il ricorrente non fosse il beneficiario e cioè in forza delle considerazioni qui di seguito esposte.
(b) Secondo l'orientamento, da condividere, del giudice della legittimità, la natura del procedimento di interdizione e di inabilitazione è quella tipica camerale; tale natura deve essere riconosciuta, a maggiore ragione, al procedimento per l'istituzione dell'amministratore di sostegno che è destinato, tra l'altro, a concludersi con decreto dichiarato reclamabile dall'art. 739 c.p.c.
(c) È noto al giudicante che la specifica natura del procedimento non rileva, peraltro, ai fini della qualificazione contenziosa o volontaria del giudizio così come gli è noto che costituisce orientamento dominante quello per cui il procedimento di interdizione e inabilitazione rientra nella prima categoria; il che appare, del resto, tecnicamente corretto per trattarsi di processo di cognizione, sia pur speciale, costitutivo di uno status della persona perchè destinato ad incidere, ablativamente e stabilmente, sulla sua capacità.
(d) Da queste caratteristiche del procedimento interdittivo e inabilitativo si snoda la necessità del patrocinio ex art. 82 c.p.c. secondo una regola generale applicabile a tutti i giudizi che, pur strutturati secondo il rito camerale, incidano costitutivamente, su diritti soggettivi e status personale.
(e) Senonchè è proprio quest'ultimo aspetto che, a ben guardare, fa difetto nel modello introdotto dalla legge n. 6 del 2004 con la duplice e concatenata conseguenza della riconducibilità della fattispecie alla giurisdizione volontaria e dell'inoperatività dell'art. 82 cit. c.p.c. secondo una conclusione agevolmente enucleabile dalla disciplina, sia sostanziale che processuale, del nuovo istituto.
(f) Rovesciando completamente presupposti e oggetto dell'interdizione e dell'inabilitazione, il legislatore del 2004 ha varato regole che, lungi dal tutelare patrimonio, traffici mercantili e terzi, sono rivolte alla protezione esclusiva della persona; un rovesciamento che si è espresso, e sono soltanto alcuni dei momenti significativi, nel fare assurgere a regola la capacità di agire, nel renderne possibili limitazioni caso per caso e, preferibilmente, parziali, nell'escludere ogni definitività alle ablazioni eventualmente e nominativamente disposte, nel porre come suggello giurisdizionale non una sentenza ma un decreto modificabile "in ogni tempo" (art. 407, ult. co., c.c.), un provvedimento, dunque, che, in quanto tale, è insuscettibile di dar corpo al giudicato.
(g) Così stando le (nuove) cose è corretto riconoscere nell'amministrazione di sostegno uno strumento non confezionato per (né destinato ad) accertare uno *status* e, tantomeno, ad incidere costitutivamente sullo stesso ma, più propriamente, istituzionalmente rivolto a garantire la più efficace gestione degli interessi della persona tramite l'intervento del Giudice Tutelare con l'utilizzo di un provvedimento che va riconosciuto come classica espressione dell'esercizio della volontaria giurisdizione.
(h) Porta conforto alla conclusione la riflessione sulle regole processuali degli "articoli 712, 713, 716, 719 e 720" in materia di interdizione e inabilitazione dichiarate applicabili, dall'art. 720 *bis* cpc introdotto dalla legge n. 6 del 2004, ai procedimenti di amministrazione di sostegno "in quanto com-

patibili"; un conforto che si trae dalla constatazione dello scarso significato di un richiamo che convalida il giudizio delle radicali differenze fra le due categorie di figure e, quindi, dell'esigenza per l'interprete di evitare l'errore di una trasposizione acritica alla seconda dei pilastri su cui, nel corso di quasi due secoli, venne edificata la prima; invero:
- la forma della domanda (art. 712) è specificamente regolamentata dalla legge del 2004;
- le prescrizioni rubricate "Provvedimenti del presidente" (art. 713 c.p.c.) non danno alcun serio apporto per la valutazione del procedimento;
- poiché il novellato art. 406 c.c. regolamenta la capacità processuale del beneficiario, la specialità della norma vanifica il significato dell'art. 716 c.p.c.;
- l'art. 719 c.p.c. appare ragionevolmente sostituito dal richiamato art. 739 c.p.c. che disciplina il reclamo dei procedimenti in camera di consiglio;
- l'art. 720 c.p.c. si occupa, infine, della revoca dell'interdizione e dell'inabilitazione, di un aspetto, cioè, specificamente regolamentato, quanto all'amministratore di sostegno, dal novellato art. 413 c.c.
(i) La concatenazione delle considerazioni che precedono porta quindi ad escludere che nel procedimento di amministrazione di sostegno si configuri la necessità di quella difesa tecnica la cui previsione venne del resto e non a caso espunta in sede di lavori preparatori parlamentari quando il relatore ritirò l'emendamento secondo cui "in ogni fase del procedimento l'interessato è assistito da un difensore" (Trib. Modena 22.2.05, in *Fam. e dir*., 2005, 180-182)

Tale pronuncia è stata criticata da quella dottrina che ha rilevato come il carattere meramente facoltativo del ministero e dell'assistenza di un difensore nei **procedimenti camerali** di giurisdizione volontaria è affermazione non scontata alla luce della nuova disciplina del processo societario, là dove la difesa tecnica è richiesta per tutti i procedimenti camerali di giurisdizione volontaria bi – o plurilaterali, mentre è considerata facoltativa anche per i procedimenti unilaterali (cfr. art. 25 d.lgs. 17.1.03, n. 5) (Tommaseo).

Si noti tuttavia che la giurisprudenza maggioritaria si esprime nel senso del carattere facoltativo della difesa tecnica nei procedimenti di **volontaria giurisdizione.**

Poiché nei procedimenti di volontaria giurisdizione non è necessario il patrocinio di un procuratore legalmente esercente, prescritto dall'art. 82 c.p.c. per il caso di partecipazione al giudizio, nella controversia per la designazione dell'erede più idoneo a subentrare nella posizione di assegnatario di terreno di riforma fondiaria, di cui all'art. 7 della l. 29 maggio 1967 n. 379 – che è soggetta al rito camerale – la parte può proporre personalmente il reclamo avverso il provvedimento del tribunale (Cass. 3.7.87, n. 5814, in *Mass. Giust. civ*., 1987, fasc. 7)

La Suprema Corte rileva come la regola di cui sopra non trovi applicazione

nelle ipotesi in cui il procedimento sia previsto per la tutela di situazioni sostanziali di **diritti** o di ***status***

> Qualora il procedimento camerale tipico, disciplinato dagli art. 737 ss. c.p.c., sia previsto per la tutela di situazioni sostanziali di diritti o di status – come avviene, ex art. 5, comma 4, legge n. 117 del 1988 per il procedimento di ammissibilità della domanda di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie – esso deve essere completato con le forme adeguate all'oggetto, tra le quali rientra il patrocinio di un procuratore legalmente esercente; con la conseguenza che il reclamo avverso provvedimento in camera di consiglio sottoscritto da procuratore esercente extra districtum e da altro abilitato nel distretto ma indicato solo come domiciliatario, se non è seguito dalla costituzione in giudizio di procuratore esercente nel distretto e menzionato nella procura, è affetto da nullità insanabile (Cass. 30.7.96, n. 6900, in *Mass. Giust. civ*., 1996, 1083).

Abbiamo visto come il procedimento di amministrazione di sostegno non rientri in tali categorie: esso infatti è finalizzato a proteggere e gestire gli interessi del beneficiario e non incide costitutivamente sullo *status* della persona, a differenza dei procedimenti relativi all'interdizione e all'inabilitazione, ragion per cui, a nostro avviso, non vi è motivo per ritenere necessaria la difesa tecnica nei procedimenti di amministrazione di sostegno.

La profonda differenza esistente fra i procedimenti in questione e quelli di interdizione e di inabilitazione è stata, del resto, a più riprese rilevata dalla giurisprudenza di merito.

> (…) va, in primo luogo, dichiarata l'ammissibilità del ricorso presentato personalmente dall'Assistente Sociale Isabella Xxxxx, sia perché si tratta di responsabile del Servizio Sociale che ha in cura Xxxxx Francesco, sia perché la particolare posizione di taluni soggetti legittimati a proporre ricorso (con particolare riferimento, per l'appunto, ai responsabili dei Servizi Sociali, art. 406, 3° co., c.c.), la natura non contenziosa del procedimento (desumibile, tra l'altro, dall'attribuzione della competenza al giudice tutelare e dalla non idoneità al giudicato del provvedimento di nomina dell'Amministratore di sostegno in considerazione della mutevolezza della situazione sostanziale sulla quale viene ad incidere, artt. 407, 4° co., e 413 c.c.), la finalità preminente del nuovo istituto di assicurare un sistema facilmente accessibile di adeguata gestione degli interessi del beneficiario, inducono ad escludere l'applicabilità al procedimento in esame del principio dell'onere del patrocinio previsto dall'art. 82 c.p.c. (Trib. Roma 19.2.05)

Si noti che quanto si è detto sopra non ha trovato accoglimento in parte della giurisprudenza di merito: in particolare, la Corte di appello di Milano ha accolto l'impostazione da noi criticata, ritenendo che il ricorso per l'apertura dell'amministrazione di sostegno debba essere sottoscritto, a pena di nullità, da un difensore e ciò per il rinvio, operato dalla legge, alla disciplina dei giudizi di interdizione, e per

l'esigenza di assicurare alle parti la compiuta attuazione del diritto di difesa in procedimenti che incidono sulla capacità del soggetto di operare nel mondo giuridico e quindi su una situazione che rientra in quel ristretto nucleo di "diritti inviolabili dell'uomo" a cui fanno riferimento gli artt. 2 Cost. e 8 Cedu: un'esigenza che deve necessariamente essere attuata, vista la natura dei diritti coinvolti, in un giusto processo con lo strumento della difesa tecnica.

> (…) letto il decreto impugnato, con cui il Giudice Tutelare presso il Tribunale di Milano, sezione distaccata di Legnano, in data 1-3 giugno 2004, ha rigettato il ricorso proposto da G. C. e M. D. diretto ad ottenere la nomina di un amministratore di sostegno ev lege n. 6/2004 nell'interesse del loro figlio A. C., nato a … il …, affetto da tetraparesi in esiti di encefalopatia perinatale con grave compromissione delle acquisizioni motorie e con conseguente totale ed assoluta invalidità;
> …Omissis…
> - considerato che il procedimento in esame è stato introdotto con ricorso non sottoscritto da un difensore tecnico, ma personalmente proposto dagli interessati e che quindi, in via preliminare, la Corte è tenuta ad esaminare d'ufficio la questione attinente alla regolarità del rapporto processuale, stante la nullità insanabile – e, quindi, l'inettitudine ad instaurare un processo valido – dell'atto introduttivo non sottoscritto dal difensore, ove ne sia richiesto il patrocinio (Cass. 16.3.99, n. 2316; Cass. 14.4.94, n. 3491; Cass. 30.10.84, n. 5543; Cass. 7.11.78, n. 5077; Cass. 12.9.77, n. 3939).
> – rilevato che l'art. 82 c.p.c., il quale stabilisce il principio per cui davanti al tribunale le parti possono stare in giudizio solo "col ministero di un procuratore legalmente esercente", sancisce la regola generale dell'obbligatorietà della difesa tecnica, mentre la difesa personale delle parti è, come dispone il co. 3 dell'art. 82 c.p.c., eccezione limitata ai casi stabiliti dalla legge, di cui alcuni enunciati dallo stesso codice di rito (artt. 86, 462, 707 c.p.c.), altri previsti in leggi speciali (es. art. 736 bis c.p.c. introdotto dall'art. 5 l. n. 154/2001; art. 35, co. 10, l. n. 833/1978; art. 22 l. n. 689/1981; art. 82, co. 6, d.l. n. 570/1960);
> (…)
> - ritenuto inoltre che i continui raccordi tra gli istituti dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno quali sono disciplinati dagli artt. 418, 429, e 431, co. 4, c.c. sono stati previsti proprio per consentire l'utilizzazione dell'una o dell'altra forma di tutela ai fini di realizzare la migliore protezione degli interessi dell'inabile, con ciò evidenziando non solo la necessaria omogeneità degli istituti sotto il profilo processuale, di cui sopra si è detto, ma anche la loro omogeneità sotto molteplici profili sostanziali, peraltro sancita dall'art. 411 c.c., a norma del quale si applicano all'amministazione di sostegno, in quanto compatibili con le peculiarità del nuovo istituto, le norme del codice civile che riguardano la scelta del tutore (artt. 349-353 c.c.) la gestione della tutela, la gratutità dell'ufficio, la responsabilità del titolare dello stesso (artt. 374-378) (v. in tal senso Trib. Padova 21.5.04);

- rilevato peraltro che le peculiarità del procedimento in esame, peraltro comuni a quello di interdizione e di inabilitazione così come individuate dalla Suprema Corte proprio con riferimento a questi ultimi due procedimenti (v. Cass. 22.6.94, n. 5967), determinate dalla natura e dalla non disponibilità degli interessi coinvolti, dagli ampi poteri in inquisitori del giudice, dalla posizione dei soggetti legittimati a presentare il ricorso e ad impugnare il provvedimento, dalla sua particolare pubblicità e dalla sua stessa revocabilità, non escludono che esso si configuri come un procedimento contenzioso speciale e resti disciplinato, con le forme del giudizio contenzioso;
- ritenuto inoltre che non appare incompatibile con la tesi esposta neppure la legittimazione ad agire attribuita ai responsabili dei servizi sanitari e sociali in quanto l'indisponibilità del diritto e la natura e rilevanza degli interessi in gioco ben si concilia con il riconoscimento di tale legittimazione a soggetti in via legislativa considerati portatori adeguati dell'interesse generale, o più genericamente solidaristico, che giustifica la compressione o ablazione richiesta, ma sempre nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale del diritto status inciso;
- ritenuto d'altronde che il ricorso sempre più frequente alle forme camerali in virtù di un'abbondante legislazione speciale, anche laddove si verta intema di diritti soggettivi o status, con il precipuo scopo di assicurare speditezza al procedimento grazie alle sue peculiarità strutturali di maggiore efficienza (…) impone comunque l'applicazione delle "forme necessarie per costituzionalizzare la cameralizzazione della procedura in materie in materie estranee al suo terreno di elezione, onde conformarla all'oggetto del giudizio e renderla, quindi, compatibile con i precetti costituzionali attraverso l'apporto di un coerente tasso di giurisdizionalizzazione (del modello originario) ricavabile dal sistema in via interpretativa, se non esplicato dal legislatore" (Cass. 27.2.89, n. 1066);
- rilevato che tale indirizzo è anche quello più volte suggerito dalla Corte Costituzionale che con le sue sentenze interpretative ha in qualche misura attenuato il congenito deficit di garanzie proprio del modello camerale nello sforzo di farne un vero e proprio modello alternativo, che viene preferito a quello ordinario di cognizione, a seconda delle differenziate esigenze di tutela delle situazioni sostanziali da proteggere, e che ha, da ultimo, sottolineato, con la sentenza 26-30.1.02, n. 1, come le lacune processuali devono essere colmate con i consueti strumenti interpretativi, che impongono l'applicazione dei principi previsti per i procedimenti contenziosi utilizzando un criterio ermeneutica che si fonda sull'obbligo di dare alle norme interpretazioni conformi al dettato della Costituzione, soprattutto con riferimento al rispetto del diritto del contraddittorio, all'esercizio del diritto di difesa nei suoi diversificati profili ed alla partecipazione diretta al procedimento di tutti gli interessati, compreso lo stesso beneficiario, nonché sull'obbligo di applicare norme contenute nelle convenzioni internazionali, dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno (App. Milano 11.1.05, in *Fam. e dir*., 2005, 178-180).

A questo punto la Corte procede alla disamina della **natura** e della **funzione**

del procedimento di amministrazione di sostegno, rilevandone l'idoneità ad incidere sulla **capacità di agire** della persona in maniera analoga all'interdizione.

> - ritenuto che le esposte considerazioni impongono di procedere alla disamina della natura e della funzione del procedimento di amministrazione di sostegno che indiscutibilmente appare volto a produrre effetti parzialmente ablativi o comunque limitativi della capacità d'agire, e pertanto, effetti che incidono sulla possibilità di un soggetto di operare nel mondo giuridico e che coinvolgono situazioni soggettive che fanno parte di quel nucleo ristretto di "diritti inviolabili dell'uomo" cui fa riferimento l'art. 2 Cost.;
> - ritenuto che appare allora evidente come l'impatto dell'amministrazione di sostegno su questa essenziale dimensione della persona, anche se può interessare solo alcuni aspetti della vita civile nelle sue espressioni giuridicamente rilevanti, non differisce in qualità dagli effetti che scaturiscono dall'interdizione e verosimilmente può essere anche più incisivo di quello proprio dell'inabilitazione, con la conseguenza che situazioni soggettive di siffatta natura possono essere oggetto di compressione o di parziale ablazione solo tramite un processo che offra a chi ne è titolare il massimo delle garanzie e segnatamente quelle inerenti al diritto di difesa (art. 24 Cost.), il quale include l'applicazione dell'art. 82 c.p.c. e implica, perciò, che l'atto introduttivo del "giudizio" cameralizzato debba essere, irrinunciabilmente, sottoscritto dal difensore (art. 125 c.p.c.). (In tal senso v. Cass. n. 1066/89 cit.), anche se simile conclusione non comporta di necessità che le attività processuali di mera gestione dell'amministrazione di sostegno debbano essere ugualmente sorrette dalla difesa tecnica; ritenuto inoltre che l'esposta lettura del dato normativo che questa Corte è chiamata ad applicare non solo lo rende conforme al dettato costituzionale ma consente di evitare che lo stesso possa risolversi nella violazione dei fondamentali principi della persona, quali sono sanciti nella Convenzione europea dei diritti umani, firmata a Roma il 4 novembre 1950;
> - rilevato infatti che, con l'entrata in vigore nel nostro ordinamento della Convenzione europea, la funzione di garanzia che l'art. 2 Cost. assicurava ai diritti di libertà in essa espressamente previsti è stata arricchita dalle nuove e concrete garanzie, sia formali che sostanziali, che la Convenzione assicura, e che tra le posizioni soggettive che godono del duplice sistema di garanzia indubbiamente rientra il diritto al rispetto della vita privata riconosciuto dall'art. 8 della CEDU, che tende a proteggere la dignità dell'essere umano, sia sotto l'aspetto dell'integrità fisica che di quella morale (CE 26.3.85, X e Y c. Paesi Bassi, Sèrie A, n. 91, par. 22), comprendendo anche "il diritto per l'individuo di instaurare we sviluppare relazioni sociali" (CE 16.12.92, Niemietz c. Germania, Serie A, n. 251 B, par. 29) incluse quelle relative "all'ambito professionale e commerciale" (CE 7.8.96, C c. Belgio, Serie A, n. 915, par. 25);
> - ritenuto peraltro che l'ingerenza nell'esercizio dei diritti e delle libertà individuali da parte dei pubblici poteri si uniforma al generale principio di equilibrio fra opposti interessi, ugualmente legittimati e degni di protezio-

> ne, alla stregua del quale va effettuata la necessaria comparazione tra i singoli diritti individuali e tra questi e i diritti collettivi, e, per essere conforme alla CEDU, deve rispettare certi requisiti di forma e di sostanza e, primo fra tutti, il requisito della legalit, in forza del quale non è sufficiente che esista una base legale che autorizzi un'ingerenza nell'esercizio di un diritto, ma occorre che la legge assicuri una protezione sufficiente contro possibili ingerenze illegittime da parte delle pubbliche autorità, cioè occorre che "l'estensione e le modalità di esercizio di un simile potere siano definite con sufficiente chiarezza, tenuto conto dello scopo legittimo in gioco, al fine di fornire all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrio" (CE 27.3.96, Goodwin c. Regno Unito, Serie A, n. 483, par. 31);
> - rilevato, al riguardo, che secondo la costante giurisprudenza della Corte, "anche se l'art. 8 non contiene alcuna condizione esplicita di procedura, occorre che il processo decisionale che comporta provvedimenti di ingerenza sia equo e rispetti opportunamente gli interessi dell'individuo protetti dall'art. 8" (CE 25.9.96, Buckley c. Regno Unito, Recueil 1996, IV, par. 76; CE 24.2.95, Mc Michael c. Regno Unito, Serie A, n. 307 B, par. 87), e che ciò impone che il provvedimento giurisdizionale volto ad incidere sulla capacità di un soggetto di operare nel mondo giuridico e, quindi, ad influire sull'identità della persona, debba essere il risultato di un procedimento in cui operi il principio del contraddittorio in una struttura dialettica sia tra le parti, sia tra le parti e il giudice, così da evitare che la decisione possa essere frutto dell'ingerenza del pubblico potere, senza assicurare all destinatario degli effetti del provvedimento la possibilità di esporre le proprie ragioni e di espletare un controllo pieno sulla legalità degli atti del procedimento medesimo attraverso l'esercizio del diritto di difesa che non può che essere attuato, vista la natura dei diritti coinvolti, attraverso lo strumento della difesa tecnica;
> - consiste nel proteggere diritti non già teorici ed illusori, ma concreti ed effettivi, realizzando, attraverso un equo processo, l'esigenza della parità delle armi nel senso di un giusto equilibrio tra le parti (ricorrente, beneficiario, pubblico ministero), dando a ciascuna di esse la possibilità ragionevole di presentare la causa, davanti ad un giudice indipendente ed imparziale, in condizioni che non lo pongano in una situazione di netto svantaggio rispetto alle altre (CE Raffineries grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia 9.12.94, Sèrie A, n. 301 B, par. 46) (App. Milano 11.1.05, in *Fam. e dir*., 2005, 178-180).

L'orientamento espresso dalla Corte di Appello di Milano si conforma a quanto gia affermato dal Tribunale di Padova, il quale ha affermato chiaramente che nel procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno le parti debbono stare in giudizio con il ministero di un difensore, trattandosi di un giudizio che attiene allo *status* e ai diritti delle persone

> La legge 9.1.04, n. 6 non contiene alcuna disposizione che escluda la necessità della difesa tecnica per il procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno; dunque a detto procedimento, che attiene allo status delle per-

> sone, si applica la regola generale di cui al comma 3 dell'art. 82 c.p.c.
> Il rilievo normativo testuale di cui sopra è di per sé sufficiente per affermare la necessità della difesa tecnica nel procedimento in oggetto.
> (…) il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno è finalizzato ad un provvedimento giurisdizionale che influisce sullo stato e sui diritti delle persone (Trib. Padova 21.6.04, in *Fam e dir*., 2004, 607-609).

Nell'auspicare un intervento della Corte di Cassazione sul punto, ci pare, comunque, opportuno sottolineare come il Tribunale di Parma abbia emesso due decreti di nomina di un amministratore di sostegno, su ricorso presentato direttamente dagli interessati (Trib. Parma 2.4.04, decr. n. 536 e decr. n. 537, in *Notar*., 4, 2004, 396-398). In sede di commento a tali decreti si è rilevato come " l'impostazione della legge n. 6/04 e talune sue chiare disposizioni, sembrerebbero tese, in modo sostanzialmente univoco, all'instaurazione di un rapporto diretto fra beneficiario (anche in *fieri*) e giudice tutelare, tale da dare ragione alle circolari varie, diffuse anche dai tribunali, secondo le quali "non è necessaria l'assistenza di un avvocato" (Calò)

7. LE FASI SUCCESSIVE DEL PROCEDIMENTO

La seconda fase del procedimento è quella istruttoria.

Ex art. 407, co. 3, c.c. il giudice tutelare deve provvedere comunque sul ricorso, non rilevando la mancata comparizione delle parti, le quali non possono rinunciare agli atti.

La legge non offre indicazioni generali con riguardo all'istruzione probatoria nel procedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno: non viene richiamato l'art. 738, co. 3, c.p.c. in materia di procedimenti camerali, né l'art. 714 c.p.c. che disciplina l'istruzione probatoria nel procedimento di interdizione

La disciplina di tale fase è contenuta nell'art. 407 c.c., che prevede l'audizione dell'interessato, la quale si svolge in un procedimento nel cui ambito il giudice deve tener conto dei bisogni e delle richieste dell'interessato, quando ciò sia compatibile con gli interessi e le aspirazioni di questi e con le esigenze di protezione della persona.

Qualora sia necessario, il giudice dovrà anche recarsi nel luogo dove si trova l'interessato.

Al giudice è riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nel condurre tale mezzo di istruzione probatoria: è escluso che si applichi il sistema per capitolazione dei fatti (Chizzini)

Dell'audizione deve essere redatto idoneo verbale.

L'audizione dell'inabile non è considerata espressamente una condizione per la pronuncia nel merito, ma l'art. 407, co. 2, c.c. stabilisce che il giudice deve sentire personalmente la persona cui il procedimento si riferisce. Ragion per cui deve ritenersi che la mancata audizione, non obiettivamente giustificata, causa la nullità del procedimento (Campese).

Il giudice può procedere all'audizione dei soggetti cui è stato notificato il ricorso introduttivo, interrogandoli liberamente, allo scopo di acquisire ogni infor-

mazione utile per verificare i presupposti dell'apertura dell'amministrazione e determinare il contenuto del decreto; inoltre la legge gli attribuisce altri poteri inquisitori (art. 407, co. 3) ed in particolare quello di disporre d'ufficio di tutti i mezzi istruttori utili ai fini della decisione, e di ordinare accertamenti di natura medica, o di disporre una consulenza tecnica per verificare le condizioni fisiche e psichiche del soggetto disabile.

Si ritiene che, in generale, il giudice possa fare ricorso anche ad altri mezzi di prova previsti dal codice di rito, come ordinare l'ispezione di persone o cose ai sensi dell'art. 118 c.p.c.; e che le parti possano richiedere una prova testimoniale, una consulenza tecnica (artt. 61 s e 191 s c.p.c.), una ispezione, ovvero possano produrre documenti.

I poteri inquisitori del giudice sussistono per tutta la durata dell'amministrazione di sostegno (art. 44 disp. att. c.c.).

Si noti che la legge non impone un'articolazione in udienze del procedimento in esame, articolazione prevista, invece, per il processo di interdizione: la questione vede divisa la dottrina fra coloro secondo i quali "mancano (…) nel procedimento in esame udienze in senso proprio, delineandosi solo l'audizione dei vari soggetti interessati e con finalità probatorie, per l'espletamento dell'eventuale contraddittorio, secondo la tipica struttura del procedimento camerale" (CHIZZINI); e coloro che sostengono che il procedimento possa essere articolato in udienze (TOMMASEO).

La fase di decisione non è disciplinata dalla legge, e sono inapplicabili le regole di diritto processuale previste per il passaggio in decisione nei processi contenziosi a rito ordinario.

Spetterà dunque al giudice regolare tale fase consentendo alle parti di precisare le proprie conclusioni, di illustrarle, discutendole davanti a lui o in memorie difensive.

Ex art. 405 c.c., egli deve provvedere entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta di nomina dell'amministratore di sostegno, con decreto motivato immediatamente esecutivo. La motivazione può essere sintetica, ma deve essere adeguata, poiché è previsto il ricorso per cassazione.

Il decreto deve contenere quanto prescrive l'art. 405, co. 5 c.c., e dunque: le generalità del beneficiario e dell'amministratore di sostegno, l'oggetto e la durata dell'incarico, gli atti che richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno, la periodicità delle relazioni che questi deve presentare al giudice tutelare sull'attività svolta e sulle condizioni del beneficiario, e l'entità delle somme – di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità – da prelevare, anche con cadenza periodica per far fronte alle necessità dell'amministrazione.

In genere, il decreto autorizzerà l'amministratore a compiere gli atti di ordinaria amministrazione,

> visto l'art. 405 c.c.,
> 1. nomina in favore di XXXXX Francesco, nato a xxxxx il 16 dicembre 1986, l'Amministratore di Sostegno nella persona dell'Avv. Graziano XXXXX, con le funzioni ed i poteri qui di seguito specificati;

2. dispone che la durata dell'incarico sia a tempo indeterminato ed abbia ad oggetto la rappresentanza del Beneficiario nonché l'amministrazione del patrimonio del medesimo;
3. autorizza l'Amministratore di sostegno a compiere in nome e per conto di XXXXX Francesco, senza necessità di ulteriore autorizzazione del Giudice Tutelare, con poteri di rappresentanza esclusiva e salvo obbligo di rendiconto annuale, tutti gli atti civili di ordinaria amministrazione;
4. autorizza l'Amministratore di sostegno a riscuotere nell'interesse del Beneficiario gli emolumenti a lui dovuti a titolo pensionistico ed a curare tutte le pratiche a tal fine necessarie, previa apertura di un conto ovvero di un libretto, postale o bancario, intestato a XXXXX Francesco con annotazione del nome dell'Amministratore quale legittimato ad operare, facendo in modo che su detto conto vengano ad essere accreditate tutte le entrate dell'amministrazione (pensioni, indennità, ecc.);
5. autorizza l'Amministratore di sostegno a prestare il consenso agli accertamenti medici di routine che si rendano di volta in volta necessari per la cura della salute del Beneficiario;
6. dispone che ogni atto di straordinaria amministrazione, ivi incluso il consenso ad interventi chirurgici, debba essere previamente autorizzato dal giudice tutelare;
7. dispone che l'Amministratore di sostegno tenga conto dei bisogni e delle aspirazioni del Beneficiario ed informi il Beneficiario degli atti da compiere, ove ciò sia possibile;
8. dispone che l'Amministratore di sostegno informi periodicamente il Giudice Tutelare circa le condizioni di vita personali e sociali del Beneficiario, della consistenza patrimoniale e reddituale del medesimo, rendendo il conto dell'attività svolta mediante deposito in Cancelleria di una relazione-rendiconto entro i primi 90 giorni dal conferimento dell'incarico e, successivamente, entro il 31 dicembre di ogni anno, corredata dalla documentazione comprovante le principali voci di reddito e di spesa afferenti il periodo considerato. Nella relazione (o in qualsiasi momento mediante deposito in Cancelleria di un ricorso scritto o verbalmente al Giudice Tutelare previo appuntamento) l'Amministratore di sostegno potrà indicare eventuali diverse ed ulteriori esigenze da gestire nell'interesse del Beneficiario;
9. fissa per il giuramento dell'Amministratore di sostegno l'udienza del xxxxx; 10. dispone l'efficacia immediata del presente decreto ai sensi dell'art. 741 c.p.c. (Trib. Roma 19.2.05)

mentre per quelli di straordinaria amministrazione sarà richiesta un'ulteriore autorizzazione, poiché l'art. 411 c.c. richiama gli artt. 375 e 376 c.c.

Visto gli artt. gli art. 405 e 407 c.c. nomina la signora P. Crocifissa, nata a Riesi (CL) l', residente in Genova, amministratore di sostegno, a tempo indeterminato, di Z. Crocifissa, nata a Butera (CL) il, residente in Genova; determina come segue l'oggetto dell'incarico:

1) assistenza personale per quanto di necessità della beneficiaria (anche per il tramite di terze persone) al fine di consentirle, per quanto possibile, il rientro presso la sua attuale abitazione;
2) stipula e cura dell'esecuzione del contratto di lavoro con una o più badanti (o con un'eventuale Cooperativa di servizi), assumendosi tutti i relativi incombenti (ivi compresa la posizione INPS);
3) riscossione, accredito e gestione (per quanto riguarda l'ordinaria amministrazione) della pensione, e dell'eventuale indennità di accompagnamento di spettanza della beneficiaria, con facoltà di compiere in nome e per conto della predetta tutte le pratiche, amministrative e non, volte a migliorare la situazione previdenziale e dunque patrimoniale della stessa (ivi compresa la domanda per il conseguimento dell'indennità di accompagnamento ove non ancora proposta);
4) apertura se necessario o opportuno di un conto corrente intestato alla sola beneficiaria (ove non già esistente), con potere di firma in capo all'amministratore di sostegno che potrà liberamente movimentare il suddetto conto;
5) gestione e amministrazione ordinaria del bene immobile di proprietà della beneficiaria, con facoltà di partecipare – anche a mezzo delega intestata a persona di sua fiducia – alle assemblee condominiali;
6) conservazione e gestione di eventuali risparmi di pertinenza del beneficiario;
7) gestione ed eventuale definizione dei rapporti di debito esistenti con l'Istituto V., già Istituto P., nel caso di trasferimento dell'amministrata presso la propria abitazione;
8) facoltà di richiedere agli altri congiunti le somme di denaro costituenti la quota parte su di essi gravante a titolo di mantenimento della madre (sia con riguardo alla retta dell'Istituto, ove essi già non vi abbiano provveduto, sia con riguardo alle spese relative all'assistenza domiciliare, comprensiva delle spese ordinarie e/o straordinarie riguardanti la salute della congiunta, e a quelle connesse alla gestione della casa, ove non siano sufficienti le risorse dell'amministrata);
9) presentazione annuale della dichiarazione dei redditi, ove richiesta ai sensi di legge, e pagamento delle tasse e delle utenze a carico della beneficiaria; atti che l'amministratore può compiere in nome e per conto della beneficiaria: tutti quelli necessari per far fronte all'oggetto dell'incarico come sopra precisato, con la precisazione che per gli atti di straordinaria amministrazione l'amministratore di sostegno dovrà essere autorizzato dal giudice tutelare (Trib. Genova 1.3.05, in *Altalex* 23.4.05).

Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale l'amministratore è stato spesso autorizzato nel decreto stesso al compimento di singoli atti di straordinaria amministrazione.

Tanto premesso il Giudice:
nomina amministratore di sostegno di S. I. nata a Jesi il ____, generalizzata in atti, il ricorrente B. S. nato a ____ il _____, senza limitazioni parti-

colari, con il limite di spesa mensile per tutti i bisogni dell'amministrato di euro 1.300 e salvo restando le norme che assicurano il controllo da parte del GT e degli altri soggetti a ciò legittimati. Lo autorizza a provvedere nella maniera più consona alla situazione nell'interesse di suo zia, con una prima relazione che farà pervenire al GT, con deposito in cancelleria, e comunque non oltre 40 gg. da oggi, non appena sarà in grado di avere a disposizione i dati necessari. Stante la precaria situazione di salute dell'amministrato, l'amministratore, d'intesa con il medico curante, provvederà anche a predisporre la migliore sistemazione possibile compatibilmente con l'idoneità e disponibilità delle strutture sanitarie e/o di assistenza, per sua zia provvedendo anche agli atti che si rendano opportuni o necessari per la migliore tutela della salute della parente (es. atti urgenti di consenso informato, ove l'amministrata non sia in grado di provvedere da solo ovvero esclusivamente da solo, in ques'ultimo caso controfirmando), consultandosi con i familiari ricompresi nel novero dei soggetti di cui all'art. 406 c.c.
L'amministratore di sostegno non avrà limiti particolari nel predisporre atti nell'interesse dell'amministrata, nei limiti delle disponibilità patrimoniali e reddituali dello stesso e previa autorizzazione del GT per gli atti di straordinaria amministrazione. Gli atti di ordinaria amministrazione non necessitano di autorizzazione. Autorizza specificamente i seguenti atti:
- Riscossione della pensione mensile di euro 412,18 salvo aggiornamenti, con rilascio di quietanza;
- Riscossione della pensione sociale di euro 294,93;
- Presentazione di istanze ad uffici pubblici ai fini di assistenza, anche sanitaria, e di sussidi;
- Presentazione della dichiarazione dei redditi ed altri obblighi formali e sostanziali di natura fiscale;
- Gestione del conto corrente n._____ presso la _____ di Jesi (con specifica rendicontazione al GT) (Trib. Ancona 17.3.05).

In diverse pronunce l'amministratore è stato autorizzato ad accettare eredità con beneficio d'inventario

NOMINA
xxxxx Rosella, sopra generalizzata, Amministratore di sostegno di xxxx Mauro, sopra generalizzato, e la autorizza a:
1. rappresentare xxxxxx Mauro, agendo in nome e per conto del medesimo, nella gestione patrimoniale che lo riguarda, provvedendo all'apertura di un conto corrente postale intestato unicamente al beneficiario, sottoponendolo al vincolo del giudice tutelare, su quale dovranno essere accreditati direttamente la pensione d'invalidità e l'indennità di accompagnamento, nonché tutti gli altri redditi e/o emolumenti a lui spettanti, provvedendo a chiudere altri conti correnti bancari intestati o cointestati al beneficiario;
2. operare sul conto di cui al n. 1), prelevando l'importo necessario alla vita del beneficiario, che si quantifica, allo stato, nell'importo della pensione

d'invalidità e dell'indennità di accompagnamento, mettendolo a disposizione del beneficiario o di sua madre con lui convivente;
3.accettare, per conto ed in nome di xxxxx Mauro, l'eredità del padre xxxxx Pasquale, con beneficio d'inventario;
4. curare l'amministrazione ordinaria del patrimonio immobiliare del beneficiario, e sottoporre all'autorizzazione di questo Giudice qualsiasi atto eccedente l'ordinaria amministrazione;
5. rappresentare il beneficiario, agendo in nome e per conto del medesimo, nel predisporre e sottoscrivere eventuali atti e/o istanze alla pubblica amministrazione o a soggetti privati diretti al conseguimento di sussidi o equipollenti, di documenti d'identità, di prestazioni di natura assistenziale a favore del beneficiario, ed alla presentazione della denuncia dei redditi dello stesso;
6. occuparsi delle questioni che riguardano la vita personale del beneficiario, curando che il medesimo sia adeguatamente curato ed assistito. Dispone che il presente incarico abbia durata a tempo indeterminato e che l'Amministratore di sostegno depositi ogni anno, entro il 31 dicembre, una relazione sulle condizioni di vita personali e sociali del beneficiario ed il rendiconto relativo al patrimonio del medesimo, corredato da documentazione attestante le principali voci di reddito e di spesa relative al periodo considerato (Trib. Roma 22.04.05, in *Altalex* 13.5.05).

Si ritiene che il giudice non possa limitarsi ad aprire l'amministrazione di sostegno, riservando ad ulteriori e successivi decreti l'indicazione degli atti per i quali sarà necessaria l'assistenza o la rappresentanza dell'amministratore, poiché "se questo fosse possibile – traendo debole argomento dall'art. 15 della legge in commento che fa oggetto della pubblicità gli estremi essenziali del provvedimento di apertura e non anche il suo specifico contenuto – il decreto collocherebbe il disabile in uno stato di incapacità legale, salvo che per gli atti necessari alle esigenze della vita quotidiana (art. 409, co. 2)" (TOMMASEO).

Eventualmente, il giudice tutelare potrà prevedere, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, che alcuni effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Tali provvedimenti accessori potranno essere modificati indipendentemente dal contenuto principale del decreto di apertura dell'amministrazione.

Il decreto dovrebbe disporre anche sulle spese; in mancanza di una tale disposizione, si ritiene esse rimangano a carico di chi le ha sostenute (CHIZZINI).

Ex art. 405, co. 1, c.c. il decreto di apertura è **immediatamente esecutivo**; mentre l'efficacia dei decreti riguardanti minori e interdetti o inabilitati decorre dal momento del raggiungimento dell'età maggiore o dalla pubblicazione della sentenza di revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione.

Qualora sia proposto **reclamo** avverso i provvedimenti in esame, è dubbio se l'efficacia possa essere sospesa: in dottrina si è proposto di applicare per analogia la disciplina dell'inibitoria, in virtù della quale il ricorrente in reclamo dovrà ottenere dal giudice di appello la sospensione dell'efficacia del decreto d'apertura, ove sussistano i gravi motivi per concederla di cui all'art. 283 c.p.c.

La legge disciplina anche una forma di **tutela cautelare** che consente al giudice tutelare di provvedere in caso di urgenza, pronunciando gli opportuni provvedimenti urgenti per la cura della persona interessata e per la conservazione del suo patrimonio, e di nominare un amministratore di sostegno provvisorio che compia gli atti urgenti individuati dal giudice (art. 405, co. 4).

Si tratta di provvedimenti soggetti al potere di revoca e modifica del giudice che li ha emessi e ai gravami di cui all'art. 720-*bis* c.p.c.

Anche l'art. 411 c.c. disciplina una forma di tutela urgente allorché nel corso del giudizio di interdizione emerga l'opportunità di optare per l'amministrazione di sostegno, e il giudice dell'interdizione debba procedere a trasmettere gli atti del procedimento al giudice tutelare: in queste ipotesi, infatti, il giudice dell'interdizione può adottare i provvedimenti urgenti di cui all'art. 405 c.c.

Dubbia è la possibilità di applicare ai provvedimenti di cui sopra gli artt. 669-*bis* c.p.c. ss., disposizioni che disciplinano i procedimenti cautelari: alcuni autori ritengono, infatti, che non si possa parlare di provvedimenti cautelari in senso proprio, ma di provvedimenti volontari interinali (CHIZZINI).

8. CESSAZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO, REVOCA E MODIFICA DEL DECRETO DI APERTURA

L'amministrazione di sostegno cessa, ovviamente, in caso di morte del beneficiario; mentre nell'ipotesi di dichiarazione di morte presunta, di scomparsa e di assenza dello stesso è dubbio se l'ufficio cessi o rimanga in stato di quiescenza.

Riteniamo che essa cessi anche allorché l'interessato venga interdetto o inabilitato.

Ex art. 413 c.c. può essere proposta istanza di revoca dell'amministrazione di sostegno quando si siano determinati i presupposti per la cassazione dell'amministrazione di sostegno o per la sostituzione dell'amministratore.

Il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno è suscettibile di essere revocato anche quando la stessa si riveli idonea a realizzare gli interessi del beneficiario.

Si ritiene che l'istanza di revoca sia inammissibile finché sia pendente il giudizio di impugnazione o non sia spirato il relativo termine (CAMPESE).

Legittimati ad esercitare l'azione di revoca dell'amministrazione di sostegno sono l'amministratore, il beneficiario, il pubblico ministero e gli altri legittimati a proporre il ricorso introduttivo ex art. 406 c.c. (art. 413 c.c.).

Il procedimento ha le stesse caratteristiche di quello di apertura, in base a quanto stabilisce l'art. 720 c.p.c., ai sensi del quale "Per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione si osservano le norme stabilite per la pronuncia di esse": in particolare l'istanza dovrà avere la forma del **ricorso** e dovrà contenere l'esposizione dei **motivi** per i quali si richiese la revoca.

La legge stabilisce, onde garantire un adeguato **contraddittorio**, che l'istanza debba essere comunicata al beneficiario e all'amministratore di sostegno, qualora essa sia proposta da diversi soggetti da questi ultimi. Tali soggetti sono considerati parti necessarie nel procedimento di revoca.

Eccezionalmente, il giudice tutelare può provvedere, anche d'ufficio, alla dichiarazione di cessazione dell'amministrazione di sostegno, quando questa si sia rivelata inidonea a realizzare la piena tutela del beneficiario, e – se ritiene che si debba promuovere giudizio di interdizione o di inabilitazione – ne informa il pubblico ministero, affinché provveda a iniziare tali giudizi (art. 413 c.c.).

In questi casi l'amministrazione di sostegno cessa con la nomina del tutore o del curatore provvisorio, ai sensi dell'articolo 419 c.c., ovvero con la dichiarazione di interdizione o di inabilitazione.

Si tratta di un'ulteriore ipotesi di **concorso** tra l'amministrazione di sostegno ed i procedimenti di interdizione e di inabilitazione.

Si ritiene che, in tali ipotesi, nel caso si concluda prima il procedimento di revoca dell'amministrazione di sostegno, si avrà la pronuncia di un provvedimento la cui **efficacia** è condizionata sospensivamente alla pubblicazione della sentenza d'interdizione o inabilitazione o alla nomina almeno del tutore o curatore provvisorio (CHIZZINI).

Conseguentemente, qualora venga rigettata l'azione di interdizione o di inabilitazione, non opererebbe un presupposto di efficacia per la dichiarazione di revoca, e permarrebbe l'amministrazione di sostegno.

Il provvedimento di revoca dell'amministrazione di sostegno deve essere annotato nel registro delle amministrazioni di sostegno e nell'atto di nascita.

Oltre ad essere revocato, il decreto di apertura può essere modificato o integrato: il giudice tutelare può infatti, anche d'ufficio, in ogni tempo, emettere un provvedimento **modificativo o integrativo** (art. 407 c.c.). Ai sensi dell'art. 408 cc., egli potrà esonerare e sostituire l'amministratore, mentre, ai sensi dell'art. 405, egli potrà prorogare l'incarico a tempo determinato.

La legge non disciplina i **procedimenti di gestione** dell'amministrazione di sostegno, ma deve farsi riferimento alle disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio per integrare la disciplina processuale dell'istituto in esame.

Competente a conoscere della revoca e della modifica del provvedimento sarà il giudice tutelare che ha emanato il provvedimento di nomina, là dove non si siano modificati la residenza o il domicilio; in caso di modifica della residenza o del domicilio, invece, l'istanza dovrà essere proposta al giudice competente territorialmente ai sensi della nuova residenza o domicilio.

La legge non si esprime con riguardo agli effetti dei provvedimenti in esame nei confronti dei terzi, ma si ritiene che debbano essere fatti salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede con convenzioni antecedenti alla revoca o modifica, ai sensi dell'art. 742 c.p.c. (CHIZZINI).

Strumentali a tali provvedimenti sono i poteri di controllo attribuiti al giudice tutelare: in particolare l'amministratore deve periodicamente riferire circa l'attività svolta (art. 405 c.c.); il giudice deve essere informato di eventuali contrasti fra amministratore e beneficiario (art. 410 c.c.), e può convocare l'amministratore in ogni momento per avere informazione ed impartire istruzioni inerenti gli interessi del minore. Infine, il giudice si pronuncia con riguardo ai reclami contro gli atti dell'amministratore proposti dal beneficiario o dai soggetti legittimati all'azione di apertura *ex* art. 410, co. 2, adottando i provvedimenti opportuni con decreto motivato.

9. IMPUGNAZIONI

Con riguardo alla disciplina delle impugnazioni, il nuovo art. 720-*bis* c.p.c. stabilisce che contro i decreti del giudice tutelare è ammesso **reclamo** alla Corte d'appello a norma dell'art. 739 c.p.c., ai sensi del quale la Corte d'appello pronuncia anch'essa in camera di consiglio, e il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto, se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione, se è dato in confronto di più parti.

La competenza a conoscere il reclamo avverso i decreti del giudice tutelare spetta, dunque, alla Corte di appello.

Si tratta di una impugnazione di natura **sostitutiva**, a **critica libera**.

La **legittimazione** ad impugnare in reclamo spetta a tutti coloro che hanno partecipato al giudizio. Dubbio è se essa spetti a soggetti che – pur essendo legittimati a proporre il ricorso – non siano stati parti del procedimento nella pregressa fase di giudizio: infatti l'art. 720-*bis* richiama l'art. 719 c.p.c. e non l'art. 718, norma che eccezionalmente attribuisce la legittimazione ad impugnare anche a tali soggetti. Riteniamo, tuttavia, che siano legittimati anche tali ultimi soggetti, argomentando dal richiamo agli artt. 719 e 720 c.p.c. effettuato dall'art.720–*bis* c.p.c. In particolare, l'art. 720 c.p.c. recita: "Per la revoca dell'interdizione o dell'inabilitazione si osservano le norme stabilite per la pronuncia di esse.

Coloro che avevano diritto di promuovere l'interdizione e l'inabilitazione possono intervenire nel giudizio di revoca per opporsi alla domanda, e possono altresì impugnare la sentenza pronunciata nel giudizio di revoca, anche se non parteciparono al giudizio".

Ora, se la legittimazione ad impugnare la sentenza di revoca dell'amministrazione di sostegno spetta anche a coloro che non parteciparono al giudizio, non ci sembra logico argomentare che il legislatore, non richiamando l'art. 718 c.p.c., abbia voluto escludere la legittimazione di tali soggetti ad impugnare il decreto di apertura

Ex art. 719 c.p.c. il termine per impugnare decorre dalla notificazione della sentenza fatta nelle forme ordinarie a tutti coloro che parteciparono al giudizio, ovvero il ricorrente, il pubblico ministero, il beneficiario e i soggetti legittimati al ricorso intervenuti nel giudizio.

L'impugnazione deve essere proposta nel termine di dieci giorni decorrenti dalla data della notificazione del decreto per coloro che hanno partecipato a giudizio. Per coloro che non hanno partecipato decorre dalla data dell'ultima notificazione.

In difetto di notificazione, il reclamo non potrà essere proposto oltre il termine ordinario di un anno: la giurisprudenza di legittimità, infatti, applica tale termine anche ai decreti pronunciati nei procedimenti camerali. .

> Il Di Nunno si duole anzitutto della violazione degli artt. 323 - 325 c.p.c., assumendo che il decreto del tribunale per i minorenni ex art. 274 c.c., stante la sua natura decisoria, non soggiace al termine di cui all'art. 739 c.p.c., esclusivamente proprio dei procedimenti di "volontaria giurisdizione", e che erroneamente, quindi, la Corte di Bari aveva dichiarato la inammissibi-

lità dell'impugnazione; lamenta inoltre che i giudici del merito non abbiano tenuto conto della sentenza n. 341-1990 della Corte costituzionale, secondo cui, in caso di minore infrasedicenne, va accertato l'interesse del medesimo alla dichiarazione giudiziale di paternità.
La prima doglianza è infondata e il rigetto della stessa, rendendo irretrattabile il decreto del Tribunale per i minorenni di Bari, preclude l'esame della seconda censura.
Invero questa Corte ha stabilito che i provvedimenti del tribunale sull'ammissibilità dell'azione di dichiarazione di paternità o maternità naturali sono reclamabili, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., entro dieci giorni dalla notificazione o, in difetto di questa, nel termine di cui all'art. 327 c.p.c. (sentenze 16 giugno 1983 n. 4130; 26 luglio 1989 n. 3505).
A ciò non osta la natura decisoria che si voglia attribuire ai provvedimenti stessi nè la esperibilità, contro il decreto pronunciato in sede di reclamo, del ricorso per cassazione ex art. 111, secondo comma, Cost.: il tipo camerale del procedimento, cui si collegano la forma del provvedimento (decreto) e la disciplina della sua impugnabilità (reclamo entro dieci giorni), non è di per sè incompatibile col carattere contenzioso del giudizio e col riferirsi di questo a diritti soggettivi o status, come è stato chiarito anche nella giurisprudenza costituzionale (sentenze 543 e 573 del 1989).
Il peculiare rimedio di cui all'art. 739 c.p.c. e il breve termine suo proprio non trovano applicazione unicamente quando, pur trattandosi di procedimento camerale, il provvedimento conclusivo assume la forma della sentenza. In tale ipotesi, riferendosi l'art. 739 c.p.c. esclusivamente ai decreti, la sentenza, se notificata, è impugnabile nel termine di trenta giorni, ma il procedimento di secondo grado ricade ancora entro il modello camerale e l'impugnazione, pertanto, deve essere proposta con ricorso da depositarsi in cancelleria entro il predetto termine (v., fra altre, sentenza 8567-1991, nonché la sentenza deliberata da questo stesso Collegio il 13 luglio 1993 sul ricorso n. 2492-91, in corso di pubblicazione).
Nella specie, concludendosi con un decreto il procedimento di ammissibilità di cui all'art. 274 c.c., trova applicazione l'art. 739 c.p.c. e il termine di dieci giorni dalla notificazione dallo stesso previsto, per cui correttamente la Corte di Bari ha dichiarato la tardività dell'impugnativa davanti ad essa proposta.
Il ricorso va dunque rigettato con la condanna del ricorrente alle spese (Cass. 28.1.94, n. 869, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 89)

La Corte di appello esercita i poteri officiosi spettanti al giudice di primo grado: di conseguenza essa potrà disporre l'apertura dell'amministrazione di sostegno qualora oggetto dell'impugnazione sia un decreto di rigetto pronunciato dal giudice tutelare.

Il procedimento di svolgerà con le stesse modalità che caratterizzano il procedimento di primo grado e con l'esercizio degli stessi poteri inquisitori (TOMMASEO), dovendosi intendere il richiamo all'art. 739 c.p.c. operato dall'art. 720-*bis* come assunzione di un modello di gravame e non come recezione delle norme di cui agli

artt. 737 c.p.c. ss., che disciplinano i procedimenti camerali

La revoca o la modifica del provvedimento emesso in sede di reclamo spetta al giudice tutelare.

Contro il decreto della Corte di appello, pronunciato in sede di reclamo, può essere proposto **ricorso per Cassazione** *ex* art. 720-*bis* c.p.c.

La garanzia del ricorso per cassazione opera sicuramente nei confronti dei provvedimenti che decidono sull'apertura o sulla revoca dell'amministrazione di sostegno.

Dubbia è l'ammissibilità del ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti di gestione dell'amministrazione di sostegno e avverso quelli urgenti con funzione cautelare. Per alcuni essa deve escludersi (TOMMASEO). Diversamente, coloro che configurano anche i procedimenti relativi all'apertura e la revoca dell'amministrazione di sostegno come di volontaria giurisdizione, affermano che tutti i provvedimenti relativi all'amministrazione di sostegno siano ricorribili per cassazione (CHIZZINI).

Il ricorso è proponibile per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c.. Esso deve essere proposto nel termine di sessanta giorni decorrenti dalla notifica della decisione.

Alla fase cassatoria seguirà un giudizio di rinvio dinanzi alla Corte di Appello, procedimento che avrà le forme del giudizio di reclamo (CHIZZINI).

Le impugnazioni non avranno **efficacia sospensiva** con riguardo all'esecutività del decreto.

MAURIZIO DE GIORGI

Avvocato

L'ESPROPRIAZIONE MOBILIARE PRESSO TERZI (*)

Sommario: 1. Premessa. - 2. La forma del pignoramento. - 3. Aspetti procedurali. - 4. La dichiarazione del terzo. - 5. La funzione dell'udienza ex art. 547 c.p.c.. - 6. Assegnazione e vendita nell'espropriazione presso terzi. Tav. 1 – Principali modifiche al c.p.c. che hanno interessato l'espropriazione mobiliare presso terzi

1. Premessa

Può accadere che ad essere aggrediti siano i crediti del debitore presso un terzo, oppure cose di cui il debitore abbia proprietà ma che siano materialmente detenute da un terzo ricorrendo, quindi, **la necessità di una collaborazione o almeno di una partecipazione del terzo che rappresenta la principale caratteristica dell'espropriazione mobiliare presso terzi** (MANDRIOLI).

In merito, si consideri la necessità di conoscere se ed entro quali limiti il terzo sia effettivamente debitore del debitore con la conseguenza della necessità di una dichiarazione del terzo all'ufficio esecutivo.

Si renderà, altresì, indispensabile l'immediata operatività degli effetti del pignoramento e dell'ingiunzione dell'ufficiale giudiziario per evitare che il terzo esegua la sua prestazione nei confronti del debitore in danno del creditore procedente.

Da ultimo occorrerà controllare la veridicità della dichiarazione del terzo avuto particolare riguardo al suo contenuto.

Alla luce di queste premesse si intuisce la ragione per cui l'atto di pignoramento presso terzi debba qualificarsi come atto scritto complesso "sia nel senso che in esso sono presenti caratteri propri degli atti del processo esecutivo insieme con altri che sono propri del processo di cognizione; e sia nel senso che esso è posto in essere dall'attività coordinata di due soggetti (il creditore procedente e

(*) Per approfondimenti si rinvia a Maurizio De Giorgi, "*Il Processo di esecuzione mobiliare ed immobiliare – analisi delle recenti riforme legislative: l. 80/05, l. 263/05, l. 52/06*" – CEDAM, 2006, Padova

l'ufficiale giudiziario) nei confronti di altri due soggetti (il debitore ed il terzo)" (MANDRIOLI).

Dal punto di vista procedurale l'iniziativa viene ovviamente rimessa nelle mani del creditore procedente il quale è tenuto a predisporre l'atto di pignoramento da consegnare all'ufficiale giudiziario che procederà all'ingiunzione notificando l'atto medesimo al terzo e al debitore pignorato.

Come rilevato dalla dottrina "il pignoramento presso terzi costituisce una fattispecie complessa che si perfeziona non con la sola notificazione dell'atto introduttivo bensì:

- con la dichiarazione non contestata del terzo;
- con sentenza di accertamento dell'obbligo del terzo indicata dall'art. 549 cod. proc. civ." (DE GIOIA - LAURO).

2. La forma del pignoramento

Il pignoramento di crediti del debitore verso terzi o di cose del debitore che sono in possesso di terzi, si esegue mediante atto notificato personalmente al terzo e al debitore a norma degli articoli 137 e seguenti del codice di rito.

Si tratta di un atto complesso che al contempo è citazione del terzo (per dichiarare di quali beni del debitore esecutato sia in possesso, ovvero di quali somme di denaro sia debitore nei confronti di quest'ultimo) e del debitore (perché sia presente alla dichiarazione del terzo e alle ulteriori fasi) ed ingiunzione al debitore ed intimazione al terzo di non disporre di quanto oggetto di pignoramento.

In altre parole, l'atto in esame deve contenere, oltre all'ingiunzione al debitore di cui all'articolo 492 c.p.c. su ci si è già soffermati:

1) l'indicazione del credito per il quale si procede, del titolo esecutivo e del precetto;

2) l'indicazione, almeno generica, delle cose o delle somme dovute e l'intimazione al terzo di non disporne senza ordine di giudice;

3) la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale competente;

4) la citazione del terzo e del debitore a comparire davanti al giudice del luogo di residenza del terzo, affinchè questi faccia la dichiarazione di cui all'articolo 547 e il debitore sia presente alla dichiarazione e agli atti ulteriori, con invito al terzo a comparire quando il pignoramento riguarda i crediti di cui all'articolo 545, commi terzo e quarto, e negli altri casi a comunicare la dichiarazione di cui all'articolo 547 al creditore procedente entro dieci giorni a mezzo raccomandata.

Nell'indicare l'udienza di comparizione si deve rispettare il termine previsto nell'articolo 501 c.p.c., di dieci giorni dal pignoramento.

L'ufficiale giudiziario, che ha proceduto alla notificazione dell'atto, è tenuto a depositare immediatamente l'originale nella cancelleria del tribunale per la formazione del fascicolo previsto nell'articolo 488 c.p.c.. In tale fascicolo debbono essere inseriti il titolo esecutivo e il precetto che il creditore pignorante deve depositare in cancelleria al momento della costituzione prevista nell'articolo 314 c.p.c..

3. Aspetti procedurali

L'atto complesso in esame così notificato segna il momento in cui il pignoramento acquista efficacia per quanto il completamento della fattispecie avverrà, secondo l'orientamento facente capo alla Suprema Corte, solo con la dichiarazione del terzo o con l'accertamento del credito (Cass. 9.12.92, n. 13021).

La citata pronuncia della Suprema Corte ha precisato, in particolare, che

> Il pignoramento di crediti presso terzi ha una struttura complessa e non si compie solo con la notificazione dell'atto introduttivo, ma si perfeziona con la dichiarazione non contestata del terzo o con la sentenza di accertamento dell'obbligo del terzo indicata dall'art. 549 cod. proc. civ..
> Da tutto questo si deve ricavare che, sul piano processuale, il credito, essendo il pignoramento una fattispecie a formazione progressiva, deve sussistere al momento della dichiarazione del terzo o in quello del suo accertamento (Cass. 9.12.92, n. 13021).

Dalla notificazione poi, da un lato, il debitore è assoggettato ai vincoli propri del pignoramento, dall'altro, il terzo, giusta la riforma di cui alla legge 80/2005, si ritrova sottoposto a un vincolo diretto riconducibile agli obblighi del custode (art. 546 c.p.c.).

La sua responsabilità è pari all'importo del credito precettato aumentato della metà con la conseguenza in pratica che se dovesse adempiere nei confronti del suo creditore senza il previo ordine del giudice non sarà liberato dalla prestazione dovuta (art. 2917 c.c.).

Se il pignoramento è presso più terzi, ai sensi dell'art. 546, II comma, c.p.c. (come novellato dalla legge n. 80/05), il debitore può chiedere la riduzione proporzionale dei singoli pignoramenti a norma dell'art. 496 c.p.c., ovvero la dichiarazione di inefficacia di taluno di essi. Il giudice dell'esecuzione, convocate le parti, provvede con ordinanza non oltre venti giorni dall'istanza.

Quando il credito pignorato è garantito da pegno con l'atto di pignoramento si intima chi detiene la cosa a non effettuare la riconsegna senza l'ordine del giudice, quando invece sia garantito da ipoteca l'atto in esame deve essere annotato nei libri fondiari (art. 544 c.p.c.), infine quando il credito pignorato è incorporato in un titolo di credito il pignoramento deve essere eseguito sul titolo (art. 1997 c.c.).

A norma dell'art. 545 c.p.c. non possono essere pignorati i crediti alimentari, tranne che per causa di alimenti e sempre con l'autorizzazione del pretore e per la parte da lui determinata mediante decreto.

Non possono essere pignorati crediti aventi per oggetto sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie e funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza.

Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario di altra indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal pretore.

Tali somme possono essere pignorate nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle province e ai comuni, ed in eguale misura per ogni altro credito.

Il pignoramento per il simultaneo concorso delle cause indicate precedentemente non può estendersi oltre la meta' dell'ammontare delle somme predette.

Restano in ogni caso ferme le altre limitazioni contenute in speciali disposizioni di legge.

È compito dell'ufficiale giudiziario una volta effettuata la notificazione dell'atto di pignoramento depositarne l'originale nella cancelleria del tribunale per la formazione del fascicolo dell'esecuzione.

Si è affermato da parte della giurisprudenza di legittimità

> Nella giurisprudenza di questa Corte è stato ripetutamente affermato il principio secondo il quale il pignoramento presso terzi costituisce una fattispecie complessa, che si perfeziona con la dichiarazione non contestata dal terzo o con la sentenza di accertamento dell'obbligo del terzo indicata dall'art. 549 cod. proc. civ. sent. 9 dicembre 1992 n. 13021 e 9 giugno 1994, n. 5617.
> Il principio e stato enunciato per stabilire in quale momento deve sussistere il credito pignorato (sent. n. 1321-92, cit. e la permanenza della responsabilità del terzo detentore del bene pignorato (sent. n. 5617-94, cit.).
> Fuori da queste situazioni particolari determinati effetti del pignoramento presso terzi si determinano comunque dal momento della notificazione al terzo dell'atto indicato dall'art. 543 cod. proc. civ., perché questa notificazione produce l'effetto particolare di rendere inefficaci rispetto al creditore procedente gli atti di disposizione del credito da parte del terzo, come si ricava dall'art. 2917 cod. civ.
> Da questo principio discende che, intimato il precetto, l'esecuzione forzata mediante pignoramento presso terzi deve essere iniziata, mediante la notificazione al terzo dell'atto indicato dall'art. 543 cod. proc. civ. nel termine di novanta giorni dalla notificazione del precetto, come dispone il primo comma dell'art. 481 dello stesso codice (Cass. 3.10.97, n. 9673).

Con riferimento al mancato deposito del verbale di pignoramento

> osserva questa Corte che l'inosservanza del termine per il deposito da parte dell'ufficiale giudiziario del verbale di pignoramento e del titolo esecutivo determina una irregolarità che, senza incidere sulla validità del pignoramento, comporta l'impossibilità di provvedere sull'istanza di vendita, con la conseguenza che la suddetta irregolarità, che si riflette sugli atti successivi, deve essere fatta valere, con l'opposizione di rito ex art. 617 c.p.c., entro il termine di cinque giorni dalla notificazione dell'ordinanza di fissazione dell'udienza di comparizione delle parti innanzi al giudice dell'esecuzione (arg. da Cass., n. 6675-92).
> In base al rilievo di cui innanzi, pertanto, deve certamente escludersi che il

deposito del verbale di pignoramento e del titolo esecutivo (finalizzato alle esigenze specifiche e proprie del processo esecutivo in vista della serie degli atti successivi) abbia anche l'ulteriore scopo di assicurare eventuali interessi di terzi non assoggettati all'esecuzione in veste di opponenti, per cui, come in virtù della regola generale il terzo non è legittimato a far valere eventuali irregolarità degli atti esecutivi con l'opposizione ex art. 617 stesso codice, allo stesso modo deve negarsi che il terzo opponente abbia interesse a porre la questione oggetto del mezzo d'impugnazione, la quale non è affatto rilevante per l'accertamento specifico cui è diretta la domanda di opposizione ex art. 619 c.p.c., la quale dà vita ad un ordinario giudizio di cognizione, autonomo rispetto all'esecuzione in cui si inserisce.
Ulteriore conseguenza del carattere di autonomo giudizio di cognizione, proprio dell'azione ex art. 619 c.p.c., è quella che l'onere di provare la titolarità del diritto del terzo opponente di sottrarre il bene pignorato all'esecuzione attiene al fatto costitutivo della pretesa ex art. 619 c.p.c. ed è, perciò, a carico dell'opponente (Cass. 13.10.03, n. 15278).

4. La dichiarazione del terzo

Una volta giunti all'udienza per la dichiarazione del terzo con il possibile verificarsi di due ipotesi: che il terzo compaia, che il terzo non compaia.

Nella prima ipotesi deve precisarsi che la comparizione del terzo deve essere effettuata personalmente o a mezzo di procuratore speciale o del difensore munito di procura speciale (e non più a mezzo di mandatario speciale come avveniva nel sistema *ante* riforma), deve 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

Con l'obbligo di precisare altresì se vi siano stato già pignoramenti, sequestri o cessioni.

Se vi sia stato un precedente sequestro è dovere del creditore pignorante chiamare il sequestrante ex art 547, terzo comma c.p.c.; se vi sia stato un precedente pignoramento il terzo può limitarsi a richiamare a dichiarazione precedente (art. 550 c.p.c.).

Con la dichiarazione non si realizza una vera propria confessione (nel senso della dichiarazione quale confessione si veda: Cass. 17.11.2003, n. 17367), in quanto non vi è un processo di cognizione, tuttavia, si realizza la condizione per l'utile prosecuzione del processo di esecuzione, il tutto sempre che non vi siano contestazioni sulla dichiarazione.

Non solo, nella specie parti processuali sono il creditore procedente, eventuali creditori intervenuti ed il debitore quindi, a rigore, non può parlarsi di confessione giudiziale per il terzo, appunto, non è parte. Siamo comunque di fronte ad una dichiarazione contro se stessi.

Particolarmente interessante la soluzione prospettata dalla Suprema Corte con riferimento alle ipotesi di dichiarazione reticente o elusiva.

Muovendo dalla considerazione secondo la quale elemento essenziale della fattispecie costitutiva del pignoramento ex art. 543 c.p.c., ed indispensabile per il

suo perfezionamento è proprio la dichiarazione prestata dal terzo, afferma la Corte come questi non si presenti sin dall'origine come parte del procedimento esecutivo e come tale veste non assuma se non quando – disertata la udienza, o negata la dichiarazione od insorta contestazione su di essa – si dia luogo ad un processo incidentale di accertamento del suo obbligo.

Ne deriva che:

> Anteriormente all'apertura di detto giudizio non è quindi possibile concepire la posizione del terzo se non come quella di un soggetto, ausiliario del giudice, investito di un dovere di collaborazione e di una funzione strumentale per il corretto e sollecito svolgimento del processo esecutivo; posizione per alcuni aspetti analoga a quella assegnata a tutti coloro ai quali è richiesta, per fini processuali, una dichiarazione di scienza, e cioè ai testimoni. La investitura di tale dovere di collaborazione muove dal presupposto di una normale indifferenza, per il terzo, della persona destinataria della consegna o del pagamento della cosa altrui o del credito, purché tali atti abbiano un effetto, per lui, liberatorio; ed impone comunque al terzo la soggezione ad un obbligo di sincerità e di imparzialità, un comportamento di predeterminato stampo e contenuto affinché al giudice affluiscano elementi cognitivi certi e veritieri, idonei alla identificazione dei beni oggetto della esecuzione e destinati alla espropriazione forzata.
>
> Quanto il terzo si sottragga a tale dovere di collaborazione nell'interesse della giustizia, attraverso una condotta artatamente reticente od elusiva che allontani nel tempo la definizione del procedimento esecutivo, rendendo indispensabile la spendita di una ulteriore attività processuale, a carattere incidentale e cognitivo, e quando questo ritardo sia (specie in tempi di accentuata svalutazione monetaria) direttamente foriero di un conseguenziale pregiudizio aggiuntivo per il creditore esecutante, concorrono i presupposti in presenza dei quali è dato al giudice del merito di applicare i principi sulla lesione del diritto di credito da parte del terzo.
>
> All'autore della dichiarazione mendace o fuorviante non può invero essere addebitata la responsabilità aggravata prevista dall'art. 96 CPC, dal momento che egli, come si è detto, anteriormente alla introduzione del giudizio di accertamento non ha ancora qualità di parte, e dal momento che la norma ora citata non è certamente volta a regolare le conseguenze dell'illecito perpetrato da un collaboratore od ausiliario del giudice.
>
> A fronte della manomissione di un diritto, sia pure non assoluto ma relativo quale quello di credito, commessa non dal soggetto passivo del rapporto obbligatorio ma dal terzo pignorato, ben può essere invece invocata ed apprestata la tutela aquiliana ex art. 2043 cod. civ. per la risarcibilità di un danno prodotto non jure e contra jus; sempre che sia possibile ravvisare una connessione oggettiva tra l'evento imputabile al terzo e la lesione del credito (per tale intendendo il ritardo nel conseguimento del bene a suo tempo dedotto ad oggetto della obbligazione fatta poi valere in executivis), oltre alla imputabilità al terzo di una condotta dolosa o colposa direttamente produttiva di quel pregiudizio (Cass., s.u., 18.12.87, n. 9407).

Potrà anche accadere però tanto che il terzo non compaia, quanto che il terzo compaia ma si rifiuti di rendere la dichiarazione, quanto infine che sulla dichiarazione sorgano contestazioni. Ricorrendo una di queste tre ipotesi si realizzerà all'interno del processo di esecuzione una fase di cognizione che secondo le regole proprie di tale giudizio mira al raggiungimento di esigenze di certezza.

In proposito, secondo la Suprema Corte:

> convincono della strumentalità del giudizio di cui all'art. 548 citato, rispetto al processo esecutivo, non solo fattori esegetici, ma elementi sostanziali, i quali indicano che oggetto del giudizio di accertamento non è il rapporto sostanziale debitore-terzo. Vale a dire che il giudizio di accertamento non ha per oggetto l'accertamento del rapporto esistente tra il debitore esecutato ed il terzo, ma l'accertamento dell'esistenza del credito come oggetto della pretesa esecutiva per come questa è stata indicata nell'atto di pignoramento.
> Ne deriva che, nel giudizio di cui si è detto, l'accertamento si compie per verificare la soggezione del credito all'espropriazione, con riferimento al silenzio o alla dichiarazione negativa del terzo.
> Si tratta di accertamento di stretta attinenza all'azione esecutiva, senza rilevanza esterna e senza che nel processo possano trovare collocazione questioni di giurisdizione, alla stessa maniera di come, dopo la riforma dell'art. 548 operata attraverso l'art. 98 del d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, attributiva della cognizione nella materia al solo giudice unico dell'esecuzione, non hanno spazio le questioni di competenza (Cass., s.u., 18.10.02, n. 14831).

Giudice competente sarà sempre il Tribunale del luogo di residenza del terzo nella persona del giudice dell'esecuzione che provvederà all'istruzione della causa su istanza di parte.

Il relativo giudizio mira ad accertare l'esistenza, o meno, del debito del terzo ed in caso di esito positivo l'ammontare dello stesso e si concluderà con una sentenza che il giudice adotterà sulla base delle norme del secondo libro del codice potendo, quindi, valutare il persistente rifiuto del terzo a compiere la dichiarazione come implicita ammissione.

Ha affermato la Cassazione che:

> nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo il creditore procedente non può esercitare, a tutela della realizzazione del proprio credito, i diritti e le azioni spettanti al proprio debitore verso i terzi e che questi trascura di esercitare, quali siano state le ragioni dell'inerzia (Cass. civ. 30.5.00, n. 7192).

Circa la possibilità per il debitore esecutato di eccepire, nel giudizio ex artt. 548 e 549 c.p.c., l'avvenuta cessione del credito e quindi la prevalenza della cessione stessa sul pignoramento ex art. 2914, n. 2, c.c. la giurisprudenza di legittimità ha affermato che:

> Il debitore esecutato è parte necessaria nel processo di accertamento di cui all'art. 549 cod. proc. civ. (Cass. 13 agosto 1964 n. 2318, 10 maggio 2000 n. 5955) poiché anzitutto nei suoi confronti dev'essere verificata l'esistenza del credito da pignorare.
> Nel corso di tale processo di cognizione e attraverso l'eccezione egli può chiedere un'accertamento della non persistenza del credito nel suo patrimonio, per avere egli ceduto il credito stesso ad un terzo. L'interesse a questo accertamento negativo, ossia a sostenere la prevalenza della cessione sul pignoramento ex art. 2914 n. 2 cit., deve essere ravvisato poiché ogni soggetto che abbia compiuto un negozio giuridico, valido purché lo scopo perseguito possa ricevere giuridica tutela (art. 1418 cod. civ.), ha interesse alla stabilità dei conseguenti effetti, che si traduce nel diritto a conservare gli effetti favorevoli e ad evitare gli effetti sfavorevoli della caducazione o dell'inefficacia. E questo interesse, sostanziale, una volta negato da altri, si traduce nell'interesse all'accertamento giudiziale (Cass. 28 giugno 1997 n. 5819) come pure all'impugnazione in caso di soccombenza (Cass., s.l., 26.10.02, n. 15141).

Quanto al riparto dell'onere della prova nel giudizio che segua alla mancata o contestata dichiarazione del terzo si è affermato, da parte della Suprema Corte, che:

> al creditore spetta l'onere di provare il fatto costitutivo dell'obbligo del terzo…
> Al terzo spetta per converso l'onere di provare d'avere estinto la sua obbligazione prima del pignoramento, ciò che fa venir meno la esistenza del credito supposta dal pignorante (Cass. 15.06.1964 n. 1498) (Cass. civ., 8.6.94, n. 5547).

Una volta pronunciata la sentenza e ancora prima che la stessa passi in giudicato riprenderà il processo esecutivo nel termine perentorio assegnato dal giudice alle parti e sempreché l'accertamento sia positivo in quanto l'ipotesi in cui sia negativo il processo esecutivo o avrebbe più ragione di esistere.

L'autentica novità introdotta con la legge n. 52/2006 consiste nell'aver accelerato – o meglio nell'aver voluto accelerare – la procedura con la possibilità per il terzo di inviare la propria dichiarazione a mezzo raccomandata a/r così essendo sollevato dall'onere di partecipare all'udienza.

Salvo che si tratti di debiti derivanti da rapporti di lavoro privato (quali salari, stipendi, indennità), il terzo può quindi inviare una raccomandata ma sarà sollevato dall'onere di presenziare all'udienza solo quando sarà pervenuta detta raccomandata, almeno stando alla lettera della norma (che recita "Con dichiarazione …, nei casi previsti, a mezzo raccomandata inviata …").

Potrà quindi accadere che il terzo abbia inviato la dichiarazione e che questa alla data dell'udienza non sia ancora pervenuta al creditore per disguido postale.

Sarebbe stato opportuno, sul punto, una più decisa presa di posizione da parte del legislatore nei confronti degli strumenti di comunicazione propri delle nuove tecnologie informatiche.

5. La funzione dell'udienza ex art. 547 c.p.c.

Volendo soffermarsi sulla funzione dell'udienza ex art. 547 c.p.c. va nuovamente sottolineata la modifica al primo comma di tale disposizione, con la riforma del 2006, che oggi recita "Con dichiarazione all'udienza o, nei casi previsti, a mezzo raccomandata inviata al creditore procedente, il terzo, personalmente o a mezzo di procuratore speciale o del difensore munito di procura speciale, deve 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".

È poi da richiamare all'attenzione dell'interprete l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui

> nel pignoramento presso terzi, l'udienza indicata dall'art. 547 c. p.c. svolge, rispetto agli atti esecutivi compiuti anteriormente all'udienza medesima, la funzione preclusiva che le udienze di cui agli artt. 530 e 569 stesso codice svolgono, rispettivamente per la espropriazione mobiliare e per quella immobiliare.
> Di conseguenza - ha aggiunto pure questa Corte - il vizio dell'atto di pignoramento, consistente nella mancanza in esso dell'intimazione al debitore indicata dall'art. 492 c.p.c., deve essere fatto valere con l'opposizione agli atti esecutivi non oltre il termine di cinque giorni dalla udienza fissata a norma dell'art. 547 per la citazione del terzo e del debitore (Cass. 1.2.02, n. 1308).

Quanto alla dibattuta questione del se la sentenza che definisce il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo definisca o meno il rapporto sostanziale che corre tra debitore esecutato e terzo debitore, ha affermato la Suprema Corte che:

> con la sentenza di cui all'art. 549 c.p.c. certamente si realizza l'accertamento della valida costituzione del credito come oggetto del pignoramento. In definitiva, la dichiarazione positiva del terzo o l'accertamento compiuto giudizialmente completano l'oggetto dell'espropriazione presso terzi; oggetto che, ai fini espropriativi, è definitivamente fissato in uno dei modi ora indicati.
> L'oggetto del pignoramento, così accertato, è, quindi, quello che costituisce l'oggetto dell'ordinanza di assegnazione del credito.
> Questa dovrà essere emessa nei limiti dell'accertamento sull'oggetto compiuto nei modi che si sono visti (Cass. civ., 6.11.02, n. 15549).

Come visto è giurisprudenza costante della Suprema Corte che nell'ipotesi di pignoramento presso terzi e di mancata o contestata dichiarazione del terzo, il conseguente giudizio di accertamento del credito del debitore esecutato - giudizio promosso ai sensi dell'art. 548 c.p.c. appunto al fine di verificare l'esistenza e l'ammontare del debito del terzo - abbia natura cognitoria e presenti carattere di autonomia rispetto al processo di esecuzione da cui trae origine ed al quale è pregiudiziale, tanto è che ne determina la sospensione (ex art. 549 c.p.c.).

> Conseguentemente la competenza per materia o per valore in ordine al detto giudizio di cognizione, sul credito del debitore esecutato nei confronti del terzo, deve essere individuata e stabilita con riguardo a tale credito e quindi tenendo conto del valore dello stesso o della sua natura (ove, in base a questa, sia prevista dalla legge una competenza funzionale o per materia), senza dunque che rilevi l'originaria pretesa del creditore procedente oggetto del procedimento d'esecuzione (cfr. in argomento Cass. 23 marzo 1994 n. 2805, 15 gennaio 1998 n. 406, 24 novembre 1998 n. 11930) (Cass., s.l., 26.8.03, n. 12513).

Ancora, con riferimento alla competenza nell'espropriazione forzata condotta con le forme del pignoramento presso il terzo, è da sottolinearsi come "la competenza a decidere l'accertamento dell'obbligo del terzo appartiene funzionalmente al giudice dell'esecuzione competente per il processo esecutivo" (Cass. 27.10.03, n. 16138).

6. Assegnazione e vendita nell'espropriazione presso terzi

Quando il terzo si sia riconosciuto o sia stato giudizialmente dichiarato possessore di cose mobili del debitore il giudice provvede alla loro assegnazione o vendita secondo le stesse regole dell'espropriazione mobiliare presso il debitore.

Quando invece il terzo si sia riconosciuto oppure sia stato giudizialmente dichiarato debitore di una somma di denaro deve distinguersi tra l'ipotesi in cui il credito sia immediatamente esigibile (da equipararsi all'ipotesi in cui il credito sia esigibile entro un termine non superiore a novanta giorni) – in cui il giudice dell'esecuzione provvederà all'assegnazione ex art 553, primo comma c.p.c., e quindi previa ripartizione con i creditori concorrenti e salva esazione (ossia l'assegnazione avverrà pro solvendo) – e l'ipotesi in cui sia esigibile in un termine più lungo in cui l'assegnazione è possibile quando richiesta concordemente dai creditori altrimenti si procederà con le regole della vendita forzata di cose mobili (art. 553, secondo comma e 554 c.p.c.).

L'ordinanza di assegnazione sarà poi impugnabile solo con l'opposizione agli atti esecutivi.

L'assegnazione al creditore può essere disposta solo su istanza specifica dello stesso. Sul punto, invero, ha precisato la Suprema Corte:

> Quante volte, nella espropriazione forzata mobiliare presso terzi, il pignoramento cada su bene diverso da un credito che comporti il diritto al pagamento di somme dovute in un termine non superiore a novanta giorni, si prospetta l'alternativa tra assegnazione e vendita (artt. 553, commi 1 e 2, e 552 c.p.c.) e la prima richiede, per poter essere disposta dal giudice dell'esecuzione, l'istanza del creditore, che domandi l'assegnazione a se del bene pignorato (artt. 553, comma 2, 552 e 529 ss. c.p.c.): di tal che l'istanza di assegnazione non può essere considerata implicita nel pignoramento del bene di cui si discute (Cass. 22.2.95, n. 1954).

Quando poi si verifichi nella specie che il debitore sollevi contestazioni sulla entità del credito, proponendo opposizione all'esecuzione o sollevando una controversia in sede di distribuzione del ricavato, allora si è in presenza di una questione che deve essere risolta nei modi della cognizione e, sull'accertamento della entità del credito, alla data della decisione si forma un giudicato, che travalica l'ambito del processo esecutivo in corso.

Precisa la Cassazione:

> che il debitore abbia il potere di contestare il credito attraverso gli strumenti indicati non significa però che, se non lo faccia, il giudice dell'esecuzione debba limitarsi ad assumere il credito esposto dalla parte istante nel precetto o nella istanza di assegnazione, senza poter verificare se il modo in cui è stato liquidato dalla parte corrisponde al titolo esecutivo od al titolo posto a base dell'intervento.
> Questo accertamento rientra tra i poteri del giudice dell'esecuzione, perché anche il giudice deve applicare la legge ai fatti che costituiscono il diritto di chi propone la domanda.
> Quando il giudice esercita questo potere e non decide su una contestazione sollevata dal debitore, il suo accertamento ha però una portata che si esaurisce nell'ambito del processo esecutivo, in quanto è funzionale alla pronuncia di un atto esecutivo e non risolve una controversia nei modi della cognizione.
> Da ciò deriva che l'ordinanza di assegnazione può essere impugnata dal creditore con opposizione agli atti esecutivi per ottenere un diverso accertamento della misura del credito ed il conseguente parziale annullamento dell'ordinanza, tutto ciò peraltro sempre ai limitati effetti di determinare per il giudice dell'esecuzione l'onere di attenervisi nel tornare a provvedere sulla istanza di assegnazione (Cass. 8.4.03, n. 5510).

La giurisprudenza di legittimità ha affrontato anche il mutamento giuridico che interessa il terzo al momento della assegnazione precisando come:

> la stessa determina … la sostituzione del creditore esecutante all'originario creditore-debitore-pignorato.
> Può affermarsi anzi che l'assegnatario non va considerato solo come adiectus solutionis, od un semplice destinatario del pagamento designato dal giudice, ma diventa titolare esclusivo del credito, sicché, da quel momento, il terzo è tenuto ad adempiere – nei limiti della somma assegnata – al primo (art. 1180 c.c.) a lui, e l'eventuale pagamento effettuato all'originario creditore non avrebbe alcuna efficacia liberatoria (art. 1188 c.c.). Viceversa, il pagamento effettuato all'assegnatario del terzo estingue, contemporaneamente (sempre nei limiti della somma assegnata e corrisposta) il credito dell'assegnatario nei confronti del debitore esecutato e quello del terzo nei confronti del proprio creditore-esecutato.
> Dall'assegnazione, il ritardo nell'adempimento dà quindi diritto al creditore-esecutante di pretendere dal terzo tanto gli interessi che l'ulteriore risar-

> cimento, ove dimostri di aver subito un danno ulteriore, a norma dell'art. 1224 c.c. (e non dell'art. 2043 c.c.) (Cass. 19.9.95, n. 9888).

Si è precisato altresì che:

> allorquando nell'ordinanza di assegnazione di crediti di cui all'art. 553 cod. proc. civ. sia disposto che i titoli in possesso del terzo siano convertiti in danaro e le parti non sollevino obiezioni sul punto, la corrispondente operazione di trasformazione non appartiene all'esecuzione dell'ordinanza, ma si risolve nella attuazione della dichiarazione del terzo relativa al possesso dei titoli appartenenti al debitore esecutato.
> Siffatta attuazione non incide sull'ordinanza di assegnazione, la quale non è modificabile o revocabile se ha avuto già esecuzione nella parte in cui ha disposto l'assegnazione: Cass. 26 maggio 1993, n. 5890, sia pure in fattispecie diversa (Cass. 28.3.01, n. 4494).

per poi concludere nel senso che:

> nella giurisprudenza di questa Corte, oltre che nella prevalente dottrina, il provvedimento di assegnazione dei crediti di cui all'art. 552 cod. proc. civ., emesso dal giudice dell'esecuzione è configurato come una "cessio pro solvendo" in favore del creditore; cosicché l'ordine del giudice produce una modificazione giuridica che incide sul diritto di credito coattivamente ceduto, il quale è trasferito all'assegnatario simultaneamente al provvedimento di assegnazione: sent. 9 dicembre 1992, n. 13021, da ultimo.
> Ne consegue che la cosiddetta "materiale assegnazione delle somme" attiene al pagamento o all'adempimento dell'obbligazione di consegna ed è estranea all'ordinanza di assegnazione che, neppure sotto questo profilo poteva essere sospesa (Cass. civ., 28.3.01, n. 4494).

Venendo alla possibilità di esperire avverso l'ordinanza di assegnazione il rimedio del ricorso ex art. 111 Cost. è da sottolineare come tale rimedio processuale sia effettivamente proponibile contro i provvedimenti giurisdizionali resi in forma diversa dalla sentenza, purché presentino i caratteri della decisorietà, incidendo in via diretta su posizione di diritto soggettivo, e della definitività, in quanto insuscettibili di revoca o di modifica da parte dello stesso giudice che li ha emessi o non assoggettabili a specifici altri mezzi di impugnazione (*ex plurimis*: Cass. 23.2.1995 n. 2071).

Nel caso dell'ordinanza in esame, essa difetta del carattere della decisorietà in quanto emessa dal giudice dell'esecuzione, che non dispone in materia di poteri decisori, senza alcuna attività istruttoria e le garanzie del procedimento di opposizione.

Precisa poi la Corte che quando tale atto assuma il "carattere della decisorietà" si deve pervenire comunque ad identica soluzione che essa "avrebbe … natura sostanziale di sentenza, decidendo sull'impignorabilità del credito del debitore esecutato verso il terzo, e sarebbe … soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e

non al ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. 1.3.1994 n. 2019; Cass. 28.6.1989 n. 3138; 4.1.2000 n. 14)" (Cass. 16.10.01, n. 12596).

Quanto poi alla natura giuridica dell'ordinanza in esame, secondo l'interpretazione consolidata in seno alla giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi che essa costituisca titolo esecutivo nei confronti del terzo (Cass. 30.5.63, n. 394; Cass. 5.2.68, n. 394; Cass. 14.2.96, n. 453; Cass. 24.11.80, n. 6245; Cass. 18.3.03, n. 3976).

Ed invero, l'ordinanza di assegnazione produce una modificazione soggettiva del rapporto creditorio, in virtù del quale il terzo, *debitor debitoris*, è tenuto ad eseguire la prestazione di chi si è dichiarato debitore, non più al proprio creditore, ma al creditore di questi.

Ciò postula, in un'ottica di tutela del creditore procedente, che il provvedimento, quale che sia la forma che la legge ad essa impone, debba avare in sé efficacia tale da assicurare la soddisfazione del diritto attribuito all'assegnatario nei confronti dell'assegnato, che non può essere costretto ad intraprendere un separato giudizio di cognizione per ottenere il titolo esecutivo (Cass. 18.3.03, n. 3976 *cit*.).

Il fondamento di questa efficacia esecutiva – dalla stessa Suprema Corte ritenuta di individuazione problematica in quanto l'art. 474 c.p.c. non ricomprende il provvedimento di assegnazione tra i titoli esecutivi e l'art. 533 c.p.c. non fa cenno dell'efficacia esecutiva dall'assegnazione - può ricavarsi da una lettura sistematica delle norme disciplinanti l'espropriazioni presso terzi.

Il riferimento è agli artt. 547, 548, 549, 552 e 553 del codice di rito.

L'assegnazione in pagamento, a noma dell'art. 552 c.p.c., consegue alla dichiarazione del terzo di essere debitore di somme (art. 547 c.p.c.) ovvero, in mancanza, alla sentenza che definisce il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo (art. 548 c.p.c.).

Se il procedimento si conclude con una sentenza di accertamento dell'obbligo del terzo, non vi sono ovviamente problemi, essendo la sentenza – pur se definita di accertamento dall'art. 549 c.p.c. – titolo esecutivo (Cass. n. 3976/03 *cit*.).

Ma a conclusioni analoghe deve pervenirsi, ancora secondo l'argomentare del Supremo Collegio, nel caso in cui l'assegnazione consegue alla dichiarazione confessoria del terzo. Ai fini dell'assegnazione infatti, l'art. 553 c.p.c. pone sullo stesso piano la dichiarazione del terzo e la sentenza di accertamento.

E sullo stesso piano devono porsi, per le esigenze della procedura esecutiva, l'efficacia della dichiarazione o della sentenza. Ciò per l'ovvia considerazione che, come rilevato in dottrina, il terzo che ha usato della facoltà do rendere la dichiarazione positiva si sottrae all'accertamento giudiziale a norma degli artt. 548 e 549 c.p.c., cosicché nulla può poi lamentare se dopo l'ordinanza di assegnazione nessun accertamento sarà necessario per conseguire quanto egli ha messo a disposizione della procedura esecutiva.

In altri termini, l'alternatività tra la dichiarazione resa spontaneamente dal terzo e la sentenza che accerta l'obbligo del terzo induce a ritenere che in entrambi i casi il provvedimento di assegnazione abbia efficacia esecutiva.

In tal modo si evita l'incoerenza che la procedura esecutiva possa concludersi con un provvedimento meramente dichiarativo, tale da imporre nuovamente al creditore il ricorso al giudizio di cognizione nei confronti del debitore ceduto.

Tav. 1 – Principali modifiche al c.p.c. che hanno interessato l'espropriazione mobiliare presso terzi

Ante Riforma	*Legge 14 maggio 2005, n. 80 come modificata dalla Legge 28 dicembre 2005, n. 263*	*Legge 24 febbraio2006, n. 52*
Art. 543 (Forma del pignoramento) Il pignoramento di crediti del debitore verso terzi o di cose del debitore che sono in possesso di terzi, si esegue mediante atto notificato personalmente al terzo e al debitore a norma degli articoli 137 e seguenti. L'atto deve contenere, oltre all'ingiunzione al debitore di cui all'articolo 492 : 1) l'indicazione del credito per il quale si procede, del titolo esecutivo e del precetto; 2) l'indicazione, almeno generica, delle cose o delle somme dovute e l'intimazione al terzo di non disporne senza ordine di giudice; 3) la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale competente; 4) la citazione del terzo e del debitore a comparire davanti al giudice dell'esecuzione del luogo di residenza del terzo, affinchè questi faccia la dichiarazione di cui all'articolo 547 e il debitore sia presente alla dichiarazione e agli atti ulteriori. Nell'indicare l'udienza di comparizione si deve rispettare il termine previsto nell'articolo 501. L'ufficiale giudiziario, che ha proceduto alla notificazione dell'atto, è tenuto a depositare immediatamente l'originale nella cancelleria del tribunale per la formazione del fascicolo previsto nell'articolo 488. In tale fascicolo debbono essere inseriti il titolo		***Art. 543 (Forma del pignoramento)*** Il pignoramento di crediti del debitore verso terzi o di cose del debitore che sono in possesso di terzi,si esegue mediante atto notificato personalmente al terzo e al debitore a norma degli articoli 137 e seguenti. L'atto deve contenere, oltre all'ingiunzione al debitore di cui all'articolo 492 : 1) l'indicazione del credito per il quale si procede, del titolo esecutivo e del precetto; 2) l'indicazione, almeno generica, delle cose o delle somme dovute e l'intimazione al terzo di non disporne senza ordine di giudice; 3) la dichiarazione di residenza o l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede il tribunale competente; 4) la citazione del terzo e del debitore a comparire davanti al giudice del luogo di residenza del terzo, affinchè questi faccia la dichiarazione di cui all'articolo 547 e il debitore sia presente alla dichiarazione e agli atti ulteriori, con invito al terzo a comparire quando il pignoramento riguarda i crediti di cui all'articolo 545, commi terzo e quarto, e negli altri casi a comunicare la dichiarazione di cui all'articolo 547 al creditore procedente entro dieci giorni a mezzo raccomandata. Nell'indicare l'udienza di comparizione si deve rispettare il termine previsto nell'articolo 501. L'ufficiale giudiziario, che ha pro-

esecutivo e il precetto che il creditore pignorante deve depositare in cancelleria al momento della costituzione prevista nell'articolo 314.		ceduto alla notificazione dell'atto, è tenuto a depositare immediatamente l'originale nella cancelleria del tribunale per la formazione del fascicolo previsto nell'articolo 488. In tale fascicolo debbono essere inseriti il titolo esecutivo e il precetto che il creditore pignorante deve depositare in cancelleria al momento della costituzione prevista nell'articolo 314.
Art. 546 (Obblighi del terzo) Dal giorno in cui gli è notificato l'atto previsto nell'articolo 543, il terzo è soggetto, relativamente alle cose e alle somme da lui dovute, agli obblighi che la legge impone al custode.	***Art. 546 (Obblighi del terzo)*** Dal giorno in cui gli e' notificato l'atto previsto nell'articolo 543, il terzo e' soggetto, relativamente alle cose e alle somme da lui dovute e nei limiti dell'importo del credito precettato aumentato della metà, agli obblighi che la legge impone al custode. Nel caso di pignoramento eseguito presso più terzi, il debitore può chiedere la riduzione proporzionale dei singoli pignoramenti a norma dell'articolo 496 ovvero la dichiarazione di inefficacia di taluno di essi; il giudice dell'esecuzione, convocate le parti, provvede con ordinanza non oltre venti giorni dall'istanza.	
Art. 547 (Dichiarazione del terzo) Con dichiarazione all'udienza il terzo, personalmente o a mezzo di mandatario speciale, deve 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. Deve altresì specificare i sequestri precedentemente eseguiti presso di lui e le cessioni che gli sono state notificate o che ha accettato . Il creditore pignorante deve chiamare nel processo il sequestrante nel termine perentorio fissato dal giudice.		***Art. 547 (Dichiarazione del terzo)*** Con dichiarazione all'udienza o, nei casi previsti, a mezzo raccomandata inviata al creditore procedente, il terzo, personalmente o a mezzo di procuratore speciale o del difensore munito di procura speciale, deve 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. Deve altresì specificare i sequestri precedentemente eseguiti presso di lui e le cessioni che gli sono state notificate o che ha accettato. Il creditore pignorante deve chiamare nel processo il sequestrante nel termine perentorio fissato dal giudice

CARLO RUSSO

Avvocato

IL DISTACCO
(Art. 30 D.lgs. n. 276/2003 e D.lgs. n. 251/2004)

Relazione effettuata per il Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "D. NAPOLETANO" Sez. Ligure durante il convegno "LE RIFORME PER IL MERCATO DI LAVORO. APPLICAZIONI E PRIMI RISULTATI" dell'11 Luglio 2005 a GENOVA

Prima dell'emanazione del D.Lgs n. 276/2003 non vi era una definizione legale della figura di distacco.

Solo l'art. 8 comma 3 della Legge n. 236/1993, avente quale titolo "Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione", aveva in un certo senso previsto la fattispecie legale che oggi si analizza.

Tale legge prevede infatti che *"gli accordi sindacali, al fine di evitare la riduzione del personale possono regolare il comando o distacco di uno o più lavoratori da un'impresa ad un'altra per una durata temporanea".*

Successivamente è stato emanato il decreto legislativo n. 72/2000 che, in attuazione di una Direttiva Comunitaria la n. 96/71, ha disciplinato l'ipotesi di distacco in Italia di lavoratori che sono abitualmente occupati in uno stato membro dell'Unione Europea.

In questo caso il legislatore ha stabilito, precisamente all'art. 3, che *"al lavoratore distaccato devono essere riconosciute le stesse condizioni economiche e normative previste per gli altri dipendenti, che lavorano nello stesso luogo".*

Infine il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con due note, rispettivamente emanate l'8/3/2001 e l'11/4/2003, ha stabilito che, pur in assenza di un preciso disposto normativo, è legittimo il comando di un lavoratore fra società collegate dello stesso gruppo.

Stante, fino ad oggi, la mancanza di una disciplina in materia di distacco è opportuno precisare che la Giurisprudenza è intervenuta in materia configurando tale fattispecie in presenza di:

- un datore di lavoro (distaccante) che deve soddisfare un proprio comprovato interesse;
- una necessità temporanea di porre uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto (distaccatario) per l'esecuzione di ma determinata prestazione lavorativa.

Alla luce di ciò la Legge Delega 14/2/2003 n. 30 all'art. 1 comma 2 lett. m) n. 3) ha delegato il legislatore, nel chiarire i criteri di distinzione tra appalto e interposizione di mano d'opera a ridefinire i casi di comando o distacco.

Ed ecco allora che il D. Lgs n. 276/2003 ha sostanzialmente recepito i principi giurisprudenziali sopra riportati con una norma di chiusura del Titolo III, Capo II, che definisce tale ultimo negozio trilatero, utilizzabile da tutti i datori di lavoro privati senza limiti di dipendenti.

Il primo comma dell'art. 30 fornisce la nozione del distacco stabilendo che si è in presenza di tale fattispecie *"quando un datore di lavoro per soddisfare un proprio interesse pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa"*.

Dalla lettura di tale testo normativo emerge che il legislatore ha voluto indicare i presupposti giuridici necessari all'azienda che intende ricorrere al "distacco" dei lavoratori presso l'azienda distaccataria salvaguardando tutte le posizioni dei soggetti interessati compresi gli stessi lavoratori coinvolti nelle decisioni di esternalizzazione.

Presupposto essenziale è "l'interesse" mentre il solo consenso del lavoratore non realizza la fattispecie del "distacco" di cui all'articolo in esame, ma "la sospensione convenzionale del rapporto di lavoro" (1).

Pertanto è necessaria la sussistenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante con il terzo che conferma il vincolo sinallagmatico del rapporto di lavoro tra lo stesso distaccante e il lavoratore distaccato, salvaguardando in tal modo la causa del contratto e l'unicità del rapporto di lavoro.

"In altri termini il distacco deve realizzare uno specifico interesse imprenditoriale che consente di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità della prestazione lavorativa ed il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso" (2).

La fattispecie del distacco insieme agli altri due istituti – contratto di amministrazione ed appalto – rappresentano in pratica strumenti di esternalizzazione dell'attività dell'impresa.

Il contratto di somministrazione e il distacco configurano ipotesi di interposizione nel rapporto di lavoro anche se si differenziano tra loro sotto l'aspetto dell'interesse del datore di lavoro interposto. In particolare, nel contratto di somministrazione l'interesse è raffigurato nel compenso per la fornitura di personale mentre nel distacco, l'interesse e la temporaneità sono elementi significativi per la validità dell'istituto che non è caratterizzato dal percepimento da parte del distaccante di un compenso.

Inoltre nel contratto di somministrazione il lavoratore è dipendente dell'agenzia di somministrazione e dà il proprio consenso a lavorare nell'interesse di un terzo, mentre nel "distacco" il lavoratore è assegnato temporaneamente ad altro datore di lavoro mantenendo un unico rapporto di lavoro con il distaccante senza la necessità di dare il proprio consenso.

Per quanto riguarda l'appalto, com'è noto, questi si realizza con l'esternalizzazione di un'attività aziendale, l'appaltatore è l'unico che con propria organizzazione di mezzi (art. 1665 c.c.) svolge a suo rischio l'incarico oggetto dell'appalto.

---

(1) Cassaz. Sez. Lav. 23.4.1992 n. 4851 in Riv. It. Dir. Lav. 1993 II p. 445 con nota di A. Pizzoferrato.

(2) Cass. Lav. Sez. Lavoro 7 Giugno 2000 n. 47743 in NGL 200, 769.

La dottrina nell'approfondire il confronto tra appalto e distacco ha configurato l'ipotesi del "distacco proprio" dal "c.d. distacco improprio" (3).

Quest'ultimo è, per esempio, ravvisabile nell'appalto di servizi effettuato presso l'appaltante, il quale non ha alcun potere direttivo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore.

Invece il "distacco proprio" è configurabile in presenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante che trasferisce in capo al datore di lavoro distaccatario i propri poteri, e, quindi, il potere organizzativo direttivo ad esclusione del diritto a risolvere il contratto di lavoro con il lavoratore distaccato (4).

Nell'ipotesi di fusione di società quella risultante dalla fusione succede in tutti i rapporti già facenti capo alla società distaccataria estinta (5).

Fermo restando quanto sopra è possibile configurare anche l'ipotesi del distacco parziale.

Tale fattispecie viene posta in essere quando un lavoratore svolge la sua prestazione lavorativa in parte presso il distaccatario ed in parte presso il distaccante.

In data 15/1/2004 il Ministero del Lavoro ha emesso la Circolare n. 3/2004 la quale ha chiarito la fattispecie del distacco specificando i due requisiti di legittimitò dell'istituto:

- la temporaneità della prestazione presso il distaccatario;
- l'interesse legato ad esigenze produttive del distaccante.

Per quanto riguarda il primo requisito (temporaneità) è opportuno precisare che tale concetto coincide con quello di non definitività, indipendentemente dall'entità del periodo di distacco, fermo restando che tale durata sia funzionale alla preesistenza dell'interesse del distaccante.

Per quanto riguarda il secondo requisito (interesse) è opportuno sottolineare che questo deve essere concreto e comprovato, rilevando altresì che tale interesse non può essere presunto in base al fatto che le società coinvolte sono collegate, né deve coincidere con la mera somministrazione di lavoro altrui.

La Circolare in oggetto ha altresì autorizzato il distaccante ad assumere con contratto a termine un altro lavoratore ove sussistano le esigenze che legittimano l'apposizione del termine in base alle previsioni del D. Lgs. n. 368/2001.

Per quanto riguarda la forma del distacco è opportuno sottolineare che il decreto legislativo non prevede la forma scritta, tuttavia si fa presente che l'art. 3 del D. Lgs. n. 152/97, emanato in attuazione della direttiva CEE la 91/553, ha stabilito che il datore di lavoro deve comunicare per iscritto al lavoratore quando si verificano situazioni modificative del luogo di lavoro, dell'orario e degli elementi relativi alla mansione stessa.

Quindi, anche se nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 non è prevista la forma scritta, ritengo che la disposizione di cui all'articolo 3 del D. Lgs. n. 152/97 possa

---

(3) "Somministrazione, appalto di servizi, distacco" M. Tiraboschi-Giuffrè, Milano 2004 pag. 227 s.s. "La Sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro" Magrini – F. Angeli 1980 pag. 53 s.s. Cass. Civ. 3.8.2001 n.10771 in M.G.C. 2001 p. 2001.

(4) Cass. Civ. 3.8.2001 n. 10771 in M.G.C. 2001.

(5) Cass. Civ. 31/11/2000 n. 14383 in NGL 2001 p. 161.

essere applicata per analogia alla fattispecie in esame e, pertanto, il datore di lavoro distaccante dovrà comunicare per iscritto al lavoratore il distacco presso un'altra azienda.

Per quanto riguarda la retribuzione, il secondo comma dell'art. 30 del decreto sancisce la responsabilità del datore di lavoro distaccante, con conseguente obbligo a corrispondere il trattamento economico e normativo previsto a favore del dipendente distaccato e ad assolvere ai relativi adempimenti contributivi e fiscali.

Quindi il distaccante è in un certo senso responsabile sia della retribuzione sia dei contributi, pertanto è chiaro che per la classificazione previdenziale e quindi per il regime contributivo applicabile al lavoratore distaccato è necessario fare riferimento all'attività del distaccante, indipendentemente dal tipo di attività del distaccatario e dalle mansioni svolte dal lavoratore durante il distacco.

Per quanto riguarda i contributi INAIL, anche questi sono posti a carico del distaccante, anche se il premio deve essere commisurato alla tariffa dei premi in vigore presso l'azienda in cui il soggetto svolge l'attività.

In caso di infortunio, salvo diverso accordo tra le parti circa la ripartizione degli obblighi normativi ed economici, il distaccatario è considerato responsabile dell'infortunio in quanto soggetto incaricato alla sorveglianza del distaccato, mentre il distaccante è responsabile civilmente ai sensi dell'art. 10 del Dpr n. 1124/1965.

L'onere di approntare le misure di sicurezza sul lavoro al fine di prevenire gli infortuni grava invece sul soggetto distaccatario, nella stessa misura in cui il medesimo è responsabile nei riguardi dei propri dipendenti.

Il consenso del lavoratore (oltre all'interesse del distaccante) è obbligatorio quando il distacco comporta un mutamento di mansioni originarie, e in questo caso il lavoratore accettando il mutamento di mansioni sottoscrive anche l'eventuale equivalenza delle mansioni che svolgerà presso l'azienda distaccataria.

Il consenso del lavoratore non è invece richiesto in caso di distacco che viene posto in essere, quale alternativa alla messa in mobilità al fine di evitare la riduzione del personale.

Il potere direttivo in generale spetta al soggetto distaccatario presso cui si svolge la prestazione e nella cui organizzazione lavorativa il lavoratore è inserito, invece il potere disciplinare, compresa la possibilità di licenziare il lavoratore, rimangono in capo al distaccante.

La suddivisione del potere direttivo, da un lato, e potere disciplinare, dall'altro, distingue e caratterizza questa fattispecie che, pertanto, non è confondibile con l'interposizione di manodopera, in quanto esistono sempre i requisiti della temporaneità e dell'interesse legato ad esigenze produttive che devono essere dimostrate da parte del distaccante.

Il terzo oomma dell'art. 30 dispone che quando il distacco del lavoratore comporta lo svolgimento di mansioni diverse da quelle svolte presso l'azienda distaccante, occorre il consenso dello stesso lavoratore distaccato.

Pertanto il consenso del lavoratore non è necessario nel caso in cui le mansioni non cambiano, in quanto ciò rientra nel potere organizzativo del datore di lavoro anche alla luce dell'art. 2104 c.c.

Mentre, invece, quando le mansioni subiscono dei mutamenti il datore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui all'art. 2103 c.c., per cui è previsto il consenso del lavoratore.

In riferimento a ciò la Circolare del Ministero del Lavoro n. 3/2004 chiarisce che "il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso".

Il ruolo del consenso del lavoratore nell'ipotesi del distacco risponde all'interpretazione dell'art. 2103 c.c..

È riconosciuto che l'equivalenza delle mansioni non deve considerarsi "con riferimento ai livelli professionali astrattamente individuati dalla contraddizione collettiva ma piuttosto con riferimento al concreto contenuto della prestazione di lavom" (6).

Pertanto nel distacco l'equivalenza significa che possono essere assegnate al lavoratore interessato mansioni confacenti alle sue capacità professionali specificate nel contratto (7).

L' art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 non considera l'ipotesi che durante il distacco il lavoratore possa svolgere mansioni comportanti una qualifica superiore.

In tal caso, applicando analogicamente l'art. 23, comma sesto (in materia di somministrazione), dello stesso D. Lgs., si deve ritenere sussistente il diritto del lavoratore, interessato al distacco, all'inquadramento superiore.

Proseguendo nell'esame dell'art. 30, il terzo comma disciplina il caso in cui il distacco avvenga presso un'unità produttiva delocalizzata e sita a piÌ di 50 Km da quella in cui il lavoratore abitualmente opera.

Orbene per tale fattispecie il legislatore ha introdotto un limite oltre il quale il datore di lavoro deve motivare il trasferimento del lavoratore distaccato da un'unità produttiva ad un'altra. In tal caso è espressamente richiesto, con affermazione che ripete la previsione dell'art. 2103 c.c. che il distacco deve essere fondato su *"ragioni tecniche, organizzative e produttive"* o su ragioni *"sostitutive"*. La congiunzione "o", a mio parere, rileva che un datore di lavoro può distaccare un soggetto a più di 50 chilometri anche solo per motivi sostitutivi, quindi in questo caso è configurabile un trasferimento e non un distacco.

Alcune critiche di Dottrina all'istituto, hanno definito il distacco come un "istituto pericoloso" (8), in quanto l'interesse del distaccante non è definito, né specificato e, pertanto, tale interesse potrebbe anche consistere in un puro scambio di lavoratori, celato sotto la motivazione distacco, oppure potrebbe essere utilizzato come un elemento punitivo, discriminatorio e mobbistico.

Un'altra parte della Dottrina ha rilevato che, non esistendo un principio di parità di trattamento tra il lavoratore distaccato e i lavoratori in forza presso l'a-

(6) M. Biagi, Giuffrè Milano 2003.

(7) Il contratto di lavoro 2, Ichino Giuffrè Milano 2003, pag. 288.

(8) Cfr. Piergiovanni Alleva, "Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro", Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale, n. 4/2003, pag. 897.

zienda del distaccatario, vi potrebbero essere delle differenze fra il trattamento retributivo di soggetti che svolgono la medesima attività lavorativa (9).

Recentemente la sentenza n. 594 del 17/1/2000, della Corte di Cassazione (10), ha considerato distacco lecito e non interposizione l'invio di dipendenti da una cooperativa presso il patronato di cui questa faceva parte.

Tale configurazione lecita è stata stabilita in base al fatto che l'invio dei tre lavoratori era stato effettuato in base ad un interesse di natura solidaristica e non economico. Infatti l'invio dei dipendenti era stato effettuato dalla cooperativa non per fini di lucro, ma unicamente per adempiere l'obbligo statuario di contribuire a realizzare le finalità della ACLI di cui la cooperativa faceva parte.

A mio parere, da tutto quanto esposto, il distacco in futuro potrà essere fonte di problemi che saranno risolti nelle aule dei Tribunali.

La disposizione prevista al quarto comma dell'articolo in esame è stata emanata tenuto conto della disciplina dell'art. 8, comma terzo, del D. L. 20.5.1993 n. 148 convertito con modificazioni dalla Legge 18 luglio 1993 n. 236 recante "Interventi urgenti per l'occupazione" (11).

È evidente che l'intento del legislatore è quello di preservare i livelli occupazionali delle aziende in difficoltà, per cui, in presenza di accordo sindacale, è stata prevista la possibilità di disporre il distacco del lavoratore in esubero per evitare il suo licenziamento.

In pratica, sussistente un accordo sindacale, può essere effettuato il distacco se manca l'interesse del distaccante in quanto questo corrisponde all'assunzione dei costi del dipendente eccedente a carico del distaccatario.

La previsione del distacco è uno strumento spesso attuato all'interno dei principi societari e la sussistenza dell'interesse da parte del datore di lavoro è sicuramente più facilmente comprovabile.

Tale ipotesi di distacco non ha un'autonoma disciplina giuridica, né tanto meno si differenzia dalle altre fattispecie di distacco ove non sussiste nessun rapporto fra le imprese.

La suddetta Circolare del Ministero del lavoro n. 3/2004 indica la presenza dell'interesse ove esista *"una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo A"*.

In sostanza l'interesse al distacco è da considerare sussistente tenendo conto del rapporto tra distaccante e distaccatario quando riguarda un interesse di controllo della attività svolta dalle due imprese (12).

Il D. Lgs. del 6 Ottobre 2004 n. 251 ha inserito nell'art. 30 del D. Lgs. 10

---

(9) Cfr. Pasquale Chiera, "Lavoro e Diritto", Camuzzi Editore - Bari, Caf. III/109 e segg.

(10) Cfr. Cass. Sez. Lavoro 17/1/2000, n. 594, Riv. It. Dir. Lav. n. 3/2001, pag. 407.

(11) Testo art. 8 D.L. 148/93 convertito L. 1993/236 "Norme in materia di licenziamenti collettivi" (G.U. Serie Generale n. 167 del 19/7/1993) "Gli accordi sindacali al fine di evitare le riduzioni di personale possono regolare il comando o distacco, di uno o più lavoratori dell'impresa ad altra per una durata temporanea".

(12) Il Contratto di lavoro 1, Ichino Giuffrè, Milano 2000 pag. 500 e segg.

Settembre 2003 n. 276, il comma 4 bis che prevede, nel caso in cui il distacco si verifichi in violazione di quanto previsto al comma 1, la possibilità per il lavoratore interessato di chiedere mediante ricorso giudiziale ai sensi dell'art. 414 c.p.c., la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro che ha utilizzato la prestazione.

La conseguenza prevista è quella dell'art. 27 ("somministrazione irregolare"), comma 2, del D. Lgs. 276/2003 che comporta il passaggio in capo al distaccatario di tutti gli oneri economici e normativi stabiliti per il rapporto di lavoro esistente in capo al distaccante.

È comunque ammissibile che l'accertamento dell'illecito distacco possa essere effettuato anche su iniziativa di terzi interessati (Uffici Ispettivi, Enti Previdemiali, ecc..., ecc...).

Il comma 5 bis dell'art. 18 (Sanzioni), introdotto dal D. Lgs. Correttivo 251/2004, prevede la sanzione penale di tipo pecuniario – ed in particolare la pena dell'ammenda di € 50 – per il distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30 a carico del distaccante e del distaccatario per ogni lavoratore occupato nel periodo.

* * *

Da ultimo, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha emanato in data 24 Giugno 2005 la Circolare n. 28 "Distacco e cassa integrazione – Chiarimenti ministeriali".

Tale Circolare dopo aver esposto al punto 1 i presupposti riguardanti la legittimità del distacco, al punto II esplicita la possibilità del ricorso al distacco, quale alternativa a una procedura di cassa integrazione per contrazione di attività produttiva.

Al punto II la Circolare dapprima sottolinea che il distacco rientra nel potere organizzativo del datore di lavoro, determinando una modifica delle modalità di esecuzione delle mansioni del lavoratore distaccato e, aggiunge, poi, che lo stesso, comunque, è illegittimo se attivato per motivi meramente economici aziendali (interesse a un corrispettivo, interesse al risparmio del costo del lavoro).

Tenuto fermo ciò, la Circolare precisa che disporre il distacco per evitare il ricorso alla Cassa Integrazione potrebbe apparire motivato non da un interesse proprio del distaccante ma, piuttosto, dall'esigenza di sostenere l'impresa temporaneamente in crisi attraverso il rimborso dei costi della manodopera in distacco.

Sennonché il ricorso alla cassa integrazione guadagni comporta una riduzione temporanea dell'attività dell'azienda, per cui può ravvedersi un interesse del datore di lavoro e mantenere i lavoratori interessati all'intervento della Cassa Integrazione.

Pertanto, la suddetta Circolare specifica che con il ricorso alla Cassa Integrazione i lavoratori potrebbero essere indotti a cercare un'altra occupazione a causa della riduzione della retribuzione.

Quindi, nell'ipotesi in esame, il distacco realizza l'interesse di preservare il patrimonio professionale dell'impresa attraverso lo scambio dei lavoratori tra le imprese appartenenti al medesimo gruppo.

NOTE A SENTENZA

Debito contributivo – Termine dell'adempimento – Riconoscimento del debito – Prescrizione.

Tribunale di Palermo – Sez. Lav. - 12 .12. 2003 - Dott. Lo Bello - D'A. (Avv. Macheda) – INPS (Avv. Cola) - S.C.C.I. S.p.a.

La tempestiva presentazione all'INPS, da parte del datore di lavoro, delle denunce contributive compilate sui c.d. modelli DM 10/M non può essere configurata come riconoscimento del debito contributivo idoneo ad interrompere la prescrizione ex *art. 2944 c.c., trattandosi di un atto che – avendo come scadenza il giorno 20 di ogni mese (secondo il disposto dell'art. 1 del D.M. 24 febbraio 1984, emanato ai sensi dell'art. 1 del D.L. n.463/1983, convertito in L. n.638/1983) interviene in un momento che precede l'inizio della prescrizione del credito dell'Istituto previdenziale (che può essere fatto valere solo dopo la suddetta data di scadenza).*

FATTO – Con ricorso depositato in data 23 febbraio 1999, il ricorrente indicato in epigrafe conveniva in giudizio l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), proponendo opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 2804/97, con il quale, istante l'Istituto, il Pretore G.L. di Palermo gli aveva intimato il pagamento della somma di £. 30.296.232 per omissioni contributive relative al periodo 1.4.1986 / 28.2.1993, oltre spese.

A sostegno dell'opposizione eccepiva la nullità del decreto ingiuntivo per carenza della sottoscrizione del giudice e per genericità, deduceva la sopravvenuta inefficacia del titolo opposto, per notificazione oltre i termini di legge, e la prescrizione del preteso credito a norma dell'art. 3 della L. n. 335/95, rilevando nel merito l'infondatezza della pretesa azionata in via monitoria.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resistevano in giudizio l'INPS e la SCCI S.p.a, ciascuno in persona del legale rappresentante pro-tempore, che chiedevano il rigetto dell'opposizione.

Senza alcuna istruzione ed autorizzato il deposito di note, all'udienza del 12 dicembre 2003 i procuratori delle parti discutevano la causa, che – sulle conclusioni di cui ai rispettivi atti defensionali – è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO – Premessa l'infondatezza del primo motivo di opposizione, atteso che il relazione alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 643 c.p.c., in base alla quale il ricorso ed il decreto ingiuntivo sono notificati per copia autentica al debitore ingiunto, è sufficiente l'autenticazione effettuata dal cancelliere e risultante sulla copia notificata, ossia l'attestazione della sua conformità all'originale, per ritenere che il decreto ingiuntivo opposto sia formalmente perfetto, quanto alla eccepita genericità del titolo è appena il caso richiamare l'indirizzo del Supremo

Collegio secondo cui il ricorso per decreto ingiuntivo può essere redatto anche in modo sommario, purché – come nella specie – sia accompagnato da uno dei documenti previsti dagli art. 634, 635 e 636 c.p.c. (cfr. Cass. civ. nn. 3591/2000; 9824/1994).

È, di contro, fondata l'eccezione di inefficacia del decreto ingiuntivo opposto: l'art. 644 c.p.c., nel testo modificato dalla L. n. 534/95, dispone, infatti, che il decreto ingiuntivo diventa inefficace qualora la notificazione non sia eseguita nel termine di sessanta giorni dalla sua pronuncia. Nella specie è documentalmente provato che quest'ultima è avvenuta in data 29.12.1997, mentre la notifica è avvenuta il 15.1.1999, quindi oltre lo spirare del termine previsto dalla legge, con conseguente caducazione della sua efficacia.

Tuttavia, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la pronuncia di inefficacia del provvedimento non tocca la qualificazione del decreto ingiuntivo come domanda giudiziale, sicché, ove su tale domanda si costituisca il contraddittorio, il giudice adito ha il potere-dovere di decidere della fondatezza della pretesa creditoria azionata (Cass. civ., n. 287/92; n. 11915/90).

Tanto precisato è fondata l'eccezione di prescrizione.

Ed invero, premesso che il credito ingiunto trae origine da omissioni contributive relative al periodo 1.4.1986 / 28.2.1993 (cfr. ricorso per decreto ingiuntivo), giova ricordare che, a norma dell'art. 3, comma 10, della legge n. 335 del 1995, i (nuovi) termini prescrizionali di cinque anni in essa previsti si applicano "*anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente*".

Pertanto, poiché l'Istituto – come era suo onere – non ha provato di avere posto in essere validi atti interruttivi della prescrizione anteriori alla notifica del decreto ingiuntivo, alla data del 15.1.1999 il credito azionato era già prescritto.

Non è, infatti, condivisibile l'assunto difensivo dei resistenti, che ricollegano efficacia confessoria alla periodica presentazione delle denuncie mensili da parte dell'opponente su cui l'Istituto ha fondato la pretesa creditoria. Secondo il condivisibile indirizzo di recente espresso dalla Suprema Corte "*La presentazione all'INPS, da parte del datore di lavoro, delle denuncie contributive compilate sui cd. modelli DM 10/M non può essere configurata come riconoscimento di debito contributivo, idoneo ad interrompere la prescrizione ex art. 2944 c.c., trattandosi di un atto che – avendo come scadenza il giorno 20 di ogni mese (secondo il disposto dell'art. 1 del D.M. 24 febbraio 1984, emanato ai sensi dell'art. 1 del D.L. n. 463/1983, convertito in L. n. 638/1983) – interviene in un momento che precede l'inizio della prescrizione del credito dell'Istituto previdenziale (che può essere fatto valere solo dopo la suddetta data di scadenza)*" (Cass. civ. n. 14826/2002).

Conclusivamente il decreto ingiuntivo va revocato con le consequenziali statuizioni di cui al dispositivo.

La particolarità delle questioni trattate giustifica nondimeno la compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

TERMINE PER L'ADEMPIMENTO E PRESCRIZIONE NELLE OBBLIGAZIONI CONTRIBUTIVE

Sommario: 1. I fatti della causa - 2. Termine di efficacia e tempo dell'adempimento – 3. Il dies a quo di decorrenza della prescrizione – 4. Il termine di pagamento nel rapporto contributivo previdenziale – 5. La prescrizione nei rapporti di durata.

1. Con la pronuncia in commento, la Sezione Lavoro del Tribunale di Palermo affronta alcune questioni connesse agli obblighi accessori al rapporto contributivo che s'instaura fra i datori di lavoro e l'ente previdenziale e, in particolare, alla possibile configurazione delle denunce periodicamente presentate all'Inps in termini di riconoscimento di debito e agli eventuali effetti delle stesse riguardo alla prescrizione del credito previdenziale (1).

La fattispecie trae origine dal complesso avvicendarsi di norme che regolamentano gli adempimenti cui sono tenuti i datori di lavoro ai fini della denuncia dei rispettivi obblighi contributivi e che hanno interessato, fra l'altro, la disciplina dei termini di prescrizione.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 30 della legge 21 dicembre 1978 n. 843, i datori di lavoro hanno l'obbligo di presentare all'Inps «entro i termini fissati per il versamento dei contributi», le denunce contributive relative ai «periodi di paga scaduti», redatte sugli appositi moduli predisposti dall'ente previdenziale.

L'art. 1 del decreto ministeriale del 24 febbraio 1984, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 14 luglio 1984 n. 193, prevede, poi, che il versamento delle somme dovute alle gestioni previdenziali ed assistenziali debba essere effettuato entro il 20 di ogni mese, «ferme restando le diverse periodicità».

Con specifico riguardo alla prescrizione dei crediti contributivi, l'art. 3, comma nove, lett. a) della legge 8 agosto 1995 n. 335 dispone, con decorrenza dal 1 gennaio 1995, la riduzione da dieci a cinque anni del termine di prescrizione relativo alle contribuzioni inerenti al Fondo pensioni lavoratori dipendenti e alle altre gestioni pensionistiche obbligatorie, con effetto anche sulle "contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure già iniziate nel rispetto della normativa preesistente".

---

(1) Quella della configurazione delle denunce contributive sugli appositi modelli predisposti dall'Inps quale riconoscimento del debito è una questione che è stata più volte sottoposta al vaglio della Suprema Corte. Mentre generalmente si nega che la denuncia annuale, che doveva essere presentata a mezzo del c.d. modello 01/M e che conteneva il riepilogo delle retribuzioni corrisposte nell'anno precedente ai propri dipendenti, potesse avere natura ricognitiva, si ritiene, invece, che tale natura possa essere riconosciuta al modello DM/10, ossia alla denuncia contributiva mensile, se presentata tardivamente e ciò per le ragioni che verranno a breve esaminate. Si vedano, in questo senso, Cass. Civ. Sez. Lav. 6 marzo 2004, in *Foro It*., 2004, cc. 2444 ss. e Cass. Civ. Sez. Lav. 18 ottobre 2002, n. 14826, in *Foro it.*, 2003, parte I, c. 865 ss. con nota di L. Carbone, richiamata nella stessa motivazione della sentenza che si annota.

Nella specie, il giudice di merito era chiamato a pronunciarsi in ordine all'eccezione di prescrizione sollevata da un datore di lavoro in sede di opposizione ad un decreto ingiuntivo ottenuto dall'Inps per il recupero di alcuni contributi previdenziali non corrisposti.

Si trattava, in particolare, di valutare se potesse riconoscersi efficacia interruttiva della prescrizione alle denunce periodicamente presentate dal datore di lavoro a mezzo degli appositi moduli, i c.d. DM/10 e se, conseguentemente, alla fattispecie dovesse applicarsi, ai sensi dell'art. 3 comma 9 della l. 335/1995, il termine di prescrizione decennale – essendovi, appunto, un atto interruttivo già compiuto – o il più breve termine quinquennale.

Il giudice di merito, sostanzialmente ripercorrendo le tappe fondamentali del ragionamento già svolto dalla Suprema Corte, esclude che le predette denunce possano integrare il riconoscimento di un debito atto ad interrompere la prescrizione poiché, al momento della loro presentazione, il decorso del relativo termine non sarebbe neanche iniziato.

In sostanza si ritiene che essendo i datori di lavoro tenuti a presentare le relative denunce contributive per ciascun periodo di paga scaduto e comunque entro il termine fissato per il versamento dei contributi, il corrispondente debito contributivo, "già sorto contestualmente alla nascita dell'obbligazione retributiva, vale a dire nel momento in cui, instauratosi il rapporto di lavoro subordinato, al lavoratore deve essere elargita la retribuzione" (2), sarebbe tuttavia "esigibile solamente alla scadenza del ventesimo giorno del mese successivo" (3).

Con la conseguenza che "quando dal datore di lavoro viene presentato il modello DM/10, la relativa denuncia fa riferimento ad un debito già sorto ma non ancora scaduto" e che, quindi, a prescindere dalla natura ricognitiva o meno delle dichiarazioni ivi contenute, lo stesso non potrebbe rivestire alcun effetto interruttivo.

Si tratta di una pronuncia che riveste particolare interesse non soltanto per le ricadute che è destinata a produrre e che già produce sul contenzioso previdenziale – e che si aggiungono ai diversi problemi di coordinamento della riforma pensionistica del 1995 con la disciplina previgente (4) – ma soprattutto per il richiamo, in essa contenuta, a categorie e istituti di diritto positivo quali il termine e la prescrizione.

Da questo punto di vista, la decisione in esame sollecita alcune considerazioni sia di carattere generale, quali le diverse implicazioni della presenza di un termine all'interno del rapporto obbligatorio, sia in relazione alla specialità del rapporto giuridico previdenziale, alla conseguente natura del termine dell'adempimento nell'ambito dell'obbligazione contributiva e ai riflessi sul regime della prescrizione.

---

(2) Così Cass. Civ. Sez. Lav. 18 ottobre 2002, n. 14826.

(3) Giova ricordare che il termine di scadenza dei versamenti contributivi è stato anticipato al giorno 16 di ogni mese di riferimento dal d. l.vo 9 luglio 1997, modificato dal d. l.vo 19 novembre n. 422.

(4) In particolare la giurisprudenza ha dovuto più volte affrontare la questione dell'applicabilità del nuovo termine di prescrizione quinquennale anche ai contributi maturati precedentemente al 1996. Sul punto si rimanda alle osservazioni di P. Boer, *Sulla prescrizione dell'obbligo contributivo,* in Mass. Giur. lav., 2003, p. 62.

2. La soluzione cui approdano i giudici deriva dalla riconduzione della vicenda contributiva all'interno del paradigma del diritto di credito sottoposto a termine.

Si tratta di una ricostruzione della fattispecie che sollecita, innanzitutto, una prima riflessione, di carattere generale, sulla diversa incidenza che il termine può avere all'interno del rapporto obbligatorio.

Che il «termine» non abbia un'unica valenza, rilevando sia quale elemento in grado di influenzare l'efficacia del rapporto giuridico, sia, più semplicemente, quale tempo dell'adempimento, è indubbio. Ma nonostante questa duplicità di accezioni che emerge immediatamente dall'analisi codicistica – e ciò anche se il legislatore del 1942 abbia preferito disciplinare il «termine» nell'ambito dell'adempimento in generale e non più con riferimento ad una «specie» di obbligazione (5) – è proprio l'analisi delle norme codicistiche a tradire con forza il segno dell'originaria appartenenza del «termine» alla disciplina del negozio giuridico, ossia ad un ambito di regolamentazione strettamente funzionale al soddisfacimento di interessi privati.

Funzionalità che emerge sia che si consideri il termine quale elemento idoneo ad incidere sull'efficacia del negozio giuridico, sia, più semplicemente, quale "tempo dell'obbligazione".

Il confronto fra l'art. 1183 c.c. e il successivo art. 1184 c.c. mostra, infatti, come il termine venga utilizzato in due diverse accezioni: come momento in cui l'adempimento deve avvenire e come elemento accidentale del negozio giuridico.

Nella prima accezione, il termine integra un elemento essenziale della vicenda dell'adempimento, ma ciò nel duplice significato secondo cui la legge o le parti possono fissare il *tempus* dell'adempimento o semplicemente come collegamento che necessariamente sussiste fra una determinata vicenda e la sua collocazione in un dato momento storico.

Invero, come tutte le vicende umane, l'adempimento deve necessariamente compiersi in un ambito spaziale e temporale e, in questo senso, il tempo serve a realizzare il collegamento dell'atto giuridico con un determinato momento storico (6).

Solo in questa accezione può affermarsi che le norme che attengono al *tempus* dell'obbligazione hanno portata generale, ossia sono riferibili anche alle vicende obbligatorie che non traggono fonte dalla volontà dei privati.

Il tempo dell'adempimento può, inoltre, rappresentare una delle molteplici occasioni di regolamentazione degli interessi dei privati, nel senso che le parti di un negozio giuridico possono avere interesse a che l'adempimento avvenga in un dato momento.

In questo senso, il termine fissato dalle parti è pur sempre stabilito per indivi-

---

(5) La dottrina è da tempo impegnata in una ricostruzione unitaria della disciplina del termine, nonostante le indubbie accezioni che esso può avere nell'ambito delle vicende giuridicamente rilevanti. In questo senso, si rimanda a E. Russo, *Il termine del negozio giuridico,* Milano, 1973, p. 15. Sulle diverse accezioni che la parola termine può rivestire nell'ambito del diritto si rimanda diffusamente a V.M. Trimarchi, *Termine (diritto civile),* in *Nov. Dig. It.,*Torino, 1973, vol. XIX, pp. 96 ss..

(6) Distingue fra tempo dell'adempimento e termine relativo all'adempimento V. M. Trimarchi, *op. cit.,* p.109, intendendo con il primo la collocazione temporale del comportamento del debitore consistente nell'adempimento e con il secondo il momento del tempo previsto – dalle parti o dalla legge – a decorrere dal quale o entro il quale l'attuazione del rapporto può o deve aver luogo.

duare il *tempus* dell'obbligazione, ma risponde anche ad un interesse ulteriore, appunto all'interesse che le parti vogliono perseguire.

La seconda accezione del termine, presente negli artt. 1184 e ss. c.c., rimanda alla teoria degli elementi accidentali del negozio giuridico. Il termine può, cioè, essere uno strumento che, sempre nell'ambito della loro autonomia negoziale, le parti possono inserire per arricchire il contenuto dell'accordo, influendo sull'*efficacia* del negozio (7).

Sotto questo profilo, il termine partecipa della natura della condizione sospensiva, differenziandosi da questa per il fatto che mentre l'apposizione della condizione mette in discussione la stessa possibilità di nascita dell'obbligazione cui si riferisce, ciò non avviene in presenza di un termine. Con l'ulteriore conseguenza che il termine sarebbe sempre e solo una modalità dell'obbligazione e mai dell'effetto (8).

Tale distinzione, che secondo autorevole dottrina finirebbe per avere un valore puramente teorico (9), dal momento che sia quale *tempus* dell'adempimento, sia quale elemento accidentale, la presenza del termine renderebbe comunque inesigibile la prestazione, riacquista la sua rilevanza proprio in relazione alla vicenda della prescrizione e in particolare con riguardo ad alcune tipologie di rapporti obbligatori.

3. Sotto questo profilo è necessario riflettere sui riflessi che la presenza di un termine, all'interno del rapporto obbligatorio, può avere sul *dies a quo* di decorrenza della prescrizione del diritto.

Il legislatore del 1942, adottando in generale quale *dies a quo* di decorrenza della prescrizione il giorno in cui il diritto può essere fatto valere piuttosto che quello del suo sorgere, ha contemperato gli effetti dell'inerzia *tout court* considerata con le ipotesi in cui la stessa, dipendendo dall'esistenza di impedimenti legali all'esercizio del diritto, non possa considerarsi colpevole.

Decorrendo, così, la prescrizione, dal giorno in cui il diritto «può essere fatto valere», in presenza di impedimenti legali al suo esercizio, il *dies a quo* viene posticipato o la prescrizione è sospesa o interrotta. Ed è fuori dubbio che il termine –

(7) Sulle differenze fra termine negoziale e termine di adempimento si rimanda diffusamente a A. Di Majo, *Adempimento in generale,* in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, 1994, pp. 164 ss.

(8) In questo senso, ad es., Russo, *op. cit.,* p. 127 ss..

(9) La dottrina si è da tempo interrogata sull'effettiva rilevanza pratica, al di là delle esigenze di ordine sistematico, della distinzione, per quel che qui interessa, fra termine apposto ad un contratto obbligatorio e termine dell'obbligazione, osservando, ad esempio, che, di fatto, le parti, apponendo un termine al rapporto obbligatorio, non sono per nulla interessate a incidere sull'efficacia dello stesso, ma vogliono semplicemente differire la prestazione. Si rileva, al contrario, che si tratta di una distinzione che avrebbe una sua rilevanza anche pratica, dal momento che, mentre il credito esistente ma non ancora esigibile potrebbe essere realizzato *ante tempus*, ciò non potrebbe avvenire con riguardo al credito non ancora sorto, ma sospensivamente condizionato allo scadere di un termine. Sul punto si rimanda diffusamente a A. Di Majo, Termine, in *Enc. dir*., Vol. XLIV, p. 192, Varese, 1992, che, con riguardo al termine apposto ad un contratto obbligatorio, rileva come le codificazioni di tradizione francese non riferiscono mai il termine all'effetto negoziale.

rectius il termine iniziale – come la condizione sospensiva, rappresentino impedimenti legali per eccellenza.

Così, se le parti hanno stabilito che gli effetti del contratto decorreranno da un dato momento, è allo scadere di questo che inizierà a decorrere la prescrizione del diritto divenuto esigibile.

Ma la presenza di un termine all'interno di una vicenda obbligatoria ha sempre l'effetto di differire il momento iniziale di decorrenza della prescrizione indipendentemente dalla sua natura?

Se il termine non ha la funzione di incidere sull'efficacia del rapporto giuridico ma semplicemente quella di regolare una modalità dell'adempimento, può veramente affermarsi che la sua presenza rende sempre inesigibile la prestazione?

Una risposta può, probabilmente, essere offerta proprio dalla lettura dell'art. 2935 c.c. che individua il momento iniziale di decorrenza della prescrizione nel giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

In presenza di un diritto di credito già sorto, ma che deve essere adempiuto secondo determinate modalità tempistiche, il giorno in cui lo stesso può essere fatto valere coincide con la scadenza del termine di adempimento? In sostanza, far valere un diritto di credito significa esclusivamente pretendere il pagamento? Ebbene, non v'è dubbio che la titolarità di un diritto di credito non attribuisce esclusivamente il diritto di ottenere il pagamento ma anche una serie di facoltà accessorie e strumentali allo stesso. Si pensi alle azioni volte alla conservazione del credito, che certamente possono essere esercitate ancor prima della scadenza del termine di pagamento, allorquando ne ricorrono i presupposti. E si pensi alla disciplina della decadenza dal termine di cui all'art. 1186 c.c. che prevede il diritto del creditore di esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie prestate o promesse.

Proprio tale norma consente di cogliere la portata applicativa di una distinzione fra termine di efficacia e termine di pagamento. È chiaro, infatti, che se il termine incide sull'efficacia del rapporto, nel senso che questo produrrà i suoi effetti solo a partire da un dato momento, non vi sono spazi per l'eventuale applicazione della disciplina di cui all'art. 1186 c.c..

Se, allora, è corretto ritenere che con riguardo al diritto di credito non vi sia una perfetta sovrapponibilità di significato fra «far valere il diritto» e «pretendere il pagamento», qualora si preveda che il pagamento debba avvenire in un certo momento, ovviamente successivo alla nascita dell'obbligazione che già è sorta e produce i suoi effetti, vi è uno scarto temporale fra il momento in cui questo può essere fatto valere, nel senso che possono esercitarsi tutte le facoltà connesse alla sua realizzazione ed il momento in cui potrà pretendersi il pagamento. Ed è proprio sotto tale profilo che, allora, si coglie un aspetto pratico della diversa incidenza che ha, sul rapporto obbligatorio, il termine di efficacia rispetto al termine di adempimento, dal momento che soltanto il termine iniziale, atto ad incidere sulla stessa esistenza o comunque efficacia del rapporto obbligatorio, può rappresentare un impedimento legale idoneo a differire il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione.

4. Tali considerazioni di carattere generale consentono una rilettura critica della decisione in commento, dal momento che la soluzione adottata deriva dalla

riconduzione del rapporto contributivo entro lo schema dell'obbligazione sottoposta a termine iniziale, ossia «già sorta ma non ancora esigibile» e dalla conseguente applicazione della disciplina generale del termine quale elemento accidentale eventualmente presente nel negozio giuridico.

Si tratta, però, di una qualificazione della vicenda relativa al rapporto contributivo piuttosto semplicistica che conduce all'applicazione di una disciplina prettamente privatistica ad una vicenda che astrae del tutto dall'ambito negoziale.

È bene, allora, individuare le peculiarità del rapporto contributivo rispetto allo schema del diritto di credito.

Il rapporto giuridico contributivo è un vincolo obbligatorio, la cui fonte è la legge, che si istaura, almeno con riguardo al rapporto di lavoro subordinato, fra datore di lavoro e l'ente previdenziale (10).

Si tratta di un'obbligazione dal contenuto complesso (11), che non si esaurisce esclusivamente nell'obbligo, del datore di lavoro, al versamento dei contributi, ma che si articola in diverse fasi, tutte caratterizzate dalla vincolatività.

La prima di queste fasi riguarda l'obbligo di iscrizione all'Inps del lavoratore, obbligo direttamente connesso al sorgere del rapporto di lavoro.

Contestualmente, poi, alla nascita dell'obbligazione retributiva, sorge l'obbligo, da parte del datore di lavoro, di versare i contributi, in una misura già perfettamente determinata, in quanto commisurata percentualmente alla retribuzione lorda del lavoratore.

Per le retribuzioni da corrispondersi mensilmente, la legge prevede che il versamento dei contributi debba essere effettuato entro il venti, adesso sedici, del mese successivo ad ogni periodo di paga.

Accessorio all'obbligo del pagamento dei contributi è, inoltre, l'obbligo di presentazione dei modelli mensili e annuali.

Entro il venti del mese successivo il periodo di paga scaduto, il datore di lavoro deve presentare all'Inps il c.d. modello DM/10, nel quale si devono indicare il numero dei lavoratori occupati, la rispettiva qualifica, le giornate di lavoro effettuate, gli emolumenti corrisposti e le retribuzioni imponibili.

---

(10) Con riguardo ai diversi soggetti che possono essere tenuti al pagamento dei contributi previdenziali si rimanda, in generale, a M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale,* Padova, 2005, pp. 80 ss.

(11) Una complessità che si coglie soprattutto sotto il profilo soggettivo dal momento che l'obbligazione contributiva è plurisoggettiva, vedendo coinvolti datore di lavoro, ente previdenziale e lavoratore. L'Inps, inoltre, riveste contemporaneamente il ruolo di debitore (delle prestazioni previdenziali e assistenziali) e creditore (dei contributi). Per alcune osservazioni su questi profili si rimanda a E. Bagianti, *Sulla prescrizione dei contributi previdenziali dei liberi professionisti,* in Gius. civ., 2003, p. 2593. L'indubbia complessità del rapporto giuridico previdenziale non sembra porsi in contraddizione con la ricostruzione che di esso offre la dottrina maggioritaria quale fattispecie che si sostanzia in due rapporti, quello strettamente previdenziale da un lato e quello contributivo dall'altro, fra loro del tutto indipendenti. Se è indubbia l'inesistenza di una qualsiasi interdipendenza fra obbligazione contributiva e diritto alle prestazioni previdenziali e se quindi il rapporto previdenziale segue una sorte del tutto autonoma da quella del rapporto contributivo, non ci si può esimere dall'osservare che si tratta, comunque, di due vincoli giuridici che, almeno sotto il profilo genetico, nascono da un medesimo fatto costitutivo, rappresentato, appunto, dal rapporto di lavoro.

Annualmente vi era anche l'obbligo della presentazione del c.d. modello 01/M, con il quale venivano comunicati all'Inps i nomi dei lavoratori occupati nell'anno precedente e le relative retribuzioni individuali corrisposte (12).

Si tratta, pertanto, di dichiarazioni che provengono dal soggetto obbligato al versamento e che possono avere valore ricognitivo (13). E, per quel che maggiormente qui interessa, sono denunce che non attengono per nulla alla nascita del rapporto contributivo ma che rappresentano, piuttosto, strumenti attraverso cui si esplica l'attività ispettiva degli enti previdenziali (14).

Ebbene, la giurisprudenza in commento, lungi dal tenere presente la peculiarità del rapporto contributivo e senza interrogarsi sulla natura del termine di pagamento previsto dalla legge e sui possibili effetti sul *dies a quo* della prescrizione, definisce l'obbligazione contributiva quale già sorta ma non ancora esigibile.

Così, dal momento che il versamento da parte del datore di lavoro dei contributi previdenziali viene, dalla giurisprudenza in commento, configurato quale adempimento di un'obbligazione sottoposta a termine, è logico concludere che, fino alla scadenza dello stesso, l'ente, pur essendo già creditore, non può esigere la prestazione.

Ne consegue anche che la relativa prescrizione del diritto di credito dell'ente previdenziale non inizia a decorrere e che, indipendentemente dalla natura da riconoscere alle denunce presentate – e dunque a prescindere dall'applicabilità, nella specie, dell'art. 2944 c.c. – non avrebbe senso discutere di interruzione.

Ebbene, il vizio che sembra trasparire dalla sentenza in esame riguarda la mera e automatica trasposizione della disciplina del termine quale elemento accidentale del negozio giuridico ad una vicenda obbligatoria che non trae origine dalla volontà delle parti.

Sotto questo profilo, non v'è dubbio che l'art. 1 del D.M. 24 febbraio 1984, nell'imporre ai datori di lavoro l'obbligo "di versare le somme dovute" "entro il 20 di ogni mese", utilizzi l'accezione di termine quale modalità dell'adempimento e

---

(12) Giova precisare che l'art. 7, comma 1, lett. b) del d. leg. 2 settembre 1997 n. 314 ha istituito un sistema di certificazione unica valevole anche ai fini previdenziali e che si sostituisce, quindi, al modello 01/M.

(13) Come già detto, si tratta di un aspetto più volte esaminato dalla giurisprudenza e richiamato nella sentenza in commento, sebbene qui non specificatamente affrontato. A fronte dei diversi tentativi dell'Inps di parificare l'efficacia ricognitiva di entrambi i modelli, si riscontra una giurisprudenza non sempre unanime. In senso affermativo si rimanda a Cass. Civ. Sez. Lav. 17 dicembre 2003, n. 19334 *in Foro it*, 2004, I, cc. 1116 ss. *Contra*, Cass. Civ., 5 maggio 2003, n. 6807, in Giust. Civ. Mass., 2003, f.5 e, sebbene con riferimento alla fattispecie concreta all'esame della Corte, Cass. Civ. Sez. Lav., 6 marzo 2004, n. 4632. D'altra parte, la giurisprudenza che nega l'operatività, nelle fattispecie in esame, dell'art. 2944 c.c. ravvisando la presenza di un debito non ancora scaduto e quindi non esigibile, non esclude affatto la natura ricognitiva delle denunce contributive, con la conseguenza che se queste vengono presentate tardivamente, quando cioè il debito contributivo è già scaduto, l'efficacia interruttiva non può essere a priori esclusa. Per una ricognizione delle decisioni sul punto si rinvia a S. Bellumat, *Riconoscimento del debito ed effetto interruttivo nella prescrizione dei contributi previdenziali,* in *Riv .it. dir. lav.,* 2005, pp. 233 ss..

(14) In questo senso, Cass. Civ., 12 maggio 1962, n. 974, in *Foro it.* , 1962, I, c. 1293.

non certo quale elemento negoziale (15) atto ad incidere sull'efficacia del rapporto obbligatorio.

L'avverbio "entro" sta ad indicare che il giorno 20 del mese è il termine ultimo entro il quale il pagamento deve avvenire affinché il datore non incorra nelle relative sanzioni.

Il «*tempus*» dell'adempimento è, quindi, ogni momento intermedio sussistente fra la nascita del rapporto obbligatorio e il giorno venti del mese successivo al periodo di paga relativo alla mensilità precedente.

Si tratta di un avverbio che circoscrive un ambito temporale in cui l'obbligazione, già sorta e che «può essere fatta valere», può, anche, essere adempiuta. Per esemplificare, la legge, non richiede che il pagamento avvenga in un giorno fisso, ad esempio il giorno venti di ogni mese; piuttosto individua diversi momenti in cui il pagamento può essere effettuato, non intendendo, per questo, incidere sull'efficacia dell'obbligazione contributiva.

Più specificatamente, si tratta, nella specie, di quello che può essere definito termine *in quo*, ossia quel lasso di tempo entro cui la prestazione può o deve aver luogo (16).

È, quindi, la legge a fissare il *tempus* dell'adempimento, senza voler per nulla incidere sull'efficacia del diritto di credito dell'ente previdenziale.

D'altra parte, una conferma della peculiarità che il termine assume nell'obbligazione contributiva deriva dall'impossibilità di valutare nell'interesse di chi – creditore o debitore – quel termine sia posto; anzi, una riflessione sul valore sotteso alla previsione di un tempo dell'adempimento nell'obbligazione contributiva porta ad escludere con certezza che questo risponda all'interesse del debitore, dal momento che il pagamento prima dello spirare del giorno ultimo utile, non rappresenterebbe affatto un pagamento anticipato (17).

Si tratta, piuttosto, di una scadenza che risponde ad un'esigenza ordinatoria di tipo amministrativo (18), per sua natura ben lontana dall'istituto codicistico del termine nelle accezioni sopra indicate, sia quale strumento di regolamentazione di interessi dei privati attraverso il differimento nel tempo dell'adempimento, sia quale elemento accidentale del negozio.

---

(15) La distinzione fra termine di adempimento e termine di efficacia è ben nota alla giurisprudenza. Si vedano, in questo senso, Cass. Civ. 27 gennaio 1989 n. 516, in cui si afferma che «mentre il termine iniziale di efficacia del contratto differisce la nascita del rapporto, che pertanto non sorge immediatamente ma alla scadenza del termine… *omissis*… il termine di adempimento, senza differire l'inizio del contratto, ne regola solo l'esecuzione, sicchè il rapporto sorge immediatamente, mentre è diversamente disciplinato il tempo della prestazione». In questo senso si veda, anche, Cass. Civ. 24 luglio 1985, n. 4339.

(16) Così V.M. Trimarchi, *op. cit.,* p. 109.

(17) Il pagamento anticipato, in caso di termine a favore del debitore, consente a quest'ultimo di «ripetere, nei limiti della perdita subita, ciò di cui il creditore si è arricchito per effetto del pagamento anticipato». *Cfr.* art. 1185 c.c..

(18) D'altra parte la dottrina previdenziale prevalente riconosce ai debiti contributivi natura tributaria. In generale, sulla natura giuridica dei contributi previdenziali si rimanda a M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale,* Padova, 2005, pp. 92 ss..

In sostanza, la funzione dell'indicazione di un lasso temporale che viene dalla legge concesso per effettuare il pagamento, è quella di delimitare il momento oltre il quale scattano le sanzioni previste dalla legge (19), ossia oltre il quale il debitore è automaticamente costituito in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c. n. 3.

La legge, cioè, lungi dall'individuare un termine a favore del debitore, fissa una sorta di preavviso generale al contribuente, invitandolo a pagare *entro* il giorno prescritto e avvertendolo che, in mancanza, incorrerà nelle relative sanzioni.

Un preavviso che non incide affatto sull'efficacia dell'obbligazione contributiva, sul momento in cui la stessa sorge e sulla possibilità per l'ente di far valere il proprio diritto (20), considerando anche che l'esercizio del diritto dell'Inps non si esaurisce nella pretesa al pagamento dei contributi.

Vi è, quindi, l'ulteriore conferma, offerta da una fattispecie concreta, che « far valere il proprio diritto», secondo la formulazione generale di cui all'art. 2935 c.c., non significa, necessariamente ed esclusivamente, «poter pretendere il pagamento dei contributi».

Quest'ultima proposizione, che ben può essere contenuta nella prima, non ne esaurisce affatto il significato e ciò emerge chiaramente se si riflette sulla complessità dell'obbligazione contributiva cui si è sopra accennato e sulla sua articolazione in fasi differenti (21).

Basti pensare che, al sorgere dell'obbligazione contributiva, ossia contestualmente alla nascita del rapporto di lavoro, l'ente previdenziale potrebbe immediatamente attivare i suoi poteri ispettivi e, in presenza di eventuali evasioni, applicare al datore di lavoro le sanzioni previste dalla legge.

Ponendo l'attenzione sulla struttura dell'obbligazione contributiva, si deve concludere, quindi, che la prescrizione degli obblighi contributivi inizia a decorrere dal momento in cui matura il periodo di lavoro di riferimento, quindi alla fine di ogni mese.

Con la conseguenza che la presentazione dei modelli DM/10 – che per legge deve avvenire entro il venti del mese successivo al periodo di paga scaduto – interviene durante il decorso della prescrizione del diritto alla contribuzione, interrompendo la stessa ai sensi dell'art. 2944 c.c..

5. Le considerazioni sopra fatte sollecitano un'ultima breve osservazione che riguarda la decorrenza della prescrizione nei rapporti di durata.

---

(19) In caso di omesso o ritardato pagamento dei contributi assicurativi, scatta, quale conseguenza automatica dell'inadempimento o del ritardo, l'obbligo al pagamento delle somme aggiuntive. In questo senso si veda Cass. Civ. 19 giugno 2000, n. 8324.

(20) Per un approfondimento sulle differenze concettuali fra le prestazioni esigibili ad un dato termine dalla richiesta e le prestazioni sottoposte a termine si rimanda a G. Azzariti – G. Scarpello, *Della prescrizione*, in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja e Branca, 1972, p. 224.

(21) Prova ne sia che la dottrina previdenziale definisce il rapporto intercorrente fra l'ente ed il soggetto obbligato al pagamento dei contributi quale «rapporto giuridico previdenziale» piuttosto che come «obbligazione contributiva», scegliendo, quindi, una qualificazione che meglio descrive la fattispecie nella sua complessità ed in grado di descriverne i suoi due volti, ossia il rapporto contributivo da una parte e quello strettamente previdenziale, dall'altra. Sul punto si rimanda a M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale,* 2005, p. 17.

La struttura dell'obbligazione contributiva, che è un'obbligazione di durata a prestazioni periodiche, porta all'individuazione di due diversi termini di prescrizione.

Uno che riguarda il rapporto sostanziale nel suo complesso ed un altro che attiene alle singole prestazioni periodicamente dovute (22). L'obbligazione contributiva, al pari di quella tributaria (23), contiene in sé sia il potere di accertamento, espressione del più generale potere impositivo di cui anche gli enti previdenziali sono depositari, sia il diritto di riscossione. Si tratta di due anime del rapporto previdenziale sottoposte, ciascuna, a regole proprie (24).

La presentazione del modello DM/10, ossia la denuncia da parte del datore di quanto mensilmente dovuto è certamente riconoscimento della sua posizione debitoria nei confronti dell'ente previdenziale.

Si tratta, infatti, di un modulo utilizzato dal datore di lavoro per denunciare le retribuzioni mensili corrisposte ai lavoratori dipendenti, i contributi dovuti e l'eventuale conguaglio delle prestazioni anticipate per conto dell'INPS, delle agevolazioni e degli sgravi.

Quindi, anche a voler ritenere che il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dei singoli contributi mensili cominci a decorrere dal giorno di scadenza del termine previsto dalla legge per il loro pagamento e quindi, anche a voler negare l'efficacia interruttiva della presentazione dei modelli DM/10, non può, però, non osservarsi che tale presentazione interviene durante il decorso del termine di prescrizione relativo all'obbligazione contributiva nel suo complesso, rappresentando il segno della sua piena vitalità.

Sotto questo profilo, nessun elemento testuale autorizza un'interpretazione dell'art. 3 comma 10 della l. 335/1995 – che fa salva l'applicazione della prescrizione decennale alle contribuzioni relative a periodi precedenti la sua data di entrata in vigore nel caso in cui si siano verificati "atti interruttivi già compiuti" – nel senso di riferire tali atti interruttivi alle singole prestazioni contributive mensili piuttosto che all'intera obbligazione contributiva.

In sostanza, anche a non ritenere condivisibili le conclusioni cui si è pervenuti in ordine alla ininfluenza della previsione di un termine legale di adempimento sulla decorrenza della prescrizione del diritto, ossia, anche a voler ritenere che al di

---

(22) In generale per alcune riflessioni sulla prescrizione nei rapporti di durata, ed in particolare con riguardo al diritto alla pensione, si rimanda a A. Lener, *prescrizione estintiva e rapporto fondamentale,* in Riv. dir. civ. 1970, pp. 239 ss.

Ma il tema riguarda tutte le ipotesi di prestazioni periodicamente ricorrenti che nascono da un rapporto principale. Si pensi al diritto al corrispettivo per il godimento di una cosa, ossia ai fitti, alle pigioni, ai canoni o anche al contratto di mutuo, in relazione al quale si può certamente individuare il termine di prescrizione dell'intero rapporto e quello delle singole rate. Sul punto si vedano G. Azzariti e G. Scarpello, *op. ult. cit*. p. 226.

(23) Sulla natura giuridica dei contributi previdenziali si rinvia diffusamente a M. Persiani, *op. cit.,* pp. 92 ss.

(24) È risalente la distinzione fra il diritto di credito contributivo o diritto di riscossione ed il potere di accertamento, distinzione che si coglie anche sotto il profilo della diversa natura dei termini stabiliti per il loro esercizio. Sul punto si rimanda a S. G. Zofrea, *Prescrizione e decadenza nel campo dei contributi sociali,* Milano, 1979, pp. 18 ss..

là delle differenze di ordine teorico, la presenza di un termine non consentirebbe comunque di «far valere il diritto», la pronuncia in esame presta il fianco a quest'ulteriore osservazione.

Non v'è dubbio, infatti, che la presentazione da parte del datore di lavoro dei modelli prescritti dalla legge costituisca il sintomo evidente dell'esistenza, fra le parti, di un rapporto di natura contributiva. Un riconoscimento che interviene nell'ambito di un rapporto di durata e che, certamente, condiziona o è idoneo a condizionare il comportamento delle parti.

Tale conclusione sembra, tra l'altro, essere maggiormente aderente alla stessa ratio dell'istituto della prescrizione che è sì, volta a garantire la certezza dei rapporti giuridici, ma che ha anche una valenza sanzionatoria dell'inerzia per così dire "colpevole".

Dal contesto normativo emerge, infatti, che l'ordinamento non riserva un atteggiamento di disfavore nei confronti dell'inerzia *tout court* considerata, ma piuttosto riguardo a quella inattività che possa considerarsi manifestazione di disinteresse per il diritto di cui si è titolare (25).

Prova ne è che quando l'inerzia dipende da una causa che impedisce l'esercizio del diritto – appunto, sia incolpevole – l'ordinamento prevede la sospensione del decorso del termine prescrizionale o anche la sua interruzione.

Nella fattispecie in esame, l'inattività imputabile all'Inps è certamente "incolpevole".

È un'inattività "indotta" non soltanto da un diverso quadro normativo di riferimento – peraltro con effetti immediati sui rapporti già in corso – ma soprattutto da un comportamento attivo del debitore posto in essere nell'ambito di un rapporto di durata.

Il riconoscimento da parte del contribuente dell'esistenza del suo debito, attraverso la periodica presentazione delle denunce, rappresenta, invero, un chiaro segno della vitalità dell'obbligazione contributiva.

Ed è evidente che l'ente previdenziale presta affidamento su quelle dichiarazioni ricevute non *una tantum,* ma per la durata dell'intero rapporto di lavoro.

Così, anche a voler ritenere che il credito contributivo, nel momento in cui è presentata la denuncia mensile, non sia ancora scaduto, tale denuncia, nell'ambito di un rapporto contributivo che necessariamente riveste i caratteri della periodicità, ben potrebbe produrre effetti con riguardo al debito maturato nel periodo precedente, ossia al debito già scaduto o comunque riguardo all'obbligazione contributiva nel suo complesso.

Dott.ssa Lalage Mormile
Assegnista di Ricerca presso il Dipartimento
di Diritto Privato Generale dell'Università di Palermo

(25) In questo senso si veda diffusamente R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione,* in *Riv. Dir. civ.,* pp. 728 ss.

I

Contribuzione – Contributi unificati in agricoltura – Servizio per i contributi - Elenchi - Provvedimento definitivo di iscrizione o di mancata iscrizione o di cancellazione - Termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria - Decadenza - Ipotesi alternativa di decorrenza - Interpretazione analogica o estensiva - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie.

Corte di Cassazione – Sez. Lavoro – 09.02.2006, n. 2853 – Pres. Sciarelli – Rel. De Matteis – P.M. Nardi (Conf.) – INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra) – M. R. (Avv. Concetti)

*L'art. 22 del d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970, n. 83, secondo cui il termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria decorre dalla notifica, o dalla presa di conoscenza, del provvedimento definitivo di iscrizione, o mancata iscrizione, negli elenchi dei lavoratori agricoli, ovvero di cancellazione dai suddetti elenchi, contempla l'ipotesi della mancanza del provvedimento amministrativo e della relativa notifica, laddove detta una data alternativa di decorrenza: la conoscenza dell'esito del procedimento, e questo perché anche nel regime del d.l. n. 7 del 1970, convertito in legge n. 83 del 1970, il procedimento amministrativo poteva terminare senza un provvedimento espresso, nel qual caso operava l'istituto del silenzio accoglimento. La specificità della disciplina e il carattere di norma di stretta interpretazione rende la disposizione insuscettibile di interpretazione analogica o estensiva (Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta l'interpretazione fornita dalla corte territoriale per la quale, considerato che il termine di decadenza "*de quo*" non è stato abrogato dal d.lgs. n. 375 del 1993, perché questo ha modificato il procedimento amministrativo, mentre l'art. 22 in esame attiene ad un momento successivo, la individuazione della decorrenza dalla notifica ovvero dalla conoscenza, per questa parte, non può essere sostituita dalla definitività del provvedimento amministrativo, con la conseguenza che incombe sull'istituto previdenziale, il quale eccepisca che il diritto è estinto per decadenza, la prova della conoscenza da parte dell'interessato del formarsi del silenzio rigetto, a norma dell'art. 11 del d.lgs. n. 375 del 1993).*

II

Contribuzione – Contributi unificati in agricoltura – Servizio per i contributi - Elenchi - Provvedimento definitivo di iscrizione o di mancata iscrizione o di cancellazione - Termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria - Decadenza - Ipotesi alternativa di decorrenza - Interpretazione analogica o estensiva - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie.

Corte di Cassazione – Sez. Lavoro – 22.02.2006, n. 3882 – Pres. Est. De Luca – Rel. Celentano - P.M. Patrone (Diff.) – INPS (Avv.ti Pulli, Correra, Fonzo) – G.M.E.

*L'art. 22 del d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970, n. 83, secondo cui il termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione giudiziaria decorre dalla notifica, o dalla presa di conoscenza, del provvedimento definitivo di iscrizione, o mancata iscrizione, negli elenchi dei lavoratori agricoli, ovvero di cancellazione dai suddetti elenchi, contempla l'ipotesi della mancanza del provvedimento amministrativo e della relativa notifica, laddove detta una data alternativa di decorrenza: la conoscenza dell'esito del procedimento, e questo perché anche nel regime del d.l. n. 7 del 1970, convertito in legge n. 83 del 1970, il procedimento amministrativo poteva terminare senza un provvedimento espresso, nel qual caso operava l'istituto del silenzio accoglimento. La specificità della disciplina e il carattere di norma di stretta interpretazione rende la disposizione insuscettibile di interpretazione analogica o estensiva (Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta l'interpretazione fornita dalla corte territoriale per la quale, considerato che il termine di decadenza "*de quo*" non è stato abrogato dal d.lgs. n. 375 del 1993, perché questo ha modificato il procedimento amministrativo, mentre l'art. 22 in esame attiene ad un momento successivo, la individuazione della decorrenza dalla notifica ovvero dalla conoscenza, per questa parte, non può essere sostituita dalla definitività del provvedimento amministrativo, con la conseguenza che incombe sull'istituto previdenziale, il quale eccepisca che il diritto è estinto per decadenza, la prova della conoscenza da parte dell'interessato del formarsi del silenzio rigetto, a norma dell'art. 11 del d.lgs. n. 375 del 1993).* (Massima non ufficiale)

I

FATTO – Il Pretore di Brindisi ha rigettato le domande della sig.ra M.R. di accertamento del suo diritto all'iscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli del Comune di Erchie e di condanna dell'Inps al pagamento delle indennità di maternità, ritenendo il diritto estinto per decadenza.

Il primo giudice ha rilevato che l'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito in L. 11 marzo 1970 n. 83, prevede un termine di decadenza di 120 giorni per la proposizione della domanda giudiziaria, decorrente dalla notifica all'interessato del provvedimento amministrativo di rigetto o dal momento in cui questi ne abbia avuto conoscenza; che il d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375 ha modificato il procedimento amministrativo, introducendo l'istituto del silenzio-rigetto; ha ritenuto che dopo tale modifica legislativa la decadenza non possa più decorrere dalla notifica del provvedimento di rigetto, che può anche mancare, ma deve essere fatto decorrere dalla data di formazione del rigetto tacito; ha rilevato che, cosi interpretato l'art. 22

per effetto della modifica legislativa, il termine nella specie era già spirato al momento del ricorso introduttivo del giudizio.

La Corte d'Appello di Lecce, con sentenza 3 aprile/13 maggio 2003 n. 599, ha ritenuto la interpretazione di tale successione di leggi non corretta e, in riforma della sentenza pretorile, ha accolto la domanda della M.

Il giudice d'appello ha premesso che il termine in questione deve essere ritenuto di decadenza sostanziale; ha rilevato che esso grava su entrambi le parti; che esso non è stato abrogato dal d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375, perché questa legge ha modificato il procedimento amministrativo, mentre l'art. 22 attiene ad un momento successivo ad esso; che, quanto alla sua decorrenza, l'art. 22 la individua dalla notifica ovvero dalla conoscenza, e che, per questa parte, non può essere sostituita dalla definitività del provvedimento amministrativo.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione l'Inps, con unico motivo.

La intimata si è costituita con controricorso, resistendo.

DIRITTO – Con unico motivo l'Istituto ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito in L. 11 marzo 1970 n. 83, dell'art. 8 L. 11 agosto 1973, n. 533, e in connessione con questi dell'art. 15 preleggi e dell'art. 148 d.a.c.p.c. nel testo introdotto dall'art. 9 della l. 533/1973, nonché dell'art. 11 del d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375; vizio di motivazione.

Conviene con la sentenza impugnata che l'art. 11 d.lgs. 11 agosto 1993 n. 375 si è limitato ad apportare delle modifiche alla disciplina per la formazione del provvedimento definitivo – con sostituzione dell'ipotesi del silenzio-rigetto a quella preesistente del silenzio-accoglimento – e pertanto non ha alcuna incidenza sulle norme che disciplinano i termini di esercizio dell'azione giudiziaria, come l'art. 22 in esame, i quali presuppongono l'esaurimento della fase amministrativa. Ma sostiene che con la formazione del silenzio-rigetto si matura un provvedimento amministrativo tacito definitivo e come tale conosciuto dall'interessato.

Il ricorso non è fondato.

Il diritto previdenziale presenta una disciplina articolata della decadenza per i singoli diritti e della sua decorrenza.

Per le prestazioni pensionistiche, già l'art. 47 d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639 prevedeva un termine di decadenza decennale per la proposizione dell'azione giudiziaria, decorrente dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunziata dai competenti organi dell'Istituto o *dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della predetta decisione.*

L'art. 6 d.l. 29 marzo 1991, n. 103, convertito in legge 1° giugno 1991, n. 166, qualifica la decadenza come sostanziale e la fa decorrere, in caso di mancata proposizione dei ricorso amministrativo, dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei.

L'art. 4 d.l. 19 settembre 1992 n. 384, convertito in legge 14 novembre 1992 n. 438, nell'abbreviare i termini di decadenza previsti dall'art. 47 a tre anni, vi aggiunge la nuova ipotesi "ovvero *dalla data di scadenza del termini prese-ritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo".*

È dunque legislativamente previsto che un termine di decadenza in materia

previdenziale possa decorrere da momento diverso dalla notifica dei provvedimento di rigetto, momento che l'interessato ha l'onere di diligenza di conoscere.

La questione di diritto nella presente causa non è però di carattere generale, ma di interpretazione dell'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito in L. 11 marzo 1970 n. 83, che detta la disciplina specifica della decadenza dei diritti in materia di collocamento ed accertamento dei lavoratori agricoli. Il citato articolo 22 recita: "Contro i provvedimenti definitivi adottati in applicazione del presente decreto da cui derivi una lesione di diritti soggettivi, l'interessato può proporre azione giudiziaria davanti al pretore nel termine di 120 giorni dalla notifica o dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza".

L'ipotesi della mancanza del provvedimento amministrativo e della relativa notifica è perciò espressamente previsto dall'art. 22 in esame, che detta in tal caso una data alternativa di decorrenza: la conoscenza dell'esito del procedimento, e questo perché anche nel regime del d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito in L. 11 marzo 1970 n. 83 il procedimento amministrativo poteva terminare senza un provvedimento espresso, nel quale caso operava l'istituto del silenzio accoglimento.

Considerata dunque la specificità della disciplina della decadenza per i singoli diritti, e considerato che le relative norme sono di stretta interpretazione, e non suscettibili di interpretazione analogica o estensiva (Cass. 26 giugno 2000 n. 8700; Cass. 21 agosto 2003 n. 12300), deve ritenersi corretta la interpretazione delle norme impugnate fornita dal giudice del merito. Sarà onere dell'istituto previdenziale il quale eccepisca che il diritto è estinto per decadenza, fornire la prova della conoscenza da parte dell'interessato del formarsi del silenzio rigetto, a norma dell'art. 11 d. lgs. 11 agosto 1993 n. 375.

Il ricorso va pertanto respinto.

Le spese processuali del presente giudizio sono compensate.

(Omissis)

II

FATTO – Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Lecce confermava la sentenza del Pretore di Brindisi in data 28 aprile 1999 – che aveva accolto le domande, proposte da M.G.E. contro l'INPS, per ottenere la reiscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli (dai quali era stata cancellata), per gli anni dal 1989 al 1992, e la corresponsione dell'indennità di disoccupazione agricola maturata nel 1992 – essenzialmente in base al rilievo – per quanto ancora interessa – che *"non risultando notificato (o, comunque, portato a legale conoscenza) alcun provvedimento formale adottato dalla Commissione centrale sul ricorso avverso la decisione della Commissione provinciale* (di cancellazione dagli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli), *proposto dalla E. il 13 agosto 1994, la eccezione dì decadenza* (di cui all'art 22 decreto-legge 3 febbraio 1970 n. *7,* convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970 n. 83) *deve essere rigettata".*

Avverso la sentenza d'appello. l'INPS propone ricorso per cassazione affidato ad un motivo.

L'intimata non si è costituita nel giudizio di cassazione.

DIRITTO – 1. Con l'unico motivo di ricorso – denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 marzo 1970 n. 83, 8 legge 11 agosto 1973, n. 533, e, in connessione con questi, art. 15 disposizioni sulla legge in generale, D 148 disp. att. c.p.c., 11 decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) – l'INPS censura la sentenza impugnata – per avere riconosciuto all'attuale intimata il diritto alla reiscrizione negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli (dai quali era stata cancellata), per gli anni dal 1989 al 1992, ed all'indennità di disoccupazione agricola maturata nel 1992 – sebbene l'intimata fosse decaduta dall'azione giudiziaria, per conseguire il diritto all'iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli (dai quali era stata cancellata), in dipendenza della scadenza del previsto termine perentorio (di centoventi giorni), decorrente dal *silenzio-rigetto* della Commissione centrale (ai sensi dell'articolo 11 decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375, cit.), a seguito del ricorso proposto dalla stessa intimata avverso il provvedimento (di cancellazione dagli elenchi) della Commissione provinciale per la manodopera agricola.

Il ricorso non è fondato

2. Invero la disposizione – che disciplina la dedotta fattispecie (articolo 22. primo comma, del decreto-legge 3 febbraio 1970 n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 marzo 1970 n. 83, *Norme in materia di collocamento e accertamento dei lavoratori agricoli)* – sancisce testualmente:

"Contro i provvedimenti definitivi adottati in applicazione del presente decreto da cui derivi una lesione di diritti soggettivi, **l'interessato può proporre azione giudiziaria (.....) nel termine di 120 giorni dalla notifica o dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza.**

Senza porsi in contrasto con la costituzione (vedi Corte cost. n. 192/2005), il termine perentorio (di centoventi giorni) – che ne risulta previsto, per la proposizione dell'azione giudiziaria, diretta ad ottenere l'iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli – decorre dalla ***"notifica o [....] conoscenza"*** – circa il *provvedimento definitivo* di mancata iscrizione in detti elenchi ovvero di cancellazione dagli elenchi medesimi – e si configura come termine di *natura sostanziale* – secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine la sentenza n.) e di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 15460/2004, 5826/2002, 5942/2001, 9595/1997) - come tale, senza possibilità di sanatoria (ex art. 8 della legge n. 533 del 1973) e senza che la relativa previsione normativa (di cui all'art. 22 decreto-legge 7, convertito dalla legge n. 83 del 1970, cit. appunto) possa ritenersi implicitamente abrogata (dall'art. 148 disp. att. cod. proc. civ.).

Ne la *"notifica o (....) conoscenza",* da parte dell'interessato, dell'esplicito *provvedimento definitivo* prospettato (di mancata iscrizione in detti elenchi, appunto, ovvero di cancellazione dagli elenchi medesimi) può essere considerata equipollente – al *silenzio-rigetto* della stessa Commissione centrale per la manodopera agricola (ai sensi dell'articolo 11, secondo comma, decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375, *Attuazione dell'art.* 3, *comma 1, lettera a), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, concernente razionalizzazione dei sistemi di accertamento dei lavoratori del-*

l'agricoltura e dei relativi contributi) – quale *dies a quo,* ai fini della decorrenza del termine – di decadenza dall'azione giudiziaria – del quale si discute.

Peraltro, l'iscrizione in detti elenchi costituisce *presupposto* indefettibile – per l'accesso alle prestazioni previdenziali collegate al requisito assicurativo e contributivo – e titolo per l'accredito, con riferimento a ciascun anno, dei contributi corrispondenti al numero di giornate di iscrizione negli elenchi stessi (oltre Corte cost. n. 192/2005, cit., vedi, per tutte, Cass., sez. un. n. 1186/2000 e giurisprudenza *consolidata* successiva).

Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata – che ha negato la decadenza dell'attuale intimata, dall'azione giudiziaria volta ad ottenere la reiscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e pronunce consequenziali, in difetto della la *"notifica o (....) conoscenza"* di esplicito *provvedimento definitivo* di cancellazione dagli elenchi medesimi – non merita quindi le censure, che le vengono mosse con il ricorso.

3.Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

Il ricorrente, tuttavia, non va condannato alla rifusione delle spese di questo giudizio di cassazione (art. 385, 1° comma, c.p.c.), non avendo l'intimata svolto alcuna attività defensionale in questo giudizio.

(Omissis)

NUOVE RESISTENZE ALL'APPLICAZIONE DELLA DECADENZA DALL'AZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA DI ISCRIZIONE NEGLI ELENCHI NOMINATIVI DEI LAVORATORI AGRICOLI

1.– Le due decisioni che si annotano affrontano – con argomentazioni diverse ma coincidenti nelle conclusioni – il medesimo problema: quello delle condizioni richieste per l'applicabilità dell'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 marzo 1970, n. 83, che recita: "Contro i provvedimenti definitivi adottati in applicazione del presente decreto da cui derivi una lesione di diritti soggettivi, l'interessato può proporre azione giudiziaria davanti al pretore nel termine di 120 giorni dalla notifica o dal momento che ne abbia avuto conoscenza".

Detto articolo, per la sua collocazione, nel decreto citato – che concerne la materia del collocamento e dell'accertamento (a fini previdenziali) dei lavoratori agricoli – non poteva non sottendere l'art. 17 il quale prevedeva un duplice grado di ricorsi amministrativi in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli, fissando un termine entro cui dovevano essere adottate le relative decisioni decorso il quale interveniva l'istituto del silenzio-accoglimento. Poiché tale norma è stata successivamente sostituita dall'art. 11 d.lgs. 11 agosto 1993, n. 375 – sul quale tornerò in prosieguo – che, dall'inutile decorso del termine di decisione, fa discendere l'effetto opposto del silenzio-rigetto, è quest'ultima disposizione che viene presupposta – oramai, per pacifico riconoscimento, come dimostrano le stesse decisioni in commento – dalla norma di cui all'art. 22 sopra citato.

Dopo travagliate vicende applicative ed interpretative della disposizione in questione (1), la giurisprudenza della S.C. ha definitivamente riconosciuto la natura sostanziale del termine di decadenza in essa previsto "per la proposizione dell'azione giudiziaria a seguito della notifica o della presa di conoscenza del provvedimento definitivo di iscrizione o mancata iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli, ovvero di cancellazione dai suddetti elenchi": il problema affrontato dalle decisioni in commento è quello di stabilire quando e come si determina la definitività di tale provvedimento dalla quale decorre il periodo di tempo previsto, a pena di decadenza, per promuovere l'azione giudiziaria.

A detto problema danno risposta le decisioni annotate. In particolare, Cass. n. 2853/06 – dopo aver sottolineato che "il diritto previdenziale presenta una disciplina articolata della decadenza per i singoli diritti e della sua decorrenza" (richiamando, in proposito, il contenuto dell'art. 47 d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639 nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dal d.l. 29 marzo 1991, n. 103, convertito in l. 1° giugno 1991, n. 166 e del successivo d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito in l. 14 novembre 1992, n. 438, il cui art. 4 aggiunge alle ipotesi di decorrenza dei termini decadenziali configurate nelle precedenti disposizioni, anche quella, applicabile ai casi di mancata proposizione dei ricorsi amministrativi, secondo la quale la decadenza si determina a decorrere "dalla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo") – osserva che l'art. 22 d.l. n. 7 del 1970 cit., contempla esplicitamente l'ipotesi della mancanza del provvedimento amministrativo e della relativa notifica ma detta, in tal caso, una data alternativa di decorrenza: la conoscenza dell'esito del procedimento, e questo perché anche nel regime del d.l. n. 7/70, convertito in l. n. 83/70, "il procedimento amministrativo poteva terminare senza un provvedimento espresso, nel quale caso operava l'istituto del silenzio-accoglimento". Poiché le norme che comminano la decadenza per i singoli diritti previdenziali, fissandone la decorrenza, sono specifiche e, come tali. di stretta interpretazione e non suscettibili di interpretazione analogica o estensiva, se ne deduce che l'art. 22 in questione va interpretato per il suo contenuto esplicito nel senso sopra esposto, ravvisandosi, pertanto, la correttezza della sentenza di merito impugnata, da cui discende l'onere a carico dell'Istituto previdenziale, il quale eccepisca che il diritto è estinto per decadenza, di "fornire la prova della conoscenza da parte dell'interessato del formarsi del silenzio rigetto".

In maniera più diretta ed esplicita, Cass. n. 3882/06 – dopo aver richiamato la norma dell'art. 22 cit. – sottolinea che secondo il relativo disposto il termine di

(1) Delle quali mi sono ampiamente interessato in altre occasioni: cfr. C. Gatta, *Pregiudizialità del procedimento amministrativo e decadenza dell'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli* (nota a Trib. Lecce, 6 novembre 2001, n. 3392), in questa Riv., 2002, 812 ss.; Id., *Costituzionalità dell'art. 22, legge n. 83 del 1970 che prevede un termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli* (nota a Corte cost. 10 maggio 2005, n. 192), in *Dir. giur. agr. e dell'amb.*, 2005, 368; ma v. anche, Id., *Le prestazioni previdenziali dei lavoratori agricoli: principi generali e specificità, aspetti problematici*, in questa Riv., 2002, 1715 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

decadenza in essa previsto decorre "dalla notifica o (…) conoscenza" circa il "provvedimento definitivo" di mancata iscrizione negli elenchi o di cancellazione dagli stessi. Orbene, la "notifica o (…) conoscenza da parte dell'interessato, dell'esplicito provvedimento definitivo" innanzi detto, non può "essere considerata equipollente" al silenzio-rigetto dell'organo decidente, "quale *dies a quo*, ai fini della decorrenza del termine – di decadenza dall'azione giudiziaria – del quale si discute".

2.- Le conclusioni esposte non mi convincono: cercherò di esporne i motivi.

Ho già detto *supra* che l'art. 22 d.l. n. 70 del 1970 (conv. in l. n. 83 del 1970) sottende l'esistenza, nell'ambito dello stesso provvedimento legislativo in cui esso è contenuto, di altra norma (art. 17) che disciplinava il c.d. "precontenzioso amministrativo" dettando modalità e termini per la proposizione dei ricorsi (in primo e secondo grado), per la loro decisione ed indicandone l'esito in caso di mancata pronuncia nei termini prefissati.

Tale norma è stata poi sostituita dall'art. 11 d.lgs. n. 375 del 1993 il quale recita:

"1. Contro i provvedimenti adottati in materia di accertamento degli operai agricoli a tempo determinato ed indeterminato e dei compartecipanti familiari e piccoli coloni e contro la non iscrizione è data facoltà agli interessati di proporre, entro il termine di trenta giorni, ricorso alla Commissione provinciale per la manodopera agricola che decide entro novanta giorni. Decorso inutilmente tale termine il ricorso s'intende respinto.

"2. Contro le decisioni della Commissione l'interessato e il dirigente della competente sede dello SCAU possono proporre, entro trenta giorni, ricorso alla Commissione centrale preposta al predetto Servizio che decide entro novanta giorni. Decorso inutilmente tale termine il ricorso si intende respinto".

(Lo SCAU è stato soppresso dall'art. 19 l. 23 dicembre 1994, n. 724; le relative funzioni sono state trasferite all'INPS; la Commissione centrale preposta allo SCAU è stata sostituita dalla "Commissione centrale per l'accertamento e la riscossione dei contributi agricoli", costituita quale organo dell'INPS, la quale "decide in unico grado, i ricorsi previsti dagli artt. 10 e 15 del d.lgs. 11 agosto 1993, n. 375, e, in secondo grado, i ricorsi di cui al comma 2 dell'art. 11 del predetto decreto": v. art. 9 *sexies*, l. 28 novembre 1996, n. 608 di conversione del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510).

Dunque, la norma sopra riportata prevede due ipotesi di definizione dei ricorsi amministrativi in essa contemplati.

La prima ipotesi, ordinariamente praticata in un fisiologico svolgimento dell'*iter* procedimentale, consiste nell'adozione di un provvedimento esplicito di decisione il quale, per produrre i propri effetti, deve essere notificato al (cioè, portato a conoscenza del) ricorrente con i mezzi a ciò predisposti (la notificazione intendendosi come attività ordinata alla trasmissione a terzi del contenuto di un atto); ma la notifica trova un perfetto equipollente nella piena conoscenza del provvedimento, comunque acquisita dal soggetto interessato: in questo caso, fermo restando l'onere a carico di chi ha emanato il provvedimento o dell'amministrazione in favore della quale esso è stato emesso, di fornire la prova di tale conoscenza, i termini per l'impugnativa (o, nella fattispecie di cui mi sto interessando, i termini di decaden-

za per promuovere l'azione giudiziaria) decorrono, oltre che dalla notifica, dalla piena conoscenza dell'atto (2) che può essere anche anteriore alla notifica.

La seconda ipotesi consiste nel determinarsi del silenzio-rigetto, conseguente all'inutile decorso del tempo stabilito per l'adozione della decisione esplicita. Sul senso del silenzio la giurisprudenza amministrativa e la dottrina più recente concordano nel ritenere che esso "non è un *atto*, cioè una dichiarazione di volontà dell'amministrazione: il silenzio è un *comportamento* al quale la legge attribuisce certi effetti, sostanziali e processuali, indipendentemente dal reale contenuto di volontà, ed anche da qualsiasi contenuto di volontà (…). È solo una esigenza formale, di certezza e sollecitudine nella definizione dei rapporti giuridici, quella che ha indotto il legislatore ad equiparare il "silenzio" al rigetto" (3). Quindi la disciplina giuridica del silenzio, comunque si atteggi, non può che assumere il silenzio come fatto, astraendo dalle intenzioni dell'autorità che dovrebbe pronunciarsi, e dalla sua stessa consapevolezza. Ed (…) in questa luce il silenzio non ha , di per sé, altro significato che quello che l'ordinamento giuridico, caso per caso, gli attribuisce" (4).

Nel caso in esame, dalla locuzione: "Decorso inutilmente tale termine il ricorso si intende respinto" (che è poi identico a quelle utilizzate in altri provvedimenti di legge) può sicuramente inferirsi che solo *voluntate legis* dall'inutile decorso del tempo scaturisce, in via automatica, l'effetto giuridico della reiezione del ricorso. Non esiste un atto (o provvedimento) amministrativo riconducibile ad un organo della pubblica amministrazione; esiste un fatto dal quale *ope legis* conseguono effetti giuridici, quali la definizione (esito) del ricorso, e contestualmente, la definitività del provvedimento amministrativo contestato con la rimozione della condizione ostativa alla proposizione dei rimedi giurisdizionali (che altrimenti sarebbe esistita appunto per la mancanza di una decisione formale, atteso anche il carattere di pregiudizialità dell'esperimento della procedura contenziosa amministrativa per la procedibilità dell'azione giudiziaria) (5).

A questo punto è necessario ricordare che l'art. 22 d.l. n. 7/1970 oggetto d'interpretazione da parte delle decisioni annotate, è stato scritto (forse con frettolosa approssimazione) per essere applicato, nel suo contenuto sostanziale, in entrambe le ipotesi evidenziate per la decisione dei ricorsi amministrativi in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e cioè, sia in quella (ordina-

(2) V. P. Stella Richter, *Notificazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, 1978, 729 ss.

(3) Cons. St., ad. plen., 3 maggio 1960, n. 8, riferita da P.G. lignani, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, 561.

(4) A. e *voce* cit. a nt. prededente.

(5) Secondo P.G. Lignani, *voce e loc. cit.*, 566, per l'art. 6 d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 (semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi) e l'art. 20 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi regionali) – il cui contenuto normativo, per quanto riguarda la disciplina della formazione del silenzio-rigetto, è praticamente identico – è il ricorso stesso che "dà corso al termine (novanta giorni) per la formazione del silenzio. Di più: il silenzio s'intende formato, con tutti i suoi effetti, se allo scadere del termine la decisione dell'autorità gerarchica non è stata comunicata al ricorrente e non rileva, in contrario, che essa sia stata già formalmente adottata e sia in corso di comunicazione".

ria) dell'esistenza di una decisione esplicita (la quale deve essere notificata o in caso di mancata notifica, deve esserne provata la conoscenza per altra via, trattandosi di un provvedimento che esprime la volontà dell'organo decidente), sia in quella (alternativa) del silenzio-rigetto che – non essendo configurabile come atto, ma come fatto dal quale scaturisce direttamente per disposizione di legge, l'effetto della reiezione del ricorso e la conseguente definitività del provvedimento contestato – non deve essere notificato trattandosi di un evento consequenziale del quale – per il principio di non ammissibilità-scusabilità dell'ignoranza della legge (di cui, peraltro, l'interessato ha fatto applicazione proprio con la presentazione del ricorso) – deve presumersi la conoscenza *a priori* da parte del ricorrente, bastando, a tal fine, l'esercizio di una normale diligenza.

Pertanto, la norma dell'art. 22 di cui si discute va letta – quanto all'onere di comunicazione – nel senso che la decadenza decorre "dalla notifica della decisione del ricorso o dal momento in cui ne abbia avuto conoscenza", questa essendo implicita nel caso di silenzio-rigetto. Altrimenti, la norma stessa non avrebbe senso (in quanto non si notifica un fatto consequenziale già noto) e, in qualche modo, stravolta nelle sue finalità rispetto all'*intentio legis*.

Carlo Gatta
già Direttore Generale del Servizio
per i Contributi Agricoli Unificati

CORTE COSTITUZIONALE

Esecuzione forzata - Procedura esecutiva nei confronti di Enti Previdenziali - Intervento dei creditori ai sensi dell'art. 551 c.p.c. - Esperibilità esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti *ex* art. 543 cod. proc. civ. pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento - Mancata previsione - Interpretazione della norma censurata nel senso della sua applicabilità anche al creditore interveniente - Non fondatezza della questione.

Corte Costituzionale, 23.10.2006, n. 343 - Pres. Bile - Rel. Vaccarella

Non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la q.l.c. dell'art. 14 comma 1 bis d.l. 31 dicembre 1996 n. 669, conv., con modificazione, in l. 28 febbraio 1997 n. 30, come modificato dall'art. 44 comma 3, lett. b) d.l. 30 settembre 2003 n. 269, conv., con modificazione, in l. 24 novembre 2003 n. 326, censurato, in riferimento agli artt. 3 comma 1, 24 commi 1 e 2 e 97 comma 1 cost., nella parte in cui non prevede che anche l'intervento, ai sensi dell'art. 551 c.p.c., del creditore di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale sia proposto, a pena d'improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti ex *art. 543 c.p.c. pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento.*

FATTO – 1. - Nel corso di alcuni processi di opposizione agli atti esecutivi, fra loro riuniti, proposti dall'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) per contestare gli interventi spiegati, con titoli esecutivi giudiziali emessi dal Tribunale di Taranto, da A.A. in altrettanti processi di espropriazione presso terzi intrapresi contro il medesimo Istituto presso il Tribunale di Roma, il giudice dell'esecuzione, con ordinanza del 26 ottobre 2004, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'ari. 14, comma \-*bis,* del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669 (Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, e successive modificazioni, con particolare riguardo alle modifiche apportate dall'art. 44, comma 3, lettera *b)* del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, «per violazione del principio di ragionevolezza, e dell'art. 3, comma primo, in riferimento agli artt. 24, comma primo, e 97, comma primo, della Costituzione».

1.1. - Il giudice *a quo* riferisce che, ad avviso dell'opponente INPS, gli interventi in questione sarebbero impediti dalla norma impugnata, contenuta nel secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 14 cit., la quale dispone che «il pignoramento di crediti di cui all'ari 543 del codice di procedura civile promosso nei confronti di Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale deve essere instaurato, a pena di improcedibilità, rilevabile d'ufficio, esclusivamente innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento in forza del quale la procedura esecutiva è promossa».

Riferisce, inoltre, il giudice rimettente che, dal canto suo, l'interveniente-opposto ha contestato l'applicabilità della norma al caso di specie, chiedendo, in subordine, che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 3, lettera *b)* del decreto-legge n. 269 del 2003, per violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione.

Il Tribunale di Roma, sentite le parti, ha sospeso le esecuzioni limitatamente agli interventi proposti da A.A. ed ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale della norma in esame nella parte in cui non prevede che anche l'intervento, ai sensi dell'art. 551 cod. proc. civ., del creditore di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale sia proposto, a pena d'improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente nei processi di espropriazione di crediti presso terzi pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento.

1.2. - Quanto alla rilevanza della questione, osserva il giudice rimettente che essa discende dal fatto che i giudizi *a quibus* vertono sull'applicabilità della norma denunciata ad una fattispecie nella quale gli interventi sono stati effettuati, in espropriazioni presso terzi pendenti innanzi al Tribunale di Roma, sulla scorta di titoli esecutivi giudiziali formati dal Tribunale di Taranto e che risulta impossibile interpretare tale norma nel senso di ritenerla estensibile anche agli interventi spiegati nell'espropriazione *ex* art. 543 cod. proc. civ.

Ad avviso del giudice *a quo,* la disposizione in esame, infatti, introducendo una deroga alla regola della competenza stabilita dall'art. 26, comma secondo, cod. proc. civ., è di stretta interpretazione e, pertanto, risulta insuscettiva di applicazioni estensive o analogiche. In particolare, la inapplicabilità agli interventi spiegati ai sensi dell'art. 551 cod. proc. civ. emergerebbe, oltre che dalla mancanza di un espresso riferimento, anche da altri chiari indici lessicali e normativi – quali il richiamo al solo atto introduttivo (pignoramento) dell'espropriazione forzata presso terzi e l'utilizzo dei verbi "promuovere" ed "instaurare" – che sottolineano l'esclusività del collegamento funzionale con il momento di esercizio originario dell'azione esecutiva.

1.3. - Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice *a quo* ritiene che la norma censurata arrechi un *vulnus* al principio di uguaglianza sancito dall'art. 3, comma primo, Cost. e, comunque, al principio di ragionevolezza, in relazione all'art. 97, comma primo, Cost., in quanto non troverebbe «giustificazione l'omessa previsione della deroga alla regola sulla competenza per territorio – prevista in riferimento a coloro che promuovono il pignoramento di crediti nei con-

fronti degli Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale – in riferimento all'intervento proposto dai creditori di detti enti nel processo esecutivo per espropriazione di crediti», tenuto conto, per un verso, del fatto che a fronte «di situazioni coincidenti in ordine all'individuazione dell'articolazione territoriale dell'ente su cui ricade la spesa (due creditori dello stesso ente di previdenza e assistenza obbligatoria organizzato su base territoriale, muniti di titoli esecutivi emessi dallo stesso ufficio giudiziario), lo scopo di tutelare l'ente, al cui perseguimento è volto il comma 1-*bis* dell'art. 14 del decreto-legge n. 669 del 1996, viene soddisfatto soltanto in riferimento al creditore che faccia valere la propria pretesa instaurando il processo esecutivo con il pignoramento di crediti, mentre non lo è in riferimento al creditore che intervenga in una procedura per espropriazione di crediti promossa davanti ad un tribunale diverso da quello presso il quale quello stesso creditore avrebbe dovuto promuovere il pignoramento» e, considerato, per altro verso, che, anche nel caso dell'unico creditore che utilizzi uno stesso titolo esecutivo, l'applicazione o meno della disciplina di tutela degli enti ed istituti di previdenza ed assistenza risulta rimessa alla mera scelta processuale (pignoramento o intervento) di questi.

Il Tribunale rimettente ritiene pertanto che, in tal modo, rimarrebbe frustrato lo scopo perseguito dal legislatore – col radicare la competenza nel luogo di formazione del titolo giudiziale – di consentire all'ente la razionale ed efficiente gestione delle proprie risorse finanziarie, evitando che la spesa sia sostenuta da articolazioni diverse da quella territorialmente competente rispetto ai soggetti interessati, e collegato alla più ampia finalità – assicurata dal comma 1 e dal primo periodo del comma 1-*bis,* dello stesso articolo 14 cit. con la previsione di un termine dilatorio per la notifica del precetto e per l'esercizio dell'azione esecutiva, e con l'obbligo di notificare a pena di nullità gli atti introduttivi del giudizio di cognizione, nonché quelli di precetto, di pignoramento e di sequestro presso la struttura territoriale dell'ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati, indicandone compiutamente i dati anagrafici – di consentire agli enti pubblici debitori di completare, nella sede territoriale che ha in carico il rapporto, le procedure di pagamento senza aggravi di spese derivanti dal processo esecutivo.

Il giudice *a quo* ravvisa, inoltre, un contrasto della disposizione in esame anche con l'art. 3, comma primo, Cost., in riferimento all'art. 24, commi primo e secondo, Cost., tenuto conto che proprio l'esigenza dell'ente previdenziale articolato su base territoriale, di valutare rapidamente la posizione del soggetto interessato e la fondatezza della pretesa esecutiva, rende più facile l'esercizio del diritto di difesa il quale, invece, risulterebbe ingiustificatamente ostacolato ogni volta che il creditore ritenga di spiegare intervento in una espropriazione presso terzi promossa innanzi ad un giudice diverso da quello territorialmente individuato dall'art. 14, comma 1-*bis,* in esame.

2. - È intervenuto nel giudizio, con la rappresentanza dell'Avvocatura generale dello Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri il quale ha concluso per la infondatezza della questione, osservando che la disposizione denunciata, nel realizzare un ragionevole contemperamento tra le disposizioni sulla contabilità pubblica e quelle processuali, va interpretata sul piano sistematico nel senso per cui essa, più che introdurre una specifica competenza territoriale, si limiterebbe a chiarire la por-

tata dell'art. 26, primo comma, cod. proc. civ. «nel senso che individua il luogo dove si trovano le cose mobili *ex* art. 513 cod. proc. civ., con conseguente necessità dell'incardinazione dell'esecuzione presso il giudice di quel luogo».

Pertanto, ad avviso del deducente, siccome quello intervenuto è un creditore esecutante al pari del procedente – per cui, se è già pendente un'espropriazione mobiliare, può intervenire presso il giudice del luogo dove si trovano le cose mobili – e siccome le norme sulla contabilità degli enti pubblici e previdenziali precludono che vi sia identità tra le somme depositate presso le diverse sedi territoriali degli istituti debitori, l'interveniente è tenuto ad individuare il giusto luogo della cosa da apprendere per poi rivolgersi al giudice competente *ratione loci* per il pignoramento dei crediti; cosicché, inserendosi in un processo esecutivo promosso presso un ufficio giudiziario diverso da quello sito nel circondario presso la cui sede principale è iniziata l'esecuzione, egli dovrebbe soggiacere alle stesse preclusioni stabilite dalla norma in esame per il creditore procedente.

Alla luce di tali considerazioni, ritiene il Presidente del Consiglio che la norma, perseguendo lo scopo di evitare il blocco dell'attività amministrativa, si collochi nel solco di altre disposizioni che la Corte ha ritenuto realizzino un ragionevole contemperamento dell'interesse particolare del singolo a convertire il proprio diritto di credito con l'interesse generale ad una ordinata gestione delle risorse finanziarie pubbliche (sentenza n. 142 del 1998).

Del pari, infondata sarebbe la censura parametrata al principio di eguaglianza, tenuto conto della diversità di natura e di disciplina degli enti a sede unica e di quelli organizzati su base territoriale, nonché quella articolata per violazione del diritto di difesa, essendo del tutto ragionevole che nel luogo in cui si è formato "il titolo esecutivo giudiziale, ivi si discuta della legittimità della pretesa esercitata" e, comunque, mostrando il giudice rimettente di aver già scelto una interpretazione costituzionalmente orientata e di volerne conseguire attraverso l'odierno giudizio una mera conferma.

Infine, risulterebbe incongruente, ad avviso del Presidente del Consiglio, anche il parametro dell'art. 97 Cost., tenuto conto che la disposizione denunciata, fissando un particolare foro *ratione loci* giustificato dalle peculiari regole di contabilità e di tesoreria applicabili agli enti connotati da articolazioni territoriali, non pregiudicherebbe ma piuttosto realizzerebbe il buon andamento della pubblica amministrazione senza incidere in alcun modo sulla sua imparzialità.

3. - Si è altresì costituito l'INPS, opponente nei giudizi *a quibus,* il quale, considerato che la norma impugnata persegue lo scopo di evitare gli oneri connessi allo spostamento della documentazione tra le diverse sedi territoriali degli enti, così evitando le ricadute negative sui tempi dell'adempimento e consentendo alle strutture decentrate di avere una immediata cognizione delle azioni esecutive intraprese al fine di gestirle direttamente, ha concluso nel senso che, in realtà, è l'interpretazione restrittiva fornita dal Tribunale di Roma a determinare la violazione del principio di razionalità ed il *vulnus* all'art. 24 Cost., per l'evidente contrasto con la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina dell'esecuzione forzata nei confronti della pubblica amministrazione, ricavabile fin dai lavori preparatori in termini di contenimento della spesa pubblica.

Ad avviso del deducente, dunque, la questione di legittimità costituzionale in

esame andrebbe dichiarata infondata, tenuto conto che, alla luce della interpretazione estensiva della norma denunciata – non esclusa dalla natura eccezionale di questa e, anzi, imposta dalla necessità di superarne la lettera violativa della Costituzione – essa andrebbe intesa in via sistematica come diretta a disciplinare il procedimento di espropriazione forzata presso terzi nel suo complesso e, quindi, anche gli atti di intervento.

3.1 - Con memoria depositata in prossimità dell'udienza, l'INPS ha ribadito le conclusioni già prese precisando che, diversamente da quanto ritenuto dal giudice rimettente, la norma impugnata, non avendo introdotto alcuna deroga alla competenza territoriale in materia di espropriazione presso terzi, ma individuando solamente il luogo in cui si trovano le cose mobili da sottoporre ad esecuzione, imporrebbe di operare una puntuale interpretazione dei criteri e dei motivi fondanti la previsione, nel senso di evitare, in quanto irrazionale, di trattare il creditore intervenuto in maniera differenziata da quello procedente.

In subordine, nel caso in cui si dovesse ritenere la disposizione censurata non applicabile anche al creditore intervenuto, l'INPS ha chiesto che sia ritenuta fondata la questione di legittimità costituzionale in esame sia per irragionevolezza che per violazione degli articoli 3, comma primo, e 97, comma primo, Cost., essendo identici, tanto nel caso di avvio della procedura espropriativa che in quello di intervento successivo, l'esigenza e lo scopo di consentire all'ente esecutato di gestire le risorse finanziarie in maniera adeguata, evitando che la spesa sia sostenuta da articolazioni diverse da quella territorialmente competente per l'esecuzione principale.

DIRITTO – 1. - II Tribunale di Roma dubita della legittimità costituzionale - in riferimento agli articoli 3, comma primo, 24, commi primo e secondo, e 97, comma primo, della Costituzione – dell'art. 14, comma 1-*bis,* del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669 (Disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997), convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, e successive modificazioni, con particolare riguardo alle modifiche apportate dall'art. 44, comma 3, lettera *b),* del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, nella parte in cui non prevede che anche l'intervento, ai sensi dell'art. 551 del codice di procedura civile, del creditore di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale sia proposto, a pena d'improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente nei processi esecutivi per espropriazione di crediti *ex* art. 543 del codice di procedura civile pendenti innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nel cui circondario ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento posto a fondamento dell'intervento.

2. - La questione non è fondata nei sensi di seguito precisati.

2.1. - Il giudice *a quo* osserva che lo «scopo perseguito dal legislatore con la norma di cui si tratta ... (consentire all'ente di gestire le proprie risorse finanziarie in maniera adeguata, evitando che la spesa sia sostenuta da articolazioni diverse da quella territorialmente competente rispetto ai soggetti interessati)» sarebbe frustrato dalla formulazione della disposizione la cui «terminologia, dai significati tecnici e linguistici specifici ed univoci, impone di ritenere che la norma ... si caratterizza

per essere stata redatta all'esito di un percorso di formazione della volontà legislativa, nel corso del quale sono state ben distinte le fattispecie e le ipotesi oggetto della previsione da quelle ad essa estranee»: di qui, a giudizio del rimettente, la violazione del precetto di cui all'art. 3 Cost. sia per intrinseca, manifesta irragionevolezza della norma, sia per ingiustificata disparità di trattamento tra creditore procedente e creditore interveniente, sia, ancora, in relazione all'art. 24 Cost, per impedimento a che sia reso «più facilmente e compiutamente esercitabile il diritto di difesa» dell'ente previdenziale.

2.2. - La giurisprudenza di questa Corte è costante – tanto da rendere superflua ogni citazione di precedenti – nell'affermare che il giudice (specie in assenza, come nel caso in esame, di un consolidato orientamento giurisprudenziale) ha il dovere di adottare, tra più possibili interpretazioni di una disposizione, quella idonea a fugare ogni dubbio di legittimità costituzionale, dovendo sollevare la questione di legittimità costituzionale solo quando la lettera della norma sia tale da precludere ogni possibilità ermeneutica idonea a offrirne una lettura conforme a Costituzione. Di qui il potere-dovere di questa Corte di verificare se il giudice rimettente, nel prospettare la questione di legittimità costituzionale, ha previamente adempiuto a tale dovere e se le ragioni da lui addotte per escludere la possibilità di una interpretazione conforme a Costituzione scaturiscono da un adeguato sforzo interpretativo.

2.3. - L'ordinanza *de qua* è caratterizzata da una articolata ed esaustiva motivazione nella parte dedicata all'individuazione della *ratio* della norma, desunta – non soltanto dal tenore della disposizione censurata ma anche – dal «più complesso e ampio sistema disciplinato dai commi 1 e 1-*bis* all'art. 14 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669», tutto volto a favorire la gestione – adeguata proprio perché articolata – delle proprie risorse finanziarie da parte dell'ente previdenziale organizzato su base territoriale e così anche, indirettamente, a favorire la più rapida soddisfazione dei creditori. Ed è sulla base di questa *ratio* che, coerentemente, il giudice rimettente non ha dato corso alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal creditore interveniente – tesa all'espunzione radicale della norma – ma ha sollevato d'ufficio l'opposta questione diretta ad ampliarne la portata, a suo avviso ingiustificatamente limitata.

Le argomentazioni, viceversa, sviluppate per giustificare l'asserita impossibilità di una interpretazione conforme alla *ratio* della norma – la quale ne escluderebbe la lesività dei precetti costituzionali – si fondano esclusivamente su dati letterali, che si assumono univoci e frutto di consapevole opzione di «un legislatore attento nella scelta dei termini e nell'individuazione delle fattispecie astratte disciplinate»: sicché l'ordinanza di rimessione – senza avvedersi della contraddizione insita nell'attribuire al legislatore piena consapevolezza sia dell'ampio fine propostosi sia, contestualmente, della angusta «individuazione delle fattispecie astratte disciplinate» – osserva che il riferimento al «pignoramento dei crediti di cui all'art. 543», quale «atto introduttivo dell'espropriazione forzata presso terzi», sarebbe confortato dall'«impiego del verbo "promuovere", che indica il momento introduttivo di una procedura» e da quello «del verbo "instaurare", indicativo della creazione *ex novo* di rapporti tra soggetti».

2.4. - È agevole rilevare che la pluralità di argomenti addotti dal rimettente è

solo apparente, in quanto tutti presuppongono, e si fondano sul significato attribuito alla prima locuzione: essendo evidente che, se per «pignoramento di crediti di cui all'art. 543 del codice di procedura civile» si intende non l'atto introduttivo della procedura esecutiva, ma l'espropriazione dei crediti, i verbi «promuovere» e «instaurare» – a prescindere dalla loro pretesa valenza "tecnica" – possono ben intendersi come riferiti a qualsiasi azione esecutiva esperita dai creditori, anche a mezzo di intervento.

Poiché tale interpretazione è idonea a fugare i dubbi di illegittimità costituzionale sollevati dal rimettente, deve concludersi che è doveroso intendere la norma censurata nel senso che il creditore, il quale intenda sottoporre ad espropriazione forzata crediti di enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatorie organizzati su base territoriale, deve agire esecutivamente, a pena di improcedibilità, anche in qualità di interveniente, innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale agisce.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Pensioni - Invalidità civile - Accertamento dei requisiti sanitari nel procedimento amministrativo - Effetti vincolanti in giudizio per l'amministrazione debitrice della prestazione - Esclusione - Potere dell'amministrazione di contestare in giudizio il requisito sanitario – Sussistenza.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 10.11.2006, n. 24037 - Pres. Sciarelli - Rel. Picone - P.M. Fuzio (diff.) - S. (Avv. Terrazzino) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi) - Ministero dell'Economia e delle Finanze (Avvocatura dello Stato)

L'accertamento del requisito sanitario nel procedimento amministrativo non ha natura costitutiva, ma meramente ricognitiva della fattispecie attributiva del diritto, e non vincola in giudizio l'amministrazione debitrice della prestazione che ben può contestare in causa la sussistenza di detto requisito sanitario.

FATTO – C. S. ha chiesto, nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze e dell'Inps, l'accertamento del diritto all'assegno di invalidità e le consequenziali statuizioni di condanna, allegando che. avendo presentato la domanda amministrativa in data 27.2.1990, la commissione medica aveva accertato una percentuale di invalidità superiore ai due terzi (70%).

Si è costituito soltanto il Ministero, contestando il fondamento della pretesa.

La domanda, è stata rigettata dal Tribunale di Agrigento perché, disposta consulenza medico-legale, la mancata presentazione dell'assistita aveva impedito l'accertamento sulla percentuale d'invalidità al tempo di presentazione della domanda amministrativa.

La sentenza è stata confermata dalla Corte di appello di Palermo, che ha ritenuto infondata l'impugnazione della S. sul rilievo che la commissione medica aveva accertato la sussistenza della percentuale di invalidità con riferimento al periodo successivo al D.M. 5 febbraio 1992, e, quindi, non aveva riconosciuto il diritto, richiedendo la nuova normativa la percentuale del 74%, diritto rimasto sfornito di prova a causa dell'impossibilità di espletare consulenza medico-legale, La cassazione della sentenza è domandata dall'assistita con ricorso per due motivi; non hanno svolto attività di resistenza il Ministero (cui il ricorso è stato notificato in data 31.3.2006, a seguito di ordine di rinnovazione) e l'Inps, che ha depositato procura speciale ai difensori ma non ha partecipato alla discussione orale.

DIRITTO – Con i due motivi di ricorso (che vanno esaminati unitariamente per la connessione tra le argomentazioni), denunciando violazione di legge e vizi

della motivazione, la ricorrente sostiene che la sussistenza del requisito sanitario era stata riconosciuta in sede amministrativa, siccome l'accertamento della percentuale del 70% risultava dal verbale di visita effettuato con riferimento alla data della domanda amministrativa (sul punto, si contesta la correttezza del contrario accertamento del giudice di merito), con la conseguenza che erroneamente era stata disposta consulenza tecnica, atteso che il requisito sanitario era stato già accertato e la decisione della causa richiedeva soltanto l'applicazione di norme di diritto.

Il ricorso deve essere rigettato perché la sentenza impugnata ha deciso conformemente al diritto, ancorché la motivazione debba essere in parte corretta (art. 384, comma secondo, c.p.c.).

Va premesso che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, 31 maggio 1995, n. 209 (1) – dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, del d.lgs. 23 novembre 1988, n. 509, nella parte in cui non prevede che restino salvi anche i diritti dei cittadini per i quali il riconoscimento dell'esistenza dei requisiti sanitari all'epoca della domanda, presentata anteriormente alla data di cui al comma 1, sia intervenuto, da parte della competente commissione medica, posteriormente a tale data – il dato normativo è nel senso che, esclusa ogni retroattività della nuova normativa, per il cittadino che abbia presentato domanda amministrativa in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, la sussistenza del requisito sanitario va accertata secondo il criterio anteriore del superamento del due terzi di invalidità, operando la nuova percentuale del 74% solo per le domande presentate nella vigenza della nuova disciplina, ovvero di insussistenza, nel periodo precedente, della percentuale dei due terzi.

Nel caso di specie, la tesi della ricorrente, secondo la quale era rimasto definitivamente accertata la percentuale del 67% di invalidità raggiunta già all'epoca della domanda amministrativa, è destituita di fondamento giuridico indipendentemente dalla verifica dei contenuti del giudizio della commissione medica e dall'esame del relativo verbale.

Come è pacifico nella giurisprudenza della Corte e confermato dalla citata sentenza costituzionale 209/1995, l'accertamento del requisito sanitario nel procedimento amministrativo non ha natura costitutiva ai sensi degli artt. 12 e 13 della legge n. 118 del 1971 (che fissano la decorrenza della prestazione previdenziale dal primo giorno del mese successivo a quello della presentazione della domanda), ma meramente ricognitiva della fattispecie attributiva del diritto, in relazione all'elemento centrale costituito da uno stato di invalidità non inferiore a una certa misura.

Questo accertamento (relativo, come osservato, non al diritto ma solo ad un elemento della fattispecie costitutiva), come può essere integralmente contestato in giudizio dall'assistito, allo stesso modo può esserlo ad opera del soggetto pubblico debitore della prestazione, siccome obbligato al pagamento solo nella sussistenza effettiva del rapporto obbligatorio assistenziale (tanto è vero che neppure il riconoscimento del diritto, nella sua interezza in sede amministrativa, è idoneo a determinare la cessazione della materia del contendere in giudizio: cfr. Cass. S.U. 1352/1987 (2)).

---

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 761.

(2) Idem. 1988, p. 1570.

Nel caso di specie, non solo non vi è stato alcun riconoscimento del diritto alla prestazione, ma anche la sussistenza del requisito sanitario è stata, comunque, specificamente contestata in giudizio, cosicché, indipendentemente dai contenuti della valutazione medica formulata in sede amministrativa, la pretesa non poteva essere accolta senza accertare nel giudizio la percentuale di invalidità, accertamento reso impossibile dal comportamento della ricorrente.

Il ricorso va, pertanto, rigettato in base al seguente principio di diritto: «In tema di prestazioni assistenziali agli invalidi civili, ai sensi degli art. 12 e 13 della legge n. 118 del 1971 l'accertamento della sussistenza del requisito sanitario nel procedimento amministrativo, ad opera del competente organo tecnico, non ha effetti costitutivi e non vincola l'amministrazione debitrice della prestazione, amministrazione che ha sempre il potere di contestare in giudizio il fatto costitutivo del diritto, rendendo così necessario l'accertamento giudiziale».

Nulla da provvedere sulle spese in difetto di attività di resistenza delle amministrazioni convenute.

(Omissis)

Processo Civile - Giuramento decisorio - Apprezzamento comportante una valutazione giuridica - Ammissibilità del giuramento – Esclusione.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 07.11.2006, n. 23724 - Pres. Mercurio - Rel. Morcavallo - P.M. Sepe - P. (Avv. Greco) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi)

II giuramento decisorio è inammissibile ove sia deferito per provocare l'espressione di un apprezzamento comportante una valutazione giuridica (nella specie: avvenuta costituzione in mora), potendo avere ad oggetto, per contro, soltanto un fatto proprio della parte o la conoscenza che questi abbia di un fatto altrui.

FATTO – Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte d'appello di Roma, in funzione di giudice del lavoro, ha confermato la decisione di primo grado di rigetto della domanda proposta da N. P., intesa alla corresponsione di interessi e rivalutazione monetaria sui ratei di prestazione previdenziale corrisposti in ritardo dall'INPS. I giudici d'appello, premessa l'applicabilità della prescrizione decennale, hanno rilevato che nella specie tale prescrizione non poteva considerarsi interrotta dalla liquidazione dei ratei, non costituente riconoscimento del credito agli accessori, e neanche da alcune lettere dedotte dal pensionato, tra le quali, in particolare, quella del 27 agosto 1992 non risultava pervenuta all'INPS; inammissibili,

al riguardo, erano l'istanza di esibizione del fascicolo amministrativo formulata dal P. e il giuramento decisorio dallo stesso deferito all'Istituto.

Avverso tale sentenza il pensionato ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

L'INPS ha depositato procura ai difensori, ma non ha svolto attività difensive.

DIRITTO – II primo motivo denuncia violazione degli art. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c., nonché vizi di motivazione. Si lamenta che la Corte territoriale abbia respinto l'istanza di esibizione del fascicolo amministrativo, proposta al fine di provare la decisiva circostanza della ricezione, da parte dell'INPS, della lettera interruttiva del 27 agosto 1992.

Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli art. 233 c.p.c. e 2739 c.c., nonché vizi di motivazione. Si lamenta la mancata ammissione del giuramento decisorio deferito all'Istituto, nonostante il mezzo istruttorio riguardasse una circostanza decisiva e specifica, quale la avvenuta ricezione della lettera di cui sopra, e si sostiene la carenza di motivazione dei giudici d'appello al riguardo.

Il terzo motivo denuncia vizio di motivazione quanto alla valutazione dei documenti prodotti, per avere la Corte territoriale impedito, senza una valida motivazione, la prova dell'avvenuta interruzione della prescrizione mediante la lettera in questione.

Il primo motivo non è fondato.

Il giudice d'appello ha correttamente disatteso l'istanza di esibizione sulla base del consolidato principio giurisprudenziale, che qui va ribadito, per cui può ordinarsi l'esibizione di un documento a norma dell'art. 210 c.p.c. soltanto se la prova del fatto che si intende dimostrare non è acquisibile a*liunde* e se l'iniziativa non ha finalità meramente esplorative (cfr. Cass. 14 settembre 1995, n. 9715; 10 gennaio 2003, n. 149 e altre successive conformi): nella specie, secondo l'accertamento di fatto dello stesso giudice di merito, l'istante non ha neanche dedotto di non avere altri mezzi di prova relativi alla ricezione della lettera interruttiva, e tale circostanza rende irrilevanti le censure del ricorrente intese ad affermare genericamente una "implicita" indispensabilità della esibizione.

Parimenti infondati sono il secondo e il terzo motivo di ricorso, da esaminare congiuntamente.

Come la Corte territoriale ha spiegato puntualmente, l'inammissibilità del giuramento consegue alla stessa formulazione riportata dal ricorrente, intesa a dimostrare di "avere costituito in mora l'istituto appellato al fine di ottenere il pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria...", mentre – secondo un consolidato principio giurisprudenziale (cfr. *ex multis* Cass. 4 maggio 1993, n. 5163) – il giuramento decisorio deve mirare a provare un fatto e non una qualificazione giuridica, ovvero l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, quale, nella specie, l'avvenuta costituzione in mora.

In conclusione, il ricorso va rigettato.

Non occorre provvedere sulle spese del giudizio, in difetto di attività difensive da parte dell'Istituto intimato.

(Omissis)

Contributi - Prescrizione - Interruzione - Contributi relativi al periodo antecedente all'entrata in vigore della legge 335 del 1995 - Contributi dovuti alle gestioni pensionistiche obbligatorie - Contributi diversi - Differenze.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 31.01.2006, n. 2178 - Pres. Ravagnani - Rel. La Terza – PM Pivetti (Conf.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Correra, Coretti) – B. (Avv. Nicosia).

Ogni qualvolta si controverta in tema di prescrizione della contribuzione scaduta prima dell'entrata in vigore della legge n. 335/1995, occorre preliminarmente accertarne il tipo: occorre cioè verificare se si tratti di contributi dovuti alle gestioni pensionistiche (AGO, gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi), ovvero di contributi diversi (malattia, maternità, disoccupazione, cassa integrazione ecc.). Nel primo caso (gestioni pensionistiche) gli atti interruttivi compiuti dall'ente previdenziale entro il 31 dicembre 1995 sono atti idonei al mantenimento del previgente termine di prescrizione decennale, ai sensi del comma 10 dell'art. 3 legge 335/95, mentre se si tratta di contributi diversi solo un atto interruttivo compiuto prima dell'entrata in vigore della legge n. 335 (17 agosto 1995) è efficace per il mantenimento del termine decennale precedente.

FATTO – Con ricorso al Tribunale di Catania dell'8 gennaio 1999 B.G. proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo per il pagamento all'Inps della somma di lire 39.219.784 a titolo di contributi omessi per il periodo dal 1986 al 1997; l'opponente eccepiva la prescrizione quinquennale del credito, ai sensi dell'art. 3 commi 9 e 10 della legge n. 335 del 1995. Nel contraddittorio con l'Inps, il Tribunale, con sentenza del 21 novembre 2000, accoglieva parzialmente l'opposizione e revocava il decreto ingiuntivo, ritenendo che si fosse prescritto il diritto dell'Istituto ai contributi per il periodo dal 1986 al 1990; sull'appello dell'Inps la statuizione veniva confermata dalla locale Corte d'appello, con sentenza del 7 febbraio 2004. I Giudici d'appello disattendevano la tesi dell'Istituto per cui l'atto di messa in mora del 12 dicembre 1995 avrebbe mantenuto l'ordinario termine decennale in luogo di quello quinquennale introdotto dalla legge n. 335 del 1995, sul rilievo che alla data in cui l'atto interruttivo era stato posto in essere operava già il termine quinquennale.

Avverso detta sentenza I'Inps propone ricorso affidato ad un motivo.

Resiste il B. con controricorso.

La causa è stata rimessa alla camera di consiglio *ex* art. 375 cod. proc. civ. ed il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

DIRITTO – Con l'unico motivo l'Inps denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 3 commi 9 e 10 della legge n. 335 del 1995 per avere la Corte di Catania affermato che l'atto di messa in mora del 12 dicembre 1995 non era idoneo al mantenimento del precedente termine decennale di prescrizione dei contributi.

II ricorso è manifestamente fondato.

1. Si controverte nella specie dei contributi relativi al periodo 1986/1990, si tratta quindi di contribuzione scaduta prima dell'entrata in vigore della legge n. 335/95, che – com'è noto – ha ridotto, per ogni tipo di contribuzione, il termine prescrizionale da decennale, qual'era prima, a quinquennale.

È indubbio altresì che il termine quinquennale si applica anche ai contributi scaduti prima dell'entrata in vigore della legge 335/95 (tra le tante Cass. 7 gennaio 2004 n. 46 (1)).

La nuova disciplina, pur riducendo il termine da decennale a quinquennale per tutti i tipi di contributi previdenziali, opera però una distinzione: per i contributi destinati alle gestioni diverse da quelle pensionistiche (comma 9 lettera b) il termine diventa immediatamente quinquennale alla data di entrata in vigore della legge (17 agosto 1995); invece, per i contributi dovuti alle gestioni pensionistiche (comma 9 lettera a) la prescrizione resta decennale fino al 31 dicembre 1995 e diventa quinquennale dal primo gennaio 1996, ciò in forza del richiamo che il comma 10 (che riguarda i contributi scaduti prima dell'entrata in vigore della legge) opera all'intero comma 9.

Vi è quindi un diverso *dies a quo* per l'abbreviazione del termine prescrizionale: l'uno per i contributi di pertinenza di tutte le gestioni pensionistiche, l'altro per quelli di pertinenza di tutte le altre gestioni che pensionistiche non sono e che erogano prestazioni diverse dalla pensione; per queste ultime l'abbreviazione del termine opera immediatamente e retroattivamente dal 17 agosto 1995, incidendo sulle prescrizioni in corso e comportando l'automatica estinzione di una notevole quantità di crediti contributivi pregressi (quelli scaduti prima del quinquennio).

2. Prescrive poi il comma 10 che, per i contributi scaduti prima dell'entrata in vigore della legge, permane il termine decennale precedente ove siano stati compiuti dall'ente di previdenza atti interruttivi, ovvero siano iniziate procedure *"nel rispetto della normativa preesistente"*. Quindi, poiché per le gestioni pensionistiche la "nuova normativa" scatta dal primo gennaio 1996, tutti gli atti interruttivi compiuti entro il 31 dicembre 1995 varranno al mantenimento della prescrizione decennale.

Invece, per gli altri tipi di contribuzione, per i quali, come detto, la applicazione del nuovo termine breve decorre dalla stessa data di entrata in vigore della legge, 17 agosto 1995, la prescrizione resta decennale solo se l'atto interruttivo sia già intervenuto prima dell'entrata in vigore della legge, ossia sia stato effettuato *"nel rispetto della normativa preesistente"*.

Si è osservato da alcuni commentatori che non è stato previsto dalla legge alcun meccanismo di salvaguardia dei termini di prescrizione in corso di maturazione, diversamente da come si provvide con l'art. 252 dip. alt. cod. civ. in occasione dell'entrata in vigore del codice civile. Tuttavia – avendo disposto che la riduzione del termine da decennale a quinquennale opera solo dal primo gennaio 1996 – si è data la possibilità agli enti previdenziali (il cd. effetto annuncio) di mantenere il regime prescrizionale decennale per i contributi pregressi, adottando nel periodo intermedio, che va dalla data di entrata in vigore della legge al 31 dicembre

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 77.

1995, atti interruttivi ovvero iniziando idonee procedure; resta ovviamente ferma la prescrizione decennale anche nei casi in cui abbia posto in essere i medesimi atti prima del 17 agosto 1995 (ossia "*nel rispetto della normativa preesistente*").

3. Ancorché anche per la maggior parte dei contributi diversi da quelli concernenti le gestioni pensionistiche – ossia contributi per la disoccupazione, per la cassa integrazione guadagni, per i Fondi di garanzia del trattamento di fine rapporto, per malattia, maternità e servizio sanitario nazionale, per tubercolosi – vigesse parimenti la prescrizione decennale (in forza dell'art. 41 della legge 30 aprile 1969 n. 153 che aveva reso decennale il termine quinquennale di cui all'art. 55 drl 4 ottobre 1935 n. 1827, convertito nella legge 6 aprile 1936 n. 1155), la ragione della diversità di trattamento tra questi due tipi di contributo è evidente: per i regimi pensionistici i diritti previdenziali vengono pregiudicati dalla riduzione del termine di prescrizione. Infatti, per i lavoratori subordinati, detta riduzione comprime la possibilità di acquisire l'anzianità previdenziale, ai fini del diritto a pensione, secondo le regole dell'automaticità delle prestazioni previdenziali di cui all'art. 40 della già citata legge n. 153 del 1969, perché dette regole valgono, com'è noto, solo per i periodi non ancora caduti in prescrizione. Questa è dunque la ragione che giustifica la determinazione di un diverso *dies a quo* per la abbreviazione del termine prescrizionale tra contributi pensionistici e contributi non pensionistici.

4. Ed allora ogni qual volta si controverta in tema di prescrizione della contribuzione scaduta prima dell'entrata in vigore della legge n. 335 del 1995, occorre preliminarmente accertarne il tipo: occorre cioè verificare se si tratti di contributi dovuti alle gestioni pensionistiche (AGO, ovvero anche le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi), ovvero di contributi diversi (malattia, maternità, disoccupazione, cassa integrazione ecc.). Nel primo caso (gestioni pensionistiche) gli atti interruttivi compiuti dall'ente previdenziale entro il 31 dicembre 1995 sono idonei al mantenimento del previgente termine di prescrizione decennale, ai sensi del comma 10 dell'art 3 legge 335/95, mentre se si tratta di contributi diversi solo un atto interruttivo compiuto prima dell'entrata in vigore della legge n. 335 (17 agosto 1995) è efficace per il mantenimento del termine decennale precedente.

5. Nella specie, l'atto di messa in mora dell'Inps del 12 dicembre 1995 varrebbe a mantenere il termine di prescrizione decennale ove si trattasse di contribuzione dovuta alla gestione pensionistiche, ma poiché i Giudici di merito non hanno accertato quale tipo di contributi fossero stati chiesti (per il periodo in contestazione 1986/1990) nel decreto ingiuntivo opposto, la sentenza deve essere cassata con rinvio ad altro Giudice, che si designa nella Corte d'appello di Messina, la quale, dopo avere effettuato detto accertamento, si atterrà al principio enuncialo sub 4).

Al Giudice del rinvio viene rimessa anche la disciplina delle spese della presente fase.

(Omissis)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sentenza della Corte Costituzionale n. 261/1991 - Interessi anatocistici - Diritto - Insussistenza.

Corte di Appello di Ancona - 16.06/04.07.2006 n. 297, Pres. Rel. Taglienti - S.A.FE.R. Società Automobilistica Fermo Roma s.r.l. (Avv.ti Costantino e Francesco Gullì) - INPS (Avv.ti Cimmino, Flori, Trovati).

L'art. 1, comma 3, del d.l. n. 71/1993 (convertito in l. n. 151/1993) che ha statuito in ordine al rimborso, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 261/1991, di somme a titolo di sgravi degli oneri sociali in favore delle imprese industriali operanti nei territori di cui al T.U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha inteso escludere alcun aggravio di interessi a carico dell'INPS senza limitazione di tempo.

FATTO – **1**. Ricorreva dinanzi al Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ascoli Piceno la Srl. S.A.FE.R. - Società Automobilistica Fermo Roma, in persona dell'amministratore unico ing. F.C., con atto depositato il 12.3.1998.

1.1 Stando alla sua esposizione, essa ricorrente, con atto di fusione del 28.12.1987 a rogito notaio A., aveva incorporato la SAC. SpA., cosi subentrando in tutti i rapporti attivi e passivi esistenti in capo alla medesima.

Il DL. 30 agosto 1968 n. 918, conv. nella legge 25 ottobre 1968 n° 1089, nel disciplinare gli sgravi sulle contribuzioni INPS, in favore di imprese industriali ed artigiane operanti nei territori del meridione, all'art. 18, secondo comma, attribuiva uno sgravio per le retribuzioni assoggettate alla contribuzione per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria.

Con sentenza 12 giugno 1991 n. 261 (1) la Corte Costituzionale aveva dichiarato illegittima questa norma nella parte in cui negava il predetto beneficio sulle retribuzioni non assoggettate alla cennata contribuzione.

Si era reso in tal modo certo il diritto delle imprese a chiedere in restituzione le somme corrispondenti all'ammontare dello sgravio non goduto.

Questo diritto era stato quindi disciplinato dall'art. 1, comma 3, DL. n. 71/1993 conv. nella legge n. 151/1993, il quale aveva disposto che "il rimborso delle somme a titolo di sgravi degli oneri sociali in favore delle imprese industriali

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 532.

operanti nei territori di cui al testo unico delle leggi sugli interventi nel mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1968, n. 218, dovute in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 261, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 19 giugno 1991, e relative a periodi contributivi anteriori alla data di pubblicazione stessa, è effettuato nel pieno rispetto dei termini di prescrizione previsti dalla vigente normativa, previa presentazione di apposita domanda, dall'Istituto nazionale della previdenza sociale in dieci rate annuali di pari importo, senza alcun aggravio di rivalutazione o interessi, entro il 31 dicembre di ciascun anno a decorrere, per la prima rata, dall'anno 1992. Non è consentita la compensazione degli importi di cui al presente comma con le somme dovute all'Istituto nazionale della previdenza sociale ed esposte sulle denunce contributive mensili".

La SpA. SAC., aveva esercitato attività di impresa di trasporto di persone nell'ambito della provincia di Ascoli Piceno e, per il periodo compreso fra il gennaio 1975 ed il 30 aprile 1983, aveva versato alla sede INPS, di Ascoli Piceno l'intera contribuzione relativa ai propri dipendenti. Poiché peraltro l'attività medesima ricadeva nel territorio del Mezzogiorno, la società stessa avrebbe avuto titolo ad usufruire del beneficio del cd. "sgravio generale" previsto dalla richiamata normativa.

Pertanto, in esito alla predetta decisione della Corte Costituzionale, la SpA. SAC., con nota del 19.8.1991 aveva rinnovato la richiesta di ripetizione – già in precedenza avanzata – relativa alle somme a suo tempo versate a titolo di contributi e corrispondenti al beneficio non goduto a mente dell'art. 18 L. n° 1089/1968, con gli accessori di legge. La richiesta stessa era stata quindi reiterata anche dalla SpA. S.A.FE.R. il 24.10.1992, con la contestuale trasmissione di tutta la documentazione idonea al calcolo delle somme da rimborsare ed ammontanti, per la sorte, a complessive £. 814.849.135 di contribuzione indebita.

L'INPS. aveva accolto la richiesta per un complessivo importo di £. 807.208.000, riconosciuto come corrispondente allo sgravio spettante alla SpA. SAC. – e che aveva cominciato a corrispondere nelle rate previste dalla rammentata normativa, – ma non aveva tenuto conto degli importi dovuti per interessi legali maturati sulle somme a suo tempo indebitamente versate, nonostante la società creditrice avesse sempre richiesto, unitamente al rimborso delle somme non dovute, anche gli accessori di legge.

1.2 Chiedeva quindi la condanna dell'Istituto al versamento delle somme corrispondenti agli interessi legali maturati fino al 19.6.1991 (= giorno di pubblicazione della sentenza n° 261/1991 della Corte Costituzionale) sui contributi versati e poi ritenuti non dovuti, oltre gli ulteriori interessi al tasso legale sulle somme medesime, cosi come da conteggio prodotto e nel diverso importo ritenuto di giustizia.

3. Con sentenza resa il 20.11.2002 e depositata il 12.11.2003 il Giudice adito respingeva la domanda, con integrale compensazione delle spese del grado ed oneri di CTU. a carico di entrambe le parti in egual misura.

Nel riconosciuto contrasto giurisprudenziale sul tema, conferiva affidabilità all'orientamento che considerava l'esclusione degli accessori, disposta dall'art. 1, comma 3, DL. n° 151/1993 convertito, come riferita non solo alla dilazione di pagamento inerente alla rateizzazione della somma complessiva dovuta a tale data, ma anche al periodo precedente, fino alla maturazione del credito.

4. Avverso tale decisione, non notificata, ha interposto rituale appello dinanzi a questa Corte la SpA. S.A.FE.R., in persona del liquidatore ing. F.C., con ricorso depositato il 10.11.2004.

Ha preso atto dell'indirizzo assunto dalle Sezioni Unite della Cassazione, che avevano composto il contrasto di giurisprudenza sull'argomento avallando l'orientamento espresso nella sentenza impugnata, e ad esso ha prestato acquiescenza (= sentenza 4.5.2004 n° 8432).

Ha peraltro dichiarato di circoscrivere la domanda agli interessi dovuti per il periodo compreso fra la domanda di restituzione dei contributi, avanzata il 18-22 agosto 1991, ed il 10.3.1993, giorno in cui era avvenuto il primo pagamento rateale – stante la mora dell'INPS nel provvedere al medesimo – *"oltre gli ulteriori interessi legali dalla data di deposito del ricorso introduttivo (12.3.1998) all'effettivo saldo ai sensi dell'art. 1283, CC."*. Sul che la sentenza del Tribunale avrebbe omesso di statuire.

5. L'Istituto si è costituito nel termine previsto dall'art. 436 CPC.

5.1 Ha innanzi tutto concluso per l'inammissibilità del gravame, attraverso il quale si sarebbe introdotta una nuova domanda, non compresa nell'ambito del *petitum* proposto in primo grado.

In subordine ha invocato il suo rigetto nel merito, in conformità alla stessa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, ed anche perché, in punto di fatto, solo il 24.10.1992 la S.A.FE.R. aveva perfezionato la richiesta, corredandola di tutti i dati all'uopo utili – come verificabile attraverso la documentazione prodotta.

5.2 Ha quindi spiegato appello incidentale al fine di ottenere la rifusione delle spese di primo grado e della metà degli oneri della CTU, posti a suo carico dal primo Giudice, stante la soccombenza della controparte, che aveva azionato una pretesa *"nonostante il palese significato di precise disposizioni di legge ed altrettanto puntuali pronunciamenti giurisprudenziali"*.

6. La causa è stata quindi decisa all'esito dell'odierna udienza di discussione, sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

DIRITTO – **7**. Come esposto in narrativa, in primo grado la S.A.FE.R. ha chiesto la condanna dell'Istituto al versamento delle somme corrispondenti agli interessi legali maturati fino al 19.6.1991 (= pubblicazione della sentenza n° 261/1991 della Corte Costituzionale) sui contributi versati e poi ritenuti non dovuti, oltre gli ulteriori interessi al tasso legale sulle somme medesime: vale a dire gli interessi anatocistici. Non altro.

È perciò di meridiana evidenza che la domanda fatta valere in sede di gravame – *e* riguardante gli interessi dovuti per il periodo compreso fra la domanda di restituzione dei contributi, avanzata il 18-22 agosto 1991, ed il 10.3.1993, giorno in cui era avvenuto il primo pagamento rateale (oltre a quelli anatocistici sul relativo importo), vale a dire per periodo successivo al 19.6.1991, ove si arrestava invece la richiesta di interessi avanzata in primo grado, – è del tutto estranea al *petitum* avanzato nell'atto introduttivo del giudizio e non può quindi ritenersi in alcun modo in esso ricompresa.

Con la conseguenza della sua inammissibilità, puntualmente eccepita *ex adverso* – ma comunque rilevabile anche d'ufficio, a mente dell'art. 345, comma 1°, CPC.

Per cui l'inammissibilità dell'unico motivo su cui si incentra il gravame rende *tout court* inammissibile quest'ultimo.

8. Fermo quanto fin qui detto, può aggiungersi, per mera completezza di motivazione, che la domanda – e con essa l'impugnazione – parrebbe anche infondata nel merito.

8.1 Invero, in linea di diritto va rammentato che l'art. 1, comma 3, DL. n. 71/1993 convertito nella L. n. 151/1993 - emanato a seguito di una serie di decreti legge non convertiti – *ha così disposto:* "il rimborso delle somme a titolo di sgravi degli oneri sociali in favore delle imprese industriali operanti nei territori di cui al testo unico delle leggi sugli interventi nel mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1968, n. 218, dovute in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 261, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 19 giugno 1991, e relative a periodi contributivi anteriori alla data di pubblicazione stessa, è effettuato nel pieno rispetto dei termini di prescrizione previsti dalla vigente normativa, previa presentazione di apposita domanda, dall'Istituto nazionale della previdenza sociale in dieci rate annuali di pari importo, senza alcun aggravio di rivalutazione o interessi, entro il 31 dicembre di ciascun anno a decorrere, per la prima rata, dall'anno 1992. Non è consentita la compensazione degli importi di cui al presente comma con le somme dovute all'Istituto nazionale della previdenza sociale ed esposte sulle denunce contributive mensili".

Orbene le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella richiamata decisione interpretativa di detta norma, cui la stessa difesa dell'appellante ha dichiarato di prestare adesione, hanno affermato testualmente in motivazione che "l'art. 1, comma 3, d.l. n. 71 del 1993*,* nell'escludere interessi a carico dell'Inps, non ha inteso distinguere diversi periodi, ma ha voluto riferirsi a qualsiasi tempo, senza limitazioni...".

8.2 *In punto di fatto, comunque, è la stessa S.A.FE.R. ad ammettere, nel ricorso introduttivo di primo grado, di aver dovuto inviare il 24.10.1992 un'ulteriore richiesta, fornita dei necessari elementi utili alla determinazione dell'ammontare dei contributi oggetto di rimborso. Onde la liquidazione della prima rata al 31.12.1992, con pagamento della stessa il 10 marzo 1993, non rende evidente una situazione di colpevole ritardo dell'INPS. nella determinazione e nel versamento di quanto dovuto per legge.*

9. L'inammissibilità dell'appello principale rende inefficace, a tenore dell'art. 334 cpv. CPC, l'appello incidentale dell'Istituto sul regolamento delle spese e degli oneri di CTU, proposto nel presente procedimento con la memoria di costituzione depositata il 1°.6.2006 – e perciò dopo lo spirare del termine previsto dall'art. 327, comma 1°, CPC.

È appena il caso di aggiungere che anche siffatto gravame, quand'anche tempestivamente spiegato, si sarebbe rivelato infondato nel merito ad avviso di questo Collegio, atteso che il contrasto all'epoca manifestato sul punto oggetto di questione dalla giurisprudenza di legittimità – composto solo in seguito, come visto, dalle Sezioni Unite – giustificava al momento l'integrale compensazione delle spese disposta dal primo Giudice, che di esso aveva dato atto.

10. La reciproca soccombenza delle parti fa ritenere equa la totale compensazione anche degli oneri relativi al presente grado di appello.

(Omissis)

Contributi - Attività commerciale - Cessazione - Onere di comunicazione - Sussistenza.

Contributi - Attività commerciale - Lavoro dipendente - Coesistenza - Ammissibilità.

Corte di Appello di Ancona - 09.06/20.06.2006 n. 270 - Pres. Rel. Taglienti - A. (Avv. Giunta) - INPS (Avv.ti Cimmino, Trovati, Vittori).

Ai fini dell'esenzione dall'onere contributivo in caso di cessazione dell'attività commerciale, l'art. 2 del d.l. n. 352/1978 (convertito in l. n. 467/1978) pone un preciso onere di comunicazione agli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie, la cui inosservanza è anche presidiata da una sanzione amministrativa.

Lo svolgimento di attività lavorativa dipendente, di per sé, non esclude il coevo espletamento di quella autonoma.

FATTO – **1**. Con sentenza pronunciata nel contraddittorio delle parti il 17.2.2004 e depositata il 23 seguente, il Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ascoli Piceno dichiarava inammissibile l'opposizione proposta dinanzi a detto ufficio con ricorso depositato il 23.7.2002 da G. A., avverso la cartella di pagamento emessa dalla Serit Picena SpA. e notificatagli il 20.3 precedente, in quanto eccedente il termine di quaranta giorni al riguardo posto dall'art. 24, comma 5°, D.L.vo n° 46/1999.

Ad avviso del primo Giudice nessun rilievo doveva attribuirsi al fatto che il ricorso era stato in precedenza tempestivamente proposto dinanzi al Tribunale di Fermo, poiché – a suo dire – l'opposizione svolta dinanzi ad un giudice incompetente per territorio non sospende ne interrompe il decorso del termine utile alla proposizione del ricorso.

2. Avverso tale decisione, non notificata, ha interposto tempestivo appello dinanzi a questa Corte F., censurando la cennata affermazione del primo Giudice, poiché in contrasto con l'art. 50 CPC.

Ha quindi riproposto le ragioni indicate a sostegno dell'opposizione alla cartella di pagamento, relativa all'iscrizione a ruolo dei contributi previsti per il settore commercio pretesi dall'Istituto nei suoi confronti in ordine agli anni compresi fra il 1985 ed il 1990.

2.1 Ha lamentato in particolare l'inesistenza dell'obbligo contributivo quanto agli anni 1989 e 1990, poiché egli *"aveva già da tempo cessato la propria attività commerciale ed intrapreso un lavoro di carattere dipendente presso la Soc. Starlines SpA., con la qualifica di marinaio",* come emergeva dalla documentazione all'uopo prodotta.

2.2 Quanto ai contributi pretesi per gli anni precedenti, ha eccepito la loro iscrizione a ruolo oltre il termine di decadenza del *"31 dicembre dell'anno successivo al termine dissalo per il versamento",* siccome previsto dall'art. 25 D.LVO n° 46/1999 – e comunque la loro avvenuta prescrizione.

2.3 In via subordinata ha invocato l'esclusione della maggiorazione delle sanzioni a mente dell'art. 55 Legge fallimentare.

2.4 In via preliminare ha riproposto la richiesta di sospensione dell'esecutività della cartella impugnata.

3. Si è costituito l'INPS., resistendo al gravame.

Ha comunque eccepito il difetto di giurisdizione in merito alla contribuzione per il Servizio sanitario nazionale, attribuito alla cognizione delle Commissioni tributarie dall'art. 2 D.L.VO n° 546/1992, siccome modificato dalla legge n° 448/2001.

4. La SpA. Ancona Tributi è rimasta contumace.

5. La causa è stata quindi decisa all'esito dell'odierna udienza di discussione, sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

DIRITTO – **6**. Quanto all'unico motivo di doglianza avverso la decisione di primo grado, è del tutto incontroverso che l'originaria opposizione alla cartella di pagamento, proposta dinanzi al Tribunale di Fermo – non competente per territorio –, è stata tempestiva.

Al riguardo deve rilevarsi – sulla scia della giurisprudenza di legittimità – che in tema di depenalizzazione ed applicazione di sanzioni amministrative ai sensi della legge n° 689/1981, il disposto dell'art. 35, comma quarto, della stessa legge – il quale prescrive che il giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione con riguardo alle violazioni in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie attinenti al mancato versamento di contributi assicurativi debba svolgersi davanti al giudice del lavoro, con applicazione delle norme di cui agli artt. 442 e seguenti CPC. – impone di ritenere che è rispettato il principio della proposizione dell'opposizione avverso il provvedimento sanzionatorio entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, qualora l'opposizione stessa sia stata proposta davanti a giudice del lavoro dichiaratesi territorialmente incompetente e sia proseguito con la tempestiva riassunzione davanti al nuovo giudice – a norma dell'art. 50 CPC. –, atteso che le conseguenze derivanti dalla proposizione del ricorso dinanzi a giudice del lavoro territorialmente incompetente non possono essere che quelle previste dagli artt. 442 e seguenti CPC.: i quali rimandono alle norme sul processo del lavoro di cui agli artt. 409 e seguenti CPC. (così Cass. Sez. Lav. 11.10.2002 n. 14556 che, in forza di tale principio, ha cassato la sentenza 18.6.1999 del Tribunale di Ascoli Piceno).

Reputa questa Corte che la stessa affermazione, stante l'*eadem ratio,* ben possa essere estesa all'opposizione alla cartella di pagamento prevista dall'art. 24 D.L.VO n° 46/1999, operando anche a tal riguardo il generale dettato dell'art. 50 CPC. – il cui ambito di estensione si arresta solo con il venir meno dell'identità di giurisdizione fra il processo concluso e quello riassunto (così Cass. Sez. I, 25.11.2003 n.17934).

Onde l'inaccettabilità della pronuncia del Tribunale, che ha dichiarato inammissibile l'opposizione, tempestivamente proposta dinanzi al Giudice incompetente per territorio e quindi riassunta dinanzi a quello indicato come competente *ratione loci* entro il termine all'uopo assegnato (= giorni venti dall'8.7.2002, giorno di pronuncia della decisione di incompetenza da parte del Tribunale di Fermo).

7. L'esito favorevole del giudizio rescindente impone perciò l'esame della spiegata opposizione, le cui ragioni a sostegno sono state qui riproposte. Senza peraltro che possa prendersi in considerazione la richiesta di sospensione della cartella impugnata, ciò esulando dalle attribuzioni del Giudice di appello – cui l'art. 283 CPC. E le corrispondenti disposizioni del rito speciale (= art. 431, commi 3°, 4° e 6° CPC) conferiscono il potere di sospendere l'efficacia esecutiva della sola sentenza di primo grado che ne sia provvista.

7.1 In ordine all'opposizione stessa, peraltro, non va dichiarato il difetto di giurisdizione eccepito dall'Istituto, atteso che i contributi pretesi - anche per il SSN. - si riferiscono agli anni 1985/1990. Laddove la giurisdizione delle Commissioni tributarie è stata imposta nella soggetta materia solo con la Legge n. 448/2001 - e quindi per i contributi relativi ad annate successive alla vigenza di essa: e tali non sono, per quanto detto, quelli di cui qui si tratta.

7.2 II primo argomento di merito su cui si fonda l'opposizione oggetto di esame riguarda l'inesistenza del debito contributivo relativo al settore commercio negli anni 1989 e 1990 sulla premessa che l'A., negli anni medesimi, non avrebbe più svolto alcuna attività commerciale, da lui abbandonata a seguito di insolvenza, sfociata in dichiarazione di fallimento.

Ma è agevole replicare, sulla scia della difesa approntata sul punto dall'Istituto, che questo non era stato affatto reso edotto della circostanza. Laddove un preciso obbligo di legge, sancito dall'art. 2 DL. n° 352/1978, convertito nella legge n° 467/1978 (e la cui inosservanza è addirittura presidiata da sanzione amministrativa), gli imponeva, "in *caso di sospensione, variazione o cessazione della attività",* di *"farne comunicazione entro trenta giorni, alla camera di commercio, industria, artigianale ed agricoltura e agli enti previdenziali gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie nei cui confronti è sussistito il relativo obbligo assicurativo".*

L'A. non ha affatto documentato di aver ottemperato a tale dovere – ne ha comunque provato l'avvenuta presa di conoscenza della sua pretesa cessazione di attività da parte dell'INPS.

Ciò stante, nessun rilievo esimente, quanto al pagamento dei contributi per gli anni in argomento, possono rivestire l'attestazione rilasciata il 21.7.1989 dall'Assessore al Commercio del Comune di Fermo ed i prospetti paga relativi ai periodi compresi fra il dicembre 1989 ed il novembre 1990 attinenti all'attività di lavoro dipendente svolta nel periodo dall'A. Nessuno di tali documenti comprova innanzi tutto l'avvenuta comunicazione all'INPS. dell'asserita cessazione dell'attività commerciale da parte dell'appellante.

Inoltre con il primo di essi l'Autorità amministrativa si limita ad attestare che l'appellante il *"20.7.1989 ha cessato l'attività di vendita al minuto dei prodotti di cui alle tabelle I-XII-XIV: merceria, articoli per la pulizia della casa che esercitava nel locale sito in Largo XXI settembre n.4".* Il che non esclude affatto che la stessa possa essere stata proseguita, in ipotesi, in diverso comune della provincia.

Né lo svolgimento di attività lavorativa dipendente è tale da escludere il coevo espletamento di quella autonoma.

Onde il rilievo non si rileva fondato.

7.3 Va sgombrato il campo anche dall'eccezione di prescrizione, non sollevata in primo grado ed in particolare nello stesso atto di opposizione alla cartella – da considerarsi equivalente, nella presente procedura (comportante l'inversione dei ruoli processuali rispetto a quelli sostanziali), alla memoria di risposta, nella quale – a mente dell'art. 416 cpv. CPC. – il convenuto sostanziale deve proporre *"a pena di decadenza ...le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio"* – fra le quali è compresa quella di prescrizione.

Il che preclude – ovviamente – la proposizione per la prima volta in sede di gravame della relativa questione.

7.4 Va quindi esaminato il rilievo attinente alla decadenza della pretesa contributiva da parte dell'Istituto, fondato sulla disposizione dell'art. 25 D.LVO n° 46/1999, secondo cui va eseguita l'iscrizione a ruolo, *"per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento".* Detto termine non sarebbe stato nel caso rispettato, posto che l'iscrizione relativa ai contributi dovuti per gli anni dal 1985 al 1990 sarebbe avvenuta solo nel 2001 (= ruolo n. 2001/119, reso esecutivo l'11.12.2001).

Peraltro, a mente del successivo art. 36, comma 6° (nel testo da ultimo modificato ad opera dell'art. 4, comma 25, L. n° 350/2003), *"le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2004":* non quindi al caso oggetto del presente esame.

Sicché il termine di decadenza dedotto non era previsto per l'iscrizione a ruolo *de qua.*

7.5 Infondata si palesa anche la richiesta subordinata di disapplicazione delle somme aggiuntive per effetto dell'art. 55, comma 1°, della Legge Fallimentare, a tenor del quale *"la dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o da privilegio ...".*

Innanzi tutto la visura camerale prodotta dall'INPS. fin dal giudizio di primo grado esibisce una chiusura del fallimento avvenuta, ad opera del Tribunale di Fermo, fin dal 26.4.2001 e cioè anteriormente all'iscrizione a ruolo cui la cartella opposta si riferisce - e del resto l'eventuale persistenza del fallimento avrebbe posto il problema della capacità del fallito a stare in giudizio.

Inoltre il credito qui fatto valere dall'Istituto è assistito dal privilegio previsto dall'art. 2752 CC., con riferimento al contributo per il Servizio sanitario nazionale, e dai seguenti artt. 2753 e 2754 quanto all'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti ed alle altre assicurazioni, nell'ordine.

8.1 Per cui il gravame, ancorché ammissibile, si rivela infondato nel merito.

8.2 II che impone l'addebito all'appellante degli oneri (anche) del presente grado di giudizio, liquidati come in dispositivo – mentre quelli afferenti al primo grado vanno determinati sulla base della stessa liquidazione operata dal primo Giudice.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Associazione in partecipazione - Lavoro subordinato - Distinzione - Criteri.

Lavoro (Rapporto di) - Associazione in partecipazione - Rischio d'impresa - Partecipazione - Necessità.

Corte di Appello di Ancona - 21.04/05.06.2006 n. 178 – Pres. Taglienti - Rel. Miconi - M. (Avv. Ciarrocchi) - INPS (Avv.ti Cimmino, Mazzaferri, Trovati).

Ai fini della distinzione tra lavoro subordinato ed associazione in partecipazione, l'indagine deve essere svolta avendo riguardo agli elementi imprescindibili dell'una e dell'altra figura negoziale: compito dell'interprete sarà quello di ricercare in particolare, per un verso, la sussistenza della partecipazione dell'associato al rischio economico d'impresa ed, in senso contrario, la sottoposizione dei collaboratori ad ordini specifici reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa oltre all'effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale.

Nel contratto di associazione in partecipazione, le somme percepite dall'associato devono essere rapportate al risultato economico della società evidenziato in termini di utili d'impresa, che rappresentano una voce contabile da distinguere rispetto ai meri ricavi poiché in sé non significativi circa il risultato economico effettivamente conseguito.

FATTO – Con decreto ingiuntivo reso il 10.6.1994 su istanza dell'INPS il Pretore di Ascoli Piceno ingiungeva a M. M. di pagare la somma di £. 2.714.403.590 per contributi, somme aggiuntive e sanzioni amministrative dovute in relazione a rapporti di lavoro subordinato intrattenuti nell'esercizio della ditta Tomaificio M. dal 1987 al 1993 con numerosi nominativi, come da accertamento dell'11.12.1993 dell'Ispettorato del Lavoro di Ascoli Piceno.

Proponeva opposizione la M. assumendo di non essersi avvalsa di dipendenti ma dell'apporto lavorativo di associati in partecipazione ai sensi dell'art.2549 e ss cc..

Si costituiva l'INPS resistendo all'opposizione e deducendo che nella fattispecie ricorrevano tutti gli elementi della subordinazione, in quanto i lavoratori erano addetti alla manovia ed avevano percepito retribuzioni fisse mensili.

Il Tribunale, assunte prove testimoniali ed acquisiti documenti, con sentenza del 28-11-2003 respingeva l'opposizione e confermava il decreto ingiuntivo opposto; condannava l'opponente alle spese di lite.

Riteneva il Giudice, esaminato il contenuto dei contratti di associazione in partecipazione sottoscritti dall'impresa da un lato e da 57 lavoratori – associati dall'altro, che nella realtà le modalità del lavoro fossero state quelle tipiche del lavoro subordinato, con attività lavorativa assidua e continuativa secondo le direttive dell'imprenditore, secondo gli schemi operativi tipici dell'operaio in fabbrica addetto alla manovia, con sistematico inserimento nella catena produttiva e coordinamento con gli altri addetti; che inoltre fosse mancata completamente la pattuita partecipa-

zione agli incassi, non essendo mai avvenuto in concreto il conguaglio periodico, né in senso attivo né in senso passivo, e non risultando alcun nesso fra le somme esposte come dovute ai lavoratori e gli incassi della società, con conseguente esonero totale, in fatto, degli associati dal rischio di impresa.

Avverso la sentenza proponeva appello la M. con ricorso depositato il 10-12-2004 e ne chiedeva la riforma; svolgeva i seguenti motivi:

1 - errata valutazione dei fatti acquisiti in giudizio come significativi del lavoro subordinato: le direttive ed indicazioni ricevute dai lavoratori associati erano quelle proprie anche dell'assodante; le modalità di lavoro in manovia erano irrilevanti, ben potendo il lavoro di operaio essere svolto anche in forma di associazione in partecipazione; la continuità della prestazione era resa necessaria dal tipo di produzione da realizzare; l'orario rispettato dai prestatori era soltanto "di massima" e non rigido; i prestatori non subivano alcun potere direttivo o di controllo;

2 - il Giudice aveva omesso di valutare la completa assenza del potere disciplinare: i prestatori potevano assentarsi senza autorizzazione, ma con semplice comunicazione preventiva volta a consentire l'organizzazione della produzione; inoltre gli acconti mensili percepiti dagli associati non erano affatto retribuzioni, perché non erano commisurati alla quantità di lavoro prestato e le decurtazioni per le assenze avevano il solo scopo di non creare sperequazioni fra gli associati; ne il Giudice aveva individuato la tariffa retributiva asseritamente applicata; non era inoltre affatto dimostrato che rassodante potesse recedere dal contratto per motivi disciplinari, come affermato dal primo Giudice, ne era emerso che fossero mai stati adottati provvedimenti disciplinari; la libera recedibilità dal contratto era reciproca;

3 - omessa valutazione del fatto che gli elementi della associazione in partecipazione erano tutti presenti, essendo stato regolarmente assicurato ed esercitato il potere di controllo ed il diritto di rendiconto degli associati, come risultava dalle loro firme sui bilanci e sui rendiconti, nonché la partecipazione al rischio di impresa, dal momento che le parti avevano dato attuazione al rapporto esercitando la partecipazione agli utili, e non agli incassi come scritto nei contratti; inoltre i conguagli non erano stati concretamente effettuati perché non vi era mai stata disponibilità economica, e comunque era possibile, nello schema contrattuale astratto, che agli associati fosse assicurato un compenso minimo, sussistendo il divieto che le perdite dell'associato superino il valore del suo apporto ai sensi dell'art. 2553 cc.

Insisteva per l'accoglimento della propria opposizione al decreto ingiuntivo.

Si costituiva l'appellato e resisteva al gravame, ribadendo tutte le argomentazioni già svolte in prime cure ed accolte dalla sentenza gravata; riproponeva in subordine l'istanza di consulenza tecnica contabile già avanzata in prime cure.

Dichiarata inammissibile dalla Corte l'istanza di inibitoria, all'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO – L'appello è infondato.

È utile premettere all'esame delle singole censure proposte dall'appellante i criteri distintivi fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato elaborati dalla più recente giurisprudenza del Supremo Collegio.

Si è da ultimo ribadito che "L'elemento idoneo a caratterizzare il rapporto di lavoro subordinato e a differenziarlo da altri tipi di rapporto (quali quello di lavoro

autonomo, la società o l'associazione in partecipazione con apporto di prestazioni lavorative) è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, tenendo presente che il potere direttivo non può esplicarsi in semplici direttive di carattere generale (compatibili con altri tipi di rapporto), ma deve manifestarsi in ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa e che il potere organizzativo non può esplicarsi in un semplice coordinamento (anche esso compatibile con altri tipi di rapporto), ma deve manifestarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale. Peraltro, la qualificazione formale del rapporto effettuata dalle parti al momento della conclusione del contratto, pur non essendo decisiva, non è tuttavia irrilevante e pertanto, qualora a fronte della rivendicata natura subordinata del rapporto venga dedotta e documentalmente provata l'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione, l'accertamento del giudice di merito deve essere molto rigoroso (potendo anche un associato essere assoggettato a direttive e istruzioni nonché ad un'attività di coordinamento latamente organizzativa) e non trascurare nell'indagine aspetti sicuramente riferibili all'uno o all'altro tipo di rapporto quali, per un verso, l'assunzione di un rischio economico e l'approvazione di rendiconti e, per altro verso, l'effettiva e provata soggezione al potere disciplinare del datore di lavoro." Cass. 20002/2004.

Con particolare riguardo alla distinzione fra lavoro subordinato con retribuzione consistente in partecipazione agli utili dell'impresa (art. 2099 uc cc ed art. 2102 cc) e associazione in partecipazione (art. 2549 cc), si è precisato che "*.....l'elemento differenziale tra le due fattispecie risiede nel contesto regolamentare pattizio in cui si inserisce l'apporto della prestazione lavorativa dovendosi verificare l'autenticità del rapporto di associazione, che ha come elemento essenziale, connotante la causa, la partecipazione dell'associato al rischio di impresa, dovendo egli partecipare sia agli utili che alle perdite..."* Cass. 19475/2003.

È stato poi da alcune pronunzie ritenuto che nell'associazione in partecipazione elemento costituivo essenziale, come si evince chiaramente dall'art. 2549 c.c., è la pattuzione a favore dell'associato di una prestazione correlata agli utili dell'impresa e non ai ricavi, i quali ultimi rappresentano in sé un dato non significativo circa il risultato economico effettivo dell'attività di impresa (Cass. 1420/2002 (1)): e ciò in quanto il contratto di associazione in partecipazione "*mira, nel quadro di un rapporto sinallagmatico con elementi di aleatorietà, al perseguimento di finalità in parte analoghe a quelle dei contratti societari"* talché i contratti non sarebbero qualificabili in termini di associazione in partecipazione, neanche ove i compensi effettivamente fossero stati correlati ai ricavi.

Ciò posto, rispetto alla presente fattispecie, nella quale sono presenti documenti contrattuali indicanti la stipulazione di contratti di associazione in partecipazione con concorso dell'associato ad una percentuale dei ricavi, occorre condurre l'indagine con particolare rigore avendo riguardo agli elementi imprescindibili dell'una e dell'altra figura negoziale in cui le parti intendono collocare la serie di rapporti di collaborazione intercorsi fra l'azienda e i prestatori di lavoro: e dunque, in sostanza, ricercare da un lato la esistenza o meno della partecipazione dell'associa-

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1256.

to al rischio economico di impresa – in difetto della quale non vi si realizza lo schema negoziale tipico della associazione in partecipazione – e, in senso contrario, la sottoposizione dei collaboratori ad ord ordini *specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa, e l'effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale,* (non essendo sufficiente ad integrare il lavoro subordinato, come si è visto, il semplice coordinamento latamente organizzativo da parte dell'associante e l'assoggettamento del collaboratore a mere direttive e istruzioni).

Ritiene la Corte che la valutazione effettuata in proposito dal primo Giudice sia esente da censure e sia del tutto condivisibile.

A - La partecipazione al rischio di impresa.

È certo, perché non è contestato neppure dall'opponente, che i collaboratori non abbiano percepito compensi rapportati al risultato economico della società.

Gli stessi – che hanno costituito in sostanza l'intera forza lavoro dell'impresa per gli anni oggetto di accertamento, non essendovi stati dipendenti addetti alla produzione presso la manovia – ricevevano acconti mensili, parzialmente diversi nell'importo sia da un lavoratore all'altro, sia, per lo stesso lavoratore, da un mese all'atro (sul punto, il primo Giudice ha analiticamente e correttamente riferito l'esito della prova testimoniale: alcuni testi hanno riferito che la somma mensile da loro percepita era fissa, altri che corrispondeva a quella di volta in volta richiesta dal lavoratore secondo le proprie esigenze, altri ancora che era una somma variabile di mese in mese); l'acconto mensile, inoltre, risentiva della quantità di giorni lavorati dal collaboratore, nel senso che quando vi erano giorni di assenza non veniva corrisposto il compenso (teste D. P.).

Alla fine dell'anno venivano redatti, e sottoposti alla firma dei collaboratori, i rendiconti e conguagli annuali: ma nessuno dei lavoratori ha mai ricevuto somme ulteriori in caso di conguagli positivi, ne – ciò è ancor più rilevante, in quanto smentisce la tesi della datrice, secondo cui le somme in conguaglio a credito dei collaboratori non sarebbero state erogate esclusivamente a causa della aggettiva mancanza di fondi, e non perché i compensi non erano collegati al risultato economico dell'impresa – ha mai dovuto versare gli importi risultanti a debito, cioè i conguagli negativi.

Deduce l'appellante che tale ultima circostanza sarebbe coerente con il disposto dell'art. 2553 cc, e non indicherebbe l'esonero dei collaboratori dal rischio di impresa: ma tale tesi sarebbe condivisibile se l'impresa avesse dimostrato almeno che , pur in assenza della concreta attuazione sia del conguaglio positivo, sia del conguaglio negativo – ciò che conduce necessariamente, di per sé, al completo svincolo del corrispettivo dal risultato economico dell'esercizio – gli acconti mensili erogati, o almeno il loro totale annuo, erano correlati, con una percentuale costante per tutti gli associati, all'utile di impresa (la stessa appellante deduce che le parti hanno dato in tal senso attuazione ai contratti di associazione in partecipazione), oppure – secondo il testo letterale della pattuizione – al fatturato. Ciò non solo non è affatto provato, ma è anzi smentito dal confronto fra i bilanci in atti e i rendiconti annuali: nessun rapporto è identificabile fra i compensi concretamente erogati e gli utili, altrimenti tutti i conguagli positivi avrebbero dovuto essere pagati, essendo necessariamente presenti gli utili sulla base dei quali erano stati calcolati, ne fra detti compensi e i ricavi, poiché ugualmente, essendo comunque presenti

i ricavi indipendentemente dal risultato finale dell'esercizio, i conguagli positivi avrebbero dovuto essere erogati, o al massimo, in aggettiva mancanza di fondi per l'adempimento, riportati come crediti degli associati all'esercizio successivo.

In sostanza, come correttamente ricordato dal primo Giudice, non è dato individuare alcun rapporto – e tantomeno quello previsto nei contratti di associazione in partecipazione – fra i corrispettivi ricevuti dai prestatori e gli utili, oppure i ricavi, dell'impresa: i lavoratori hanno ricevuto una somma rapportata olla quantità di lavoro prestato (le assenze non venivano pagate), e completamente svincolata, sia in attivo sia in passivo, dai risultato dell'attività economica della datrice.

La totale assenza dell'elemento essenziale del contratto associativo in partecipazione, cioè la partecipazione all'impresa, rende del tutto prevalenti, nella esecuzione dei rapporti in questione, le caratteristiche del lavoro subordinato.

Né, in tale contesto, può darsi valore decisivo in senso contrario al formale "controllo" esercitato dai collaboratori sulla gestione dell'impresa, attraverso il rendiconto annuo da loro sottoscritto e l'esame dei bilanci: la mera sottoscrizione, alla fine dell'esercizio, di bilanci e rendiconti, da parte di soggetti che – come è chiaramente emerso dalle testimonianze: v. testi B., P., D.P. – non avevano nessuna specifica comprensione del contenuto di tali atti (i lavoratori percepivano solo il concetto che "che non c'erano soldi") assume il senso di una mera formalità, volta a completare, insieme alla redazione dei contratti, la predisposizione di figure giuridiche di collaborazione (la associazione in partecipazione) in realtà insussistenti, perché mancanti dell'essenziale elemento della partecipazione al rischio economico di impresa.

B - La sottoposizione dei collaboratori ad ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa, e l'effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale.

La concreta attuazione dei numerosi rapporti di collaborazione oggetto dell'accertamento ha posto in evidenza che le prestazioni lavorative non erano semplicemente coordinate ed organizzate in linea di massima dall'associante, ma erano necessariamente sottoposte, per le loro stesse caratteristiche, a direttive specifiche e reiterate, riguardanti il come, il quando ed il dove esercitare le proprie energie lavorative: gli "associati" erano, di volta in volta (ciascuno per il periodo di durata del rapporto) tutti gli addetti alla manovia , cioè alla catena di montaggio, come tali legati gli uni alla prestazione degli altri, al medesimo orario, al rispetto del loro specifico compito; tale compito, il modo ed il tempo di esecuzione erano stati puntualmente dettati dall'associante", che aveva predisposto la lavorazione ed assegnato ognuno ad una postazione, e non certamente organizzati autonomamente dai prestatori, che potevano al massimo avere qualche margine di elasticità nell'orario (come ha riferito il testimone che ha detto di avere avuto "un orario di massima"), ma non certo la possibilità di decidere individualmente ed in via autonoma come mandare avanti la manovia.

Anche la modalità della collaborazione, dunque, è univocamente indicativa della subordinazione, e non perché l'apporto dell'associato non possa consistere in lavoro operaio, ma perché l'organizzazione del lavoro operaio in manovia, che è una struttura operativa rigida con reciproco vincolo fra gli addetti e nessun margine di autodeterminazione degli stessi, comporta la costante sottoposizione alla spe-

cifica direttiva dell'assodante, e non un suo intervento latamente organizzativo o di coordinamento, ed un completo inserimento del prestatore nell'organizzazione aziendale (ciascuno un "pezzo" della catena di montaggio).

Non è quindi significativo, in tale situazione, stabilire se le assenze occasionali dei lavoratori dovessero essere "autorizzate" (cioè giustificate) o solo comunicate, dato che in qualunque rapporto di collaborazione coordinata le esigenze organizzative impongono la preventiva comunicazione della assenza; ne può essere utilmente ricercato l'esercizio del potere disciplinare in un contesto in cui il titolare dell'impresa può recedere liberamente dal rapporto. Certo è che gli "associati" dovevano continuativamente, e secondo i ritmi e le modalità puntualmente prefissati dall'"assodante" (cioè tutti i giorni, con un certo orario e presso la manovia), ciascuno presentarsi al lavoro ed eseguire i compiti puntualmente assegnati, senza alcuna possibilità concreta di organizzare autonomamente l'apporto lavorativo.

In conclusione, al contrario di quanto sostiene l'appellante, manca nella fattispecie l'elemento tipico del rapporto di associazione in partecipazione, che è la partecipazione dell'associato al rischio economico dell'impresa, non essendo individuabile alcun legame fra le retribuzioni erogate ai singoli prestatori e gli utili o i ricavi dell'impresa, ed è invece presente, si potrebbe dire nella sua massima espressione, l'elemento tipico del lavoro subordinato, e cioè la sottoposizione del prestatore alle direttive dell'imprenditore, specifiche e riguardanti le modalità della prestazione lavorativa, con completo inserimento nella organizzazione dell'azienda.

La sentenza impugnata, che ha correttamente rilevato tale situazione, va dunque integralmente confermata.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Sanzioni amministrative e depenalizzazione - Ordinanza ingiunzione - Termine entro cui proporre opposizione - Omessa indicazione - Mera irregolarità.

Sanzioni amministrative e depenalizzazione - Ordinanza ingiunzione - Criteri di determinazione della sanzione - Omessa indicazione - Irrilevanza.

Corte di Appello di Ancona - 21.04/27.04.2006 n. 157 - Pres. Rel. Taglienti - INPS (Avv.ti Cimmino, Pierdominici, Trovati) – T. (Avv.ti Costantino e Francesco Gullì).

La mancata indicazione, nel corpo del provvedimento amministrativo sanzionatorio, dell'autorità presso cui proporre opposizione come dei termini utili alla medesima integra non già un'ipotesi di nullità bensì una mera irregolarità.

Al fine della validità del provvedimento irrogativo è ininfluente l'omessa indicazione dei criteri che hanno presieduto alla determinazione concreta delle sanzioni, stante il potere del giudice di rideterminare comunque le stesse.

FATTO – **1**. Con separati ricorsi depositati il 24.2.2000 dinanzi al Giudice del lavoro presso il Tribunale di Ascoli Piceno T.T. proponeva rituale opposizione avverso le ordinanze-ingiunzioni n.ri 8327 e 8328, emesse dal Direttore della locale Sede INPS. e notificategli il 26.1 precedente con cui, nelle rispettive qualità di *"responsabile della UNION PULL"* – quale liquidatore della stessa – e di "*obbligato in solido"* – in forza della stessa qualifica – con l'altro liquidatore C.F., gli erano state inflitte le sanzioni di £. 2.970.000 e di £. 3.100.000 (pari ad €. 1.533,88 e 1.601,02) per una serie di omissioni contributive ammontanti nel complesso a £. 134.156.000 (= €. 69.285,79) *"relative al periodo dal 01-08-98 al 07-10-98".*

1.1 In opposizione al primo provvedimento deduceva:

• la *"nullità per violazione delle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 L. n. 241 /1990",* riguardanti, nell'ordine, il termine entro cui deve concludersi il procedimento amministrativo e le indicazioni che i provvedimenti amministrativi debbono contenere;

• l'*"indeterminatezza del provvedimento impugnato",*

• l'*"omessa indicazione dei criteri di determinazione della sanzione*";

• la *"nullità per carenza di motivazione".*

1.2 Nell'opposizione alla seconda ordinanza faceva presente che la stessa era stata emessa nei confronti del liquidatore sig. F.C. e dell'Union Pull Srl, quale obbligata *in solido,* escludendo che anch'egli fosse parimenti obbligato.

In subordine deduceva l'illegittimità del provvedimento *"per duplicazione della pretesa sanzionatoria".*

In ulteriore subordine riproponeva le ragioni esposte *sub* **1.1.**

2. L'INPS. resisteva ad entrambe le opposizioni.

Quanto al merito dei provvedimenti sanzionatori spiegava che gli stessi avevano avuto ad oggetto *"l'indebita fruizione della fiscalizzazione degli oneri sociali* ex legibus *183/76 e 1089/68 già goduti dalla Union Pull Srl., l'omesso inoltro e pagamento dei DM. (contributi previdenziali) relativamente al periodo 1-97/10-98, nonché il mancato pagamento della tassa d'ingresso per i dipendenti della Union Pull Srl. posti in mobilità a seguito di accordo sindacale".*

3. Il Giudice, riuniti i due procedimenti, con sentenza resa il 6.7.2004 e depositata l'8.10 seguente:

• dichiarava *"l'inefficacia della ordinanza ingiunzione n. 8328/00 del 15.1.00 nei confronti del ricorrente per essere stato il provvedimento emesso solo nei confronti del terzo obbligato C.F.",*

• annullava "l'ordinanza ingiunzione n. 8327/00 emessa in data 15.1.00 dal

Direttore della Sede INPS. di Ascoli Piceno" – con integrale compensazione delle spese del giudizio – poiché "emessa ... oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla scadenza di quello di identica durata previsto per la presentazione di scritti difensivi ex art. 18 L. n. 689181 (decorrente quest'ultimo, nella presente fattispecie, dalla notifica del verbale di accertamento avvenuta il 26.10.99) – siccome spiegato in motivazione.

4. Avverso tale decisione, non notificata, ha interposto rituale appello dinanzi a questa Corte l'INPS, con ricorso depositato il 26.11.2004, nel quale ha insistito per il rigetto delle originarie opposizioni proposte dal T.

4.1 Quanto all'ordinanza-ingiunzione 8328 ha contrastato la tesi della duplicazione dei provvedimenti recepita dal primo Giudice. Invero *"i due soggetti nominati (C.F. e l'odierno appellato)"* avevano *"rivestito nel medesimo periodo la carica di liquidatore della Union Pull Srl. e quindi"* erano *"stati chiamati a rispondere, alternativamente e contestualmente, in una ordinanza quali legali responsabili e nell'altra quali coobbligati solidali (in quanto legali rappresentanti della Union Pull Srl.)"*.

4.2 In ordine alle ragioni che avevano condotto il Tribunale ad accogliere l'opposizione avverso l'altro provvedimento sanzionatorio, emesso nei confronti del T. quale diretto responsabile, ha fatto presente l'inapplicabilità alla procedura che conduce all'emanazione di esso del termine di durata dei procedimenti amministrativi previsto dall'art. 2 L. n° 241/1990, per incompatibilità con la specifica disciplina in essa prevista, siccome ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità largamente maggioritaria.

4.3 Ha comunque richiamato le argomentazioni svolte in primo grado per contrastare le altre obbiezioni mosse dalla controparte in sede di opposizione e che non sono state esaminate dal Giudice di primo grado, in quanto assorbite.

5. Il T., nel costituirsi, ha concluso per il rigetto dell'impugnazione, richiamando comunque tutte le ragioni poste a sostegno delle opposizioni.

6. La causa è stata quindi decisa all'esito dell'odierna udienza di discussione, sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

DIRITTO – **7**. Alla trattazione del primo motivo di gravame merita premettere il richiamo all'art. 6, comma 3°, L. n° 689/1981, a tenor del quale *"se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica* o, *comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato* in solido *con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta"*.

Nel caso, come evidente dallo stesso tenore delle ordinanze impugnate e spiegato dall'INPS, nell'atto di appello, i due liquidatori della società sono stati oggetto di provvedimento sanzionatorio innanzi tutto come diretti responsabili degli illeciti in esse indicati. Peraltro, versandosi nell'ipotesi prevista dalla norma ora richiamata, in ordine alle stesse condotte è stata indicata come obbligata solidale anche la società, in persona dell'altro (co)amministratore. Solo in questa veste è stata notificata al T. l'ordinanza-ingiunzione n. 8328: che perciò non rappresenta una duplicazione dell'altro procedimento, pur attenendo agli stessi fatti posti in essere in identico periodo.

L'emissione di tale provvedimento anche nei suoi confronti (nella qualifica) persegue invero lo scopo *di* costituire un titolo verso la società – obbligata *in solido e* da lui stesso rappresentata – nell'ipotesi in cui il responsabile primario non sia chiamato a versare la pena pecuniaria per qualsiasi ragione diversa dalla non punibilità del fatto a lui ascritto.

In questa prospettiva il provvedimento opposto non costituisce – come detto – inutile reiterazione dall'altro e, nei limiti spiegati, va considerato efficace anche nei confronti dell'odierno appellato – con ciò accogliendosi il motivo oggetto di esame.

8. Il secondo mezzo proposto dal T. involge il problema dell'applicabilità, al procedimento previsto dalla legge n° 689/1981 per la comminazione delle sanzioni amministrative, del termine massimo di durata indicato in via generale dall'art. 2 L. n° 241/1990.

La questione, inizialmente oggetto di soluzioni discordi nella stessa giurisprudenza di legittimità, è stata risolta in senso negativo dalla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione in un Collegio presieduto dal suo titolare (v. sent. n° 9680 del 17.6.2003), cui poi si è uniformata la gran maggioranza delle successive decisioni – con pochissime pronunce rimaste dissonanti.

In particolare si è ritenuto che nella soggetta materia, una volta contestata o notificata, nei termini indicati dall'art. 14, la violazione, sia da escludere che, ai fini dell'esaurimento del procedimento con l'emissione dell'ordinanza-ingiunzione, l'autorità competente, destinataria del rapporto, debba osservare, in assenza di diverso termine specifico stabilito per legge o per regolamento, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, per la conclusione del procedimento amministrativo, in quanto il procedimento contenzioso che porta all'adozione dell'ordinanza-ingiunzione disciplinato dalla legge n. 689/1981 prevede il compimento di alcune attività necessarie a garanzia degli interessati e ha una durata incompatibile con il breve termine di trenta giorni (Cass. Sez. I, 6.4.2004 n° 6769). Del resto la mancanza di un termine per la fase decisoria rinviene la propria *ratio* nella stessa possibilità, offerta all'interessato, di essere sentito, se lo chieda, dall'autorità competente, nonché di presentare scritti difensivi, rispetto al procedimento amministrativo in genere, che tale natura non ha, ed al quale soltanto si riferisce il citato art. 2 (così Cass. Sez. I, 11.7.2003 n° 10920).

In assenza di altri termini, deve ritenersi quindi che il termine massimo per l'adozione dell'ordinanza - ingiunzione sia quello di cinque anni, decorrente dal giorno in cui è stata commessa la violazione, previsto dall'art. 28 della stessa legge n. 689/1981, sia pure con riferimento al termine per la riscossione delle somme dovute per le violazioni (Cass. Sez. I, 22.2.2006 n° 3852; 21.1.2004 n° 874; 16.4.2003 n° 6014; Sez. U. 19.1.2006 n° 982; 26.8.2005 n° 17386; Sez. Lav. 30.3.2004 n° 6337).

Nè il termine di cui si tratta può essere inserito nella sola fase decisoria del procedimento sanzionatorio, poiché esso, a norma del menzionato art. 2 della legge n. 241/1990, decorre dall'inizio del procedimento, se questo avviene d'ufficio, ovvero dalla presentazione dell'istanza nell'ipotesi in cui il procedimento è ad iniziativa della parte privata (in questo senso v. Cass. Sez. Lav. 22.12.2003 n° 19617).

A tale indirizzo, che pare ormai definitivo, conviene prestare adesione anche ad opera di questa Corte – che al lume di tale *dictum* reputa dover rivedere il proprio precedente orientamento contrario, ricordato dalla stessa difesa dell'Istituto appellante.

Ciò comporta il rigetto del prioritario motivo di opposizione comune ad entrambi gli originari ricorsi e determina altresì l'esame delle ulteriori ragioni a sostegno delle due opposizioni, non esaminati dal Giudice di prime cure in quanto assorbiti dall'accoglimento dei principali argomenti che si sono visti – ma che la difesa dell'appellato ha qui riproposto a mente dell'art. 346 CPC.

9.1 Le doglianze relative alla asserita indeterminatezza delle ordinanze-ingiunzioni impugnate ed al preteso difetto di motivazione della stessa meritano una trattazione congiunta, attenendo nella sostanza ad identico problema.

Invero entrambi i provvedimenti indicano le violazioni oggetto di sanzione ed il periodo cui esse si riferiscono. Richiamano altresì, nell'intestazione, *"il processo verbale elevato il 20.10.99"* nei confronti dello stesso destinatario dell'ordinanza.

È noto infatti che la motivazione a sostegno dell'atto amministrativo può avvenire anche *per relationem* ad altro atto. Recita infatti in proposito l'art. 3, comma 3°, L. n° 241/1990 – applicabile nella soggetta materia (v. Cass. Sez. I 6.7.2004 n° 12320) – che, *"Se le ragioni delle decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norme della presente legge, anche l'atto cui esso si richiama*".

Tale atto denominato *"processo verbale di accertamento e di contestazione di illeciti amministrativi"* risulta in particolare notificato anche a T. T. a mezzo posta il 27.10.99.

In esso sono specificate in via analitica vuoi le norme violate, vuoi le *"ipotesi di illecito"* attraverso la descrizione dei fatti integranti le violazioni medesime, vuoi infine gli importi delle sanzioni con le disposizioni cui esse si riferiscono: vale a dire tutto quanto occorre a rendere completa ed esauriente la motivazione, il cui scopo è quello di permettere a chi intenda contrastare l'atto amministrativo un'utile difesa nelle competenti sedi giurisdizionali. Di qui la intrinseca sufficienza del verbale *di* contestazione di cui trattasi rispetto agli scopi che si sono indicati.

A tal riguardo è appena il caso di precisare che a nulla rileva il cenno, fatto al termine della prima pagina del cennato atto di contestazione, al *"verbale di accertamento n. 530 redatto in data odierna",* versato in atti dall'INPS, ma di cui il T. ha lamentato la mancata precedente notifica.

Tale verbale invero riproduce soltanto un'esposizione più dettagliata dei fatti che hanno condotto all'accertamento delle infrazioni contestate, senza peraltro aggiungere alcun dato utile alla difesa nella fase contenziosa. Sicché la sua mancata messa a disposizione preventiva nei confronti dell'odierno appellato non integra ragione di insufficiente motivazione del provvedimento sanzionatorio.

9.2 Irrilevante, ai fini che qui interessano, è poi la mancata indicazione nel provvedimento sanzionatorio dell'Autorità presso cui proporre opposizione ed i termini utili alla medesima.

È invero principio di diritto acquisito che una simile omissione di indicazioni,

pur prescritte dall'art. 3, comma 4°, L. n° 241/1990, integra non già nullità bensì una mera irregolarità del provvedimento, che impedisce il verificarsi di preclusioni processuali a seguito del mancato rispetto, da parte dell'interessato, del termine di cui all'art. 22 legge n. 689/1981 (in tal senso si vedano Cass. Sez. I, 29.10.2004 n° 21001; 7.4.2004 n° 6859), sortendo il solo effetto di rendere scusabile l'errore nel proporre opposizione (v. sul punto Cass. Sez. I, 26.2.2004 n° 3840; 27.1.2004 n° 1401) – il che peraltro non si è qui verificato.

9.3 Parimenti ininfluente sulla validità del provvedimento irrogativo è l'omessa indicazione dei criteri che hanno presieduto alla determinazione concreta delle sanzioni, stante il potere del Giudice di rideterminare comunque le stesse.

Il prospetto riepilogativo all'uopo prodotto al momento della sua costituzione in primo grado da parte dell'INPS – al quale non sono state mosse specifiche censure in corso di causa ad opera dell'opponente – persuade comunque il Collegio della correttezza dell'ammontare delle sanzioni medesime.

9.4 La pretesa violazione del termine posto dall'art. 14 L. n 689/1981 integra doglianza non fatta valere con l'atto di opposizione, bensì solo con successiva memoria da parte della difesa dell'opponente – e come tale tardiva. Tutti i rilievi all'ordinanza ingiunzione debbono essere invero esposti nel termine indicato dall'art. 22, comma 1°, L. n° 689/1981, poiché altrimenti si otterrebbe un surrettizio prolungamento del medesimo.

Da un'ottica meramente processuale è stato persuasivamente affermato che l'opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione di pagamento di una somma a titolo di sanzione amministrativa, di cui agli artt. 22 e 23 L. n° 689/1981, introduce un giudizio, disciplinato dalle regole proprie del processo civile di cognizione, i cui limiti sono segnati dai motivi dell'opposizione, che costituiscono la *causa petendi* della domanda. Da questa delimitazione dell'oggetto del giudizio consegue che il giudice, salve le ipotesi di inesistenza, non ha il potere di annullare d'ufficio il provvedimento opposto, e che l'opponente non ha facoltà di modificare l'originaria domanda integrandola con ulteriori ragioni, se non nei limiti *dell'emendatio* consentiti dall'art. 183 CPC (in questi termini: Cass. Sez. I, 17.9.2003 n° 13667; 24.6.2003 n° 9987).

Onde il mezzo si palesa inammissibile.

9.5 È appena il caso di aggiungere – richiamando con ciò i principi appena ora espressi – che il merito delle infrazioni sanzionate non è stato contestato dal T. nell'atto di opposizione.

Onde l'Istituto non aveva alcuna necessità processuale di addurre prove a sostegno della fondatezza della propria pretesa sanzionatoria – che non può perciò costituire oggetto di esame in questo giudizio di appello.

10. Dall'accoglimento del gravame e dal conseguente rigetto delle opposizioni deve discendere la ricaduta delle spese del doppio grado sull'appellato, rivelatesi soccombente anche nelle questioni ulteriori rispetto al vessato problema relativo all'applicabilità al procedimento di irrogazione delle sanzioni del termine posto dall'art. 2 L. n° 241/1990.

(Omissis)

Contributi - Accertamento ispettivo - Attestazione di regolarità - Nuovo accertamento ispettivo - Preclusione - Condizioni.

Contributi - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Territori "minori" *ex* art. 1 d.P.R. 6.3.1978 n. 218 - Fiscalizzazione degli oneri sociali - Fruibilità - Esclusione.

Corte di Appello di Ancona - 07.04/22.05.2006 n. 154 - Pres. Taglienti - Rel. Miconi - Sa.ta. s.r.l. (Avv.ti Leonardo e Daniela Carbone, Cinelli) - INPS (Avv.ti Cimmino, Trovati) e INAIL (Avv.ti Bruni, D'Ilio).

Giusta il dettato ex *art. 3, comma 20, della l. 235/1995, l'attestazione di regolarità rilasciato nell'ambito di un accertamento ispettivo che abbia avuto ad oggetto esclusivamente le modalità di assunzione e la posizione assicurativa di alcuni lavoratori non può riverberare alcun effetto in ordine alla classificazione dell'attività d'impresa ai fini contributivi né rispetto all'applicazione, ai fini della retribuzione imponibile, delle tariffe di un determinato CCNL.*

Il D.M. 22.6.1995 (emanato ai sensi dell'articolo 45 della l. 22.12.1994 n. 724), che completa la disciplina in tema di fiscalizzazione degli oneri sociali, trova piena applicazione nei confronti delle imprese ubicate nei territori "minori" già individuati dall'articolo 1 del D.P.R. 6.2.1978 n. 218 (T. U. interventi straordinari nel Mezzogiorno) escludendoli dal beneficio nella più favorevole misura prevista per le regioni del centro-sud d'Italia.

FATTO – Con ricorso depositato il 4-5-2000 dinanzi al Giudice del Lavoro di Fermo la SAIA SRL conveniva in giudizio l'INPS e l'INAIL e chiedeva che fosse dichiarata la nullità delle pretese contributive e sanzionatene di cui ai verbali di accertamento INAIL del 28/29-9-1998 ed INPS n. 518 del 23-3-1999 e 519 del 24-3-1999 – da cui era scaturito il rilievo che la ditta aveva pagato, per il periodo dal 7-4-1994 al 31-12-1997, un premio inferiore al dovuto per mancata denunzia dell'esatta attività esercitata, nonché applicato per le retribuzioni dei dipendenti il CCNL tessili anziché quello dell'arredamento, ed era inoltre stato recuperata la "fiscalizzazione" sull'assunto che fosse avvenuto il riallineamento contributivo con le regioni del Centro Nord – perché del tutto infondate; deduceva le seguente ragioni:

1 - gli accertamenti INAIL ed INPS erano illegittimi per violazioni dell'art. 3 c. 20 L. 335/1995, non essendo consentite successive verifiche e contestazioni contributive per periodi di paga sui quali fosse già stato fatto accertamento con attestata regolarità, o con regolarizzazione; nel caso concreto, vi erano stati precedenti accertamenti dell'Ispettorato del Lavoro che avevano attestato la regolarità della situazione contributiva, con riguardo anche alla classificazione del rischio assicurato nella forma del 70% – lavori di tappezzeria e 30% – produzione divani in legno, nonché al CCNL applicato ai lavoratori;

2 - violazione dell'art. 3 comma 8° L. 335/1995: il reinquadramento operato dagli Enti non avrebbe potuto retroagire ad epoca anteriore al periodo paga in corso alla data della notificazione del provvedimento di variazione;

3 - il Contratto Collettivo effettivamente applicabile all'impresa, in ragione della sua attività prevalente, a norma dell'art. 2070 cc, era quello dei tessili; la SATA non aveva aderito ai sindacati stipulanti quello del settore legno; a partire dal 31-12-1997, l'impresa era diventata esclusivamente tappezziera, avendo iniziato ad acquisire gli scheletri dei divani dall'esterno;

4 - la tariffa applicata dall'INAIL (69 per mille dal 1994 al 1996 e 61 per mille nel 1997) era errata;

5 - la applicazione delle aliquote contributive previste per le imprese del centro nord ed il relativo recupero della fiscalizzazione per intervenuto riallineamento a norma del DM 22-6-1995 ero infondato, non essendo mai avvenuto, per la zona della bonifica del Tronto, il predetto riallineamento;

6 - Le sanzioni avrebbero dovuto essere calcolate con i criteri più favorevoli stabiliti dalla L. 388/2000.

Si costituivano l'INAIL e l'INPS e resistevano alla domanda. deducendo la piena legittimità degli accertamenti effettuati e, nel merito, che la società svolgeva il completo ciclo produttivo dei divani, dalla struttura in legno alla tappezzeria, talché l'attività doveva essere classificato interamente come produzione di mobili imbottiti (voce 5211), e non come attività mista di tappezzeria (per il 70%) e produzione mobili imbottiti (per il 30%), come erroneamente era stato fatto in sede di variazione dal 1994, con applicazione della tariffa della sola voce 5211; il CCNL applicabile ai dipendenti, e quindi la retribuzione imponibile, dovevano essere di conseguenza quello del settore arredo-legno, e non quello dei tessili.

Il Tribunale con sentenza del 6-7-2004 respingeva il ricorso e dichiarava la legittimità delle pretese contributive degli Enti di cui ai verbali di accertamento oggetto di causa, con la specificazione della decorrenza dello variazione di inquadramento INPS solo dal periodo di paga in corso alla data di notificazione del provvedimento di variazione (e quindi con sostanziale accoglimento parziale del ricorso stesso nei confronti dell'INPS); condannava la ricorrente al rimborso delle spese di lite.

Riteneva il Giudice:

1 - che non sussistesse alcuna preclusione alle nuove contestazioni, atteso che i precedenti accertamenti erano stati eseguiti da un organo ispettivo diverso da quello degli Enti previdenziali interessati e che comunque non vi era stata, in esito ad essi, alcuna attestazione di regolarità dell'inquadramento e del CCNL applicabile;

2 - che il CNL applicabile, ai fini contributivi, ai dipendenti della SATA dovesse essere quello dell'arredo-legno, e non quello del settore tessile;

3 - che la decorrenza della variazione dell'inquadramento, ai soli fini dell'INPS. potesse essere solo dal periodo di paga in corso alla data di notificazione del provvedimento di variazione, a norma dell'art. 3 comma 8 L 335/1995;

4 - che il tasso di premio INAIL dovesse essere quello indicato al n. 5211 del DM 18-6-1988, considerata l'unitarietà del processo produttivo;

5 - che il DM 22-6-1995 avesse dettato una nuova disciplina della fiscalizzazione, completamente sostitutiva di quella indicata nel DPR 218/1978, e che con

essa la Zona della Bonifica del Tronto fosse soggetta alle aliquote del Centro Nord, e non a quelle del Mezzogiorno;

6 - che la disciplina delle sanzioni applicabile al caso non fosse quella della L. 388/2000, perché non retroattiva.

Avverso la sentenza proponeva appello la SATA Srl con ricorso depositato il 3-12-2004 e ne chiedeva la riforma; svolgeva i seguenti motivi:

1 - erroneamente il primo Giudice non aveva ritenuto che ricorresse la preclusione stabilita dall'art. 3 comma 20 L. 335/1995: l'attività della società era stata classificata dallo stesso INAIL, su richiesta di variazione della impresa, al 70% per il settore tappezzeria e per il 30% per il settore mobili imbottiti, con applicazione del tasso medio delle due voci, e l'Ispettorato del Lavoro aveva ritenuto del tutto regolare , nei precedenti accertamenti, la situazione; ne aveva rilievo il fatto che i precedenti verbali fossero stati redatti dall'Ispettorato del Lavoro, atteso che la norma citata fa riferimento agli "accertamenti ispettivi in materia previdenziale", quali sono anche quelli dell'Ispettorato del Lavoro;

2 - quanto al CCNL applicabile, la sentenza era errata perché gli Enti non avevano provato quale fosse il CCNL da applicare, atteso che la SATA non aderiva ad alcuna associazione sindacale stipulante il CCNL del settore legno;

3 - la successiva decorrenza dell'inquadramento, stabilita dal primo Giudice, doveva essere effettuata non solo per l'INPS ma anche per l'INAIL considerato che i provvedimenti di inquadramento emessi dall'INPS sono operativi, a norma dell'art. 49 L. 88/1989, nei confronti di tutti gli Enti previdenziali;

4 - il tasso di premio non doveva essere quello della sola voce 5211, ma quello medio relativo alla tappezzeria (per il 70%) ed al legno (per il 30%), in ragione della natura della attività svolta;

5 - erroneamente il Giudice aveva stabilito che la Zona di Bonifica del Tronto non rientrasse più nei benefici per il Mezzogiorno del DPR 218/1978;

6 - il primo Giudice aveva aderito, quanto al regime delle sanzioni civili, ad un indirizzo giurisprudenziale che era stato superato da altre decisioni della Suprema Corte sulla retroattività dell'art. 116 L. 388/2000.

Insisteva per raccoglimento integrale della propria domanda.

Si costituivano gli Enti appellati e resistevano al gravame, ribadendo le difese già svolte in prime cure; l'INPS proponeva inoltre appello incidentale per ottenere la retroattività della classificazione della società ai fini contributivi anche per l'INPS, considerato che la classificazione INPS era stato effettuata fin dall'origine, correttamente, nella voce CSC 10311, "Fabbricazione di sedie, sedili e mobili," sulla base della denuncia di attività fatta dalla società stessa, la quale però aveva applicato indebitamente il CCNL dei tessili invece di quello del settore legno – arredamento; non vi era stata perciò nessuna "variazione" retroattiva dell'INPS, che invece aveva accolto dal 1-1-1998 (e quindi addirittura da prima dell'ottobre 1998, data della notifica del verbale INAIL) la richiesta di variazione al solo settore tappezzeria, più favorevole per la contribuente; ricordava infine che i benefici degli sgravi contributivi erano cessati, per la Zona del Tronto, dal 1990.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziavo sentenza.

DIRITTO – L'appello principale è infondato.

1 - L'art. 3 comma 20 L 335/1995 dispone:

"Nei *casi di attestata regolarità ovvero di regolarizzazione conseguente all'accertamento ispettivo eseguito, gli adempimenti amministrativi e contributivi relativi ai periodi di paga anteriore alla data dell'accertamento ispettivo stesso non possono essere oggetto di contestazioni in successive verifiche ispettive, salvo quelle determinate da comportamenti emissivi o irregolari del datore di lavoro o conseguenti a denunce del lavoratore. La presente disposizione si applica anche agli atti e documenti esaminati dagli ispettori ed indicati nel verbale di accertamento, nonché ai verbali redatti dai funzionai dell'ispettorato del lavoro in materia previdenziale e assicurativa."*

Come si evince dal testo della norma, sussiste la preclusione a nuove contestazioni di omissioni contributive (o di irregolarità amministrative), in relazione ai medesimi periodi contributivi, in successive verifiche ispettive solo nel caso di attestata regolarità effettuata all'esito delle precedenti verifiche: attestata regolarità che, come tale, deve specificamente essere relativa al particolare elemento oggetto del successivo rilievo.

Nel caso in questione per la operatività della preclusione il precedente accertamento ispettivo avrebbe dovuto riguardare proprio la classificazione della attività dell'impresa ai fini contributivi, e la applicazione, ai fini della retribuzione imponibile, delle tariffe di un determinato CCNL, ed attestare la regolarità di tali classificazione ed applicazione. Nel caso in discussione, gli accertamenti ispettivi dell'Ispettorato del Lavoro svolti il 19-3-1997, il 15-4-1997 ed il 9-2-1998 (v. doc. 6, 7 ed 8 prodotti dalla ricorrente in primo grado) hanno riguardato esclusivamente le modalità di assunzione e la posizione assicurativa di alcuni lavoratori trovati al lavoro, nonché gli adempimenti relativi ad un lavoratore minorenne: hanno investito, cioè, aspetti completamente diversi – e di stretto interesse dell'Ispettorato del Lavoro, seppure con riflessi nei rapporti previdenziali – da quelli che sono stati oggetto delle indagini e dei conseguenti rilievi INAIL ed INPS.

Correttamente, dunque, il primo Giudice ha ritenuto non operante in concreto la preclusione stabilita dall'at. 3 comma 20 l. 335/1995 sopra riportato.

2 - Il Contratto Collettivo applicabile, per la individuazione della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, al settore di attività della SATA Srl – attività consistente nella produzione di divani e salotti, e quindi nella fabbricazione sia dello scheletro in legno, sia delle imbottiture, sia delle tappezzerie – è indubbiamente quello del settore legno arredamento (industria), e non quello del settore tessili (industria), In ragione della natura della attività svolta, che comprende l'intero ciclo produttivo – come si è detto, dalla realizzazione della struttura in legno di divani e poltrone, alla imbottitura e successiva applicazione della tappezzeria.

Non ha alcun rilievo l'ambito soggettivo di applicazione del CCNL del predetto settore, cioè il fatto che il datore di lavoro non sia aderente ad una delle associazioni sindacali firmatarie del CCNL stesso.

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 – con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale – dall'art. 1 d.l. n. 338 del 1989 (conv. nella legge n. 389 del 1989), 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 conseguente influenza sul distinto rapporto di lavoro – ai fini della determinazione della giusta retribuzione; e ciò costituendo la retribuzione prevista dai contratti collettivi – a prescindere dall'ambito soggettivo di applicazione – appunto il "minimale contributivo" fissato dall'art. 1 della legge n. 389 del 1989 (in tal senso, la giurisprudenza consolidata ed unanime della Suprema Corte, a partire da Cass. SU 11199/2002, fino a Cass. 2758/2006).

Il motivo di gravame relativo alla applicazione del CCNL del settore tessili è perciò infondato.

3 - In ordine alla decorrenza della inquadramento dell'impresa ai fini previdenziali, questione investita sia dall'appello principale, sia dall'appello incidentale dell'INPS, osserva la Corte: l'art. 3 comma 8 l. 335/1995 dispone: "I provvedimenti adottati d'ufficio dall'INPS di variazione della classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, con il conseguente trasferimento nel settore economico corrispondente alla effettiva attività svolta, producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione, con esclusione dei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro. In caso di variazione disposta a seguito di richiesta dell'azienda, gli effetti del provvedimento decorrono dal periodo di paga in corso alla data della richiesta stessa. Le variazioni di inquadramento adottate con provvedimenti aventi efficacia generale riguardanti intere categorie di datori di lavoro producono effetti, nel rispetto del principio della non retroattività, dalla data fissata dall'Inps. Le disposizioni di cui al primo e secondo periodo del presente comma si applicano anche ai rapporti per i quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, pendano controversie non definite con sentenza passata in giudicato".

In primo luogo, va notato che la norma non riguarda le riclassificazioni operate dall'INAIL, ma soltanto quelle effettuate dall'INPS; in secondo luogo, in punto di fatto va rilevato che nel caso in questione l'INPS, nell'effettuare le contestazioni con il verbale di accertamento 518 e 519 del 23 e 24-3-1999, non ha affatto operato una riclassificazione retroattiva della attività della società togliendola dal settore tessile e collocandola in quello più oneroso della costruzione di mobili: la SATA era già regolarmente registrata, fin dall'inizio, con il Codice Statistico Retributivo 10311 (in cui è compresa la produzione di sedili imbottiti); al contrario, in occasione dell'accertamento l'INPS ha proprio riconosciuto la più favorevole classificazione con il CSC 10811 relativo alla lavorazione di tessuti, con decorrenza 1-1-1998, e cioè addirittura in via retroattiva, ancoro una volta in senso più vantaggioso per l'impresa. La doglianza della Sala relativa alla pretesa retroattività della classificazione nel settore arredo legno, ed il richiamo all'art. 3 comma 8 I. 335/1995 erano perciò inconferenti ed infondati, poiché nessuna riclassificazione sfavorevole è stata effettuata dall'INPS, che ha solo contestato l'errata applicazione del CCNL per la determinazione del ed minimale contributivo.

L'appello incidentale dell'INPS risulta pertanto fondato e la sentenza gravata va di conseguenza riformata sul punto.

4 – Poiché, come si è già detto, l'attività della SATA Srl, fino al 31-12-1997, riguardavo l'intero ciclo produttivo dei salotti e divani, dalla struttura alla tappezzeria, la stessa va compresa necessariamente e per intero nella tariffa assicurativa 5211 del DM 18-6-1988, che concerne espressamente la "produzione di mobili imbottiti, esclusi i lavori di sola tappezzeria, per i quali v. sottogruppo 8250".

Sul punto la sentenza di primo grado è del tutto condivisibile; ne l'impresa ha dimostrato, in fatto, che la attività fosse nettamente distinta in due filoni, uno dei quali (la tappezzeria) prevalente ed indipendente dall'altro, e che non fosse invece realizzato, per i salotti prodotti, il completo ciclo produttivo.

5 - Il motivo di gravame relativo al recupero della fiscalizzazione degli oneri sociali è infondato, seppure la motivazione della sentenza impugnata debba sul punto essere modificata. L'art. 2, comma terzo, del d.l. 11 luglio 1988, n. 258, recante "modifiche alla legge 1 marzo 1986, n. 64, in attuazione della decisione della Commissione CEE/88/318 del 2 marzo 1988", convertito, con modificazioni, con legge 5 agosto 1988, n. 337, ha stabilito che "nelle *province di Ascoli Piceno e Roma, fino al 31 dicembre 1990 (...), sono concesse le agevolazioni finanziarie, contributive e fiscali nelle misure previste dagli articoli 59, 63, 69, 70, 101, 102 e 105 del testo unico (delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con d.p.r. 6 marzo 1978, n. 218) di cui al comma secondo, fermi restando i nuovi criteri e procedure fissati in materia dai provvedimenti di applicazione della legge 1 marzo 1986, n. 64"*.

Il senso di questa disposizione non può che essere quello di restringere territorialmente i benefici indicati dalle citate norme del d.p.r. n. 218/1978 e di escluderne definitivamente, dopo il 31 dicembre 1990, le province di Ascoli Piceno e Roma.

In tal senso, v. Cass. 12787/2004 (1), 15916/2004; 12530/2004 (2); 17325/2004, 17356/2004, secondo cui " *In tema di sgravi contributivi, per effetto dell'art. 2 comma terzo del d l n. 258 del 1988, recante modifiche alla I. n. 64 del 1986, le agevolazioni finanziarie, contributive e fiscali nelle misure previste dall'art. 59 del d.p.r. 6 marzo 1978 n. 218 sono concesse per la Provincia di Ascoli Piceno fino al 31 dicembre 1990, non avendo rilevanza il disposto dell'art. 5 del decreto legge n. 510 del 1996, che detta una particolare disciplina in materia di contratti di riallineamento retributivo e di regolarizzazione retributiva e contributiva per le imprese operanti nei territori di cui alle zone contemplate dall'art. 92 par. 3 lett. a) del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, posto che l'esclusione della provincia di Ascoli Piceno discende dalla decisione della Commissione CE/88/318, alla quale il citato art. 2 ha dato attuazione"*.

Correttamente, dunque. l'INPS ha recuperato la fiscalizzazione per gli anni dal 1994 in poi.

6 - In ordine al regime delle sanzioni aggiuntive, si osserva che secondo l'opinione maggiormente condivisibile della giurisprudenza del Supremo Collegio la nuova disciplina delle determinazione delle sanzioni civili e degli interessi, come

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 661.

(2) Idem, idem, p. 664.

anche delle sanzioni amministrative, dettata dall'art. 116 commi 8 e 9 L. 388/2000 (comma 12 per le sanzioni amministrative), non può essere ritenuta retroattiva.

Infatti, a norma del comma 18° del suddetto art. 116 "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. II maggiore importo versato, pari alla differenza fra quanto dovuto ai sensi dei predetti commi del citato articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, 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."

Con la pronunzia n. 6680/2002 (3) la Corte di Cassazione avevo ritenuto, pur affermando formalmente il contrario, che le nuove disposizioni avessero completa ed immediata efficacia retroattiva, dovendo essere applicate ai "casi *pregressi, accertati al 30 settembre 2000 ma non ancora esauriti"* in quanto il debitore non può essere costretto ad adempiere il suo debito per poi maturare un diritto di credito da far valere con conguaglio.

Senonché con la più recente decisione n. 19334/2003 la medesima Corte ha motivatamente rivisto il precedente orientamento, e. richiamando anche analoghe statuizioni in materia di sanzioni amministrative (Cass. 6405/2002; 7328/2002; 7524/2002 (4); 16699/2002; 10631/2003; 12654/2003; 12758/2003; 16630/2003), ha evidenziato che nessun elemento induce a ritenere la retroattività; che tale retroattività è in conflitto con il tenore letterale della normativa sopra indicata – la lettura del comma 18°, sopra riportato, è di significato inequivoco – e con la ratio della stessa, volta si a favorire il contribuente anche rispetto alle posizioni pregresse, ma con tempi e modalità dettate dall'ente previdenziale in ragione delle sue necessità contabili e di bilancio (cartolarizzazione dei crediti).

Ritiene questo Collegio di condividere tale orientamento, che risulta maggiormente convincente perché aderente al testo normativo ed alla sua ratio (v. Anche Cass. 12509/2004 (5); 23615/2004; 251/2005).

Anche sul punto della disciplina delle sanzioni amministrative applicabile alla fattispecie la sentenza gravata va confermata.

In definitiva, la pretesa creditoria degli enti previdenziali è risultata integralmente fondata, anche in ordine alla decorrenza.

Le spese dei due gradi di giudizio, liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico dell'appellante, interamente soccombente.

(Omissis)

---

(3) Idem, 2002, p. 1061.

(4) Idem, idem, p. 902.

(5) Idem, 2005, p. 669.

Contributi - Cartella di pagamento e ruolo - Vizi formali - Opposizione - Termine breve *ex* artt. 617 e 618 bis c.p.c. - Applicabilità.

Sanzioni civili - Errata quantificazione - Eccezione - Genericità - Inammissibilità.

Corte di Appello di Ancona - 10.02/23.02.2006 n. 56 - Pres. Taglienti - Rel. Bandini - Erregest Rinascente gestione tesoreria s.p.a. (Avv. Cinelli) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Vittori).

Ove si intendano far valere eventuali vizi formali, della cartella di pagamento o del ruolo, il proponente dovrà formularli attraverso l'opposizione agli atti esecutivi di cui al combinato disposto degli artt. 617 e 618 bis c.p.c. nel rispetto del più breve termine di cui alla prima di tali disposizioni.

L'eccezione relativa alla inesatta quantificazione delle somme aggiuntive, attraverso la quale il ricorrente si sia limitato a riproporre i parametri normativi a cui a suo avviso l'INPS avrebbe dovuto conformarsi nel calcolo, senza che viceversa venga esplicitala alcuna argomentazione critica a confutazione dei rilievi dell'Istituto previdenziale, deve ritenersi inammissibile per difetto di specificità.

FATTO – Con ricorso depositato in data 5.9.2001 avanti al Tribunale di Ancona - Giudice del Lavoro, la Ipermarche s.p.a. propose opposizione, nei confronti dell'Inps e dell'Esatri s.p.a., avverso la cartella esattoriale notificatale il 28.7.2001, con cui le era stato chiesto il pagamento in favore dell'Istituto della somma di lire 9.130.406 per contributi previdenziali e somme aggiuntive; eccepì l'opponente l'illegittimità, sotto svariati profili, della cartella e del ruolo; l'infondatezza della pretesa contributiva e l'illegittimità costituzionale dell'art. 68, comma 5, legge n. 388/00, nella parte in cui, in via retroattiva, aveva disposto la sottrazione alla fiscalizzazione degli oneri sociali dei contratti di formazione e lavoro; l'erroneità, in subordine, della determinazione delle sanzioni aggiuntive.

Radicatesi in contraddittorio, e sulla resistenza dell'Inps (essendo invece la concessionaria Esatri s.p.a. rimasta contumace), il Giudice adito, con sentenza in data 19.11 - 19.12.2003, rigettò il ricorso, condannando l'opponente alla rifusione delle spese di lite. Avverso l'anzidetta sentenza, notificata in data 2.7.2004, l'Erregest - Rinascente Gestione Tesoreria s.p.a. (già Ipermarche s.p.a.), con ricorso depositato in data 30.7.2004, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno che:

1 - erroneamente il primo Giudice aveva rigettato le eccezioni pregiudiziali relative alla regolarità formale del ruolo e della cartella esattoriale sul presupposto che le stesse dovessero essere proposte, ai sensi dell'art. 617 cpc, entro cinque giorni dalla notifica della cartella, anziché nel maggior termine di cui all'art. 24, comma 5, dl.vo n. 46/99, dovendo ritenersi che la dizione utilizzata dal comma 6 di tale articolo ("*contro l'iscrizione a ruolo*"), nella sua ampiezza, ricomprenda anche le azio-

ni dirette a contestare la regolarità formale degli atti sino a quel momento compiuti; in ogni caso, anche accedendo all'interpretazione accolta nella sentenza impugnata, avrebbe dovuto trovare accoglimento l'eccezione relativa alla mancata sottoscrizione del ruolo (siccome attinente all'inesistenza del titolo e come tale proponibile ai sensi dell'art. 615 cpc), non avendo l'Inps dimostrato l'avvenuta sottoscrizione;

2 - erroneamente il primo Giudice aveva ritenuto il carattere retroattivo dell'art. 68, comma 5, legge n. 388/00 e, comunque, disatteso le sollevate eccezioni di incostituzionalità di tale norma;

3 - ingiustificatamente non era stata esaminata l'eccezione subordinata relativa all'erronea determinazione del *quantum* delle somme aggiuntive poste a carico di essa appellante.

L'Inps si è costituito in giudizio resistendo al gravame; ha altresì spiegato appello incidentale, nel senso in atti indicato, deducendo che la procura rilasciata in calce al ricorso introduttivo di primo grado non era stata rilasciata dal legale rappresentante della Società, bensì da un procuratore speciale, *"sui cui poteri di rappresentanza processuale occorreva ed occorre indagare posto che ... la rappresentanza processuale non può essere delegata sic et simpliciter ma inerisce sempre all'esercizio di poteri (sostanziali) delegati"*.

Alla prima udienza (25.11.2005) il difensore dell'appellante principale ha prodotto copia della procura rilasciata a C.M. in autentica notaio C.G.C. in data 28.4.1999, rep. n. 49651/7672.

L'Esatri s.p.a. non si è costituita e ne è stata dichiarata la contumacia.

All'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni trascritte come in epigrafe.

DIRITTO – **1.** Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si da per già nota.

2. È preliminare la disamina dell'appello incidentale.

Giova precisare al riguardo che il mandato *ad litem* in calce al ricorso introduttivo del giudizio di primo grado venne rilasciato dal *"...dott. Marco Crotti, in virtù dei poteri conferitimi dal legale rappresentante prò tempore della Iper Marche s.r.l. ... giusta procura speciale a rogito del Notaio, dott. Claudio Guidobono Cavalchini, in Milano, del 28 aprile 1999, rep. 49651/7672...."*.

Nel ricorso stesso non venne indicata la produzione della suddetta procura speciale, che, del resto, non era reperibile nel fascicolo dell'appellante principale (come detto nell'istorico di lite la copia della procura è stata prodotta in questo grado di giudizio).

L'Inps, già all'atto della costituzione in giudizio in prime cure, avrebbe dunque potuto contestare la mancata dimostrazione dei poteri rappresentativi in capo alla persona fisica che aveva rilasciato il mandato per la Società ricorrente; nessuna contestazione al riguardo venne tuttavia svolta nella memoria difensiva, ne nel prosieguo del giudizio di primo grado.

Osserva la Corte che, nelle società di capitali, il potere di stare in giudizio spetta, secondo la legge, ai titolari dell'organo che ne ha la rappresentanza sostan-

ziale, ma può essere conferito, in base allo statuto, anche a soggetti che, nell'ambito dell'organizzazione della società, sono preposti ad un settore di rapporti con poteri di rappresentanza sostanziale, ovvero ancora ad altri soggetti, in forza di specifico titolo, come, in difetto di qualsivoglia diversa allegazione, può presumersi essere avvenuto nel caso che ne occupa.

Ciò premesso deve considerarsi che, ove un soggetto dichiari di agire per una società in una qualità tale da consentirgli di farlo, affermando così la sua legittimazione processuale, ma non lo documenti, ciò di per sé non comporta che egli sia privo della dedotta legittimazione processuale.

Ne consegue che, se *"È pur vero che l'accertamento circa il presupposto delle legittimazione processuale deve essere compiuto d'ufficio dal giudice anche nelle fasi di impugnazione del processo",* tale *"obbligo sussiste solo quando la parte interessata sia messa in condizione di depositare la documentazione mancante; cioè solo quando la contestazione sia stata sollevata tempestivamente.*

Ne deriva non solo che il giudice non è tenuto a svolgere di sua iniziativa gli accertamenti sulla effettiva esistenza della legittimazione delle parti, ma anche che la contestazione di cui si tratta non può seguire le sorti del processo (essere, cioè, esercitata secundum eventum litis) ed essere proposta nel giudizio di appello, se poteva esser/o *nel giudizio di primo grado"* (cfr., Cass., n. 8442/2002, in motivazione).

Pertanto l'appello incidentale dev'essere disatteso, siccome fondato su un'eccezione (la mancata dimostrazione del conferimento della rappresentanza processuale a soggetto privo di poteri sostanziali delegati) tardivamente sollevata.

Fermo quanto teste rilevato – e perciò solo per completezza di motivazione – si osserva comunque quanto segue:

- il potere di rappresentanza processuale, con la correlativa facoltà di nomina dei difensori, non può essere conferito se non a chi sia investito di un potere di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, sicché neppure il rappresentante di una società di capitali può conferire ad un terzo una rappresentanza volontaria I limitata agli atti del processo (cfr, *explurimis,* Cass., n. 19252/2004);

- nella specie la procura speciale rilasciata a M.C. (e in forza della quale egli rappresentò in prime cure la parte opponente), depositata in copia dall'appellante principale, contempla, accanto al potere di rappresentare la Società in giudizio, anche quello di *"transigere e conciliare liti";*

- poiché tale potere di scegliere ed attuare la migliore soluzione dei rapporti rivela tipiche caratteristiche sostanziali e negoziali, deve essere escluso che con la procura all'esame sia stata conferita una rappresentanza di ordine meramente processuale (cfr, per arg., Cass., n. 8421/2004);

- la parte opponente è stata quindi validamente rappresentata in prime cure da M.C. in forza della procura anzidetta.

3. Quanto al primo motivo del gravame principale, giova ricordare, per quanto qui rileva, il disposto dell'art. 24, commi 5 e 6, dl.vo n. 46/99 e successive modifiche, secondo cui: "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. ... 6. Il giudizio di opposizione contro il ruolo per moti-*

vi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile....".

Il successivo art. 29, sempre per quanto qui specificamente rileva, prevede al secondo comma che "...le *opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle forme ordinarie".*

Ad avviso di questa Corte, e contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante principale, le disposizioni dei commi 5 e 6 dell'art. 24 concorrono a delineare l'ambito del giudizio di opposizione all'iscrizione a ruolo, cosicché lo speciale rito ivi previsto (e quindi anche il termine di proposizione del ricorso) si riferisce alle contestazioni inerenti al merito della pretesa contributiva; ne consegue che, ove si intendano far valere eventuali vizi formali degli atti, dovrà essere proposta l'opposizione agli atti esecutivi di cui al combinato disposto degli artt. 617 e 618 *bis* epe, nel rispetto, quindi, del più breve termine di cui alla prima di tali disposizioni.

In senso sostanzialmente analogo si è anche espressa la giurisprudenza di legittimità, secondo cui, nella disciplina della riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, di cui al dl.vo n. 46 del 1999, l'opposizione agli atti esecutivi è prevista dall'art. 29, secondo comma, che per la relativa regolamentazione rinvia alle *"forme ordinarie", e* non dall'art. 24 dello stesso dl.vo, che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione, cosicché l'opposizione agli atti esecutivi prima dell'inizio dell'esecuzione deve proporsi entro cinque giorni dalla notificazione del titolo esecutivo, che, ai sensi dell'art 49 del dpr n. 602 del 1973, si identifica nella cartella esattoriale (cfr. Cass., n. 21863/2004).

3.1 Tale termine non trova tuttavia applicazione in ordine all'eventuale vizio di mancanza di sottoscrizione del ruolo, atteso che lo stesso si tradurrebbe non già in una mera irregolarità formale, ma nella giuridica inesistenza dell'atto, sicché la relativa doglianza costituisce oggetto di opposizione all'esecuzione; considerata, nella specie, la proponibilità di detta opposizione nelle forme di cui al rito del lavoro ai sensi dell'art. 618 *bis* cpc, la stessa, così diversamente qualificata sul punto quella svolta dall'odierna appellante, è da ritenersi ammissibile.

L'eccezione svolta va tuttavia rigettata.

Infatti, secondo i principi generali sull'onere della prova, compete a chi detta eccezione sollevi (e non già al soggetto impositore nei cui confronti è proposta) fornire in giudizio la prova della sua fondatezza; ne ciò può ritenersi escluso, nella fattispecie, dalla circostanza che il ruolo non è stato notificato alla contribuente, stante la facoltà di quest'ultima di chiedere al Giudice l'emanazione dell'ordine di esibizione dell'atto nei confronti della controparte.

Tale istanza non è stata tuttavia tempestivamente formulata nel ricorso introduttivo del giudizio e l'odierna appellante principale ne è perciò decaduta ai sensi dell'art. 416, ultimo comma, cpc, cosicché, in questa sede di gravame, la Corte neppure potrebbe avvalersi, al riguardo, dei poteri officiosi di cui all'art. 437 epe (cfr. Cass., n. 1509/1995).

3.2 II primo motivo del gravame principale, nei diversi profili in cui si articola, va dunque disatteso.

4. In ordine al secondo motivo del gravame principale, deve rilevarsi che la questione è stata oggetto di decisione da parte della Corte Costituzionale, la

quale, con la sentenza n. 374/2002 (1), con considerazioni che il Collegio pienamente condivide e che costituiscono adeguata confutazione di quelle addotte dall'appellante, ha avuto modo di precisare che *"Nella specie è ben vero che, prima della norma impugnata, la giurisprudenza riteneva applicabile al contratto di formazione e lavoro il beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali. Ma è anche vero che l'INPS aveva sempre contestato questo orientamento, emanando circolari di opposto contenuto e inducendo incertezza fra i datori di lavoro, come dimostrano le fattispecie sottoposte ai rimettenti... Considerando la situazione non più tollerabile, il legislatore è intervenuto stabilendo che la disciplina del contratto di formazione e lavoro deve essere interpretata - secondo una delle possibili letture del testo originario - nel senso dell'inapplicabilità della fiscalizzazione. Il carattere retroattivo di tale intervento mira ad evitare il prolungamento dell'incertezza, per le rilevanti dimensioni del contenzioso in corso e la gravita dei suoi riflessi sulla spesa previdenziale. Perciò deve escludersi che la norma sia irragionevole o leda valori e interessi costituzionalmente protetti";* deve quindi ritenersi la manifesta infondatezza della sollevata eccezione di incostituzionalità dell'art. 68, comma 5, legge n. 388/00 per violazione, sotto il profilo teste considerato, dell'art. 3 della Costituzione.

Quanto agli altri profili secondo cui, ad avviso dell'appellante principale, l'art. 68, comma 5, legge n. 388/00 dovrebbe ritenersi costituzionalmente illegittimo si osserva quanto segue:

- in ordine alla dedotta violazione dell'art. 41 Cost. sotto il profilo che la norma in questione altererebbe a *posteriori* il rapporto tra utilità e costi di esercizio dell'attività economica quando all'imprenditore non è più possibile assumere iniziative o rimedi a fronte dei nuovi oneri, deve rilevarsi che, come osservato dalla Corte Costituzionale nella ricordata sentenza n. 374/2002, l'eventuale affidamento dell'imprenditore si riferirebbe alla spettanza di un'agevolazione la cui attribuzione postula valutazioni e scelte, ampiamente discrezionali, di politica legislativa e che, comunque, nella specie non è configurabile una situazione in cui possa essere avanzata una pretesa di affidamento costituzionalmente tutelabile; ne consegue la manifesta infondatezza della questione, atteso che il principio della libertà di iniziativa economica va conciliato con le finalità di ordine sociale, volte ad assicurare l'adempimento degli obblighi sociali del datore di lavoro ed idonee a porre dei limiti all'iniziativa economica privata (cfr. per arg., Corte Cost., n. 274/96 (2));

- in ordine alla dedotta violazione degli artt. 3 e 4 Cost., sotto il profilo della pretesa ingiustificata sperequazione tra i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro e quelli assunti con contratto di apprendistato, nonché con quelli assunti all'interno degli organismi cooperativi di cui al dpr n. 602/70, per i quali i benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali sono stati mantenuti, e sotto il profilo della pretesamente irrazionale penalizzazione dei lavoratori in cerca di prima occupazione (quali, sempre ad avviso dell'appellante, sarebbero prevalentemente i

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1145.
(2) Idem, 1996, p. 1233.

destinatari dei contratti di formazione e lavoro), deve rilevarsene la manifesta infondatezza, atteso che la garanzia del lavoro è rimessa alla discrezionalità del legislatore, il cui esercizio non può di per sé ritenersi irragionevole ove le scelte compiute siano dirette a conciliare tale garanzia con altre esigenze parimenti meritevoli di tutela, quali il contenimento della spesa pubblica previdenziale, con l'ulteriore conseguenza che, nell'ambito previsionale di una pluralità di rapporti diretti a favorire l'introduzione nel mondo del lavoro, parimenti si giustifica una differenziazione della disciplina di tali rapporti anche sotto l'aspetto delle agevolazioni contributive;

- in ordine alla dedotta violazione dell'art 53 Cost, la questione deve ritenersi parimenti manifestamente infondata, atteso che tale parametro costituzionale è inapplicabile alla fattispecie, non essendo la contribuzione previdenziale assimilabile alla vera e propria imposizione tributaria (cfr. Corte Costituzionale, n. 354/2001 (3)). Anche il motivo all'esame, nei diversi profili in cui si articola, va quindi disatteso.

5. In ordine all'eccezione relativa alla quantificazione delle sanzioni aggiuntive, il primo Giudice ha ritenuto che la stessa non poteva *"...trovare accoglimento per la sua genericità, non avendo indicato specificamente la ricorrente quale avrebbe dovuto essere l'ammontare della sanzione o in cosa siano errati i calcoli delle sanzioni effettuati dall'Istituto resistente e non potendosi evincere dalla cartella esattoriale prodotta la violazione delle disposizioni normative richiamate e il mancato rispetto del limite minimo di legge invocato dalla ricorrente".*

A fronte di tale argomentazione l'appellante principale ha ribadito che le sanzioni *de quibus* si sarebbero dovute determinare "*... non già come indicato dall'Istituto, ma nella misura minima, 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. 338 del 2000"* essa appellante aveva *"indicato, cioè, gli specifici parametri di legge per la determinazione delle somme in questione".*

Osserva la Corte che, cosi come svolto, il motivo all'esame è inammissibile per difetto di specificità, atteso che, limitandosi a riproporre i parametri normativi a cui (a suo avviso) l'Istituto avrebbe dovuto conformarsi nel calcolo delle sanzioni aggiuntive, l'appellante principale non esplicita alcuna argomentazione critica a confutazione dei rilievi, anche fattuali, posti dal primo Giudice a sostegno della propria decisione sul punto (cfr, *ex plurimis,* Cass., n. 355/97, secondo cui, spettando alla parte istante di attivarsi per la riforma delle decisioni sfavorevoli contenute nella sentenza di primo grado, l'onere della specificazione dei motivi d'appello esige che la manifestazione volitiva dell'appellante, indirizzata a ottenere la suddetta riforma, trovi un supporto argomentativo idoneo a contrastare la motivazione in proposito della sentenza impugnata).

6. In definitiva, sulla scorta delle suddette assorbenti ragioni, tenuto conto della portata dei gravami e rilevato che, evidentemente, non possono qui trovare ingresso le deduzioni e le richieste non ritualmente formulate, compresi i meri

(3) Idem, 2002, p. 396.

richiami *per relationem* alle difese di prime cure, sia l'appello principale che quello incidentale vanno respinti, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

7. Attesa la sua prevalente soccombenza, l'appellante principale va condannata a rifondere all'Inps le spese di lite relative al presente grado di giudizio, che si liquidano come in dispositivo.

Non è invece luogo a provvedere sulle spese di lite relative al presente grado di giudizio nei riguardi della Esatri s.p.a., stante la sua mancata costituzione.

(Omissis)

Contributi - Cartella di pagamento - Notificazione effettuata a mani proprie del legale rappresentante anziché presso la sede della persona giuridica - Nullità - Sanatoria.

Corte di Appello di Ancona - 23.09/17.10.2005 n. 440, Pres. Taglienti - Rel. Miconi - COFEPROL soc. coop. a r.l. (Avv. Bargoni) - INPS (Avv.ti Cimmino, Trovati).

La notificazione della cartella di pagamento avvenuta ai sensi dell'art. 145 u.c. c.p.c. (nella specie, a mani del legale rappresentante nel proprio domicilio ex *art. 139 c.p.c.), malgrado la possibilità di notificare l'atto nella sede sociale, è solo affetta da nullità e non da inesistenza. La tempestiva costituzione dell'ingiunto, con motivi anche nel merito, sana la pregressa nullità a norma degli artt. 160 e 156 u.c. c.p.c., per avere la notificazione raggiunto lo scopo cui era destinata.*

FATTO – Con ricorso depositato in data 5.5.03 dinanzi al Giudice del Lavoro di Ascoli Piceno la Soc. Co.Fe.Pro.I a r.l. proponeva opposizione avverso la cartella esattoriale n. 008 2003 00032865 55 notificata il 2.4.03 con cui si intimava il pagamento di complessivi euro 1.244.809,18 per contributi Inps relativi al periodo 10.95 - 10.2000.

Deduceva a ragione dell'opposizione: – la nullità della notifica della cartella sia perché non eseguita presso la sede sociale sia perché non notificata al legale rappresentante; – la prescrizione della pretesa Inps.

Si costituivano l'Inps, in proprio e per conto della Società Inps - Scci Spa, e la Ancona Tributi Spa, resistendo all'opposizione.

Il Tribunale con sentenza del 27-4-2004 respingeva l'opposizione e condannava l'opponente al rimborso delle spese di lite nei confronti di tutte le controparti.

Riteneva il Giudice che la nullità (non inesistenza, dal momento che la notifi-

ca era avvenuta in luogo ed a persona ricollegabili alla persona giuridica) della notificazione della cartella fosse rimasta sanata dalla tempestiva proposizione della opposizione alla cartella stessa, opposizione con cui erano stati svolti anche motivi di merito; che inoltre fosse infondata la eccezione di prescrizione del credito contributivo, essendo intervenuto un atto interruttivo.

Avverso la sentenza proponeva appello la CO.FE.PROL Soc. Coop. a srl con ricorso depositato il 18-6-2004 e ne chiedeva la riforma; censurava la sentenza nella parte in cui aveva ritenuto sanata la nullità della notificazione della cartella esattoriale, atteso che non era stato preventivamente esperito, a norma dell'art. 145 epe, il tentativo di notifica presso la sede sociale e inoltre la notificazione era stata effettuata, presso il domicilio del legale rappresentante della società, a mani di persona (C.A.) assolutamente non ricollegabile alla persona giuridica, perché eventualmente addetta al ritiro della posta della famiglia, e non di quella del legale rappresentante della società; inoltre la notificante non aveva dimostrato di essere stata nella impossibilità di notificare l'atto presso la sede sociale della destinataria. Insisteva per l'accoglimento della propria opposizione.

Si costituiva l'appellato INPS, anche quale procuratore della SCCI Spa, e resisteva al gravame, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto l'appello aveva riguardo al solo vizio formale (di notifica) della cartella esattoriale; deduceva inoltre la inammissibilità del ricorso perché proposto davanti a Giudice incompetente; la tardività del ricorso stesso e la carenza di interesse in capo al ricorrente, avendo egli l'onere di proporre, per denunziare difetti solo formali, l'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 cpc.

Si costituiva la Ancona Tributi Spa e chiedeva il rigetto dell'appello, ribadendo le argomentazioni già accolte nella sentenza impugnata.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO – L'appello è infondato.

Preliminarmente, va dichiarata la legittimazione passiva dell'INPS e della SCCI Spa nel presente giudizio, poiché la domanda di annullamento della cartella esattoriale, congiunta alla domanda di accertamento negativo del credito contributivo per intervenuta prescrizione, investe la posizione creditoria dei suddetti Enti, azionata attraverso la cartella opposta; in grado di appello, poi, la presenza dell'INPS e della SCCI Spa discende, nonostante sia stato coltivato il solo motivo formale dell'opposizione, dalla loro partecipazione al giudizio di primo grado.

Nel merito della cartella esattoriale, va precisato, in punto di fatto, che la notificazione della stessa è stata effettuata a norma dell'art. 145 ultimo comma cpc, secondo cui se non è possibile notificare presso la sede della società la notificazione può essere fatta a mani proprie del legale rappresentate - art. 138 epe - o presso la sua residenza, dimora o domicilio - art. 139 cpc.

Le notificazioni effettuate secondo le modalità dell'art. 145 uc cpc malgrado la possibilità di notificare l'alto nella sede sociale – o comunque in mancanza di prova di tale impossibilità - sono ritenute nulle (v. per tutte, Cass. 3107/1990); non possono però essere ritenute inesistenti, in quanto il legale rappresentante della

società non è soggetto radicalmente estraneo alla persona giuridica (Cass. 3001/2002).

Nel caso concreto, la notificazione è stata effettuata presso il domicilio del legale rappresentante della società, Sig. C.G., a norma dell'art. 139 II comma cpc (richiamato espressamente dall'art. 145 uc cpc) , cioè a mani di una persona addetta alla casa (qualificatasi come "addetta al ritiro"), in precaria assenza del destinatario.

Non sussiste, dunque, la lamentata totale estraneità del luogo in cui (e della persona *da* cui) è stata ricevuta la notificazione della cartella rispetto alla società destinatario: la notificazione stessa, dunque, non può esse dichiarata inesistente, ma soltanto nulla, come correttamente affermato dal primo Giudice, per essere stato omesso il preventivo tentativo di notifica presso la sede della persona giuridica.

Ciò posto, e riaffermato che l'opposizione alla cartella esattoriale è stata tempestivamente proposta, anche con motivi di merito (la prescrizione), va ribadita la intervenuta sanatoria della nullità, a seguito, appunto, della proposta opposizione, a norma dell'art. 160 epe e 156 uc cpc, per avere la notificazione raggiunto lo scopo a cui era destinata.

È sufficiente in proposito richiamare la giurisprudenza, assolutamente unanime e condivisibile, del Supremo Collegio, secondo cui "La *notificazione dell'avviso di accertamento tributario affetta da nullità rimane sanata, con effetto "ex fune", dalla tempestiva proposizione del ricorso del contribuente avverso tale avviso, atteso che, da un lato, ravviso di accertamento ha natura di "provocano ad opponendum", la cui notificazione è preordinata all'impugnazione, e, dall'altro, l'art. 60. primo comma, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (dettato in materia di accertamento delle imposte sui redditi, ma applicabile anche in tema di imposta di registro e di INVIM), richiama espressamente, in tema di notificazione degli avvisi e degli altri atti che per legge devono essere notificati al contribuente, le "norme stabilite dagli artt. 137 e seguenti del* codice di; *procedura civile" (salve le modifiche subito dopo indicate), così rendendo applicabile l'art. 160 del codice medesimo, il quale, attraverso il rinvio al precedente art. 156, prevede appunto che la nullità non possa mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto il suo scopo."* (Cass. 17762/2002; analogamente Cass. SU 19854/2004, che nel ribadire la applicabilità all'avviso di accertamento tributario dei regime delle nullità e delle sanatorie dettato per le notificazioni nel processo civile ha chiarito risolvendo un contrasto giurisprudenziale sul punto, che, stante la natura anche sostanziale dell'accertamento tributario, la sanatoria può operare soltanto se il conseguimento dello scopo avvenga prima della scadenza del termine di decadenza – previsto dalle singole leggi d'imposta – per l'esercizio del potere di accertamento – questione non rilevante nella presente fattispecie - la successiva giurisprudenza della Corte ha ribadito tale indirizzo: Cass, 22197/2004 e 12153/2005).

Per le ragioni esposte, la sentenza gravata va integralmente confermata.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Omesso versamento - Azione del lavoratore per la costituzione da parte del datore di lavoro di una rendita vitalizia *ex* art. 13 della legge n. 1338 del 1962 - Prova scritta relativa all'esistenza del rapporto di lavoro nel periodo di omissione contributiva - Necessità.

Corte di Appello di Genova, Sez. Lavoro – 07.06.2006 n. 414 - Pres. Meloni - Est. Ghinoy - D. (Avv.ti De Vico, Fossa) - ENEL Distribuzione (Avv.ti Cafasso, Bosio) - INPS (Avv.ti Longo, Bonicioli)

Ai sensi dell'articolo 13, commi 4 e 5, della legge 1338/62 (nel testo risultante a seguito della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte costituzionale 568/89), ai fini della costituzione della rendita prevista dallo stesso articolo in ipotesi di omesso versamento dei contributi e di avvenuta prescrizione del diritto a riscuoterli, sussiste la necessità della prova scritta in ordine all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato nel periodo di omissione contributiva.

FATTO – D. E. adiva il Giudice del Lavoro, esponendo di avere lavorato per Enel s.p.a. dal giugno 1963 al marzo 1966 con mansioni di letturista contatori e addetto al servizio esazione bollette; di avere sottoscritto contratti relativi a tali prestazioni che venivano predisposti unilateralmente dall'Enel, che pure determinava gli orari di lavoro e i turni; che ogni mattina gli venivano assegnati gli utenti da visitare; che veniva retribuito a cottimo; che in caso di malattia o impedimento, doveva avvertire il datore di lavoro e presentare certificazione medica. Tanto premesso, sosteneva che il rapporto di lavoro *subordinata e lamentava il mancato versamento dei contributi presso l'INPS; chiedeva, essendo prescritti i contributi e venuta meno l'operatività delle prestazioni previdenziali, che l'Enel fosse condannata al versamento presso I'INPS, con conseguente obbligo dell'Inps ad accreditarla a favore della posizione alla riserva contributiva di esso ricorrente, di una somma corrispondente alla riserva matematica necessaria a coprire i contributi mancanti.*

Ritualmente citato, l'Inps restava contumace.

Si costituiva l'Enel, che contestava la ricostruzione delle modalità del rapporto della domanda di lavoro come esposta dal ricorrente e sosteneva l'inammissibilità della domanda *proposta, in quanto non sussisteva la prova scritta del rapporto di lavoro, necessaria per poter rendere operante il disposto dell'art. 13 della L. 1338/62.*

Il Tribunale rigettava il ricorso e compensava le spese di lite, rilevando che per la costituzione della rendita presso l'Inps ex art. 13 della L. 1338 del 1962 è necessaria la prova scritta dell'esistenza del rapporto di lavoro aggiungeva che tale necessità, prevista dal comma IV della norma, non è venuta meno a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 568 del 1989 (1), che ha dichiarato l'incostituzionalità della sola previsione relativa alla prova per iscritto della durata del rapporto e della misura della retribuzione. Richiamava in tal senso la sentenza n. 16637 del 2003 (2) della Corte di Cassazione.

---

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 235.

(2) Idem, 2003, p. 1593.

Avverso tale sentenza interpone appello il D., che come primo motivo deduce la violazione e falsa applicazione del comma IV dell'art. 13 della L.1338 del 1962.

Argomenta che la disposizione richiamata non può che avere il significato di richiedere la prova scritta solo dell'esistenza, e non anche della natura del *rapporto di lavoro intercorso tra le parti, ed in tal senso il Tribunale avrebbe travisato il significato della pronuncia della Corte di Cassazione richiamata in motivazione.*

La correttezza della tesi propugnata si trarrebbe dall'evoluzione giurisprudenziale in materia, che ha registrato un progressivo allargamento della tutela concessa al lavoratore e della possibilità concessagli di servizi della L. 1338/62. *Richiama in proposito la sentenza interpretativa della Corte Costituzionale n. 18 del 19.1.1995 (3), che ha ritenuto che all'interno della categoria dei "lavoratori" che possono fare ricorso al citato art. 13 sia da annoverarsi il lavoratore familiare di impresa artigiana; le sentenze della Corte di Cassazione che hanno applicato l'interpretazione della Consulta, affermando che "il rimedio di cui all'art. 13 della L. 1338 vale a compensare il pregiudizio derivante dall'omissione contributiva non più emendabile"; la sentenza della Corte Costituzionale n. 568 del 22.12.1989, che ha dichiarato l'illegittimità dei commi III e IV dell'art. 13 nella parte in cui, salva la necessità della prova scritta sull'esistenza del rapporto di lavoro, non consentiva di provare con altri mezzi la durata del rapporto e l'ammontare della retribuzione; le sentenze della Corte di Cassazione che, applicando tale decisione, hanno limitato la necessità di prova scritta all'esistenza del rapporto di lavoro subordinato.*

Nel caso, essendo provata per tabulas *l'esistenza del rapporto di lavoro, il lavoratore ben potrebbe ottenere giudizialmente l'accertamento della reale natura di tale rapporto e conseguentemente la condanna alla costituzione della rendita vitalizia ex art. 13.*

Come secondo motivo di appello, sostiene che il ricorso è fondato alla luce dell'univoca giurisprudenza che ha affermato la natura subordinata della prestazione dei letturisti dell'Enel. Il Tribunale avrebbe quindi dovuto ammettere le prove richieste onde ottenere la conferma dell'esattezza della tesi del ricorrente.

Rassegna le conclusioni trascritte in epigrafe.

Si è costituita l'Enel, che rileva che la correttezza dell'interpretazione della normativa invocata dal controparte fornita dal Tribunale è stata confermata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 840 del 18.1.2005.

Ne consegue che la domanda non potrebbe essere accolta, dal momento che per il periodo dal giugno 1963 al 19.2.1964 manca qualsiasi documento di data certa attestante resistenza del rapporto di lavoro e per il periodo successivo la documentazione attesta l'esatto contrario di quanto assunto dal D., atteso che entrambi gli incarichi conferiti escludono il vincolo di subordinazione e l'orario, parlano di assoluta autonomia e fanno riferimento al disposto dell'art. 2222 c.c. e quindi al contratto d'opera, e non al lavoro subordinato.

Richiama in subordine le prove dedotte in primo grado a confutazione della natura subordinata del rapporto e chiede il rigetto dell'appello.

---

(3) Idem, 1995, p. 81.

Analoghe conclusioni rassegna l'Inps, che rileva che la disposizione che richiede documentazione del rapporto di lavoro di data certa introduce un vero e proprio onere di forma, non superabile neppure mediante applicazione in giudizio dell'art. 421 c.p.c.

All'udienza del 8.3.2006, la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo in atti del quale si è data lettura.

DIRITTO – La questione oggetto di causa è stata affrontata dalla recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 840 del 18.1.2005, in relazione ad una fattispecie in cui il ricorrente aveva convenuto in giudizio la datrice di lavoro e l'INPS, chiedendo la condanna della prima a costituire in suo favore una rendita vitalizia corrispondente alla quota di pensione perduta a causa del mancato versamento dei contributi nel periodo dall'agosto 1975 al 31 dicembre 1977, deducendo di avere prestato attività di lavoro subordinato alle dipendenze della convenuta fin dall'agosto 1975, retribuito come lavoratore occasionale ed autonomo, e che solo dal 1 febbraio 1978 la sua posizione assicurativa presso l'INPS era stata "regolarizzata" dalla società datrice di lavoro, n ricorrente quindi, oltre ad avere prestato attività qualificata di natura autonoma come nel caso che ci occupa, era stato anche successivamente assunto.

Il Supremo Collegio ha affermato che *"con sentenza n. 568 del 13 dicembre 1989 la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di tale norma, nella parte in cui (in relazione alla originaria formulazione del quarto comma citato) non consentiva al lavoratore di provare altrimenti la durata del rapporto stesso e l'ammontare della retribuzione, ma ha confermato la necessità della prova scritta del rapporto di lavoro. Nel caso di specie, in cui l'attore in primo grado sosteneva di aver prestato attività di lavoro subordinato in epoca antecedente alla sua formale assunzione alle dipendenze della società, la Corte territoriale ha ritenuto che la prova scritta richiesta dalla legge potesse essere ravvisata in documentazione relativa alla fase in cui, a partire dal 1978, F. risultava inquadrato come dipendente, e che per il periodo antecedente – dal 1975 alla fine del 1977, nel quale il medesimo, secondo le sue stesse deduzioni, era retribuito come lavoratore occasionale ed autonomo – fosse sufficiente la prova a mezzo di testimoni della "durata" del rapporto. La sentenza merita dunque le critiche mosse, perché in relazione alla prospettazione di due fasi distinte di attività la dimostrazione dell'effettiva esistenza di un unico rapporto di lavoro subordinato fin dal 1975 doveva essere necessariamente fornita con la prova documentale richiesta dall'art. 13 della legge n. 1332/1968, non essendo certamente sufficiente, per il periodo antecedente al 1978, la prova scritta di un qualsiasi rapporto negoziale tra le parti (cfr. Cass. 2 marzo 2001 n. 3085, 5 novembre 2003 n. 3085). Nel caso di specie, la prova testimoniale ammessa non è stata utilizzata dalla Corte territoriale ai fini della dimostrazione della durata dell'unico rapporto subordinato, ma ha inammissibilmente investito il contenuto e la natura di un rapporto con caratteristiche diverse rispetto a quello emergente dal dato documentale".*

Ha quindi ribadito la necessità che la prova scritta investa non solo l'esistenza di un rapporto di lavoro, ma anche la natura subordinata dello stesso, il che rende inammissibili le prove testimoniali eventualmente dedotte in proposito.

L'autorevolezza della fonte impone l'adozione dell'interpretazione sostenuta, che peraltro appare del tutto coerente con il tenore letterale del disposto normativo invocato, e non in contrasto con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 568 del 1989, ne con l'evoluzione giurisprudenziale successiva, che non hanno affrontato il problema della prova scritta dell'esistenza e della natura del rapporto di lavoro.

L'appello deve quindi essere respinto, in difetto del requisito formale necessario per ottenere la costituzione della richiesta rendita.

La natura della controversia e l'effettiva opinabilità della natura del rapporto di lavoro intercorso determinano la compensazione tra le parti delle spese processuali del grado.

(Omissis)

Prestazioni - Indennità di disoccupazione - Iscrizione nelle liste - Necessità.

Corte d'Appello di Torino - 23.05/24.07.2006 n. 965 - Pres. Peyron - Rel. Girolami – M. (Avv. Fiorio) - INPS (Avv. Pellerino).

L'iscrizioni nelle liste di collocamento è requisito necessario per la domanda di indennità di disoccupazione.

FATTO – Con sentenza in data 8.2/7.4.2005 il Tribunale di Torino respingeva il ricorso con il quale M. G. aveva convenuto in giudizio l'INPS per sentirlo condannare al pagamento, in suo favore, dell'indennità di disoccupazione per l'anno 2002.

Proponeva appello M. con ricorso depositato in data 7.9.2005; si costituiva l'INPS che resisteva all'appello.

La causa veniva discussa e decisa all'udienza del 23.5.2006 come da dispositivo in calce.

DIRITTO – II Tribunale ha respinto la domanda proposta con il ricorso introduttivo ritenendo fondato – e condividendo – l'assunto del convenuto Inps secondo cui nel caso mancava il requisito essenziale della iscrizione nelle liste di collocamento, pur in presenza degli altri requisiti contributivi richiesti dalla legge.

Censura tale decisione parte appellante sostenendo che:

a) in primo luogo, il M. ha lavorato, quale socio della cooperativa P.C.M., nell'anno 2002 per molti periodi, della durata di pochi giorni ciascuno e tra loro non separati da lasso temporale significativo, tali tuttavia da impedirgli, di fatto, di iscriversi nelle liste di disoccupazione, pur non raggiungendo il numero minimo di giorni lavorativi atti ad impedire la concessione di quanto richiesto;

b) in secondo luogo la finalità della legge 196/97 è quella di estendere i benefici concessi ai dipendenti anche ai soci lavoratori di cooperative;

c) il disposto dell'art. 75 del R.D.L. 4.10.1935 n. 1827 deve intendersi comunque abrogato anche da tutta la recente successiva normativa che ha diversamente regolamentato l'avviamento al lavoro, per cui ora l'iscrizione nelle liste di collocamento non può più essere ritenuta condizione necessaria per l'erogazione dell'indennità di disoccupazione;

d) lo stato di disoccupazione può comunque essere provato in altro modo e non solo con l'iscrizione nelle liste di collocamento.

L'appello deve essere respinto per quanto di seguito.

Questa Corte ha più volte affrontato, sia pure sotto profili in parte diversi, la questione oggi in giudizio ed ha, comunque e costantemente, ritenuto essere requisito essenziale per il beneficio richiesto l'iscrizione nelle liste di collocamento.

In linea di diritto occorre rilevare che la legge 5.6.97 n.147 prevede la corresponsione di trattamenti speciali di disoccupazione in favore dei lavoratori italiani frontalieri rimasti disoccupati in Svizzera a seguito di cessazione non a loro imputabile del rapporto di lavoro.

Il presupposto per la corresponsione dell'indennità di disoccupazione è pertanto costituito dallo stato di disoccupazione.

Ora, se è vero che al momento dell'iscrizione all'ufficio di collocamento (4.2.02) la ricorrente non era ancora disoccupata, è però anche vero che al momento della presentazione della domanda di disoccupazione (15.3.02) il rapporto di lavoro era cessato.

Si può pertanto affermare che al momento della presentazione della domanda la ricorrente era effettivamente disoccupata e aveva quindi diritto all'indennità di disoccupazione.

D'altra parte, non si può certo negare che l'iscrizione alle liste di collocamento – inizialmente invalida perché effettuata da persona non ancora disoccupata – abbia acquistato validità ed efficacia al momento della cessazione del rapporto di lavoro, venendo così ad integrare, prima della presentazione della domanda di indennità di disoccupazione, il requisito richiesto dalla legge 147/97.

Bisogna infatti considerare che l'iscrizione alle liste di collocamento – anche se effettuata in assenza del requisito della disoccupazione – continua ad avere effetto fino a quando non venga disposta la cancellazione: e non risulta che nei confronti della ricorrente sia stato adottato un formale provvedimento di cancellazione dalle liste di collocamento.

Si legge, ad es. nella sentenza resa in causa 171/03, quanto segue:

"Il requisito per la corresponsione dell'indennità di disoccupazione è infatti costituito dallo stato di disoccupazione, conseguente alla cessazione del rapporto di lavoro e non alla perdita dello stato di socio (la stessa norma degli artt. 34 e 5, della legge 448/98 sopra citata fa riferimento alla "cessazione del rapporto di lavoro").

È chiaro che la perdita dello stato di socio comporta di per sé la cessazione del rapporto di lavoro, ed è per questo che l'art. 24 della legge 196/97 equipara la perdita dello stato di socio al licenziamento o alle dimissioni.

Ma ciò non vuoi dire che la cessazione del rapporto di lavoro per un socio di una cooperativa non possa avvenire prima e indipendentemente dalla perdita dello

stato di socio: ed è proprio quello che è avvenuto per la ricorrente B., come si ricava agevolmente da un attento esame dei documenti prodotti dalle parti."

Il problema, in realtà, non sta nell'esaminare se la perdita della qualifica di socio sia o meno elemento essenziale ai fini dell'accoglimento della domanda, ma se sussista o meno lo stato di disoccupazione, attestato indefettibilmente dalla iscrizione nelle liste di collocamento.

Nel caso citato la perdita della qualifica di socio poteva essere indice dello stato di disoccupazione, ma non è il nostro caso, anzi, a contrariis, proprio il perdurare della qualità di socio, impiegato in lavori saltuari ma continuativi anche se intervallati da brevi periodi di inattività, dimostra l'assenza dello stato di disoccupazione.

Nella fattispecie oggi in esame, in effetti, occorre (ed è sufficiente) rilevare che il lavoratore non era iscritto nelle liste di collocamento e che non lo era perché non poteva esserlo, proprio per le ragioni in parte adombrate dallo stesso M., vale a dire perché non era "disoccupato", come dimostrato dal prospetto dei periodi lavorativi dell'anno 2002.

D'altronde e proprio la caratteristica dei lavori saltuari quella di un succedersi di periodi di occupazione con periodi (sempre brevi) di disoccupazione, cioè di non lavoro, ma ciò non è requisito sufficiente: corretta essendo la lettura data dal primo giudice dell'art. 75 del rdl 1827/35, l'iscrizione nelle liste di collocamento è elemento necessario e, nel caso di specie, mancante.

L'appello deve pertanto essere respinto, mentre sussistono ragioni per compensare le spese processuali tra le parti attesa la peculiarità della questione trattata.

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Prestazioni - Indennità di malattia - Braccianti agricoli - Iscrizione negli elenchi nominativi - Periodo di riferimento - Anno precedente a quello per il quale è richiesta la prestazione.

Prestazioni - Indennità di disoccupazione - Domanda amministrativa - Termine di presentazione.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 01.03.2006 n. 7133 – Dott. Spena - P. (Avv.ti Mazza, Perelli) - INPS (Avv. Moscariello)

La iscrizione del bracciante agricolo negli elenchi nominativi per almeno 51 giornate nel corso dell'anno immediatamente precedente a quello per il quale è richiesta l'indennità di malattia è requisito costitutivo del diritto all'indennità stessa.

La istanza amministrativa volta al conseguimento dell'indennità di disoccupazione deve essere presentata entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello al quale si riferisce lo stato di disoccupazione.

FATTO – Con ricorso depositato il 23.12.2002 parte ricorrente in epigrafe, bracciante agricolo iscritto negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli a tempo determinato del comune di residenza, affermava:

di avere presentato domanda all'INPS per il conseguimento dell'indennità economica di malattia per il periodo dal 7.1 al 28.1.2002, dal 18.2. al 28.2.2002, dall'11.3 al 21.3.2002, dal 17.5 al 27. 5 2002, dall'8.4 al 18.4.2002:

che l'istituto previdenziale, ingiustificatamente non aveva proceduto alla erogazione delle provvidenze richieste anche dopo la proposizione di ricorso amministrativo al comitato provinciale.

Chiedeva, pertanto, la condanna dell'I.N.P.S. al pagamento della somma maturata a titolo di indennità di malattia, su cui corrispondere gli interessi legali e la rivalutazione monetaria.

L'I.N.P.S. restava contumace.

Alla udienza del 20.1.2006 al procedimento veniva riunito il giudizio pendente tra le stesse parti già rubricato al n. 25701/03 RG, avente ad oggetto il pagamento della indennità di disoccupazione agricola relativa all'anno 2001. In tal caso analogamente la parte deduceva di avere esperito il procedimento amministrativo senza esito positivo.

L'INPS, costituitesi, nel predetto procedimento eccepiva: l'improcedibilità della domanda per carenza della domanda amministrativa, disconoscendo la docu-

mentazione relativa alla domanda prodotta in copia fotostatica; la nullità del ricorso perché non notificato presso la sede territoriale dell'Ente; la decadenza ai sensi del D.L. 438/92 art. 4; la prescrizione decennale del diritto.

Nel merito contestava la ricorrenza dei requisiti per il godimento della prestazione.

Alla odierna udienza il Giudice, dopo aver rilevato una apparente diversità della firma apposta dalla parte ricorrente in calce al mandato difensivo relativo ai due ricorsi poi riuniti, provvedeva al libero interrogatorio della parte, che riconosceva entrambe le sottoscrizioni.

Sulla documentazione in atti la causa passava in decisione come da dispositivo pubblicamente letto unitamente alla motivazione.

DIRITTO – Osserva il Tribunale che le domande proposte devono per una parte essere rigettate nel merito e per l'altra dichiarate improponibili.

Per quanto attiene alla domanda relativa alla indennità di malattia si osserva che è requisito costitutivo del diritto la iscrizione del bracciante agricolo nelle liste nominative tenute annualmente dall'I.N.P.S. per un numero di 51 giornate lavorative in riferimento all'anno precedente a quello per il quale è richiesta la prestazione e, dunque, nella fattispecie relativamente all'anno 2001 (art. 5 co. 6 L. 638/83). Infatti, come chiarito in precedenza, il rapporto assicurativo con l'INPS non nasce sulla base della mera effettuazione del numero di giornate lavorative previste dalla legge, ma solo a seguito di un accertamento devoluto in via esclusiva fino al 31/12/95 al Servizio Contributi Agricoli Unificati e dal 1996 all'INPS (art. 9 quinquies D.L. 510/96).

Dalla documentazione prodotta dall'I.N.P.S. alla odierna udienza emerge che nell'anno 2001 la parte non era iscritta negli elenchi dei braccianti agricoli giacché la iscrizione – per 51 giornate – risale all'anno 2000.

La domanda di indennità di disoccupazione relativa all'anno 2001 deve invece essere dichiarata improponibile per la mancata presentazione della domanda amministrativa.

La domanda di disoccupazione deve essere presentata entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello cui si riferisce la disoccupazione, poiché la indennità tende a compensare una condizione di disoccupazione già verificatasi.

La parte ricorrente ha presentato ricevuta della domanda di disoccupazione datata 20.3.2001, pertanto relativa alla disoccupazione agricola dell'anno 2000.

Ad abundantiam si osserva che la domanda è infondata nel merito.

Per il godimento della prestazione occorre un minimo di 102 contributi giornalieri accreditati nel biennio corrispondente all'anno al quale si riferisce l'indennità ed a quello precedente.

Nella fattispecie per gli anni 2001 e 2000 risulta un accredito complessivo di soli 51 giornate lavorative.

Il Tribunale da ultimo evidenzia che pur dovendosi allo stato ritenere la regolarità della costituzione in giudizio di parte ricorrente – state il riconoscimento delle sottoscrizioni in calce ad entrambi i mandati difensivi – che appare comunque dubbia la effettiva autenticità della firma, in specie in riferimento al mandato in calce al ricorso del 23.12.2002. Invero si rileva una discrasia tra le firme apposte in calce ai due

mandati ed in particolare tra la firma di cui si è detto e la firma apposta dalla ricorrente in calce all'odierno verbale ed al documento di identità, in copia acquisito.

Si nota infatti da una parte il carattere elementare del tratto della ricorrente, dalla stessa giustificato per il suo basso grado di scolarità e dall'altra la linearità della sottoscrizione del mandato per il ricorso del 23.12.2002, che denota una mano assai più padrona del mezzo grafico.

Gli atti vanno pertanto trasmessi al PM in sede per i suoi accertamenti.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, vanno compensate tra le parti ex art. 152 da cpc.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Dipendente INPS - Procedura concorsuale per soli interni - Passaggio da una qualifica ad un'altra nella medesima area - Giurisdizione Giudice Ordinario – Sussiste.

Lavoro (Rapporto di) - Procedure concorsuali per soli interni - Candidato valutato positivamente - Cessazione del rapporto di lavoro anteriormente alla approvazione della graduatoria finale - Collocazione nella graduatoria – Esclusione.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 16.01.2006 n. 1088 – Dott. D'Ancona – M. (Avv. Ciannella) - INPS (Avv. Di Stefano)

Sussiste la giurisdizione del Giudice Ordinario nelle controversie relative a concorsi per soli interni che comportino il passaggio da una qualifica ad un'altra nell'ambito della medesima area.

Non sussiste il diritto del candidato alla collocazione utile nella graduatoria finale, anche se valutato positivamente all'esito della procedura concorsuale, ove non più in servizio all'atto dell'approvazione della graduatoria stessa.

FATTO – Con ricorso depositato il 11.12.2003, la epigrafata parte ricorrente, premesso di essere ex dipendente dell'INPS attualmente in pensione; di aver prestato servizio fino al 30.4.2000, data di cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni volontarie; di aver lavorato presso la sede Inps di Pozzuoli; di essere stato inquadrato nell'ottava qualifica funzionale – profilo amministrativo; di aver svolto l'incarico di Capo Unità Operativa dall'1.7.1990 fino alla data di estinzione del rapporto; deduceva che con determinazione del 29.9.1999 la Direzione Generale dell'INPS, in attuazione dell'accordo integrativo al ccnl di comparto per gli anni

1998-2001, indiceva le procedure di selezione per il passaggio, all'interno della stessa Area, dal livello C3 corrispondente alla VIII qualifica funzionale al livello C4 e fissava la decorrenza giuridica ed economica della progressione in carriera alla data del 29.9.1999; che successivamente, in data 18.11.1999, l'INPS emanava il bando definitivo di selezione per 190 posti; che il ricorrente in data 29.11.1999 presentava domanda di partecipazione e all'esito della selezione, veniva classificato al 21° posto della graduatoria, con diritto al passaggio al livello superiore; che I'Inps non dava alcun seguito all'inquadramento del ricorrenti negandogli anche il trattamento economico corrispondente al livello C4; che il ricorrente proponeva ricorso avverso il mancati riconoscimento della nuova posizione giuridica ed economica, respinto in data 16.5.2001; tanto premesso, chiedeva all'adito Tribunale in funzione di Giudice del lavoro di accertare e dichiarare il diritto del ricorrente al trattamento economico corrispondente al livello C4 - profilo amministrativo del ccnl comparto Enti Pubblici non economici; condannare l'INPS al pagamento delle differenze retributive maturare in conseguenza del passaggio interno dal livello C3 al livello C4 a decorrere dal 29.9.1999 al 30.4.2000, oltre accessori di legge; con vittoria di spese, diritti ed onorari.

Costituitosi tardivamente I'INPS, eccepiva con varie argomentazioni in fatto ed in diritto, il difetto di giurisdizione dell'adito Tribunale in funzione di Giudice del lavoro; nel merito, eccepiva l'infondatezza della domanda, di cui chiedeva il rigetto, con vittoria di spese.

Ritenuta superflua l'ammissione della prova testimoniale, ed autorizzato il deposito di note difensive, all'odierna udienza la causa è stata discussa e decisa, come da separato dispositivo di cui veniva data lettura.

DIRITTO – Preliminarmente deve essere affermata la giurisdizione dell'adito Tribunale in funzione di Giudice del lavoro: ed invero la presente controversia ha ad oggetto la valutazione dei criteri adottati ed applicati dall'amministrazione nell'ambito di una procedura selettiva volta all'attribuzione di 190 posti nella posizione economica C4 riservata al personale INPS appartenente al livello C3, come indicato da parte ricorrente nel ricorso introduttivo del giudizio.

In proposito deve essere condiviso l'orientamento, espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza 15.10.2003 n. 15043, secondo cui "il quarto comma dell'art 63 del D. Ivo 165/2001, quando riserva alla giurisdizione del Giudice Amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso al personale già assunto ad una fascia o area superiore"

La Suprema Corte, in altra recente pronuncia - ordinanza delle Sezioni Unite n. 3948 del 26.2.2004, ha precisato che" con la sentenza n. 15403 del 2003 si è riesaminata funditus la questione di giurisdizione; passaggio centrale è il seguente: "Dovendo essere considerato come un imprescindibile presupposto (della conclusione che deve essere adottata) il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica sele-

zione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni si deve affermare che il quarto comma dell'articolo 63 decreto legislativo 165/01, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni», fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine "assunzione", d'altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica".

"La prospettiva è dunque, sensibilmente mutata, rispetto a quella propria della pregressa giurisprudenza".

"Combinandosi col novum i risultati delle precedenti acquisizioni da questo non incise, ne risulta il seguente quadro complessivo: a) indubbia giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a concorsi per soli esterni; b) identica giurisdizione su controversie relative a concorsi misti (restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, perché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni, secondo il criterio di riparto originario; c) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno (salvo stabilire – ma il tema di indagine è estraneo ai limiti della presente controversia, sicchè non ha la Corte motivo di addentrarvisi – se, pur nella prospettiva di una lettura estensiva della nozione di procedura concorsuale ai fini dell'attribuzione delle controversie al G. A, la violazione del principio costituzionale in tema di concorso aperto all'esterno, risolvendosi in carenza di potere – ove perpetrato attraverso atti di autonomia contrattuale, il cui vizio sia, pertanto, riconducibile al modello di nullità negoziale – fondi, per questo stesso fatto la giurisdizione del G.O., una volta negata la natura esclusiva della giurisdizione amministrativa in materia; d) residuale giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie attinenti o. concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una. qualifica ad altra, nell'ambito della. medesima fascia".

Nel caso di specie la procedura selettiva era riservata esclusivamente ai dipendenti con qualifica funzionale C ed inquadramento nella posizione economica CI, C2 e C3, come risulta dal bando di selezione pubblicato il 15.10.1999 e parzialmente modificato con messaggio del 18.11.1999; la selezione aveva ad oggetto l'attribuzione della posizione economica C4; era riservata ai soli dipendenti interni; pertanto la selezione non prevedeva il passaggio dei candidati selezionati positivamente ad una "fascia" superiore. Ne consegue che la giurisdizione, in tale ambito e per la presente controversia, appartiene all'AGO.

Nel merito la domanda è priva di fondamento.

Dal bando di selezione indetto per il passaggio alla posizione ordinamentale C4 del 15.10.1999 e successivamente parzialmente modificato, risulta che "La *Direzione regionale, sulla base della graduatoria di merito formata dal Nucleo di valutazione secondo l'ordine del punteggio complessivo conseguito dai candidati, determinerà la graduatoria finale, alla nomina dei dipendenti in servizio collocati in posizione utile in rapporto ai posti disponibili".*

Orbene, il ricorrente M.R. non risulta inserito nella graduatoria finale in quanto al momento dell'approvazione della predetta graduatoria non era più in servizio in quanto era stato collocato in quiescenza a seguito di dimissioni.

In proposito è necessario evidenziare che parte ricorrente non ha prodotto in giudizio la graduatoria definitiva della selezione, bensì un documento, la cui valenza appare assai dubbia, denominato "graduatoria del concorso C4". Tale documento non corrisponde certamente alla graduatoria definitiva.

Rileva ancora il Giudicante che il presupposto per il passaggio al livello C4 da per ciascuno dei candidati collocati utilmente nella graduatoria di merito, e valutati positivamente dal Nucleo di valutazione, era la permanenza in servizio all'atto della approvazione della graduatoria finale; tale presupposto logico-giuridico è stato del tutto ignorato da parte ricorrente.

È necessario evidenziare che la sussistenza di un valido ed efficace contratto di lavoro costituisce l'antecedente logico e giuridico di qualsiasi progressione in carriera; il passaggio ad una qualifica o livello superiore corrisponde ad un interesse del lavoratore ad un miglioramento professionale ed economico, ma corrisponde anche ad un preciso interesse del datore di lavoro di impiegare in attività qualificanti e professionalmente impegnative i dipendenti che ne abbiano i requisiti, in relazione agli scopi ed all'organizzazione della struttura in cui i dipendenti sono inseriti. Pertanto la progressione in carriera di un dipendente non più in servizio non ha alcuna ragion d'essere, e coerentemente nel bando di selezione è indicato che la Direzione regionale provvedere alla nomina dei dipendenti <u>in servizio</u> collocati in posizione utile in rapporto ai posti disponibili.

La graduatoria definitiva è stata approvata successivamente alle dimissioni del ricorrente ed è per tale ragione che il M. è stato escluso dalla graduatoria definitiva.

E appena necessario aggiungere che non rileva, ai fini della decisione, la circostanza secondo cui la decorrenza del trattamento economico e della qualifica funzionale era stata indicata, nel bando di selezione, al 29.9.1999, in quanto è ben possibile far retroagire, con una *fictio iuris,* gli effetti di un provvedimento datoriale con cui si attribuisce una qualifica o funzione ad un dipendente; ma è evidente che il requisito principale della intercorrenza del rapporto di lavoro tra il M. e l'INPS doveva sussistere al momento in cui si sarebbe proceduto all'approvazione della graduatoria definitiva ed alla nomina dei dipendenti risultati vincitori della selezione.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la domanda deve essere respinta.

Motivi di equità impongono l'integrale compensazione delle spese di lite.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Dipendente INPS - Dirigente medico - Indennità di esclusività - Determinazione da parte di CCNL – Necessità.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 20.12.2005 n. 29421 – Dott. Lombardi – C. e P. (Avv. Negri) – INPS.

La c.d. indennità di esclusività, prevista per i medici che svolgano attività esclusiva in favore dell'Ente ai sensi dell'art. 1, comma 12, della legge n. 662/1996, non può essere riconosciuta in difetto di specifica disposizione del Contratto Collettivo che la contempli e quantifichi.

FATTO – Con ricorso depositato il 6.6.2003 le ricorrenti m epigrafe agivano nei confronti dell'INPS per l'accertamento del loro diritto a percepire l'indennità di esclusività dal 1/1/2000 o dal 1/10/2001 con conseguente condanna dell'Ente al pagamento degli importi di cui € 42.223,26 o di € 21.949,42.

Deducevano di essere dipendenti dell'INPS in servizio presso la sede di Napoli con la qualifica di Dirigente Medico di 1° livello e che con successive circolari del 1994 al fine di omogenizzare gli istituti contrattuali nell'ambito sanitario aveva interpellato il personale medico affinchè optasse per il regime intra o extra moenia, scelta che era stata imposta con messaggio del 9.12.1996 in applicazione della L. n. 662/96, e pertanto le ricorrenti avevano optato per il regime intra moenia.

Che per effetto del DM 31.7.1997 e del d.lgs n. 229/99 art. 15 quater comma 1° espressamente, richiamato dai CCNL dei dipendenti INPS, coloro che avevano optato in tal senso erano assoggettati al rapporto di lavoro esclusivo con l'INPS, per cui prevedono un trattamento aggiuntivo la cui definizione è demandata ai CCNL, che l'INAIL in assenza di norme contrattuali vi aveva provveduto mediante il proprio regolamento che ciò non era avvenuto, per cui applicando parametricamente quanto stabilito dall'INAIL per i dirigenti con rapporto di esclusività alle ricorrenti competevano gli importi suddetti.

Istaurato il contraddittorio non si costituiva Ente.

Alla odierna udienza, sulle conclusioni delle sole ricorrenti, come sopra trascritte, la causa veniva decisa come da dispositivo in atti, pubblicato nella medesima udienza.

DIRITTO – Osserva il Tribunale che la domanda è infondata e va pertanto rigettata.

Le ricorrenti dipendenti dell'INPS con qualifica di dirigenti medici di I livello, premesso di espletare attività esclusiva in favore dell'Ente ai sensi della L. n. 662/96 hanno chiesto fosse dichiarato il loro diritto alla percezione dell'indennità di esclusività.

In particolare fondano il proprio assunto sull'art. 15 quater del d.lgs n. 229/99 secondo cui i contratti collettivi stabiliscono il trattamento economico aggiuntivo da attribuire ai Dirigenti Sanitari con rapporto di lavoro esclusivo ai sensi dell'art 1 comma 12 della L. n. 662/96.

Deve evidenziarsi che l'art. 13, L. n. 222/1984, contiene, infatti, un rinvio

dinamico alla normativa dettata per i medici del servizio sanitario nazionale, implicante l'estensione ai medici dell'INPS di ogni modificazione migliorativa o peggiorativa introdotta nel regime giuridico di riferimento: tanto più allorché si tratti di modifiche espressione di principi generali, quale quello di tendenziale unicità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica Amministrazione.

Deve quindi convenirsi che legittimamente l'istituto nazionale della previdenza sociale ha ingiunto l'opzione tra il rapporto d'impiego intra ed extra murario.

Pertanto effettivamente per coloro che ai sensi dell'art. 15 quater del D.lgs il rapporto è da qualificarsi esclusivo.

Ma la stessa disposizione demanda alla contrattazione collettiva stabilire il trattamento economico aggiuntivo.

Non risulta che la CCNL di settore abbia previsto nulla a riguardo, d'altronde che tale aspetto debba essere contrattualizzato emerge anche dall'art. 45 del d.lgs n. 165/2001.

Ciò emerge dall'analisi del contratto vigente che ha confermato la struttura retributiva vigente all'atto della firma del contratto.

Ne ciò si evince dall'accordo attuativo dell'art. 94 (Disciplina afferente al personale medico e veterinario) del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo all'area della dirigenza e delle specifiche tipologie professionali ricomprese nella stessa area di contrattazione nell'ambito degli enti pubblici non economici. Accordo che pertanto diviene pienamente efficace ed operativo a tutti gli effetti a partire dalle ore 24 del giorno 14 aprile 1997. Accordo, stipulato a norma dell'art. 94 del Contratto collettivo nazionale di lavoro relativo all'area della dirigenza e specifiche tipologie professionali degli enti pubblici non economici stipulato in data 11 ottobre 1996, si configura come sezione speciale dello stesso contratto dedicata al personale, medico degli enti del comparto.

Nell'accordo suddetto esplicitamente viene detto che l'utilizzo da parte degli enti della qualificazione di "dirigenza medica" in relazione alla normativa richiamata dal citato art. 94 del Contratto collettivo nazionale di lavoro 1994-97 non assumerà in ogni caso significato di identificazione del personale medico interessato con il personale dirigente disciplinato dalla sezione prima del Contratto collettivo nazionale di lavoro stipulato in data 11 ottobre 1996. Le predette qualifiche dirigenziali e le nuove posizioni del personale, medico restano pertanto separate e distinte, cosi come separate e distinte restano le rispettive responsabilità e prerogative.

In particolare l'art. 8 del citato accordo disciplina la "La libera professione intramuraria" che, ai medici previdenziali e agli altri medici e veterinari è consentito lo svolgimento dell'attività libero professionale all'interno dei locali dell'ente, ove previsto e regolamentato dall'ente medesimo in relazione all'assetto istituzionale e organizzativo.

Quanto alla struttura della retribuzione ai sensi dell'art. 11 del CCNL si compone, a regime, delle seguenti voci:

1. stipendio tabellare
2. indennità integrativa speciale;
3. retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita;

4. indennità di specificità medica;

5. compensi relativi alle condizioni di lavoro, nei casi previsti dal presente contratto;

6. retribuzione di posizione;

7. specifico trattamento economico di cui all'art. 19, ove attribuito;

Mentre per la retribuzione accessoria è stabilito che le componenti accessorie della retribuzione dei medici previdenziali e degli altri medici e veterinari sono attribuite a valere sulle disponibilità dei fondi previsti al successivo comma 2, annualmente precostituiti presso ciascun ente. La somma delle erogazioni non può eccedere dette disponibilità.

Non risulta che tra le somme incluse in tale fondo vi sia anche quella per l'indennità di esclusività.

Non può tuttavia ritenersi che il tipo di compenso richiesto sia dovuto ai sensi dell'art. 36 C.

Deve infatti premettersi che il giudizio di proporzionalità e di adeguatezza della retribuzione deve essere compiuto non in riferimento a singole attività del dipendente ed a specifiche indennità reclamate, ma nella valutazione complessiva da una parte delle mansioni svolte e, dall'altra, della retribuzione in godimento.

Un ulteriore considerazione induce al rigetto della domanda.

Nel campo del pubblico impiego il principio costituzionale dell'art. 36 deve essere coordinato con principi di pari rilievo costituzionale ed in particolare con il principio dell'art. 97 co. 1 C. in base al quale i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che sia assicurato il buon andamento della amministrazione.

La norma impedisce al giudice di intervenire per via diretta sul rapporto di lavoro pubblico ai sensi dell'art. 36 Cost., ponendo a carico delle amministrazioni retribuzioni che non troverebbero la loro origine in una previsione di legge e che pertanto per loro natura sfuggirebbero ad ogni previsione di spesa ed alla determinazione della necessaria copertura.

In questi sensi deve essere richiamata la copiosa giurisprudenza amministrativa formatasi sul tema della retribuibilità ai sensi dell'art. 36 C. dell'esercizio di mansioni superiori nel pubblico impiego ed attestatasi nel senso della inapplicabilità dell'art. 36 e della non retribuibilità dell'esercizio delle mansioni. Da ultimo si è espressa in tali sensi la adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. 18 novembre 1999 n. 22), che ha concluso nel senso della invocabilità della retribuzione delle mansioni superiori soltanto se svolte in epoca successiva alla entrata in vigore del d.lvo 29 ottobre 1998 n. 387, che ha previsto tale retribuibilità.

L'assenza di previsione della indennità delle parti sociali comporta l'impossibilità per questo Giudice di riconoscerla.

Non possono infatti applicarsi parametricamente indennità che hanno funzione accessoria perle quali è demandata alla contrattazione collettiva la relativa disciplina.

Le spese di giudizio devono essere compensate tra le parti per la natura delle questioni trattate.

(Omissis)

Processo civile - Decreto ingiuntivo - Notificazione - Presso la struttura territoriale dell'Ente - Difetto - Nullità del decreto.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 07.10.2005 n. 21670 – Dott. Tornassi - INPS (Avv. Moscariello) - R. (Avv. Allocati)

È affetto da nullità il decreto ingiuntivo che non sia stato notificato presso la struttura territoriale dell'Istituto nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati.

FATTO - Con ricorso depositato in data 22.6.2004, l'INPS proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso da questo giudice del lavoro in data 26.4.2004, con cui era stato ingiunto il pagamento della somma di lire 171,88, a titolo di indennità di mobilità per dieci giorni, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, nonché spese della procedura monitoria, in favore, di R. R.

Rilevava al riguardo che il ricorso ed il corrispondente decreto erano stati notificati alla sede INPS Vomero e non a quella territorialmente competente, essendo il ricorrente residente in Grumo Nevano; che l'atto era quindi affetto da nullità ai sensi dell'art. 14 D.L. 669/96, convertito in legge n. 30/97 e modificato dal D.L. 269/03, convertito a sua volta nella legge 326/03; concludeva pertanto per l'accoglimento dell'opposizione e la declaratoria di nullità del decreto opposto ovvero in subordino della relativa notifica .

L'opposto, cui il ricorso veniva notificato, si costituiva con rituale memoria nella quale non prendeva posizione in relazione alla specifica eccezione sollevata, difendendosi con riguardo al merito della richiesta; concludeva comunque per il rigetto dell'opposizione, con vittoria di spese.

Alla odierna udienza, sulle, conclusioni dei procuratori delle parti come sopra trascritte, il procedimento veniva definito come da dispositivo contestualmente letto.

DIRITTO – L'opposizione è fondata e merita accoglimento.

Ed infatti, è provato mediante produzione della relativa copia notificata, che il decreto ingiuntivo opposto è stato notificato alla sede INPS di Napoli-Vomero, laddove il R., per come emerge dal ricorso per decreto ingiuntivo e non contestato nel presente giudizio di opposizione, risiede in Grumo Nevano.

Occorre premettere che l'art. 14 D.L. 669/96, come da ultimo modificato dalla L. 326/03, al c. 1 bis stabilisce che: "gli atti introduttivi del giudizio di cognizione gli atti di precetto nonché gli atti di pignoramento e sequestro devono essere notificati a pena di nullità presso la struttura territoriale dell'ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati e contenere i dati anagrafici dell'interessato, il codice fiscale ed il domicilio".

Orbene, dal significato letterale della norma in questione emerge che la sanzione della nullità è collegata direttamente all'atto ed è conseguenza della notifica irregolare dello stesso.

Pertanto, nella specie, essendo pacifico che la litispendenza nel caso di giudizio monitorio è determinata dalla notifica del decreto ingiuntivo e ritenuto pertanto che il decreto in questione rappresenti l'atto introduttivo del giudizio di cognizione

(destinato eventualmente a svolgersi in caso di opposizione), la norma in questione appare assimilabile alla concreta fattispecie in esame.

Ne consegue che il decreto ingiuntivo è affetto da nullità.

Va tenuto in debito conto il fatto che l'INPS ha sollevato, nel ricorso in opposizione, unicamente la detta eccezione, di rito, senza entrare in alcun modo nel merito della sussistenza o meno del diritto vantato in sede monitoria, di talché non può ritenersi che la nullità in esame sia stata in qualche modo "sanata" dall'avvenuta proposizione del ricorso da parte dell'INPS.

D'altra parte, nella fattispecie, non si vede in qual modo se non con la rituale opposizione al decreto ingiuntivo l'ente ingiunto avrebbe potuto far valere la mancata osservanza della norma in questione da parte dell'originario ricorrente, atteso che l'alternativa giuridicamente praticabile sarebbe stata solo quella di ottemperare al pagamento.

Diverso è il caso dell'ordinario giudizio di cognizione, introdotto con ricorso, laddove in caso di notifica irregolare l'ente ha dapprima la possibilità di scegliere la contumacia ed eventualmente, in ipotesi di soccombenza nella lite, può far rilevare in sede di appello la nullità.

L'opposizione deve essere pertanto accolta, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo opposto.

Stante la natura della controversia e la scarsa entità della somma ingiunta si stima equa la compensazione delle spese tra le parti.

(Omissis)

Contributi - Sgravi - Sgravio annuale *ex* art. 1, comma 2, d.l. n. 71 del 1993 - Sostituzione dello sgravio totale decennale di cui all'art. 59, comma 9, d.P.R. n. 218 del 1978 - Sussistenza - Conseguenze - Proroga generalizzata *ex* art. 1, comma 1, d.l. n. 71 del 1993 dello sgravio decennale – Esclusione.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 06.09.2005, n. 19745 – Dott. Tornassi – I. e Isaia s.p.a. (Avv.ti T. Maione, F. Maione) - INPS (Avv. Moscariello)

Lo sgravio annuale previsto dal comma 2 art. 1 d.l. n. 71 del 1993 ha sostituito lo sgravio totale decennale previsto dal comma 9 dell'art. 59 del d.P.R. 6 marzo 1978 n. 218, sicché la proroga degli sgravi disposta dall'art. 1, comma 1, del D.L. 71 del 1993 non comprende lo sgravio di cui al ripetuto comma 9 dell'art. 59 del d.P.R. 6 marzo 1978.

FATTO - Con ricorso depositato il 12.12.2002 la ricorrente in epigrafe indicata conveniva in giudizio l'INPS esponendo di essere industria manifatturiera,

inquadrata dall'INPS ai fini assicurativi e previdenziali a decorrere dal 29.11.1989 (data del formale inquadramento), successivamente quindi al 30.6.1976; di avere sede in Casalnuovo e di operare, perciò, nel Mezzogiorno d'Italia; di essere stata esclusa dal riconoscimento degli sgravi contributivi nella misura di cui all'art. 14 della legge 2.5.1976 n° 183, recepito nel testo Unico approvato con D.P.R. 4.3.1978 n 218.

Deduceva, con varie argomentazioni, la illegittimità della condotta posta in essere dall'Istituto convenuto; in particolare, rilevava che lo sgravio di cui all'art. 14 L. 183/76 (così come trasfuso nell'art. 59 del T.U. sugli sgravi - D.P.R. 218/78) era destinato alle aziende manifatturiere costituite dopo il 30.6.1976, prevedendo l'esonero della contribuzione a carico del datore di lavoro per la durata di dieci anni, dalla data di assunzione, per tutti i dipendenti assunti dopo il 30.6.76; che tale normativa era stata prorogata fino al 30.11.1992 dal D.L. n. 14 del 21.1992; che tale ultima norma non aveva introdotto un terzo genere di sgravio, aggiuntivo ed alternativo rispetto a quelli prorogati (tra cui quello ex L. 183/76), lo sgravio previsto dal c. 9 dell'art. 59 citato (vale a dire quello di cui alla L. 183/76) non era stato abrogato; che a conferma di tale interpretazione si poneva altresì l'art. 3 del D.M. 5.8.1994, secondo cui "continuano a trovare applicazione le vigenti disposizioni concernenti le modalità di applicazione dello sgravio di cui agli articoli precedenti, come stabilite dall'art. 59 del T.U. n. 218/78", da cui si evince che non può essere ipotizzata la proroga di uno sgravio già cessato per abrogazione; in ragione di tali argomentazioni, adiva il giudice del lavoro per sentire dichiarare il proprio diritto ad usufruire degli sgravi contributivi di cui alla L. 183/76 fino a tutto il 30.6.1994, non risultando detta legge abrogata tacitamente dal D.L. n. 14/92 e riportando essa azienda alla data del 30.6.76 organico pari a zero, nonché il diritto al rimborso delle contribuzioni indebitamente pretese dall'INPS e versate in conseguenza della negata possibilità di fruire degli sgravi ai sensi della L. 186/76, da quantificarsi in separato giudizio, con vittoria di spese ed attribuzione.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, l'INPS eccepiva la legittimità degli sgravi operati. In particolare, evidenziava che il comma due dell'art. 1 del d.l. 22 marzo 1993 n. 71, convertito nella legge 20 maggio 1993 n. 151 , nel prevedere uno sgravio annuale totale ha necessariamente sostituito lo sgravio decennale di cui all'art. 14 della legge n. 183 del 1976, abrogandolo, ad eccezione di quei lavoratori per i quali l'impresa ne avesse il godimento anteriormente al 1.12.1991. Assumeva che tale interpretazione trova sostegno nella relazione di accompagnamento alla legge di conversione dalla quale si evince che il nuovo sgravio sostituisce quello previsto dall'art. 14 L. 183/76.

Concludeva, pertanto, chiedendo il rigetto della avversa domanda, con vittoria di spese.

All'odierna udienza, sulle conclusioni di cui agli atti introduttivi qui da intendersi integralmente trascritte, autorizzate le parti al deposito di note, la causa veniva discussa e decisa come da separata sentenza, il cui dispositivo veniva pubblicamente letto.

DIRITTO – La domanda è infondata e pertanto non può essere accolta.

Ed invero, le circostanze di fatto risultano pacifiche tra le parti; in particolare,

l'odierna ricorrente è società industriale manifatturiera, operante nel Mezzogiorno d'Italia, inquadrata, ai fini assicurativi e previdenziali, dal 29.11.1989.

La questione dibattuta attiene, invece, all'interpretazione del secondo comma dell'art. 1 del d.l. 22 marzo 1993 n. 71, convertito nella legge n. 151 del 20 maggio 1993, che, nel prevedere uno sgravio totale annuale, si presta ad una duplice opzione interpretativa. Occorre in effetti stabilire se detta disposizione abbia sostituito, a decorrere dal 1 dicembre 1991, lo sgravio totale decennale previsto dal comma 9 dell'art. 59 del d.P.R. 6 marzo 1978 n. 218 e, di conseguenza, se la proroga degli sgravi previsti dall'art. 59 del TU. n. 218/78, disposta dall'art. 1, primo comma, del D.L. n. 71 del 1993, comprenda o meno anche lo sgravio totale di cui al comma 9 di detto art. 59.

A tal fine, appare utile ripercorrere la vicenda degli sgravi contributivi per il Mezzogiorno.

Al riguardo, la Suprema Corte, nella pronuncia resa in data 13 marzo 2001 n. 3635 (1), ha offerto un esaustivo *excursus* storico dell'istituto, chiarendo che gli sgravi in questione vennero introdotti sul finire degli anni sessanta, in un momento di aggravata recessione economica, e si svilupparono e protrassero nel corso dei successivi decenni, in parallelo con l'intenzione di una imminente riforma della Cassa per il Mezzogiorno e dei suoi istituti, con la previsione, ripetuta di anno in anno, di un termine, di regola semestrale, raramente maggiore e spesso inferiore, della loro scadenza.

L'art. 18 della legge 25 ottobre 1968 n. 1089, di conversione del decreto legge 30 *agosto 1968 n. 918 così modifica i primi quattro commi dell'art. 18 del decreto convertito: "A* decorrere dal periodo di paga successivo a quello in corso alla data del 31 agosto 1968 e fino a tutto il periodo in corso alla data del 31 dicembre 1972, è concesso uno sgravio sul complesso dei contributi da corrispondere all'Istituto nazionale della previdenza sociale dalle aziende industriali e artigiane che impiegano dipendenti nei territori indicati nell'art. 1 del testo unico approvato con decreto del Presidente ella Repubblica 30 giugno 1967, n. 1523. Lo sgravio contributivo è stabilito nella misura del 10 per cento delle retribuzioni assoggettate alla contribuzione per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria corrisposta ai dipendenti che effettivamente lavorano nei territori di cui al precedente comma, al netto dei compensi per lavoro considerato straordinario dai contratti collettivi e, in mancanza, dalla legge. Il predetto sgravio contributivo si distribuisce fra i datori di lavoro e i lavoratori... nella misura ... (omissis: la misura è variata nel tempo). A decorrere dal periodo successivo a quello in corso alla data del 31 ottobre 1968 è concesso un ulteriore sgravio contributivo nella misura del 10 per cento (si tratta dello sgravio c.d. aggiuntivo".

Con l'art. 14 della legge 2 maggio 1976 n. 183 si aggiunge, agli sgravi sopra riportati, uno sgravio totale: "Per i nuovi assunti dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980, a incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976 nelle aziende artigiane e nelle imprese alberghiere come tali classificate a norma della legge 30 dicembre 1937, n. 2651, modificata con legge 18 gennaio 1939, n.

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 321.

382, nonché nelle aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE, lo sgravio contributivo di cui alla legge 25 ottobre 1968, n. 1089, e successive modificazioni e integrazioni è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto nazionale della previdenza sociale sino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986 sulle retribuzioni assoggettale a contribuzioni per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'I.N.P.S."

II coacervo di queste regole é poi rifluito quasi integralmente (v. per l'artigianato l'art. 126 e per le imprese alberghiere l'art. 129) nell'art. 59 del Testo Unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con d.P.R. 6 marzo 1978, n. 218.

I primi otto commi di detta disposizione, riallacciandosi all'art. 18 del d.l. n. 918 del 1968, come convertito con la legge n. 1089 dello stesso anno, individuano gli elementi oggettivi e temporali (paghe dal 31 agosto 1968 al 31 dicembre 1980) che caratterizzano lo sgravio concesso *"sul complesso dei contributi da corrispondere all'Istituto nazionale della previdenza sociale",* e ne regolano la misura, articolando in percentuale lo sgravio generale (comma 2), lo sgravio ulteriore generale o di fedeltà (comma 4), lo sgravio aggiuntivo (commi 5 e 6) e lo sgravio supplementare (comma 8).

Il comma nove, richiamandosi all'art. 14 della legge n. 183/76, riscrive lo sgravio totale in questi termini: "Per i nuovi assunti dal 1° luglio 1976 al 31 dicembre 1980, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976 nelle aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPI, lo sgravio contributivo di cui al primo comma è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto nazionale della previdenza sociale sino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986 sulle retribuzioni assoggettate a contribuzioni per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'INPS".

Il sistema originariamente bloccato del comma nove, in quanto ancorato a precisi elementi temporali (assunzioni nel periodo 1° luglio 1976/31 dicembre 1980), fu poi reso mobile con il d.l. 30 gennaio 1979 n. 20 (poi convertito con la legge 31 marzo 1979 n. 92), il cui art. 2 dispose che "// periodo massimo di applicazione dello sgravio contributivo di cui agli articoli 59, nono comma, 126, primo comma, e 129, primo comma del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978, n. 218, è stabilito in 10 anni a decorrere dalla data di assunzione del lavoratore".

Tale disposizione, unitamente alle proroghe successivamente disposte della data del 31 dicembre 1980, prevista dall'art. 59 del T.U. tanto al primo comma (come data finale di fruizione dello sgravio generale) che al nono comma (come data finale delle assunzioni per le quali, ricorrendone le condizioni, operava lo sgravio totale), rese evidente che lo sgravio totale decennale veniva prorogato anche alle assunzioni effettuate dopo la predetta data del 31 dicembre 1980.

Le proroghe delle varie specie di sgravi iniziarono con il D.L. 22 dicembre 1980 n. 898, che all'art. 1 dispose: "La validità delle disposizioni del testo unico 6 marzo 1978, n. 218 ... contenenti l'indicazione del termine del 31 dicembre 980, è prorogata al 31 dicembre 1981*".*

I differimenti della data finale degli sgravi si protrassero, come già ricordato,

con una lunga serie di interventi legislativi. Tra gli ultimi differimenti vi è quello disposto dalla legge 19 luglio 1991, n. 14, il cui articolo 1 prorogò il precedente regime *"fino a tutto il periodo di paga in corso al 30 novembre 1991"*.

Seguirono vari decreti legge non convertiti, tra i quali il D.L. 21 gennaio 1992 n. 14, il cui articolo 1 introduce per la prima volta il nuovo sgravio totale annuale, poi ripreso dal D.L. 22 marzo 1993 n. 71, convertito con legge 20 maggio 1993 n. 151.

L'art. 1 del D.L. n. 71 del 1993 cosi dispone, ai primi due commi: "Il termine di cui all'articolo 1 della legge 19 luglio 1991, n. 214, relativo allo sgravio contributivo di cui all'articolo 59 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978, n. 218, è differito fino a tutto il periodo di paga in corso al 31 maggio 1993, con una riduzione dello sgravio generale di cui ai commi primo e secondo del richiamato art. 59 dalla misura dell'8,50 per cento alla misura del 7,50 per cento. Si applicano le disposizioni di cui all'art. 6, commi 9, 10, 11, 12 e 13 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, e successive modificazioni ed integrazioni. Per i nuovi assunti dal 1° dicembre 1991 al 31 maggio 1993, ad incremento delle unita effettivamente occupate alla data del 30 novembre 1991 per le assunzioni verificatesi fino al 30 novembre 1992 e da quest'ultima data per gli altri casi, nelle aziende industriali operanti nei settori indicati dal CIPE, lo sgravio contributivo di cui all'articolo 59, comma primo, del testo unico di cui al comma 1 è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto nazionale della previdenza sociale per un periodo di un anno dalla data di assunzione del singolo lavoratore sulle retribuzioni assoggettale a contribuzioni per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti".

La questione dibattuta, come si è detto, è se il disposto del secondo comma dell'art. 1 del D.L. n. 71/93, nel prevedere uno sgravio totale annuale, abbia sostituito, a decorrere dal 1 dicembre 1991, lo sgravio totale decennale previsto dal comma 9 dell'art. 59 del d.P.R. n. 218 del 1978, il quale continuerebbe ad operare solo per i lavoratori per i quali l'impresa ne avesse il godimento anteriormente al 1° dicembre 1991 (in questo caso lo sgravio di cui all'art. 59, comma nove, continuerebbe ad applicarsi fino al compimento del decennio alla data di assunzione del singolo lavoratore); e, di conseguenza, se la proroga degli sgravi previsti dal ricordato art. 59, disposta dal primo comma dell'art. 1 del D.L. n. 71/93, comprenda o meno anche lo sgravio previsto dal comma nove di detto art. 59.

La formulazione della disposizione, indubbiamente non chiara, ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale.

Secondo una parte della giurisprudenza, il secondo comma dell'art. 1 del D.L. 71/93 avrebbe introdotto un nuovo tipo di sgravio totale (annuale) di natura incentivante, ulteriore e alternativo rispetto a quello dell'art. 59, operante esclusivamente in favore delle aziende industriali che assumano dipendenti in soprannumero rispetto a quelli in forza al 30.11.1991, senza, tuttavia, abrogare il sistema di cui al nono comma del citato art. 59 che, in virtù, della proroga contenuta nel medesimo art. 1 continuerebbe ad applicarsi in favore di tutte le aziende industriali operanti nei territori indicati nell'art. 1 del T.U. e dunque anche in favore delle aziende che assumano lavoratori non in soprannumero rispetto al 30.11.1991 (cfr. Cass. 7.12.2000 n. 6391 e n. 8326).

Di diverso avviso, invece, altra parte della giurisprudenza (Cass. 2001 già citata), che ha ritenuto che la formulazione del secondo comma dell'art. 1 del d.l. 71/93, richiamando "lo sgravio contributivo di cui all'articolo 59, primo comma, del testo unico ...", abbia inteso sostituire il precedente incentivo di sgravio totale.

Ritiene questo giudice convincente l'ultima di tali opzioni interpretative, alla quale, peraltro, ha aderito anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, con la pronuncia n 11252 (2) del 2003 n 10839, componendo il contrasto tra i suesposti orientamenti giurisprudenziali, ha evidenziato come, alla stregua di una interpretazione logico sistematica di tutte le disposizioni regolanti la materia, in realtà la volontà legislativa sia stata quella di sopprimere l'istituto dello sgravio decennale.

Ed invero, ha evidenziato la Corte, che l'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale stabilisce che le norme sono abrogate, oltre che per espressa previsione contenuta in una legge posteriore, "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore".

Non vi è dubbio che la formulazione del successivo testo legislativo milita per una sopravvenuta incompatibilità tra i due sistemi di sgravio, la coesistenza dei quali, come già osservato da parte della giurisprudenza di legittimità, comporterebbe la sovrapposizione di due meccanismi incentivanti rimessi all'esclusiva opzione imprenditoriale nel caso di incremento di forza lavoro tanto rispetto alla data del 30 giugno 1976 che a quella del 30 novembre 1991.

Una ulteriore incongruenza potrebbe aversi nella ipotesi in cui un'impresa abbia assunto nel dicembre 1991 un lavoratore, senza che tale assunzione abbia comportato un incremento rispetto all'organico esistente alla data del 30 novembre 1991, ma pur tuttavia l'organico sia incrementato rispetto alla data del 30 giugno 1976; in tale evenienza l'impresa, pur non potendo beneficiare del nuovo sgravio totale annuale introdotto dal comma 2 del d.l. n. 71/93 – e così non realizzando l'incremento occupazionale auspicato e premiato dal legislatore del 1993 – finirebbe comunque per fruire del vecchio sgravio totale decennale.

Peraltro, l'interpretazione qui accolta risana confortata dai lavori parlamentai i relativi alla emanazione del D.L. 20.5.1992 n. 293 convertito poi in legge, secondo cui: "è da ricordare che il regime degli sgravi contributivi nel Mezzogiorno di cui all'art. 59 del testo unico delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con D.P.R. 6.3.1978 n. 218, è scaduto il 30.11.1991 (...) La limitatezza dei mezzi finanziari a disposizione non consente l'integrale differimento degli sgravi vigenti. Si rende necessario infatti ridurre di un punto percentuale (da 8,50 per cento a 7,50 per cento) l'aliquota di sgravio generale e, per i futuri nuovi assunti, limitare lo sgravio totale ad un solo anno (commi 1 e 2)".

Alla stregua di quanto fin qui premesso, la domanda non può essere accolta.

Appare equa la integrale compensazione delle spese del giudizio, in ragione dei contrasti sulla materia e tenuto conto della natura della controversia.

(Omissis)

---

(2) Idem, 2003, p. 1558.

Pensioni – Gestione Lavoratori autonomi – Liquidazione dei supplementi di pensione – Necessità di formale domanda – Sussiste – Decorrenza del diritto dal primo giorno del mese successivo alla richiesta.

Tribunale di Viterbo – 26.09/17.10.2005 n. 609 - Dott.ssa Mattei - C.D. e C.F. (Avv. Spadafora) - INPS (Avv. Ricci)

La presentazione di formale domanda di liquidazione dei supplementi di pensione costituisce presupposto indefettibile per l'esercizio del diritto, che, ricorrendone le altre condizioni, è riconoscibile dal primo giorno del mese successivo alla data di presentazione della domanda stessa.
Poiché il versamento dei contributi non è legato da un rigoroso nesso sinallagmatico con l'erogazione della prestazione pensionistica ma risponde anche, e non in modo secondario, ad esigenze di finanziamento del sistema previdenziale, è giusto subordinare alla domanda dell'interessato, la percezione dei supplementi di pensione.

FATTO – Con ricorso depositato il 21.02.2003, il ricorrente indicato in epigrafe adiva questo Tribunale in funzione di giudice del lavoro deducendo di essere titolare dal luglio 1975 della pensione diretta VO/COM n. 92000167 erogata dall'INPS a carico della gestione speciale commercianti nonché dal settembre 1999 della pensione di reversibilità SO/COM n. 38021379 a carico della medesima gestione derivata dalla posizione previdenziale della coniuge S.E. Deduceva che i coniugi avevano proseguito l'attività lavorativa anche dopo il pensionamento proseguendo nel versamento dei relativi contributi e ciò sino al 13.9.1999 per la S. e sino al 26.9.2001 per l'esponente. Avevano pertanto maturato il diritto a percepire i supplementi di pensione in base all'art. 4 L. n. 1338 del 1962 applicabile alla gestione commercianti in virtù del rinvio operato dall'art. 26 L. n. 616 del 1966 e dall'art. 6 L. n. 233 del 1990, diritto che tuttavia non avevano esercitato non avendo presentato sino all'ottobre 2001 formale richiesta di liquidazione con la conseguenza che non avevano percepito i relativi supplementi. Deduceva inoltre che di tali supplementi l'ente non aveva tenuto conto nella liquidazione della pensione di reversibilità, a dispetto dell'art. 4 L. n. 138 del 1962. Non avendo l'ente corrisposto , nonostante reiterate richieste, il dovuto , adiva pertanto l'A.G. per sentire riconoscere il proprio diritto al versamento degli emolumenti richiesti.

Tanto premesso in fatto, deduceva che i contributi obbligatoriamente versati per oltre 25 anni hanno la duplice funzione di concorrere al finanziamento della gestione previdenziale e di costituire la posizione assicurativo-contributiva dell'iscritto in funzione dell'incremento ed adeguamento della pensione in godimento. Ne conseguiva – a detta del ricorrente – che il subordinare l'erogazione ad un dato formale quale la richiesta era irragionevole e non poteva comunque ritenersi un elemento necessario per la insorgenza del diritto. Deduce altresì che il ritardo nella presentazione della domanda non poteva comportare la perdita dei ratei maturati, se non nei limiti della prescrizione in quanto, se detta disposizione si inseriva logicamente nella disciplina dell'epoca, improntata al principio della domanda, non poteva invece ritenersi giustificata oggi con la maggiore attenzione riservata dal legis-

latore ai soggetti tutelati dall'art. 38 Cost. ed evincibile dalla L. n. 155 del 1981 che ha introdotto per la pensione di vecchiaia il principio opposto della decorrenza automatica della pensione al maturare dell'età e dei requisiti contributivi. Detto principio, ad avviso del ricorrente, non poteva razionalmente ritenersi non applicabile ai supplementi di pensione che costituisce un mero adeguamento della pensione principale. Del resto, tale principio sembrava deducibile anche dall'art. 7 il quale prevede che le pensioni supplementari ed i supplementi di pensione vanno liquidati con le stesse norme previste per le pensioni autonome. Ne consegue, ad avviso del ricorrente, che la disposizione che subordina alla presentazione della domanda l'erogazione del supplemento deve ritenersi tacitamente abrogata con l'effetto che al ricorrente spettano anche i ratei di pensione maturati anteriormente alla data della domanda. Argomentava inoltre sulla impossibilità di qualificare la domanda come presupposto del diritto, ma al più come condizione sospensiva rilevando come , diversamente opinando, la norma potrebbe ritenersi costituzionalmente illegittima per irragionevolezza, e per introdurre una eventuale inadeguatezza delle prestazioni ai sacrifici economici sopportati dal lavoratore. Aggiungeva che la norma poteva ritenersi in contrasto con l'art. 3 Cost. discriminando irragionevolmente il diritto alla pensione principale da quella al supplemento di pensione.

La diversificazione appariva ancor più ingiustificata ove si tiene conto del fatto che altre casse pensionistiche di categoria, ugualmente autonome, garantiscono l'erogazione del supplemento di pensione alla prescritta cadenza temporale, senza necessità di domanda.

Interveniva volontariamente C.F., erede di S.E., reiterando le stesse argomentazioni.

Si costituiva l' INPS eccependo che, ai sensi dell'art. 4 L. n. 1338 del 1962 e 19 del d.p.r. n. 488 del 1968, presupposto imprescindibile per l'erogazione dei supplementi è che vi sia la domanda dell'interessato che costituisce il dies a quo per l'erogazione dei ratei; che la giurisprudenza di legittimità relativa alla pensione supplementare era sempre stata nel senso di subordinare l'erogazione di detto emolumento alla domanda e che non vi era ragione alcuna per differenziare le discipline che erano sempre andate di pari passo.

Non era infine ipotizzabile alcuna illegittimità costituzionale in una norma che rimette alla discrezionalità della parte interessata l'alternativa tra il richiedere o no l'erogazione del supplemento.

In concreto, rilevava poi che avendo il ricorrente e la coniuge oggi deceduta presentato più volte domande di supplemento a decorrere dal 3.2.1992, l'ente aveva già provveduto ad erogare i supplementi a partire da quella data sia nella pensione diretta sia in quella di reversibilità, sicchè, a decorrere dal 1.3.1992, null'altro era dovuto. Per il periodo precedente era invece maturato il termine di prescrizione.

Contestava infine la fondatezza della questione di costituzionalità.

La causa veniva istruita documentalmente e decisa all'udienza del 26.09.2005 come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO – Il supplemento di pensione trova la sua regolamentazione a carattere generale nell'art. 4 L. 12.8.1962 n. 1338, testo successivamente sostituito dall'art. 19 del d.p.r. 27.4.1968 n. 488. Detto istituto trova la sua ragione giustificatri-

ce nella necessità di disciplinare, agli effetti pensionistici, la contribuzione versata, accreditata o dovuta per i periodi successivi al pensionamento e a tal fine il legislatore prevede che i contributi versati o accreditati successivamente alla decorrenza della data di pensione danno diritto, **a domanda**, alla corresponsione di un supplemento di pensione in pagamento e che i contributi versati o accreditati successivamente alla data di decorrenza di un supplemento danno luogo ad ulteriori supplementi.

Su detto istituto è intervenuto il legislatore con l'art. 7 L. n. 155 del 1981 il cui secondo comma estende l'ambito di efficacia della regola di calcolo fissata dal precedente primo comma che, con riferimento alle pensioni supplementari prevede il metodo del calcolo retributivo con le stesse norme previste per le pensioni autonome, e che disciplina nei successivi commi i termini minimi per poter fruire dei supplementi.

Prima questione da valutare è se per effetto dell'intervento della L. n. 155 del 1981 possa ritenersi tacitamente abrogata la disposizione che subordina alla proposizione della domanda la liquidazione dei supplementi di pensione. Il ricorrente argomenta tale conclusione sulla base del testo del comma 2 dell'art. 7 l.c. il quale, con riferimento ai supplementi di pensione, estende a questo istituto la disposizione di cui al primo comma il quale testualmente recita: "Le pensioni supplementari da liquidare ai sensi dell'art. 5 L. 12.8.1962 n. 1338 nell' AGO per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti… sono calcolate in forma retributiva con le stesse norme previste per le pensioni autonome a carico dell'assicurazione medesima……..".

Ritiene il giudicante che l'interpretazione non sia condivisibile sembrando piuttosto che il riferimento alle "stesse norme previste per le pensioni autonome" sia limitato al metodo di calcolo in forma retributiva e non alle disposizioni relative alla decorrenza. Infatti, laddove il legislatore ha voluto innovare in ordine alla decorrenza, lo ha fatto espressamente introducendo un articolo ad hoc (art. 6 l.c.) nel quale, non a caso, nessun accenno viene fatto al sistema di calcolo.

E difatti, un conto è la decorrenza del diritto, fissata per legge al momento in cui il soggetto interessato si attiva, ed un altro conto è la disciplina cui l'istituto è sottoposto. Ed in effetti lo stesso richiamo all'art. 19 del d.p.r. n. 488 del 1968 evidenzia che il supplemento di pensione è istituto che ha continuato, quanto ai suoi requisiti di esistenza, ad essere disciplinato dalla normativa previdente la L. n. 155 del 1981, che è intervenuta esclusivamente a modificare il criterio di calcolo.

Né a diverse conclusioni può portare la circostanza che il sistema pensionistico di differenti casse preveda un automatismo nella corresponsione, essendo noto che le peculiarità del sistema AGO ben consentono e giustificano differenze di disciplina .

Tuttavia, l'impossibilità, ad avviso di questo giudicante, di pervenire in via ermeneutica a ritenere abrogata la disposizione che subordina alla presentazione della domanda, l'erogazione dei supplementi di pensione, non giustifica la proposizione della questione di legittimità costituzionale della norma.

Pare opportuno prendere le mosse dalla natura di detta domanda che non sembra possa ritenersi un adempimento meramente formale, né in realtà, una mera condizione sospensiva, costituendo piuttosto un presupposto per l'esercizio del diritto che si giustifica tenendo conto di quella che è la ratio del sistema. Infatti, contra-

riamente a quanto sostiene il ricorrente, il versamento dei contributi, che – non a caso – è obbligatorio anche per il periodo successivo al pensionamento nel caso in cui il pensionato prosegua l'attività lavorativa, non è affatto legato da un rigoroso nesso sinallagmatico con l'erogazione della prestazione pensionistica, rispondendo anche e non in modo secondario, ad esigenze di finanziamento del sistema.

Ne consegue che proprio perché i versamenti contributivi, in un sistema solidaristico quale è quello previdenziale come disegnato dalla nostra Carta Costituzionale, hanno una finalità che non si esaurisce nell'assicurare l'erogazione della prestazione al solo soggetto che ha effettuato i versamenti, ma anche quella di finanziare il sistema previdenziale, in modo che, grazie anche agli scaglionamenti nelle erogazioni, alle diverse decorrenze, ecc. possa assicurarsi, alla collettività degli aventi diritto, la prestazione dovuta, la percezione del supplemento di pensione deve essere, si vuol dire anche giustamente, subordinato alla domanda, potendo, in assenza e legittimamente, essere devoluti quei contributi versati alla sola finalità di finanziamento del sistema.

Ne consegue che nessuna iniquità può ravvisarsi nel fissare la decorrenza di un dato istituto a momento di attivazione del soggetto interessato.

In proposito pare opportuno rilevare che la denunciata incertezza nella liquidazione del supplemento è in realtà inesistente, fissando la legge in modo chiaro le cadenze temporali al verificarsi delle quali il pensionato può domandare il supplemento. Il vedere riconosciuto il supplemento ad ogni scadenza non è infatti circostanza affidata al caso o all'arbitrio di taluno, ma alla sola attivazione del soggetto interessato.

La circostanza che poi, in concreto, taluno possa essere disattento o disinformato, circa le procedure da adottare per ottenere il supplemento, è inevitabile e persino fisiologica nel sistema e non giustifica comunque una censura di incostituzionalità alla norma.

Nel caso di specie, deve poi aggiungersi che il ricorrente ha percepito i supplementi della pensione diretta e di quella di reversibilità dalla data di presentazione delle relative domande ovvero con decorrenza febbraio 1992 come si evince dalla documentazione prodotta dall'INPS e sul punto nessuna argomentata contestazione è stata sollevata. Ne consegue che anche la CTU avrebbe carattere meramente esplorativo non andando a verificare un effettivo errore di liquidazione , ma a ricercare se errori vi siano. Deve pertanto ritenersi che il richiesto mezzo istruttorio sia inammissibile.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

(Omissis)

NOTA

La sentenza qualifica vero e proprio presupposto per l'esercizio del diritto, e non mera condizione sospensiva, la domanda del pensionato che chieda il riconoscimento del diritto al supplemento di pensione di cui all'art. 4 della legge 12.08.1962 n. 1338, sostituito, con effetto dal 1° maggio 1968, dall'art. 19 del D.P.R. n. 488 del 27 aprile 1968 .

Interpreta in tal senso l'inciso "a domanda" contenuto nelle citate disposi-

zioni, con ciò subordinando alla formale presentazione di essa il riconoscimento del diritto ad ottenere la liquidazione dell'aumento della pensione in godimento determinato sulla base di contributi versati relativamente a periodi di lavoro svolti in epoca posteriore alla data di pensionamento, e facendolo decorrere solo dal primo giorno del mese successivo alla data di presentazione.

Questo invero è stato sempre l'orientamento tenuto dall'INPS, ribadito, da ultimo ,nella circolare n. 259 del 27 settembre 1994 .

Sull'aspetto specifico della necessità della domanda non constano precedenti, in quanto quelli reperiti (Cassazione sentenza n. 12057 del 12.11.1991; Cassazione sentenza n. 5726 del 27.06.1997 (1)) afferiscono alla pensione supplementare , di cui può beneficiare colui che, titolare di pensione di vecchiaia a carico di un fondo sostitutivo, esclusivo o esonerativo dell'assicurazione generale obbligatoria, abbia anche contributi versati presso il regime generale o una delle gestioni speciali dell'assicurazione obbligatoria non sufficienti però per il diritto a pensione autonoma.

Il fatto che il supplemento investa un'unica gestione pensionistica mentre la pensione supplementare coinvolga due diverse gestioni previdenziali, non giustifica la invocata – dal ricorrente – diversità nell'applicazione di norme, la cui speculare formulazione nei testi che hanno introdotto i due istituti (art. 4 legge n. 1338/1962 per i supplementi e art. 5 stessa legge per la pensione supplementare), in quelli che li hanno modificati (art. 19 D.P.R. n. 488/1968 per i supplementi e art. 12 stesso DPR per la pensione supplementare), e in quelli che li hanno da ultimo disciplinati (art. 7 legge n. 155/1981), rassicura sulla assimilabilità della disciplina formale che li regolamenta.

L'ultima norma, lungi dal tacitamente abrogare le precedenti disposizioni, è intervenuta solo a disciplinare il nuovo sistema di calcolo delle prestazioni, e quello che in tal senso la Cassazione, con sentenza n. 12057/1991 esplicitamente aveva riferito alla pensione supplementare, viene ritenuto estensibile ai supplementi di pensione.

Mauro Ricci
Avvocato INPS

(1) V. in q. Riv., 1997, p. 755.

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale - Università degli studi di Udine

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)
27 aprile 2006

«Parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale – Direttiva 79/7/CEE – Rifiuto di concedere una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni ad una transessuale che si è sottoposta ad un intervento chirurgico di conversione dal sesso maschile al sesso femminile»

Nel procedimento C-423/04,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Social Security Commissioner (Regno Unito), con decisione 14 settembre 2004, pervenuta in cancelleria il 4 ottobre 2004,
nella causa tra

Sarah Margaret Richards

e

Secretary of State for Work and Pensions

omissis

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 4 e 7 della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (GU 1979, L. 6, pag. 24).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Richards, una persona che si è sottoposta ad un intervento chirurgico di mutamento di sesso, e il Secretary of State for Work and Pensions (segretario di Stato per il

(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"*.

lavoro e per le pensioni; in prosieguo: il «Secretary of State») relativa al rifiuto di quest'ultimo di concederle una pensione di vecchiaia a partire dal compimento del suo sessantesimo anno di età.

Il contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7:

«Il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda:

– il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione ad essi,

– l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi,

– il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni».

4. L'art. 7, n. 1, della stessa direttiva prevede che quest'ultima non pregiudichi la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione:

«a) la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni;

(…)».

La normativa nazionale

5. L'art. 29, nn. 1 e 3, della legge del 1953 sulla registrazione delle nascite e dei decessi (Birth and Deaths Registration Act 1953) vieta ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale

6. L'art. 44 della legge del 1992 relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) prevede che una persona possa beneficiare di una pensione di vecchiaia di categoria A (pensione di vecchiaia «normale») quando essa raggiunga l'età pensionabile e soddisfi diverse condizioni in materia di contributi.

7. Secondo l'allegato 4, parte I, art. 1, della legge del 1995 relativa alle pensioni di vecchiaia (Pensions Act 1995), un uomo raggiunge l'età della pensione a 65 anni e una donna nata prima del 6 aprile 1950 a 60 anni.

8. Il 1° luglio 2004 è stata adottata la legge del 2004 sul riconoscimento del genere (Gender Recognition Act 2004; in prosieguo: la «legge del 2004»), entrata in vigore il 4 aprile 2005.

9. Detta legge consente alle persone che abbiano già mutato sesso o che prevedano di sottoporsi ad un apposito intervento chirurgico di chiedere il rilascio di un certificato di riconoscimento del genere («gender recognition certificate»), in base al quale può essere ottenuto un riconoscimento quasi completo del loro mutamento di sesso.

10. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, della legge del 2004, il certificato di riconoscimento del genere deve essere rilasciato qualora il richiedente soddisfi in particolare le seguenti condizioni:

«a) è o è stato affetto da disforia sessuale,

b) alla data della richiesta ha vissuto nel sesso acquisito per un periodo di due anni,

(…)».

11. L'art. 9, n. 1, della legge del 2004 dispone:

«Quando ad una persona è rilasciato un certificato completo di riconoscimento del genere, il sesso di detta persona diviene ad ogni effetto il sesso acquisito (cosicché, in caso di nuova identità sessuale maschile, la persona è considerata di sesso maschile e, in caso di nuova identità sessuale femminile, essa è considerata di sesso femminile».

12. In base all'art. 9, n. 2, della legge del 2004, il certificato di riconoscimento del genere non produce effetti sugli atti compiuti o sui fatti occorsi precedentemente al suo rilascio.

13. Riguardo alle prestazioni di vecchiaia, l'allegato 5, parte II, art. 7, n. 3, della legge del 2004 prevede:

«(…) se (immediatamente prima che il certificato sia rilasciato) la persona

a) è un uomo che ha raggiunto l'età alla quale una donna raggiunge l'età pensionabile, ma

b) non ha raggiunto l'età di 65 anni,

la persona in questione deve essere considerata (…) come se avesse raggiunto l'età pensionabile quando detto certificato è stato rilasciato».

La causa principale e le questioni pregiudiziali

14. La sig.ra R., ricorrente nella causa principale, è nata il 28 febbraio 1942 e nel suo atto di nascita è stata registrata come persona di sesso maschile. Essendole stata diagnosticata una disforia sessuale, essa si è sottoposta il 3 maggio 2001 ad un intervento chirurgico di mutamento di sesso.

15. Il 14 febbraio 2002 essa ha presentato domanda al Secretary of State per beneficiare di una pensione di vecchiaia a partire dal 28 febbraio 2002, data in cui essa compiva 60 anni, età alla quale, ai sensi del diritto nazionale, una donna nata prima del 6 aprile 1950 può ottenere una pensione di vecchiaia.

16. Con decisione 12 marzo 2002, la detta domanda è stata respinta in quanto essa «[era] stata presentata più di quattro mesi prima che il richiedente compisse i 65 anni», vale a dire l'età pensionabile prevista per gli uomini nel Regno Unito.

17. Poiché il ricorso proposto dalla signora Richards dinanzi al Social Security Appeal Tribunal (Commissione di secondo grado per la legislazione sociale) è stato respinto, quest'ultima ha adito il Social Security Commissioner, rilevando che, a seguito della sentenza della Corte 7 gennaio 2004, causa C-117/01, K. B. (Racc. pag. I-541), il rifiuto di corrisponderle una pensione di vecchiaia a partire dall'età di 60 anni costituiva una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché una discriminazione contraria all'art. 4 della direttiva 79/7.

18. Dinanzi al giudice del rinvio, il Secretary of State ha sostenuto che la domanda della ricorrente nella causa principale non rientrasse nell'ambito di applicazione della detta direttiva. Infatti, secondo lo stesso, il diritto comunitario preve-

de, riguardo alle prestazioni di vecchiaia, soltanto misure di armonizzazione, senza pertanto attribuire il diritto di ottenere siffatte prestazioni. Inoltre, la sig.ra R. non sarebbe stata discriminata nei confronti delle persone che costituiscono l'adeguato elemento di comparazione, vale a dire gli uomini che non si sono sottoposti ad un intervento chirurgico di mutamento di sesso.

19. Al fne di risolvere la controversia, il Social Security Commissioner ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se la direttiva 79/7 osti al rifiuto di una pensione di vecchiaia, prima del raggiungimento dei 65 anni di età, ad una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, quando invece essa avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale;

2) in caso affermativo, a partire da quale data debba avere effetto la pronuncia della Corte sulla prima questione.»

Sulla prima questione

20. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7 osti ad una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto i 65 anni di età, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale.

21. In via preliminare, si deve rilevare che spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona (v., in tal senso, sentenza K. B., cit., punto 35).

22. Per rispondere alla questione, si deve sottolineare anzitutto che la direttiva 79/7 costituisce l'espressione, nell'ambito della sicurezza sociale, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario.

23. Inoltre, in conformità ad una giurisprudenza costante della Corte, il diritto di non essere discriminata in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza (v. sentenze 15 giugno 1978, causa 149/77, Defrenne, Racc. pag. 1365, punti 26 e 27, nonché 30 aprile 1996, causa C-13/94, P./S., Racc. pag. I-2143, punto 19).

24. Di conseguenza, la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessata (v., a proposito della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (GU L 39, pag. 40), sentenza P./S., cit., punto 20).

25. Il governo del Regno Unito sostiene che i fatti all'origine della controversia di cui alla causa principale sono conseguenza della scelta operata dal legislatore nazio-

nale di stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne. Poiché una siffatta facoltà è espressamente accordata agli Stati membri ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7, questi ultimi sarebbero autorizzati a derogare al principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di pensioni di vecchiaia. Il fatto che, come nella causa principale, la distinzione del regime pensionistico in funzione del sesso pregiudichi i diritti dei transessuali sarebbe priva di importanza..

26. Tale argomento non può essere accolto.

27. La sig.ra Richards sostiene che le sia stato impedito di godere di una pensione di vecchiaia dal momento in cui essa avesse raggiunto l'età di 60 anni, vale a dire dal momento in cui le donne nate prima del 6 aprile 1950 possono godere di detta pensione nel Regno Unito.

28. La disparità di trattamento controversa nella causa principale è dovuta all'impossibilità per la sig.ra Richards di vedersi riconoscere, ai fini dell'applicazione della legge del 1995 relativa alle pensioni di vecchiaia, il nuovo sesso da essa acquisito a seguito di un intervento chirurgico.

29. Contrariamente alle donne il cui genere non risulta da un intervento chirurgico di mutamento di sesso, le quali possono beneficiare di una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, la sig.ra Richards non può soddisfare una delle condizioni di accesso alla detta pensione, nella fattispecie quella relativa all'età pensionabile.

30. Poiché consegue ad una conversione sessuale, la disparità di trattamento che ha colpito la sig.ra Richards dev'essere considerata una discriminazione vietata dall'art. 4, n. 1, della direttiva 97/7.

31. Infatti la Corte ha già dichiarato che una normativa nazionale che impedisce che un transessuale, a causa del mancato riconoscimento del suo sesso acquisito, possa soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dal diritto comunitario dev'essere considerata in linea di principio incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario (v. sentenza K. B., cit., punti 30-34).

32. Il governo del Regno Unito rileva che nessun diritto attribuito dal diritto comunitario è stato violato attraverso la decisione 12 marzo 2002 di diniego della pensione, poiché il diritto a beneficiare di una pensione di vecchiaia deriva soltanto dal diritto nazionale.

33. Al riguardo è sufficiente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali, e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, da un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni (sentenze 12 luglio 2001, causa C-157/99, Smits e Peerbooms, Racc. pag. I-5473, punti 44-46, e 4 dicembre 2003, causa C-92/02, Kristiansen, Racc. pag. I-14597, punto 31).

34. Peraltro, le discriminazioni contrarie all'art. 4, n. 1, della direttiva 97/7 ricadono nell'ambito della deroga prevista dall'art. 7, n. 1, lett. a), di questa stessa direttiva soltanto a condizione di essere necessarie per raggiungere gli obiettivi che la direttiva intende perseguire, lasciando agli Stati membri la facoltà di mantenere un'età pensionabile diversa per gli uomini e per le donne (sentenza 7 luglio 1992, causa C-9/91, Equal Opportunities Commission, Racc. pag. I-4297, punto 13).

35. Benché i 'considerando' della direttiva non precisino la ragion d'essere delle

deroghe che essa prevede, dalla natura delle deroghe che figurano all'art. 7, n. 1, della direttiva si può dedurre che il legislatore comunitario ha inteso autorizzare gli Stati membri a mantenere temporaneamente, in materia di pensioni di vecchiaia, i benefici riconosciuti alle donne, al fine di consentire loro di procedere gradualmente ad una modifica dei sistemi pensionistici su tale punto senza perturbare il complesso equilibrio finanziario di questi sistemi, di cui non poteva disconoscere l'importanza. Tra questi benefici figura in particolare la possibilità, per i lavoratori di sesso femminile, di beneficiare del diritto alla pensione prima dei lavoratori di sesso maschile, come prevede l'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva (sentenza Equal Opportunities Commission, cit., punto 15).

36. Secondo una giurisprudenza costante, la deroga al divieto delle discriminazioni fondate sul sesso, prevista nell'art. 7, n. 1, lett. a), della direttiva 79/7, dev'essere interpretata in modo restrittivo (v. sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punto 36, e causa 262/84, Beets-Proper, Racc. pag. 773, punto 38, e 30 marzo 1993, causa C-328/91, Thomas e a., Racc. pag. I-1247, punto 8).

37. Pertanto tale disposizione dev'essere interpretata nel senso che essa si limita a stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne. La causa principale non riguarda tuttavia una siffatta misura.

38. Da quanto precede risulta che l'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7 osta ad una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata come donna in base al diritto nazionale.

Sulla seconda questione

39. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui la Corte dovesse dichiarare che la direttiva 79/7 osti alla normativa nazionale controversa nella causa principale, se gli effetti di una tale sentenza debbano essere limitati nel tempo.

40. Solo in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede (sentenze 2 febbraio 1988, causa 24/86, Blaizot, Racc. pag. 379, punto 28, e 23 maggio 2000, causa C-104/98, Buchner e a., Racc. pag. I-3625, punto 39).

41. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo di tale sentenza (sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk, Racc. pag. I-6193, cit., punto 52, e 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar, Racc. pag. I-2119, punto 68).

42. La Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando, da un lato, vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando, dall'altro,

risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione (sentenza Bidar, cit., punto 69).

43. Nel caso di specie, l'entrata in vigore, il 4 aprile 2005, della legge del 2004 ha l'effetto di far venir meno controversie quali quella che ha dato luogo alla causa principale. Inoltre, sia nelle osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte, sia in udienza, il governo del Regno Unito non ha mantenuto la domanda presentata nell'ambito della causa principale riguardante la limitazione nel tempo degli effetti della sentenza.

44. Di conseguenza, si deve rispondere alla seconda questione che non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

(omissis)

1) **L'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, osta ad una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia ad una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale.**

2) **Non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.**

La Corte europea dei diritti dell'uomo, a partire dalla pronuncia *Christine Goodwin v. the United Kingdom* del 2002, ha aperto la strada alla valutazione dei profili di violazione dei diritti fondamentali nel caso di restrizioni relative alle conseguenze giuridiche del mutamento di sesso. In questa fondamentale pronuncia, più volte richiamata dalla Corte di giustizia, il soggetto ricorrente era una persona transessuale passata, grazie a un'operazione chirurgica, dal sesso maschile a quello femminile. Questi denunciava la violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con riferimento a vari aspetti relativi allo status dei transessuali nel Regno Unito: dalla possibilità di contrarre matrimonio, al trattamento nei settori della sicurezza sociale, dell'occupazione e delle pensioni. Nella pronuncia Goodwin, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha constatato la violazione degli artt. 8 (rispetto della vita privata) e 12 (diritto al matrimonio) della CEDU, affermando che il mancato riconoscimento giuridico del mutamento di sesso aveva conseguenze rilevanti in violazione del rispetto alla vita privata con riferimento al problema delle pensioni e dell'età pensionabile, così come la negazione del diritto al matrimonio con persone di sesso opposto a quello acquisito rappresentava una violazione dell'art.12. (Sulla sentenza Goodwin, per un commento esaustivo, vedi Verschraegen B., *The Right to Private Life and Family Life, the Right to Marry and to Found a Family, and the Prohibition of Discrimination*, in Boele-Woelki C., Fuchs A., *Legal Recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerp, Oxford, New York, 2003, p. 194 ss.).

La Corte di giustizia delle Comunità europee ha dapprima ripreso questa pronuncia nel caso KB, nel quale simili considerazioni sulla base della pronuncia Goodwin si ponevano nell'ordinamento comunitario (sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.,* in *Racc.,* p. I-541; sul punto cfr. Tomasi L., *Le coppie non tradizionali (nuovamente) alla prova del diritto comunitario,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 2004, p. 977 ss.; Battaglia E., *Sesso e orientamento sessuale nell'interpretazione dell'art.141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito,* in *Il diritto dell'Unione europea.,* 2004, p. 599 ss). Il caso verteva sull'impossibilità di concedere una pensione di reversibilità al convivente nel caso di coppia che si trovi nell'impossibilità giuridica di sposarsi. Questa impossibilità derivava dal divieto inglese di modificare la propria situazione anagrafica nell'ipotesi in cui la persona si sottoponga ad un mutamento delle caratteristiche sessuali. La coppia in questione, pertanto, pur essendo formata da un uomo e da una donna, risultava ufficialmente formata da due donne e pertanto non poteva unirsi in matrimonio. Proprio questo elemento di impossibilità giuridica ha portato la Corte a pronunciarsi nel senso della possibile esistenza di una discriminazione ex art. 141.

La sentenza Goodwin ha poi spinto il Regno Unito ad adottare una riforma legislativa tramite il *Gender Recognition Act* del 2004, entrato in vigore il 4 aprile del 2005. In base a questa legge la persona transessuale (indipendentemente dal fatto di essersi sottoposta ad un'operazione chirurgica per mutare sesso) può chiedere un "certificato di riconoscimento del genere" a seguito del quale le vengono riconosciuti quasi interamente i diritti del sesso acquisito. Su questi aspetti interviene nuovamente la Corte di giustizia nel caso *Richards* nel quale il problema sorge in quanto il Regno Unito rifiuta di riconoscere "il diritto alla pensione prima del compimento del 65° anno di età a un transessuale passato dal sesso maschile a quello femminile, nel caso in cui tale persona avrebbe avuto diritto alla pensione al compimento del 60° anno se fosse stata considerata come donna sotto il profilo del diritto nazionale" (punto 46 delle conclusioni). La corretta interpretazione dell'art. 4, n. 1, della direttiva n. 79/7/CEE (direttiva del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, in *GUCE* L 6 del 10 gennaio 1979, p. 24 ss.) osta, secondo l'opinione dell'Avvocato generale Jacobs, ad una previsione di questo tipo.

La Corte accetta le conclusioni dell'Avvocato generale e, riprendendo quanto affermato nel caso KB, ribadisce che una normativa nazionale che non riconosce il sesso acquisito da un transessuale e di conseguenza gli impedisce di soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dal diritto comunitario, dev'essere considerata in linea di principio incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario. Se è vero che la direttiva 79/7 prevede una possibile deroga al divieto delle discriminazioni fondate sul sesso quanto all'età pensionabile, che può essere diversa per uomini e donne, si deve però sottolineare come non fosse questo il punto contestato dalla Sig.ra Richards, che anzi chiedeva di beneficiare dell'agevolazione riconosciuta al sesso femminile che le avrebbe consentito di anticipare il pensionamento. Nel caso di specie ci si trova quindi in una situazione di non conformità della normativa del Regno Unito rispetto al principio di non discriminazione contenuto nell'art. 4, n. 1 della direttiva in questione.

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

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

6

NOVEMBRE-DICEMBRE 2006

MAURO SFERRAZZA

Avvocato INPS

CAPACITÀ DI TESTIMONIARE DEL LAVORATORE E CONTROVERSIE FALLIMENTARI

Sommario: 1. Posizione del problema. 2. La tesi dell'incapacità. 3. Argomenti a sostegno della prospettiva della capacità. 4. Considerazioni conclusive.

1. Posizione del problema.

Attesa la particolarità del giudizio fallimentare, è stata posta in discussione la possibilità di offrire prova a mezzo della testimonianza del lavoratore nei giudizi originati da ricorsi aventi ad oggetto la domanda di ammissione al passivo del fallimento dell' impresa da cui era dipendente lo stesso predetto lavoratore, laddove i crediti azionati possano in qualche modo riflettersi o spiegare effetti sulla posizione del lavoratore.

Il riferimento va, segnatamente, alle controversie – relative alle domande di ammissione al passivo di crediti per contributi – avanzate dagli Istituti previdenziali. L'ipotesi classica è quella nella quale, assumendo la sussistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata (non denunciato o solo parzialmente regolarizzato) intercorso tra il lavoratore e l'impresa ora sottoposta a procedura concorsuale, l'Ente pubblico previdenziale avanzi richiesta di ammissione al passivo dell'importo dei relativi contributi obbligatori. La questione è: la prova della effettiva sussistenza del rapporto di lavoro subordinato di cui trattasi (rapporto che nel giudizio in questione assume rilievo incidentale), può essere offerta a mezzo testimonianza del lavoratore cui la contribuzione si riferisce?

Orbene, secondo una prima tesi, sarebbe configurabile in capo al lavoratore uno specifico interesse che, ai sensi della norma di cui all'art. 246 c.p.c. (1), lo renderebbe incapace di rendere a testimonianza. Seconda altra contrapposta tesi, l'interesse del lavoratore, seppur esistente, non è idoneo ad escludere la sua capacità a testimoniare, atteso il difetto di legittimazione a partecipare al giudizio. Tentiamo – di seguito – di operare una breve disamina della problematica.

---

(1) La norma di cui all'art. 246 c.p.c., così recita: «(Incapacità a testimoniare). Non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio».

Occorre, in primo luogo, evidenziare, *causa petendi*, *petitum* ed effetti della domanda di ammissione al passivo di contributi IVS.

Il presupposto della richiesta di riconoscimento del credito contributivo è rappresentato dalla effettiva sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo dipendente, tra la fallita impresa ed il lavoratore interessato: la controversia potrà poi riguardare, nel caso concreto, l'esistenza nell' *an* dello stesso rapporto, oppure aspetti e vicende concernenti le modalità di realizzazione della prestazione lavorativa, assertivamente differenti rispetto a quelle regolarizzate e quindi posti a fondamento di un'ulteriore pretesa contributiva (2).

L'accertamento di siffatto presupposto, dedotto in giudizio in via incidentale, assume valore strumentale rispetto al *petitum* (3), che consiste nella richiesta di iscrizione – dei relativi crediti contributivi – nello stato passivo del fallimento *de quo*.

Ma quali sono gli effetti reali o potenziali, concreti ed effettivi od ipotetici, dell'accoglimento della domanda di variazione dello stato passivo? Occorre, anzitutto, guardare in direzione della norma di cui all'art. 2116 c.c., che pone il noto principio di automaticità delle prestazioni previdenziali (4), in forza del quale, sussistendo il rapporto di lavoro subordinato, le conseguenti predette prestazioni previste dal sistema, sono dovute anche in mancanza del versamento dei relativi contributi.

Ne consegue, che l'eventuale accoglimento giurisdizionale della domanda di ammissione al passivo fallimentare dei contributi ha si l'effetto immediato e diretto di far conseguire all'Ente previdenziale il riconoscimento del proprio credito, allo scopo precipuo di concorrere alla ripartizione dell'attivo fallimentare, nella prospettiva della soddisfazione della stessa pretesa creditoria; ma può anche produrre – se vogliamo, indirettamente o per via riflessa – l'effetto giuridico di costituire una provvista contributiva (a prescindere dalla sua effettiva realizzazione), che potrà tornare utile al lavoratore, all'atto di eventuali sue richieste relative a prestazioni previdenziali (5).

2. La tesi dell'incapacità.

Sulla base di questo quadro complessivo, una prima tesi porterebbe dunque ad escludere la capacità del lavoratore di testimoniare in un giudizio instaurato contro il proprio ex datore di lavoro e diretto, seppur in via mediata, alla costituzione di

(2) Indennità varie corrisposte al dipendente e non assoggettate a contribuzione, corrispettivi "fuori busta", ecc.

(3) Inteso in via formale, come effetto giuridico al cui conseguimento tende l'azione; sotto il profilo sostanziale, come interesse sotteso al bene della vita in ordine al quale si chiede il riconoscimento; sotto l'aspetto processuale, come provvedimento giurisdizionale richiesto.

(4) In virtù di detto principio generale, come detto, oggi positivamente enunciato nella sua espressa formalizzazione codicistica, l'accertamento dell'esistenza del rapporto lavorativo di tipo dipendente, costituisce presupposto per il sorgere del relativo rapporto assicurativo.

(5) Esula dalla presente disamina, ogni considerazione in ordine alla efficacia (endoprocessuale o endofallimentare, o meno) del provvedimento giurisdizionale di ammissione di un credito al passivo fallimentare.

una provvista finanziario-contributiva riguardante la sua personale posizione assicurativa e previdenziale. Infatti, detto lavoratore ha un interesse all'accoglimento della domanda giudiziariamente avanzata dall'Ente gestore dei rapporti contributivi, poiché l'esito positivo del giudizio, si rifletterebbe favorevolmente sulla sua posizione assicurativa.

Non vi è dubbio che l'interesse di quel soggetto è un interesse personale, specifico e concreto e non è invece possibile parlare di un mero interesse marginale e comunque non rilevante nel giudizio fallimentare. Ciò non toglie, tuttavia, che la configurazione pur possibile di un tale interesse, non elimina *ex* sé la capacità a testimoniare, occorrendo a tal fine un'ulteriore requisito: la legittimazione a partecipare al giudizio. L'interesse del lavoratore deve essere tale da fondare la sua legittimazione processuale.

Può ipotizzarsi, sotto tale profilo, la legittimazione ad esperire l'intervento adesivo autonomo, ovvero quello adesivo dipendente. In relazione al primo, il lavoratore chiamato a testimoniare riveste uno specifico interesse consistente nel conseguimento dell'affermazione (accertamento e dichiarazione) del suo rapporto di lavoro, che – peraltro – potrebbe costituire il presupposto per ulteriori rivendicazioni salariali, sindacali e più in generale per ulteriori pretese suscettibili di valutazione economica. Quanto al secondo, l'interesse a sostenere e rafforzare le argomentazioni dell'attore, troverebbe riscontro nei benefici previdenziali che appunto conseguirebbero nell'ipotesi di incremento della sua anzianità contributiva e/o della relativa provvista.

Avuto, dunque, riguardo alla concreta situazione giuridica dedotta in giudizio, quale risultante delle domande e delle eccezioni, apprezzato l'oggetto specifico della pretesa, tenuto presente il risultato (potenziale od effettivo) dell'esito del giudizio, potrebbe rinvenirsi, in capo al ns. lavoratore, quell'interesse che fonda una sua legittimazione alla partecipazione al giudizio, che la norma di cui all'art. 246 del codice di rito civile, prevede quale causa di incapacità a testimoniare. Infatti, tale interesse, dovrebbe valutarsi in termini di "partecipazione potenziale" al processo, dovendosi conseguentemente prescindere da ogni indagine sulla circostanza che la partecipazione stessa sia o meno in concreto consentita dallo stato del procedimento in corso (6).

Del resto, la portata letterale della norma di cui all'art. 246 c.p.c. è tale («un interesse che potrebbe legittimare») da far pensare ad una rilevanza più sostanziale, che formale, dell'interesse qualificato di cui è portatore il potenziale interveniente. Al contrario, laddove si sposasse il criterio formalistico posto in funzione dell'effettiva possibilità di partecipazione al giudizio da parte del potenziale testimone, si giungerebbe alla conseguenza che il lavoratore è teste incapace nella causa di lavoro (poiché potrebbe appunto intervenire nella causa da terzi instaurata contro il datore di lavoro *in bonis*), mentre – atteso il rito – diventa (ragionando in termini di possibilità effettiva di intervenire nel giudizio, rispetto a quella potenziale) teste capace nella causa fallimentare.

(6) In tal senso, v. Cassazione, 13 febbraio 1978, n. 688, in *Archivio Civile*, 1978, 393.

La Corte di Cassazione ha, infatti, a tal proposito più volte affermato (7) che soltanto con riferimento ai procedimenti – aventi ad oggetto richieste di pagamento di contributi – pendenti tra un istituto previdenziale ed il datore di lavoro, allorché sorga contestazione circa la natura del rapporto di lavoro con il lavoratore cui i contributi medesimi si riferiscono e che andrà quindi accertata in via preliminare ed incidentale, può configurarsi in capo allo stesso lavoratore una posizione giuridica qualificata che ne consente la sua partecipazione al giudizio e, di conseguenza, la sua incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c. (8).

L'orientamento di cui è sopra cenno è reso ancor più esplicito dalla sentenza 23.11.1988, n. 6299 della Corte di Cassazione, la cui massima così recita: «Nel caso di giudizio tra datore di lavoro ed istituti previdenziali o assistenziali avente ad oggetto il pagamento di contributi, quando insorga contestazione sull'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con il dipendente cui si riferiscono i contributi, con la conseguenza che il detto rapporto deve essere preliminarmente accertato in via incidentale costituendo presupposto dell'obbligo contributivo, per il lavoratore si configura una posizione di diritto soggettivo, che consenta la sua partecipazione al giudizio, e così la sua incapacità a testimoniare (…).» (9).

La tesi dell'incapacità a testimoniare sembra anche accolta dalla Suprema Corte nella sentenza n. 2404 del 19.5.1989, laddove se da un lato si afferma che nelle controversie relative a rapporti economici compresi nel fallimento deve escludersi che il fallito possa rendere testimonianza, atteso che questi, nonostante l'attribuzione della legittimazione processuale al curatore, conserva la qualità di parte in senso sostanziale, dall'altro si precisa che il concetto di legittimazione *ex* art. 246 c.p.c. non può intendersi in senso soltanto formale, escludendosi per tale strada chi, pur avendo un interesse sostanziale ad una data definizione del giudizio, è però privo della capacità di esercitare, in quel processo, il proprio diritto sostanziale.

3. Argomentazioni a sostegno della prospettiva della capacità.

La tesi suesposta, tuttavia, non convince.

Occorre muovere dall'osservazione secondo la quale con l'intervento adesivo dipendente l'interessato tende a sostenere, sulla base di un proprio interesse giuridico, un diritto altrui, mentre l'intervento adesivo autonomo è spiegato, come sostiene la Corte di Cassazione, *ad infringendum iura utriusque partis* (10), ossia

(7) Occorre, peraltro, osservare che la giurisprudenza sul punto non è pacifica, rinvenendosi anche sentenze che invece ammettono la testimonianza del lavoratore nella causa promossa contro il suo datore di lavoro dall'Ente previdenziale, relativamente ad omissioni contributive afferenti la posizione di quello stesso lavoratore (cfr., Cassazione, 22 febbraio 1982, n. 1108, in *Massimario*, 1982, 246 e *Repertorio*, voce *Prova testimoniale*, n. 17).

(8) Cfr. Tribunale Venezia, sez. I, ord. 10.2.2000, n. 31, inedita.

(9) In *Informazione previdenziale,* 1989, 546. In senso conforme, tra le altre, Cassazione, 4 agosto 1998, n. 7661, in *Massimario*, 1998, 841 e, per il merito, Tribunale Ascoli Piceno, 14 marzo 2000, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, 2000, 53.

(10) Cfr. Cassazione, 17 ottobre 1992, n. 11404, in *Massimario*, 1992, 967.

si tratta di un intervento azionato da un creditore nella prassi giurisprudenziale definito "solidale", poiché, alla stessa stregua del creditore principale-ricorrente, agisce nei confronti del comune debitore convenuto per la tutela di un proprio (autonomo) diritto.

Orbene, nel supposto giudizio, come si è fatto sopra cenno, il lavoratore potrebbe potenzialmente rivestire sia quell'interesse che qualifica l'intervento adesivo dipendente, sia l'altro che fonda l'intervento adesivo autonomo. Ma ciò non toglie che manca comunque la legittimazione ad intervenire nel giudizio *de quo*. La controversia tra Ente previdenziale e curatela fallimentare, vertente in materia di richiesta di ammissione allo stato passivo, infatti, non tollera interventi di terzi, al di fuori dei casi normativamente previsti.

Sotto tale profilo, la contraria tesi principalmente fondata sulla sentenza n. 688/78 della Corte di Cassazione, non appare condivisibile. La massima della sentenza prima richiamata è la seguente: «L'interesse che potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio, previsto dall'art. 246 cod. proc. civ. come causa di incapacità a testimoniare, va valutato in termini di partecipazione potenziale e, quindi, a prescindere da ogni indagine sulla circostanza che la stessa sia o meno in concreto consentita dallo stadio del procedimento in corso».

Orbene, così come – ad esempio – rilevato dal Tribunale di Venezia nella sentenza 8 giugno 2001, n. 1307, «dalla lettura di tale massima risulta evidente che la fattispecie presa in considerazione dalla predetta sentenza è del tutto diversa dal caso di specie, posto che la (…..) non avrebbe mai potuto intervenire nel presente procedimento».

In altri termini, sembra voler dire il Tribunale di Venezia che, anche laddove si voglia affermare che il giudizio in ordine alla capacità del lavoratore di testimoniare nella causa da altri promossa contro l'*ex* datore di lavoro fallito, vada condotto in termini di capacità potenziale, ciò non significa che occorra limitare la valutazione all'astratto interesse giuridico rivestito dal lavoratore, ma soltanto che l'incapacità va comunque affermata laddove, pur potendo potenzialmente intervenire nel giudizio, quel soggetto non possa di fatto spiegare – in quel procedimento – la relativa azione.

Ma, nella vicenda processuale oggetto delle presenti brevi riflessioni, l'ipotizzato lavoratore, anche volendo, non potrebbe svolgere alcun intervento, proprio in considerazione dell'oggetto della controversia e della particolarità del rito fallimentare.

Giurisprudenza piuttosto concorde ripete che l'incapacità a testimoniare *ex* art. 246 c.p.c. ricorre allorché il lavoratore chiamato a deporre abbia nella causa un interesse tale da legittimarne una sua assunzione della qualità di parte in senso sostanziale e processuale nel giudizio (11). Deve, cioè, trattarsi di un interesse giuridico attuale e concreto tale da fondare la legittimazione del teste al giudizio, mentre resta

(11) Tra le altre, Cassazione, 13 agosto 1987, n. 6932, in *Massimario*, 1987, 1188; Cassazione, 8 agosto 1990, n. 7990, ivi, 1990, 943; Cassazione, 3 febbraio 1993, n. 1341, ivi, 1993, 135; Cassazione, 4 marzo 1997, n. 1887, ivi, 1997, 180 e *Repertorio*, 1997, voce *Prova testimoniale*, n. 36; Cassazione, 29 aprile 1998, n. 4358, in *Massimario*, 1998, 454.

inidoneo, ai fini qui in esame, la sussistenza di un interesse di mero fatto (12). La circostanza, cioè, che il lavoratore chiamato a deporre abbia o possa avere un interesse concreto e di fatto ad un determinato esito del giudizio, non è da sola sufficiente a statuire la sua incapacità a deporre.

In tal senso, ad esempio, in una causa relativa alla legittimità del licenziamento di un lavoratore, è stata ritenuta non sussistere l'incapacità a testimoniare di altri dipendenti colleghi del lavoratore destinatario del licenziamento, ancorché questi potessero avere un interesse alla definizione in un determinato modo del giudizio, profilandosi possibili ipotesi di omissione in ordine al fatto commesso dal lavoratore colpito dal licenziamento (13).

Nella stessa direzione, in altra causa relativa alla legittimità del licenziamento, l'interesse di mero fatto – rinvenibile in capo alla persona aggredita dal lavoratore licenziato –, ad un dato esito del giudizio, non è stato ritenuto tale da legittimare la sua partecipazione a quel giudizio e quindi sufficientemente qualificato ad escludere la capacità a testimoniare (14).

In breve, come più volte affermato dalla Suprema Corte, «l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale, che comporta una legittimazione principale a proporre l'azione, ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati. Tale interesse non si identifica con l'interesse di mero fatto che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo la controversia in cui esso sia chiamato a deporre, pendente tra altre parti (…).» (15).

L'assunto, è stato riaffermato anche di recente (16).

4. Considerazioni conclusive.

Deve ritenersi che qualsiasi condizione o circostanza, sia di carattere oggettivo così come di carattere soggettivo, che si ponga al di fuori delle tassative ipotesi previste quali causa d'incapacità a deporre, anche laddove la predetta condizione o circostanza possa spiegare un interesse qualificato e influenzare la veridicità della testimonianza, resti comunque estraneo all'ambito della capacità, per ricadere invece in quello dell'attendibilità, che sta su un piano completamente diverso.

In tal ottica sembra muoversi anche la giurisprudenza di legittimità, nel

(12) Tra le tante, Cassazione, 8 novembre 1974, n. 3460, in *Massimario*, 1974, n. 786; Cassazione, 12 aprile 1984, n. 2363, ivi, 1984, 466; Cassazione, 17 gennaio 1987, n. 387, ivi, 1987, 71; Cassazione, 13 agosto 1987, n. 6932, ivi, 1987, 1188; Cassazione, 8 agosto 1990, n. 7990, *cit*.; Cassazione, 3 febbraio 1993, n. 1341, *cit.*; Cassazione, del 14 luglio 1993, n. 7800, in *Massimario*, 1993, 747; Cassazione, 5 gennaio 1994, n. 32, ivi, 1994, 4; Cassazione, 4 marzo 1997, n. 1887, *cit.*; Cassazione, 20 marzo 1999, n. 2618, in *Massimario*, 1999, 333, consultabile in banca dati del *Foro italiano*.

(13) Cfr. Cassazione, 3 febbraio 1993, n. 1341, *cit*.

(14) Cfr. Cassazione, 5 gennaio 1994, n. 32, *cit*.

(15) Cassazione, 20 marzo 1999, n. 2618, *cit*.

(16) Cfr. Cassazione, 16 giugno 2003, n. 9650, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2003, 1496.

momento in cui afferma che le incapacità personali sono soltanto quelle tassativamente indicate dalla legge e tra queste, in difetto di specifica previsione normativa, non rientra l'incapacità di testimoniare la quale, per qualsiasi soggetto chiamato a deporre nel giudizio fallimentare, resta legata *ex* art 246 c.p.c., alla sussistenza o meno di una situazione di incompatibilità tra la qualità di teste e quella di parte (anche virtuale) nel medesimo procedimento giudiziario (17).

In definitiva, sembra potersi concludere nel senso che l'esistenza di un rapporto lavorativo intercorso con il datore di lavoro poi fallito, non preclude al lavoratore di rendere testimonianza nel giudizio promosso da terzi per chiedere l'ammissione al passivo del credito portato per contributi afferenti la posizione assicurativa del lavoratore medesimo, atteso che questi non è legittimato all'intervento in quel giudizio: di conseguenza, la sua testimonianza potrà avere semmai rilievo solo in sede di valutazione dell'attendibilità del teste e della sua deposizione (18). Peraltro, sotto tale profilo, la capacità a deporre, per converso, «non esonera, infatti, il giudice dal dovere di esaminare l'intrinseca attendibilità del testimone, specialmente nel caso di contrasto tra le risultanze di prove diverse, ed in tal giudizio legittimamente si tiene conto, dell'interesse che il teste ha all'esito del giudizio, anche laddove tale interesse non sia formalmente tale da legittimare la sua partecipazione al processo.» (19).

Ciò, in quanto l'ipotesi dell'incapacità a testimoniare di cui all'art. 246 c.p.c. ricorre unicamente allorché la persona chiamata a deporre abbia nella causa un interesse che sia tale da coinvolgerla nel rapporto controverso e da legittimare una sua assunzione della qualità di parte in senso sostanziale e processuale nel giudizio (20).

Pertanto, la titolarità di un interesse pur qualificato *ex* art. 246 c.p.c. non conduce ad escludere la capacità del lavoratore di deporre in cause da altri instaurate contro il suo ex datore di lavoro dichiarato fallito, ancorché si controverta in ordine alla sua posizione sostanziale, in quanto, stante la peculiarità del procedimento fallimentare ed atteso l'oggetto del giudizio, questi non è legittimato all'intervento nello stesso, potendo semmai proporre soltanto un autonomo ricorso *ex* art. 101 L.F. Rimane il problema dell'attendibilità del teste e della veridicità della deposizione, problema che però si pone su un piano diverso da quello della capacità di testimoniare.

---

(17) Cfr. Cassazione, 17 maggio 1986, n. 3265, in *Fallimento*, 1986, 1321.

(18) In tal senso, ad esempio, Cassazione, 21 agosto 2003, n. 12317, in *Repertorio*, 2003, voce *Prova testimoniale*, n. 20, consultabile in banca dati del *Foro italiano*, secondo cui l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., è determinata soltanto da un interesse giuridico attuale e concreto, che legittimerebbe, *ex* art. 100 c.p.c. la partecipazione del teste al giudizio, mentre la sussistenza di un interesse di mero fatto, idoneo ad influire sulla veridicità della testimonianza, attiene unicamente alla attendibilità del teste.

(19) Cassazione, 18 marzo 2003, n. 3965, in *Repertorio*, 2003, voce *Prova testimoniale*, n. 17, consultabile in banca dati del *Foro italiano*.

(20) Cfr. Cassazione, 29 aprile 1998, n. 4358, *cit.*; Cassazione, 27 febbraio 2001, n. 2842, in *Repertorio*, 2001, voce *Prova testimoniale*, n. 8, consultabile in banca dati del *Foro italiano*.

MASSIMILIANO MORELLI

Avvocato INPS

NATURA GIURIDICA DELLE OBBLIGAZIONI DEL FONDO DI GARANZIA EX ART. 2 L. 297/82: NOTA A CASS., SEZ. LAV., 19/12/2005, N. 27917

Sommario: 1. Premessa: la sent. Cass. n. 27917/05 riapre il dibattito sulla natura giuridica delle obbligazioni del fondo di garanzia; 2. La tutela contro l'insolvenza del datore di lavoro. In particolare, le prestazioni a carico del fondo di garanzia; a. il tfr; b. i c.d. "crediti diversi". Dalla c.d. "sentenza Francovich" all'attuazione della direttiva 987/80; 3. Le SS.UU. e l'affermata natura retributiva delle obbligazioni del fondo; 4. La costruzione "duale": natura retributiva del pagamento del tfr e natura previdenziale del pagamento delle ultime tre mensilità; 5. La sentenza n. 27917/05: autonomia dell'obbligazione al pagamento del tfr; 6. Riflessi in materia di prescrizione; 7. Conseguenze di ordine processuale; 8. Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA: LA SENT. CASS. n. 27917/05 RIAPRE IL DIBATTITO SULLA NATURA GIURIDICA DELLE OBBLIGAZIONI DEL FONDO DI GARANZIA

Sembrava ormai sopito il dibattito giurisprudenziale in ordine alla natura giuridica – retributiva o previdenziale – da riconoscere alle prestazioni a carico del Fondo di Garanzia istituito presso l'Inps ai sensi della legge 297/82.

A comporre il contrasto erano invero intervenute, con la sentenza n. 13988 del 2002 e immediatamente dopo con la 14220 del 2002, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali avevano optato per la qualificazione in termini retributivi delle prestazioni erogate dal Fondo.

La successiva giurisprudenza di legittimità si è sostanzialmente mantenuta nel solco delle pronunzie delle SS.UU., anche se un primo ripensamento si è verificato con riferimento al pagamento delle ultime tre mensilità di retribuzione, avuto riguardo alla peculiarità della disciplina di cui al D.Lgs. 80/92.

Ora, con la sentenza che si annota, resa dalla Sezione Lavoro (Pres. Mileo, Rel. Picone), la Corte, pur riaffermando incidentalmente il principio di diritto enunciato dalla citata sentenza n. 13988, muta il proprio orientamento assegnando natura previdenziale anche all'obbligazione al pagamento del TFR. Ed il *revirement* pare ulteriormente rafforzato dalle ultime pronunce rese dalla S.C. in materia, che muovono tutte dal principio affermato dalla sentenza 27917/05.

Ma prima di procedere alla disamina della ricostruzione operata dal Giudice

di legittimità, appare necessario tratteggiare sinteticamente l'istituto e le prestazioni erogate dal Fondo e ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza nella materia *de qua*.

2. LA TUTELA CONTRO L'INSOLVENZA DEL DATORE DI LAVORO. IN PARTICOLARE, LE PRESTAZIONI A CARICO DEL FONDO DI GARANZIA.

Va preliminarmente chiarito che le prestazioni economiche a carico del Fondo di Garanzia che costituiscono oggetto della presente trattazione, non esauriscono gli interventi in cui si articola la garanzia riconosciuta dalla legge in favore del lavoratore nel caso di insolvenza del datore di lavoro.

Il D.Lgs. 80/92, sulla cui genesi si dirà, ha invero riconosciuto, tra l'altro, al lavoratore, la garanzia della posizione contributiva, non solo per l'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti, ma anche presso i fondi di previdenza integrativa per prestazioni di vecchiaia e superstiti (1).

Anzi, come ha ben evidenziato la dottrina, si può dire che l'intervento più rilevante dell'intero complesso normativo di tutela contro l'insolvenza sia proprio quello relativo alla garanzia della posizione previdenziale, in quanto investe senza limiti tutto il rapporto di lavoro (2), dando ingresso nell'assicurazione obbligatoria IVS, in eccezione alla regola generale, al principio di automaticità totale delle prestazioni (3).

Ma veniamo ora alle prestazioni che ci occupano, che riguardano il trattamento di fine rapporto e le ultime mensilità non corrisposte.

---

(1) Per una completa disamina del complesso di tutele apprestate dall'ordinamento, in special modo quelle introdotte dal D.Lgs. 80/92, si vedano A. VALLEBONA, *La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro,* in *Riv. it. dir. lav.,* 1993, I, 72 ss; A. BELLAVISTA, voce *Insolvenza del datore di lavoro,* in *Enc. Dir.,* Agg.to IV, Giuffrè, 2000, 688 ss; G. CIVALE, *Insolvenza dell'imprenditore e tutela dei crediti di lavoro*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1993, I, 441 ss. Da segnalare, in ordine all'intervento del Fondo a garanzia delle prestazioni di previdenza complementare, la sentenza della Corte d'Appello di Bari, sez. lav., 3/6/2004, n. 3551, con nota di A.L. FRAIOLI, *Tutela dei lavoratori subordinati e insolvenza del datore di lavoro: la previdenza complementare*, in *Prev. ass. pubb. priv*., Giuffrè, Milano, 2005, pagg. 178 ss.

(2) A. VALLEBONA, *La garanzia,* cit., 84.

(3) L'art. 3, 1° co., D.Lgs. 80/92, dispone invero che nel caso in cui il datore di lavoro sottoposto a procedura concorsuale abbia omesso, in tutto o in parte, di versare i contributi per l'assicurazione obbligatoria. invalidità, vecchiaia c superstiti c non possa più versarli per sopravvenuta prescrizione, il lavoratore interessato possa richiedere al competente istituto di previdenza e assistenza obbligatoria che ai fini del diritto e della misura della prestazione vengano considerati come versati i contributi omessi e prescritti. Viceversa, la norma di riferimento in tema dl accredito figurativo di contributi omessi, l'art. 27 R.D.L. 14/4/1939, n. 636, dispone che "Il requisito di contribuzione stabilito per il diritto alle prestazioni di vecchiaia, invalidità e superstiti, si intende verificato anche quando i contributi non siano effettivamente versati. ma risultino dovuti nei limiti della prescrizione decennale".

a. il TFR

Con Direttiva 20 ottobre 1980 n. 987 (4) la Comunità Europea impegnava i Paesi membri a adottare le misure necessarie affinché appositi organismi di garanzia assicurassero la tutela dei diritti dei lavoratori subordinati nei confronti dei datori di lavoro in caso d'insolvenza di questi ultimi accertata in sede di procedura concorsuale.

In attuazione della citata Direttiva, la legge 29 maggio 1982 n. 297, recante la disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica, ha previsto, all'art. 2, l'istituzione presso l'INPS del "Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto" con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro insolvente nel pagamento del trattamento di fine rapporto.

Il Fondo, alimentato da un contributo a carico dei datori di lavoro, interviene in presenza dei seguenti presupposti:

a) cessazione del rapporto di lavoro subordinato, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, per una qualsiasi delle cause previste dalla vigente legislazione;

b) apertura, con le modalità previste dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e successive modifiche e integrazioni, di una procedura concorsuale: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria ex lege n. 95/1979 (in quest'ultima ipotesi solo se l'esercizio d'impresa non sia stato autorizzato ovvero se autorizzato sia cessato (5). Ove il datore di lavoro sia impresa che svolga attività "transnazionale" può trattarsi, secondo le norme introdotte dal D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 186, anche di procedura concorsuale aperta in altro Stato membro a condizione che il dipendente abbia svolto abitualmente la sua attività in Italia.

c) accertamento, nell'ambito della procedura, dell'esistenza di uno specifico credito a titolo di TFR (6);

d) domanda del lavoratore o suoi aventi causa, da presentarsi decorso il termine dilatorio di quindici giorni dalla data del deposito dello stato passivo reso esecutivo, in caso di fallimento e liquidazione coatta amministrativa, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione, in caso di concordato preventivo. Nel

---

(4) In http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980L0987:IT:HTML. Sulla genesi – anche politica – e i fondamenti della direttiva si veda L. Barboni – A. Furlani, *Tutela dei crediti da lavoro e attuazione del diritto comunitario*, Cedam, 1996, 13 ss.

(5) L'amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi, originariamente esclusa dalla tutela, è stata poi espressamente ricompresa nell'ambito di operatività del Fondo dalla legge 166/91. Resta esclusa l'amministrazione controllata in cui manca la dichiarazione di insolvenza. Tuttavia la nuova nozione di insolvenza delineata dalla direttiva 2002/74/CE appare ricomprendere anche tale ultima procedura. Si veda sul punto M. Pallini, *La nuova disciplina comunitaria della tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore: la direttiva 2002/74/CE*, Working paper C.S.D.LE "Massimo D'Antona"– 19/04, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/

(6) L'ammissione al passivo è requisito indefettibile e "*non può essere escluso neanche a seguito della dimostrazione, da parte del lavoratore, che la mancata insinuazione nel passivo fallimentare del suo credito è addebitabile alla incolpevole non conoscenza da parte sua dell'apertura della procedura fallimentare, poiché la legge fallimentare contiene una serie di disposizioni che, assicurano ai terzi la possibilità di conoscenza in relazione ai diversi atti del procedimento e svolgono, quindi, la funzione di una vera e propria pubblicità dichiarativa*" (Cass., sez. lav., 27/8/2004, n. 17079).

caso siano proposte opposizioni o impugnazioni relative al preteso credito, il *dies a quo* coincide con la data della sentenza che le decide; nell'ipotesi di insinuazione tardiva di crediti il computo dei quindici giorni si effettua dalla data del decreto di ammissione al passivo o da quella della sentenza che definisce l'eventuale giudizio insorto a seguito della contestazione del curatore (7).

Ma l'ordinamento italiano, ampliando la tutela rispetto alla garanzia minima apprestata dalla direttiva comunitaria – che vede come destinatari i soli lavoratori rispetto ai quali vi sia stata formale pronuncia di insolvenza – prevede l'intervento del Fondo anche in favore dei dipendenti dei datori di lavoro non soggetti alle disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267. In tale ipotesi il pagamento da parte del Fondo è subordinato, oltre alla cessazione del rapporto di lavoro e all'inadempimento posto in essere dal debitore, alla condizione che "*a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti*".

In sostanza, poiché il lavoratore non può ottenere nei confronti del proprio datore di lavoro, per dimostrarne l'insolvenza, l'apertura di una procedura concorsuale, deve provare che più non sussiste, anche solo in parte, la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 c.c.. E tale prova è costituita dall'esperimento infruttuoso dell'esecuzione forzata.

Discusso è in giurisprudenza il grado di diligenza esigibile dal lavoratore nell'esercizio dell'azione esecutiva; a fronte di un orientamento più rigoroso, che richiede una seria e adeguata attività di ricerca dei beni del debitore (8), si pone un'interpretazione della norma che privilegia la tutela del lavoratore-soggetto debole e ritiene sufficiente l'esperimento di qualsiasi tentativo di esecuzione (9). Condivisibile appare il recente intervento della S.C. che, scegliendo una linea mediana, connette ad una valutazione probabilistica di economicità la misura della diligenza richiesta al creditore nella scelta delle azioni esecutive da intraprendere (10).

i c.d. "crediti diversi". dalla c.d. "sentenza Francovich" all'attuazione della direttiva 987/80

Il D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, recante l'"Attuazione della Direttiva 80/987/CEE in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del

---

(7) Per gli aspetti di dettaglio delle modalità e termini di accesso alle prestazioni del Fondo si veda A. Caiafa, *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*, CEDAM, 2004, 112 ss. Quanto alla prassi dell'Inps, gestore del Fondo, si veda la circolare n. 122 del 31/5/1993, *Trattamento di fine rapporto. Riepilogo e coordinamento delle disposizioni vigenti*, in www.inps.it.

(8) Cass., sez. lav., 2/4/2002, n. 4666; Cass., sez. lav., 11/7/2003, n. 10953.

(9) Cass., sez. lav., 29/1/2002, n. 1136; Cass., sez. lav., 16/1/2004, n. 625; Cass., sez. lav., 2/2/2004, n. 1848.

(10) Cass., sez. lav., 29/7/2004, n. 14447, che ha statuito che il lavoratore, "*qualora si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione è tenuto ad esperire quelle che appaiano fruttuose secondo il principio dell'ordinaria diligenza, ma non è tenuto ad esperire azioni esecutive che appaiano infruttuose o aleatorie, quando, per queste ultime, i costi certi superino i benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità*".

datore di lavoro" ha esteso l'intervento del Fondo di Garanzia – già istituito dalla legge 297/82 per la tutela dei crediti correlati alla cessazione del rapporto – ai crediti di lavoro diversi dal TFR inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro precedenti all'apertura della procedura concorsuale cui è assoggettato il datore di lavoro.

All'emanazione della norma, che costituisce attuazione tardiva della direttiva 80/987, si è pervenuti attraverso un travagliato percorso che ha coinvolto gli organi comunitari, investiti dell'inadempimento dello Stato Italiano (11), e sfociato in una pronunzia storica della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la c.d. "sentenza Francovich" (12). La sentenza costituisce invero un tassello fondamentale nell'evoluzione del diritto comunitario ed è espressione di quel ruolo "creativo" assunto dalla Corte di Giustizia -nell'ottica dell'effettività dell'ordinamento sopranazionale- quale garante del rispetto degli obblighi da parte degli Stati membri (13).

Val la pena in proposito soffermarsi sul forte elemento di novità introdotto dalla pronunzia in parola, con la quale la Corte di Lussemburgo ha fissato il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario.

A tale conclusione la Corte è pervenuta pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali relative proprio alla direttiva 80/987 ed in particolare:

1) alla possibilità di riconoscere efficacia diretta alle norme della direttiva;

2) all'esistenza ed alla portata della responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi imposti dalla direttiva.

Alla prima questione la Corte ha dato risposta negativa, osservando che le disposizioni della direttiva sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore, pur incondizionate e sufficientemente precise (14) in punto di beneficiari e contenuto della garanzia, non possono ritenersi idonee a far valere la tutela di fronte ai giudici nazionali, in quanto non è precisato chi sia il soggetto tenuto alla garanzia.

Tuttavia, tale inattuabilità dell'obbligo comunitario non può, ad avviso della Corte, condurre a mettere "a repentaglio la piena efficacia della norma comunitaria" e a "infirmare la tutela dei diritti da essa riconosciuti" (15).

Sulla scorta di tale constatazione e alla luce dell'art. 5 del Trattato (ora art. 10) la Corte fissa così l'obbligo del risarcimento, fissando le seguenti condizioni per il sorgere della responsabilità dello Stato:

1) che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti in favore dei singoli;

---

(11) Inadempimento dichiarato con sentenza 2 febbraio 1989, Commissione/Italia (causa 22/87, Racc. pag. 143).

(12) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 19/11/1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90 (Francovich c. Repubblica italiana; Bonifaci e altri c. Repubblica italiana), in *Foro it*., 1992, IV, 145.

(13) Per un sintetico, ma completo, esame di tale funzione "creativa" assunta dalla C.G si veda R. Foglia, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per i1 futuro, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, vol. n. 27, *Ordinamento comunitario e i rapporti di lavoro*, UTET, 2004.

(14) Si tratta dei criteri stabiliti dalla pronunzia 22/6/1989 (Fratelli Costanzo spa c/Comune di Milano) causa 103/88, in http://www.jus.unitn.it/appalti/giurisprudenza/eu/1988/c103-88_1989.html.

(15) si veda il par. 32 della sentenza.

2) che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;

3) l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

E alla luce di tali principi, lo Stato italiano si è finalmente risoluto ad attuare la direttiva con il D.Lgs. 80/92, attuativo della delega contenuta nell'art. 48 legge 29 dicembre 1990, n. 428.

Nel decreto, che ha efficacia con riferimento alle sole procedure aperte o iniziate successivamente alla sua entrata in vigore, è stata prevista un'apposita disciplina per ottemperare alla pronuncia della Corte di Giustizia, intervenuta nelle more dell'attuazione della legge delega, stabilendo criteri e modalità di determinazione dell'"*indennità eventualmente spettante (...) per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva CEE 80/987*" (art. 2, comma 7, D.Lgs. 80/92).

A tal fine si applicano i medesimi termini, misure e modalità previsti per l'intervento ordinario del Fondo (di cui ai commi 1, 2 e 4 dell'art. 2) così pervenendo al risultato di attribuire una sorta di efficacia retroattiva indiretta alle disposizioni del decreto (16).

La norma sull'indennizzo non si applica ai dipendenti di datori di lavoro non soggetti a procedure concorsuali, diversamente che per l'intervento a regime (17).

Sul punto ha destato perplessità il termine di decadenza annuale, decorrente dall'entrata in vigore del decreto, previsto per l'esercizio dell'azione risarcitoria, ritenuto in contrasto con la sentenza Francovich, laddove questa statuisce che "*le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento*" (par. 43). In particolare si è ritenuto che la brevità di tale termine annuale, rispetto a quello quinquennale previsto per l'illecito aquiliano, rappresenterebbe una condizione meno favorevole rispetto a quelle esistenti nell'ordinamento interno per ricorsi dello stesso genere.

La Corte di Giustizia – intervenuta sul punto – pur sottolineando l'impossibilità di procedere ad un'indagine sul sistema dei rimedi processuali nel diritto interno, ha affermato che il diritto comunitario non osta all'apposizione di un termine di decadenza annuale decorrente da una certa data (posto che questo termine soddisfa il c.d. principio di effettività), precisando tuttavia che tale modalità procedurale deve soddisfare al contempo anche il principio dell'equivalenza, nel senso del

---

(16) VALLEBONA, *La garanzia*, cit., 82 s.

(17) A. VALLEBONA, *La garanzia*, cit., 83, considera l'esclusione conforme alla Direttiva che fa riferimento alle sole procedure concorsuali. Tuttavia altra parte della dottrina, in particolare A. FURLANI, *L'azione di danno per la mancata attuazione nei termini della direttiva comunitaria*, in L. BARBONI, A. FURLANI, *Tutela dei crediti*, cit., 76 ss., ravvisa l'ingiustificata disparità di trattamento che un sistema così tratteggiato determina. Pronunciandosi indirettamente sul punto, con la sentenza c.d. "Francovich 2", la Corte ha confermato la legittimità della distinzione operata dal d.lgs. n. 80 del 1992 fra le due sfere di disciplina, una valevole per il futuro, l'altra per le fattispecie anteriori.

carattere ugualmente favorevole rispetto a ricorsi analoghi di natura interna. Stante la necessità di riferirsi ai principi processuali del diritto interno, tale valutazione è, tuttavia, rimessa dalla corte al giudice nazionale (18).

Ed il Giudice nazionale, qualificando l'indennizzo di cui al comma 7 quale risarcimento derivante da responsabilità aquiliana (19), ha ritenuto che la norma sul risarcimento sia coerente con i principi statuiti dal Giudice Europeo, in quanto "*la stessa non deve confrontarsi con quella prevista ex art. 2043 c.c., bensì con quella prevista dallo stesso decreto per i casi "a regime", rispetto ai quali non è prescritta una disciplina di minor favore*" (20).

Fatta questa doverosa premessa in ordine alla genesi del decreto in argomento appare opportuno passare ad illustrare le modalità ordinarie di intervento del Fondo, rimandando per l'ambito soggettivo e le concrete modalità di intervento a quanto osservato a proposito della garanzia del TFR.

Quanto all'oggetto della tutela l'art. 2 del menzionato decreto ne stabilisce estensione e limiti disponendo, al 1° comma, che "*Il pagamento effettuato dal Fondo di garanzia ai sensi dell'art. 1 è relativo ai crediti di lavoro, diversi da quelli spettanti a titolo di trattamento di fine rapporto, inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro rientranti nei dodici mesi che precedono: a) la data del provvedimento che determina l'apertura di una delle procedure indicate nell'art. 1, comma 1; b) la data di inizio dell'esecuzione forzata; c) la data del provvedimento di messa in liquidazione o di cessazione dell'esercizio provvisorio ovvero dell'autorizzazione alla continuazione dell'esercizio di impresa per i lavoratori che abbiano continuato a prestare attività lavorativa, ovvero la data di cessazione del rapporto di lavoro, se questa è intervenuta durante la continuazione dell'attività dell'impresa".*

Anche tale norma, seppur migliorativa rispetto al minimo di tutela previsto dalla direttiva (21), è stata oggetto di ripetuti interventi della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione.

Invero, l'aver tradotto il riferimento all'insorgere dell'insolvenza, espressamente utilizzata negli artt. 3, n. 2 e 4, n. 2 della direttiva 987/80, con "*la data del provvedimento di apertura della procedura concorsuale" o "la data di inizio dell'esecuzione forzata*" ha suscitato dubbi di legittimità costituzionale e di conformità della norma interna alle disposizioni dell'ordinamento comunitario. Se i primi

(18) Corte giustizia Comunità europee, 10/7/1997, n. 261/95 (Palmisani c. Inps), in *Foro it.*, 1998, IV, 215.

(19) Si vedano sentenza Cass., sez. lav., 09/4/2001, n. 5249; Cass., sez. lav., 5/12/2001, n. 15332, in Riv. Prev. Pubbl. Priv., 2002, 255 ss., con nota di P. Pozzaglia. Deve tuttavia darsi conto del precedente orientamento della S.C. (Cass., sez. lav., 11/10/1995, n. 10617) che aveva escluso che dalle norme dell'ordinamento comunitario potesse discendere, nell'ordinamento interno il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e, conseguentemente che si potesse qualificare illecito da imputare allo Stato-persona, l'inadempimento agli obblighi comunitari.

(20) Cass., sez. lav., 26/8/2004, n. 16965.

(21) L'ordinamento italiano ha invero scelto – quale data dalla quale computare il periodo garantito – tra le tre opzioni indicate nell'art. 3, 2° co., della direttiva, quella dell' "insorgere dell'insolvenza", estendendo però il menzionato periodo – con deroga *in melius* verso il lavoratore – dai 6 mesi all'anno.

sono stati considerati irrilevanti dal Giudice delle leggi, che non ha ritenuto la norma lesiva del regime di uguaglianza (22), i secondi hanno trovato riscontro nella pronuncia della CGCE, adìta in sede di rinvio pregiudiziale sulla questione concernente la decorrenza per il calcolo a ritroso del termine annuale di riferimento (23).

Ha opinato invero la Corte che ancorare il *dies a quo* al provvedimento di apertura della procedura concorsuale può condurre all'annullamento della garanzia, in quanto la si fa dipendere dalla durata del procedimento giudiziale diretto alla formale dichiarazione di insolvenza e quindi da motivi del tutto indipendenti dal comportamento dei lavoratori. Un simile effetto sarebbe in contrasto con la finalità della direttiva di garantire ai lavoratori subordinati una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro.

In realtà il riferimento all'insorgere dell'insolvenza, di cui all'art. 4, 2° co. della direttiva è di natura "atecnica", come ha osservato la dottrina (24). Tenendo conto della finalità sociale della direttiva, pertanto, la Corte ha interpretato la nozione dell'"insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro" "*nel senso che designa la data della domanda diretta all'apertura del procedimento di soddisfacimento collettivo dei creditori, fermo restando che la garanzia non può essere concessa prima della decisione di apertura di tale procedimento o dell'accertamento della chiusura definitiva dell'impresa, in caso di insufficienza dell'attivo*".

Tuttavia la chiara pronuncia della Corte di Giustizia ha aperto un ulteriore fronte di dibattito nella giurisprudenza e nella dottrina: quello relativo agli effetti di tale pronuncia nell'ordinamento nazionale.

Da un lato si è ritenuta del tutto ininfluente la pronunzia nel nostro ordinamento, atteso che la direttiva 987 rientra nel novero di quelle applicabili non direttamente ma solo con la mediazione dell'ordinamento nazionale, e ciò sulla scorta della pronunzia della stessa Corte di Giustizia resa nel citato "caso Francovich". Né tale orientamento ha ritenuto possibile addivenire ad un'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale al diritto comunitario, in quanto la norma del Decreto 80 non è apparsa suscettibile di una diversa interpretazione compatibile con la direttiva (25).

Su un altro fronte, le cui argomentazioni giuridiche appaiono condivisibili, la giurisprudenza e la dottrina – ma anche lo stesso Inps che si è immediatamente adeguato alla pronunzia della Corte di Giustizia (26) – hanno ritenuto direttamente applicabile la direttiva 987 – e conseguentemente la pronuncia della Corte ex art. 5 (ora art. 10) del Trattato, con conseguente obbligo di disapplicazione della normativa interna – essendo stato individuato il soggetto tenuto alla garanzia, con conseguente venir meno dell'elemento ostativo alla diretta applicabilità rinvenuto dalla stessa Corte nella pronunzia Francovich (27).

Ma recentemente la giurisprudenza si è spinta ancora oltre. Invero l'estensio-

---

(22) C. Cost., 9/7/1996, n. 240.

(23) sent. 10/7/97, causa C373/95 (Maso c/Inps) in http://curia.europa.eu/it/actu/activites/act97/9721it.htm#C-373/95

(24) Così VALLEBONA, *La garanzia*, cit., 75 s.

(25) Cass., sez. lav., sent. 4/6/1999, n. 5524.

(26) Con la circolare n. 55 del 5/3/1998, in www.inps.it

(27) Cass., sez. lav., sent. 9/2/1999, n. 1106.

ne della garanzia ai dipendenti da datori di lavori non assoggettabili a procedure concorsuali, non rientranti nella tutela minima della direttiva, appariva rendere "*insuperabile in via ermeneutica il difetto della normativa italiana che ancora il dies a quo (...) alla data di inizio dell'esecuzione forzata e che perciò produce l'effetto di vanificare la garanzia se, cessato il rapporto, l'inizio dell'esecuzione forzata (...) richieda più di dodici mesi*" (28). Eppure, con sentenza 1885 del 2005 la Corte di Cassazione, riaffermando i principi della Corte di Giustizia, ha ritenuto da un lato, di dover dilatare ulteriormente il riferimento temporale oltre che alla domanda di apertura di procedura concorsuale, "*anche a qualsiasi altra iniziativa - parimenti volta ad ottenere tutela giurisdizionale per i diritti (.....) garantiti dalla direttiva"* e, dall'altro, soprattutto, estendendo il campo d'applicazione di tali principi anche ai dipendenti di datori di lavoro non soggetti a procedure concorsuali, nonostante la loro esclusione dalla tutela assicurata dalla direttiva (29).

Altra questione dibattuta in giurisprudenza è quella relativa all'individuazione dei tre mesi indennizzabili ed in particolare se si debba, a tal fine, far riferimento agli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro, nei quali potrebbe non esservi diritto ad alcuna retribuzione per il ricorrere di una qualsiasi causa di sospensione, ovvero agli ultimi tre mesi retribuiti, che potrebbero viceversa non coincidere con gli ultimi tre del contratto di lavoro.

Un'interpretazione del dato letterale ("*crediti di lavoro (...) inerenti gli ultimi tre mesi del rapporto di lavoro*") condurrebbe sicuramente a propendere per la prima ipotesi (30).

Tuttavia la giurisprudenza, con le più recenti pronunce, mostra di preferire all'interpretazione letterale – nonostante questa sia il fondamentale canone ermeneutico della legge – un'interpretazione adeguatrice della norma interna al diritto comunitario. In particolare si è ritenuto che "*il legislatore abbia voluto riferirsi alle ultime tre mensilità del rapporto di lavoro caratterizzato dal suo normale svolgimento e nel quale vi sia diritto a retribuzione*", presupponendo tale norma un "rapporto di lavoro in atto", con la conseguenza che i periodi di sospensione debbono essere neutralizzati (31).

La garanzia del credito, nei limiti temporali sopra descritti, non è illimitata. È di tutta evidenza che la tutela del singolo deve essere contemperata con l'interesse pub-

---

(28) Così testualmente A. Bellavista, *Insolvenza*, cit., 695.

(29) Per giungere a tali conclusioni la Corte ha fatto riferimento alla *ratio decidendi* sottesa alla pronuncia della Corte di Giustizia nonché a esigenze di parità di trattamento tra lavoratori. Su tale parte della pronunzia si vedano le osservazioni adesive di A. Sgroi, *Garanzia del pagamento delle ultime tre mensilità da parte della Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti e individuazione della data di insorgenza dell'insolvenza del datore di lavoro*, in www.altalex.com, *Quotidiano di informazione giuridica*, 28/2/2005.

(30) In tal senso Cass., sez. lav., 18/8/2003, n. 12081; Cass., sez. lav., 13 agosto 2004, n. 15789.

(31) Si vedano le recenti pronunce Cass., sez. lav., 6/5/2005, n. 9460, con nota di M.L. Vallauri, *La garanzia degli ultimi tre mesi di retribuzione, fra contenuto testuale della norma nazionale, ratio legis e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 75 ss. Da segnalare Cass., sez. lav., 21/6/2006, n. 14312, che ha escluso che possano incidere sul *dies a quo* pattuizioni tra datore di lavoro e lavoratore che differiscano a data successiva il pagamento delle retribuzioni.

blico alla corretta gestione del bilancio. Così il successivo comma dell'art. 2 dispone che "*Il pagamento effettuato dal Fondo ai sensi del comma 1 non può essere superiore ad una somma pari a tre volte la misura massima del trattamento straordinario di integrazione salariale mensile al netto delle trattenute previdenziali e assistenziali"*.

Tale disposto costituisce peraltro diretta applicazione della direttiva comunitaria 80/987 che, all'art. 4, n. 3, 1° comma, prevede la facoltà per gli Stati membri di fissare un massimale per la garanzia di pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati per evitare di versare somme che vanno oltre il fine sociale di detta direttiva (32).

Infine, il D.Lgs. 80/92 stabilisce un regime di incumulabilità degli importi corrisposti ai sensi dei commi precedenti con:

a) il trattamento straordinario di integrazione salariale fruito nel medesimo arco temporale dei dodici mesi individuato per l'intervento del Fondo;

c) l'indennità di mobilità riconosciuta ai sensi della legge 23 luglio 1991, n. 223, nell'arco dei tre mesi successivi alla risoluzione di rapporto di lavoro (33).

Anche la disciplina dell'incumulabilità – segnatamente con riferimento alla voce sub c) – è stata oggetto di intervento della giurisprudenza comunitaria, che ha interpretato la direttiva nel senso che lo Stato membro non può vietare il cumulo degli importi garantiti con un'indennità, quale quella di mobilità, che mira a sovvenire ai bisogni di un lavoratore licenziato durante i tre mesi successivi alla cessazione del rapporto di lavoro. Non si versa pertanto nell'ipotesi di fissazione di un massimale al pagamento dei crediti garantiti, derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, dato che l'indennità in questione è versata solo dopo il licenziamento del lavoratore e non mira quindi a remunerare le prestazioni compiute nell'ambito di un rapporto di lavoro (34).

3. LE SS.UU. E L'AFFERMATA NATURA RETRIBUTIVA DELLE OBBLIGAZIONI DEL FONDO

La necessità della qualificazione giuridica delle obbligazioni del Fondo di garanzia si è posta in giurisprudenza prevalentemente in ordine alla questione della computabilità o meno, nel credito del lavoratore, degli interessi e della rivalutazione monetaria in cumulo tra loro.

Come è noto, l'art. 16, comma 6, della l. n. 412 del 31/12/1991, nel sancire l'obbligo degli Enti previdenziali di corrispondere sulle prestazioni dovute gli inte-

---

(32) Sulle modalità di computo del massimale si è recentemente pronunziata la Corte di Cassazione, con sentenza 9/1/2006, n. 95, che, contestando la conformità della prassi dell'Inps alla norma ha statuito che quest'ultima "*prevede un solo massimale relativo ad un pagamento e lo determina in una sola somma pari a tre volte la cassa integrazione straordinaria non prevedendo, invece, che per ogni mese di maturazione dei crediti di lavoro si debba applicare una mensilità di cassa integrazione straordinaria come massimale*".

(33) La lettera b) della norma ("b) le retribuzioni corrisposte al lavoratore nell'arco delle tre mensilità garantite") è stata abrogata dall'art. 1, 2° co. D.Lgs. 19/8/2005, n. 186 costituente attuazione della direttiva 2002/74/CE.

(34) sent. 10/7/97, causa C373/95 (Maso c/Inps), già citata alla precedente nota n. 23.

ressi legali, ha stabilito che l'importo dovuto a titolo di interessi è portato in detrazione dalle somme "eventualmente" spettanti a titolo di rivalutazione monetaria.

L'Istituto previdenziale pertanto, nella ipotesi di accoglimento della domanda di prestazione, è tenuto a corrispondere la sola rivalutazione monetaria ovvero gli interessi legali, qualora questi ultimi superino l'importo dovuto a titolo di rivalutazione.

Sulla questione le soluzioni della Suprema Corte si erano orientate in una triplice direzione:

a) nel senso dell'incumulabilità si era espressa quella giurisprudenza che, qualificando le erogazioni del Fondo di natura previdenziale, riteneva applicabile la citata norma sull'incumulabilità degli accessori;

b) di segno opposto era l'orientamento, nettamente prevalente, che optando per la natura retributiva del credito, riconduceva il regime degli accessori per le prestazioni del Fondo a quello previsto per i crediti di lavoro privato;

c) una terza posizione, mediana tra le due precedenti, pur riconnettendo la natura retributiva alle prestazioni in parola, escludeva il cumulo tra le due specie di accessori, ritenendo persistente la disciplina di cui all'articolo 22, 36° co., legge n. 724 del 1994 anche dopo l'intervento abrogativo contenuto nella sentenza della Corte Costituzionale n. 459 del 2 novembre 2000 (35). In particolare l'intervento abrogativo della Corte Costituzionale non viene esteso ai crediti, che, pur connessi ad "emolumenti, spettanti ai privati" assumono piena e totale garanzia di certezza e di tempestività dell'adempimento, atteso l'intervento finanziatore dello Stato per il tramite dell'Inps (36).

Chiamate a dirimere il contrasto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con una serie di pronunce rese nel 2002 (37), hanno aderito all'interpretazione retributiva, ritenendola l'unica conforme al dettato normativo della legge 297/82.

L'opzione ermeneutica del Collegio muove dall'analisi dell'espressione utilizzata dall'art. 2, 1° co., della citata legge, per descrivere il meccanismo di funzionamento del Fondo: "si sostituisce". Tale locuzione, ad avviso della S.C., è espressiva di un accollo *ex lege*, in virtù del quale il Fondo "*subentra nella stessa posizione del datore di lavoro ed è tenuto a pagare il medesimo debito (retributivo) di quest'ultimo comprensivo della somma capitale e, a norma del secondo comma, dei relativi crediti accessori*". In particolare si tratterebbe di un accollo di natura cumulativa, in forza del quale il Fondo di Garanzia assume l'obbligazione datoriale in via solidale e, al tempo stesso, in via sussidiaria (38).

---

(35) Come si ricorderà, la Corte Costituzionale aveva espunto dalla norma, che escludeva il cumulo di interessi e rivalutazione per i crediti dei dipendenti pubblici e privati, l'espressione "e privati".

(36) In realtà tale orientamento consta di un'isolata pronuncia, Cass., sez. lav., 27/2/2001, n. 2877, che pare prestare attenzione più ad un'esigenza metagiuridica di contenimento della spesa pubblica che ad un effettiva interpretazione del dato normativo.

(37) Si tratta delle sentenze Cass. SS.UU., 26/9/2002 nn. 13988, 13989, 13990 e 13991 e della sentenza Cass., SS.UU, n. 14220.

(38) In particolare, la puntualizzazione sul1a solidarietà dell'obbligazione assunta dal Fondo è contenuta, *ex plurimis*, nelle sentenze Cass., sez. !av., 5/5/2003, n. 6808 in *Fallimento*, 2004, 882 ss., con osservazione di Signorelli; Cass., sez. lav., 15/5/2003, n. 7604; Cass., sez. lav., 10/6/2004, n. 11060, in *Giust. civ.*, Mass., f. 6.

Così inquadrato il meccanismo giuridico di intervento del Fondo la Corte giudica del tutto inidonei a incidere sulla natura sostanziale retributiva gli elementi normativi che l'orientamento "previdenziale" individuava a sostegno della propria tesi.

In particolare:

– l'art. 2, 7° co. della legge 297/82, a mente del quale il Fondo deve provvedere al pagamento del credito del lavoratore entro lo *spatium deliberandi* di sessanta giorni dalla domanda dell'interessato, non vale a configurare il procedimento amministrativo tipico delle prestazioni previdenziali, essendo fissato dal legislatore al solo fine di permettere all' Istituto lo svolgimento delle necessarie indagini sulla richiesta formulata dal lavoratore;

– l'art. 2 del D.Lgs.80/92 che, con riferimento ai crediti diversi dal TFR, individua la domanda al Fondo come *dies a quo* per il computo degli accessori (1° comma) e pone un termine breve di prescrizione (5° comma), determina un apposito dettato normativo, avente carattere di eccezione e pertanto confermativo della regola generale di cui alla legge 297/82.

Quasi a voler "blindare" la pronuncia, infine, le Sezioni Unite escludono addirittura che la fattispecie sia in alcun modo sussumibile nel campo d'applicazione dell'art. 16, 6° co., l.412/91, avuto riguardo al fatto che detta norma fa riferimento agli enti gestori di previdenza obbligatoria, nei quali non può trovare inquadramento il Fondo di Garanzia, sia pur gestito dall'Inps, in quanto quest'ultimo è finanziato in via esclusiva dai contributi a carico del datore di lavoro.

4. LA COSTRUZIONE "DUALE": NATURA RETRIBUTIVA DEL PAGAMENTO DEL TFR E NATURA PREVIDENZIALE DEL PAGAMENTO DELLE ULTIME TRE MENSILITÀ

Ma, nonostante il forte e ripetuto intervento delle SS.UU., la ricostruzione offerta da queste ultime, intesa a fornire una ricostruzione unitaria delle prestazioni del Fondo (del resto resa necessaria dal richiamo effettuato dal D.Lgs. 80/92*)* è stata posta in discussione da successivi interventi della Sezione lavoro.

Il nuovo filone giurisprudenziale (39) ritiene che l'identità dei meccanismi operativi delle due normative non possa ritenersi decisiva ai fini della qualificazione giuridica delle prestazioni. Ben più rilevanti, a tale fine, sono le diversità tra le discipline normative e le finalità afferenti l'assicurazione

In effetti, il "punto debole" delle pronunce illustrate nel paragrafo precedente era proprio costituito dal qualificare in termini di eccezione quelle peculiarità della normativa in tema di garanzia dei crediti c.d. "diversi"

Prima fra queste è la disposizione di cui all'art. 2, 5° co., D.Lgs. 80/92, in virtù della quale "*il diritto alla prestazione di cui al comma 1 si prescrive in un anno*".

Ebbene, la previsione della prescrizione annuale, lungi dal costituire un'eccezione, è, ad avviso della Corte, del tutto incompatibile con la ordinaria disciplina

(39) Che trova la più organica espressione in Cass., sez. lav., 23 dicembre 2004, n. 23930.

della prescrizione nelle obbligazioni solidali, la quale mira ad assicurare l'operare contemporaneo della prescrizione nei confronti dei vari condebitori in solido. Da tale osservazione non può non discendere l'autonomia dell'obbligazione del Fondo.

Ma ben più pregnante, per la ricostruzione in termini duali, è la differenza di finalità tra i due tipi di interventi economici del Fondo.

Il primo, avente per oggetto il TFR, è caratterizzato dall'assunzione da parte del Fondo di Garanzia di un'obbligazione di identico contenuto rispetto a quella del datore di lavoro e con essa in rapporto di solidarietà. Tale connotato, costituente l'aspetto principale dell'istituto di cui alla legge 297/82, risponde alla precipua esigenza di neutralizzare i rischi inerenti ad un particolare beneficio riconosciuto al datore di lavoro, custode delle spettanze retributive del lavoratore. È evidente pertanto, secondo l'interpretazione del Giudice di legittimità, la funzione di garanzia – piena ed incondizionata – cui la prestazione assolve (40).

Funzione di garanzia che diviene, per così dire, evanescente, nel pagamento delle ultime tre mensilità, atteso che l'intervento del Fondo è delimitato – come si è visto nel paragrafo 2) – quanto a:

– Oggetto, limitato alle ultime tre mensilità;
– Arco temporale di riferimento;
– Ammontare (massimale CIG).

La presenza di siffatte limitazioni depone, a parere del Collegio, in favore dell'inquadramento della fattispecie nel novero delle assicurazioni sociali, nelle quali l'entità della prestazione è determinata discrezionalmente dal legislatore.

All'interpretazione appena illustrata era peraltro già pervenuta la dottrina più avvertita, all'indomani dell'entrata in vigore del richiamato decreto 80 (41), osservando che "*per il T.F.R. il meccanismo previdenziale di garanzia attiene alla certezza e non alla sostanza dell'erogazione, non a caso ritenuta di natura retributiva (...), mentre nella ora introdotta garanzia delle ultime retribuzioni mensili la funzione previdenziale in senso tradizionale caratterizza intimamente l'erogazione del Fondo*".

In altre parole l'intervento del Fondo ai sensi del D.Lgs. 80/92 mira ad assicurare il rischio dello stato di bisogno determinato dall'insolvenza.

Né può dirsi che tale prospettazione sia mutata a seguito dell'applicazione della recente pronuncia della Corte di Giustizia Europea (sentenza 4 marzo 2004 resa nei procedimenti riuniti C-19/01, C-50/01 e C-84/0l) che ha interpretato gli artt. 3, n. 1 e 4, n. 3 della direttiva 80/987 nel senso di *"non autorizzare uno Stato membro a limitare l'obbligo di pagamento degli organismi di garanzia a una somma che copre i bisogni primari dei lavoratori interessati e da cui sarebbero sottratti i pagamenti versati dal datore di lavoro durante il periodo coperto dalla garanzia"*.

Con tale pronuncia la Corte ha in sostanza censurato la prassi seguita dall'INPS, quale gestore del Fondo, nel liquidare i crediti di lavoro oggetto del

(40) In particolare la Corte, contraddicendo quanto espresso dalle SS.UU. nelle illustrate sentenze del 2002, assimila l'intervento del Fondo a quanto avviene nei contratti di assicurazione fideiussoria.

(41) A. VALLEBONA, *La garanzia*, cit., 78 s.

decreto 80/92, consistente nel sottrarre gli acconti di retribuzione ricevuti dai lavoratori negli ultimi tre mesi del rapporto dal massimale pari a tre volte la misura massima del trattamento di CIGS.

A tale conclusione il Collegio Europeo è pervenuto valutando che la tutela offerta dalla direttiva è diretta al fine sociale di garantire "una tutela comunitaria minima in caso di insolvenza del datore di lavoro. Ne discende che *"sebbene possano fissare un massimale per la garanzia dei diritti non pagati, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare, nei limiti di tale massimale, il pagamento della totalità dei crediti di cui trattasi"*. In definitiva gli acconti eventualmente riscossi dal lavoratore devono essere detratti dal credito e questo deve essere soddisfatto, sempre – beninteso – entro la misura del massimale.

5. LA SENTENZA N. 27917/05: AUTONOMIA DELL'OBBLIGAZIONE AL PAGAMENTO DEL TFR

Eppure, nelle sentenze di cui si è appena dato conto, aventi ad oggetto la qualificazione previdenziale dell'erogazione ex D.Lgs. 80/92, poteva scorgersi *in nuce* l'anticipazione dell'ultimo orientamento, qui in commento, che riconduce ad unità qualificatoria le prestazioni del Fondo, riconoscendole entrambe come previdenziali.

A ben vedere, infatti, anche l'orientamento che abbiamo definito "duale" scorge tra le due prestazioni soltanto una differenza di quantità essendo il meccanismo di intervento del Fondo, sia dal lato del finanziamento, sia da quello dell'erogazione, del tutto analogo.

Significativa, in proposito, è la pronuncia che ha negato che l'intervento del fondo possa operare in favore degli impiegati e dei dirigenti del settore agricolo, non essendo prevista per gli stessi alcuna copertura assicurativa (42). Nella pronuncia la Corte individua il requisito essenziale per il pagamento delle prestazioni *de quibus* nel rapporto di sinallagmaticità tra diritto e contribuzione, che conferisce al diritto natura previdenziale.

Con la sentenza 27917 del 2005 gli spunti offerti dalla giurisprudenza vengono implementati ed organicamente elaborati, giungendo alla pronuncia della seguente massima:

"Il diritto del lavoratore di ottenere dall'Inps, in caso di insolvenza del datore di lavoro, la corresponsione del t.f.r. a carico dello speciale Fondo di cui all'art. 2 della legge 297 del 1982, ha natura di diritto di credito ad una prestazione previdenziale, ed è, perciò, distinto ed autonomo rispetto al credito vantato nei confronti del datore di lavoro (restando esclusa, pertanto, la fattispecie di obbligazione solidale), diritto che si perfeziona (non con la cessazione del rapporto di lavoro ma) al verificarsi dei presupposti previsti da detta legge (insolvenza del datore di lavoro, verifica dell'esistenza e misura del credito in sede di ammissione al passivo, ovvero all'esito di procedura esecutiva), con la conseguenza che, prima che si siano verificati tali presupposti, nessuna domanda di pagamento può essere rivol-

(42) Cass., sez. lav., 8/3/2004, n. 4677.

ta all'Inps, e, pertanto, non può decorrere la prescrizione del diritto del lavoratore nei confronti del Fondo di Garanzia".

La statuizione si fonda su dati emergenti dal diritto positivo il quale, a parere della Corte, non consente di dubitare della natura previdenziale dell'obbligazione posta a carico del Fondo:

a. l'art 24, 1° comma, della legge 9/3/1989, n. 88, che ha incluso il Fondo di Garanzia ed ogni altra forma di previdenza a carattere temporaneo diversa dalle pensioni, in una unica gestione denominata "Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti";

b. l'art. 46 della medesima legge che individua nel Comitato provinciale dell'Inps l'organo deputato a decidere sui ricorsi amministrativi proposti avverso i provvedimenti concernenti le prestazioni erogate dall'Istituto, tra le quali la lett. a) del 1° comma include le prestazioni del Fondo di garanzia per il trattamento di fine rapporto (43);

c. ai sensi dell'art. 2 della legge 297/82 il finanziamento avviene mediante contribuzione obbligatoria;

d. per ottenere la prestazione è necessaria, sempre ex art. 2 l.297/82, una domanda amministrativa.

Dal quadro normativo ora citato la Corte evince che il diritto alle prestazioni del Fondo non nasce in forza del rapporto di lavoro, ma del distinto rapporto assicurativo-previdenziale, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, superiormente esaminati:

– l'insolvenza del datore di lavoro e l'accertamento del credito nell'ambito della procedura concorsuale;

– la formazione di un titolo giudiziale e l'esperimento non satisfattivo dell'esecuzione forzata.

Si è pertanto in presenza di un'autonoma obbligazione previdenziale, con le conseguenze, di natura sostanziale e processuale, di cui si ora si dirà (44).

6. RIFLESSI IN MATERIA DI PRESCRIZIONE

Dalla qualificazione giuridica che viene attribuita alle prestazioni in parola inferiscono diverse conseguenze in materia di prescrizione, che costituisce la fonte più rilevante del contenzioso nella materia *de qua*. La stessa sentenza in commento ha per oggetto la dedotta prescrizione del credito azionato nei confronti del Fondo, atteso che l'ammissione al passivo era intervenuta oltre il termine previsto dall'art. 2948 cod.civ. dalla cessazione del rapporto di lavoro, senza che la Curatela formulasse l'eccezione di prescrizione.

---

(43) Già la citata Cass., sez. lav., 15/11/2004, n. 21595, aveva desunto da tali due norme della legge 88/89 la necessaria qualificazione previdenziale del pagamento delle ultime tre mensilità.

(44) Va evidenziato che in ordine all'annosa questione della cumulabilità degli accessori la pronuncia non fa discendere dall'opzione previdenziale l'applicazione della legge 412/91, lasciando inalterate le acquisizioni della giurisprudenza del 2002. Ciò in quanto l'oggetto della peculiare obbligazione del Fondo è determinato con riferimento all'ammontare complessivo del credito di lavoro.

In effetti, optando per la natura retributiva, con conseguente solidarietà tra datore di lavoro e Fondo, il regime della prescrizione è regolato dall'art. 1310 cod.civ., con la conseguenza che, secondo quanto disposto dal 3° comma di detto articolo, "*la rinunzia alla prescrizione fatta da uno dei debitori in solido non ha effetto riguardo agli altri*". Da ciò discende che la rinunzia a far valere la prescrizione da parte degli organi della procedura concorsuale non è opponibile al Fondo di Garanzia, che ben può eccepirla al lavoratore che ne rivendichi le prestazioni.

Viceversa, secondo l'interpretazione in senso previdenziale, l'obbligazione del Fondo, del tutto autonoma rispetto a quella del datore, sorge soltanto al momento dell'ammissione al passivo, senza alcun vincolo di solidarietà con il datore di lavoro.

Già la S.C. aveva tentato di mitigare gli effetti derivanti dall'opzione retributiva, pur continuando a muoversi nel solco della ricostruzione delle SS.UU (45). E ciò aveva fatto ritenendo applicabile l'art. 2935 cod.civ., a mente del quale la prescrizione comincia a decorrere solo dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. In particolare la Corte aveva osservato che il meccanismo di funzionamento del Fondo è tale che lo stesso interviene solo dopo la dichiarazione di insolvenza e l'ammissione al passivo del credito. Può pertanto dirsi, secondo tale arresto, che si verifica un'accollo cumulativo, ma questo sorge soltanto nel momento in cui viene accertato lo stato di insolvenza.

Una simile ricostruzione sintetizza in maniera paradigmatica l'andamento delle pronunce giurisprudenziali nella materia *de qua*, nella quale la scelta dei canoni ermeneutici è fortemente influenzata dal principio del *favor praestatoris*. Pur di neutralizzare una conseguenza del prospettato accollo, lesiva dell'interesse del lavoratore, il Giudice di legittimità giunge nella pronuncia ora illustrata ad obliterare il dato normativo di cui all'art. 1273, 3° comma, cod.civ., in virtù del quale il debitore rimane obbligato in solido con l'accollante.

Più corretta la nuova interpretazione, che esclude recisamente la fattispecie di obbligazione solidale, ma che comunque implica che l'autonomo corso della prescrizione dell'obbligo del Fondo non possa rimanere sospeso fino al termine della procedura.

Anche su tale ultimo aspetto si imporrà pertanto un'ulteriore riflessione della giurisprudenza ed un adeguamento della prassi dell'Istituto previdenziale (46).

7. CONSEGUENZE DI ORDINE PROCESSUALE

Numerose sono anche le conseguenze processuale che discendono dall'opzione per l'una o l'altra impostazione. Si pensi al regime delle spese, che trova una peculiare disciplina per le prestazioni di previdenza nell'art. 152 d.att.c.p.c., oppure alla condizione di proponibilità per l'azione relativa agli accessori delle prestazioni previdenziali, introdotta dal D.L. 269/03, conv. con legge 326/03. Di maggior

(45) Cass., sez. lav., 26/2/2004, n. 3939.

(46) Che allo stato è uniformata alle implicazioni derivanti dall'interpretazione retributiva. Si veda in proposito di prescrizione la circolare n. 86 del 26/5/2004, in www.inps.it.

rilievo appaiono le ripercussioni del nuovo orientamento in punto di individuazione del Giudice competente e di rilevanza del procedimento amministrativo.

a. competenza territoriale

Il mutato orientamento giurisprudenziale, sancendo l'autonomia delle prestazioni del Fondo dal credito retributivo del lavoratore, riconduce l'individuazione del Giudice competente alla normativa in materia di controversie previdenziali ed assistenziali.

Qualificando retributiva l'obbligazione del Fondo, la causa per il riconoscimento delle prestazioni garantite deve essere proposta avanti al Giudice del lavoro nel cui circondario si trova l'azienda fallita ovvero una dipendenza della stessa presso la quale il lavoratore prestava la sua opera al momento della fine del rapporto, secondo i criteri fissati dall'art. 413, 2° co. c.p.c.

Alla luce della pronuncia 27917/05 il Giudice competente sarà viceversa individuato ai sensi dell'art. 444, 1° co., c.p.c., nel Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione ha la residenza l'attore.

b. rilevanza del procedimento amministrativo e decadenza dall'azione giudiziaria

Come si è detto, la Corte ha ritenuto decisiva in termini di qualificazione previdenziale la disposizione di cui all'art. 46, 1° comma, legge 88/89, che include tra le prestazioni soggette a ricorso amministrativo quelle erogate dal Fondo di garanzia.

Da ciò discende la rilevanza del procedimento amministrativo, peculiare nella disciplina processuale delle controversie nelle materie di cui all'art. 442 c.p.c.

In particolare l'art. 443 c.p.c. sanziona con la improcedibilità la domanda giudiziaria proposta quando non siano esauriti i procedimenti prescritti dalle leggi speciali per la composizione in sede amministrativa o non siano decorsi i termini ivi fissati per il compimento dei procedimenti stessi o non siano, comunque, decorsi centottanta giorni dalla data in cui è stato proposto il ricorso amministrativo.

Altra conseguenza dell'assoggettamento a ricorso dei provvedimenti in materia di prestazioni del Fondo – espressamente ricordata al punto 5 della sentenza 27917 – è quella di rendere applicabili alle controversie in argomento l'istituto della decadenza giudiziaria, previsto per la proposizione dell'azione in giudizio dall'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970, n. 639, come sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992, n. 384, convertito con modificazioni nella legge 14 novembre 1992, n. 438.

In particolare il 3° comma della norma citata prevede che per le controversie in materia di prestazioni della gestione di cui all'articolo 24 della legge 9 marzo 1989, n. 88, l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di un anno decorrente dalla data di comunicazione della decisione del ricorso pronunziata dai competenti organi dell'Istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia 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. Tali termini, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 6 del D.L. n. 106/91, vanno intesi come termini di decadenza sostanziale dal diritto (47).

(47) Sul computo del termine di decadenza si veda da ultimo Cass., 16/3/2006, n. 5790.

Appare pertanto superato il precedente orientamento espresso dalla Corte che, escludendo le prestazioni del Fondo dal novero delle prestazioni temporanee erogate dall'Inps, riteneva inapplicabile la disposizione sulla decadenza (48).

8. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

È evidente che il ripensamento della Suprema Corte impone che le Sezioni Unite tornino a pronunziarsi sulla dibattuta questione tema di questa indagine. Tanto più che la sentenza che ha ribaltato l'interpretazione a Sezioni Unite del 2002 non è affatto isolata. Il Giudice di legittimità ha invero avuto modo di tornare, in più occasioni, ad affrontare la *vexata quaestio* ribadendo le medesime motivazioni contenute nella sentenza 27917 ed estendendole anche al pagamento del TFR (49).

Ed in effetti, appaiono difficilmente superabili le argomentazioni che descrivono le obbligazioni *de quibus* in termini previdenziali, avuto riguardo al meccanismo tipicamente assicurativo di funzionamento del Fondo nonché al procedimento previsto per il riconoscimento del diritto.

La necessità di una ricostruzione unitaria delle due prestazioni trova peraltro fondamento nella nuova formulazione dell'art. 3 della direttiva 987/80, introdotta dalla direttiva 2002/74/CE, che espressamente ricomprende, tra i diritti non pagati oggetto della garanzia, "le indennità dovute ai lavoratori a seguito dello scioglimento del rapporto". Nella formulazione originaria della norma, per converso, si faceva riferimento soltanto ai diritti non pagati "relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una data determinata".

Merita comunque sottolineare che la questione, quantomeno con riferimento al TFR, appare destinata a ridimensionarsi, in relazione all'entrata in vigore, nel 2008 (salvo la ventilata anticipazione), del D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, recante "*Disciplina delle forme pensionistiche complementari*" (50), che prevede il conferimento del TFR maturando in fondo pensione (eventualmente, con il meccanismo c.d. del "silenzio assenso", alla forma di previdenza complementare istituita dalla contrattazione collettiva o individuata dall'accordo aziendale).

L'intervento del Fondo, pertanto, oltre che per le ultime tre mensilità, resisterà soltanto per il TRF "inoptato", anche se tale quota appare destinata ulteriormente a ridursi, secondo il ddl Finanziaria 2007 al vaglio del Parlamento, che ne prevede il parziale conferimento all'Inps.

---

(48) Cass., sez. lav., 2/7/2004, n. 12173.

(49) Cass., sez. lav., 24/2/2006, n. 4183 (Pres. Sciarelli, Rel. De Renzis), e Cass., sez. lav., 21/06/2006, n. 14312 (Pres. Ciciretti, Rel. Picone) si sono pronunciate in ordine all'obbligazione relativa alle ultime tre mensilità, ma estendendo espressamente le argomentazioni svolte alla garanzia del TFR. Cass., sez. lav., 16/6/06 n. 13930 (Pres. Mercurio, Rel. Lamorgese) ha invece affrontato direttamente la questione relativa al pagamento del TFR da parte del Fondo, qualificando l'obbligazione previdenziale e, per l'effetto, riconoscendo l'operatività dell'automatismo delle prestazioni con riguardo alla fattispecie esaminata.

(50) In supplemento ordinario n. 200 alla Gazzetta Ufficiale n. 289 del 13 dicembre 2005.

ANGELO MATTEO SOCCI

Giudice del Tribunale di Terni

GLI EFFETTI DELLE RIFORME DEL FALLIMENTO E DEL DIRITTO SOCIETARIO SUI REATI FALLIMENTARI E SOCIETARI

Successione di leggi non penali e conseguenze sulle fattispecie penali

Sommario: 1) Le riforme di vasti settori dell'ordinamento 2) La sindacabilità in sede penale della dichiarazione di fallimento 3) Le norme penali in bianco 4) Le conseguenze nel settore penale della modifica delle condizioni per il fallimento 5) L'evoluzione della giurisprudenza della cassazione che abbandona l'analisi esclusivamente normativa, in favore dei moderni canoni del diritto europeo

1) Le riforme di vasti settori dell'ordinamento

Le importanti riforme del diritto societario e del fallimento hanno comportato rilevanti effetti anche in materia di reati. In particolare sono stati ampiamente modificati gli illeciti di cui agli artt. 2621 e s. del c.c. (*disposizioni penali in materia di società e consorzi)*.

Quello che qui ci interessa analizzare, però, non sono questi espliciti mutamenti, perché su di essi vasta è la letteratura e gli studi già pubblicati, ma gli effetti della modifica della normativa civile (comunque non penale) sui reati.

Ad esempio se c'è stato il fallimento, dichiarato con la vecchia normativa, può il giudice penale, che giudica oggi per i reati fallimentari, applicare la nuova normativa fallimentare e sindacare l'insussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento? Invero ex art. 1 legge fallimentare (nuovo testo): "(*Imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo*)".

Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

hanno realizzato, in qualunque modo risultati, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

I Limiti di cui alle lettere a) e c) del secondo comma possono essere aggior-

nati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento".

Tutti coloro (e sono tanti) che in precedenza sono stati dichiarati falliti dal Tribunale al di fuori dei presupposti della nuova norma, rispondono oggi dei reati fallimentari?

È applicabile o no l'art. 2 del c.p.? Art. che testualmente prevede: *"(Successione di leggi penali). Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato (25 Cost).*

Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali.

Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.

Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile (648 cpp)".

Anche la nuova Costituzione U.E. prevede gli stessi principi apparentemente meno incisivi dell'art. 2 c.p. italiano, ma ad una attenta lettura più profondi e democratici, cfr. art. II – 49: "(*Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene).*

Nessuno può essere condannato per un'azione o omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento di quella in ci il reato è stato commesso. Se successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima"

2) La sindacabilità in sede penale della dichiarazione di fallimento

È ormai pacifico in giurisprudenza che la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel processo penale, e che spetta al giudice penale stabilire se nel caso concreto l'imputato possa essere considerato piccolo imprenditore, non soggetto al fallimento (cfr. Cass. 26 settembre 2002, n° 36032: "In tema di reati fallimentari, posto che la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel relativo procedimento, spetta al giudice penale stabilire se nel caso concreto l'interessato possa essere considerato piccolo imprenditore, come tale non soggetto, per il disposto del comma 1 dell'art. 1 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, alle disposizioni sul fallimento. La qualità di piccolo imprenditore va ritenuta, oltre che sulla scorta dei criteri fissati nell'art. 2083 cod. civ. (ove detta qualifica è riferita ai coltivatori diretti del fondo, agli artigiani, ai piccoli commercianti ed a coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio o dei componenti della famiglia), considerando la natura dell'attività svolta, l'organizzazione dei mezzi impiegati, l'entità dell'impresa e le ripercussioni che il dissesto produce nell'economia generale (v. Corte cost. 22 dicembre 1989 n. 570)"; Cass. 9 aprile 1999 n° 5544: "Se il giudice

civile ha dichiarato il fallimento di persona insolvente, ritenuta imprenditore ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., il giudice penale deve bensì verificare la sussistenza della sua pronuncia, per accertare un elemento costitutivo indefettibile della fattispecie di reato fallimentare. Ma, poiché la sentenza dichiarativa di fallimento non fa stato nel processo penale, tale accertamento è insufficiente ad integrare la prova della qualità di imprenditore, e cioè di soggetto attivo del reato, della persona dichiarata fallita, se essa è controversa ai fini dell'art. 2221 cod. civ, e 1 R.D. 267/42 per emergenze che inducano ad attribuire all'imputato lo svolgimento dell'attività di piccolo imprenditore, prevista dall'art. 2083 cod. civ."; Cass. 21 marzo 2003 n° 22019).

È indubitabile per questioni di ragionevolezza, prima che di regole giuridiche, che la verifica della sussistenza dei requisiti di piccolo imprenditore, non sottoponibile al fallimento, deve essere compiuta con la legge del momento e non con le precedenti, poiché ex art. 2 c.p. le norme non penali si integrano in maniera indissolubile con la fattispecie penale (invero il fallimento – o meglio la "fallibilità" – è un presupposto normativo e non di fatto del reato).

3) Le norme penali in bianco

La stessa problematica si ha con la successione di norme non penali integratrici di una norma penale in bianco. Norma penale in bianco è quella norma con sanzione determinata, ma con precetto di carattere generico che deve essere specificato da atti normativi di grado inferiore, quali i regolamenti, i provvedimenti amministrativi ecc. (cfr. ad esempio art. 650 c.p., 329 c.p.). Numerosi problemi hanno posto le norme penali in bianco quali ad esempio la loro costituzionalità vista sia in riferimento alla tipicità e tassatività dell'illecito penale, sia alla riserva di legge in materia penale (cfr. art, 25, Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"). Inoltre punto molto delicato concerne la successione nel tempo di norme non penali che integrano la norma penale in bianco e soprattutto la possibilità di sottoposizione al giudizio della Corte Costituzionale, giudice della leggi, delle norme secondarie integratrici di una norma penale in bianco.

A quest'ultimo quesito (giudizio della Corte Costituzionale sugli atti di normazione secondaria) può darsi una risposta certamente positiva per il semplice fatto che la Corte sottopone al suo giudizio non un atto amministrativo ma una legge così come integrata da un atto amministrativo illegittimo (1).

Del pari la giurisprudenza della Corte Costituzionale e gran parte della dottrina ritengono compatibili le norme penali in bianco con il principio della riserva di legge (cfr. Corte Cost. 132/1986).

È richiesto però che la fattispecie penale sia "descritta in tutti i suoi elementi costitutivi" e che una legge dello stato indichi con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti del provvedimento dell'autorità non legislativa alla cui trasgressione deve seguire la pena (cfr. Corte Cost. 168/1971 – 132/86 – 108/1982).

(1) Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale*, 1979, p. 86.

Ciò poiché altrimenti si violerebbero il principio costituzionale della riserva di legge e quello della tipicità, tassatività e determinatezza della fattispecie penale.

Viene pertanto in rilievo la successione di norme nel tempo non penali integratrici di una norma penale in bianco, e l'effetto che le stesse compiono sulla norma penale.

Primo quesito concerne l'applicabilità o meno alle norme integratrici dell'art. 14, delle disposizioni sulla legge in generale: "Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano *oltre i casi e i tempi* in esse considerati", e dell'art. 2 del codice penale. Cioè il divieto di interpretazione analogica e di non retroattività della norma penale. È indubitabile che la successine di norme integratrici di una norma penale in bianco può avvenire sia a vantaggio che a svantaggio del reo.

A tale proposito anche per le norme integratrici devono trovare piena applicazione i principi di cui all'art. 2, comma 1, 2 e 3 c.p.

Infatti, poiché la disposizione integratrice dell'elemento normativo fa corpo con la fattispecie penale incriminatrice, ne deve seguire le sorti con la applicazione in *toto* dei principi di interpretazione della legge penale.

Deve farsi, però, una importante distinzione tra norma extrapenale primaria e atti giuridici non normativi.

I principi di cui al citato art. 2 c.p. si applicano solo agli atti normativi e non già ad *atti giuridici non normativi*; la modifica di tali ultimi atti è da ritenersi irrilevante poiché gli stessi sono da considerarsi elementi del fatto, o elementi occasionali, onde basta che esistano nel momento del commesso reato (es. provvedimento dell'autorità di cui all'art. 650 c.p.) (2). Questa soluzione data per scontata dalla giurisprudenza, non può più ritenersi automatica, poiché – come vedremo meglio in seguito – deve sempre effettuarsi la valutazione concreta del permanere del disvalore sociale del fatto, anche per le integrazioni non legislative; se così non fosse le norme penali in bianco risulterebbero in contrasto con i principi costituzionali dell'art. 25. Invero la sanzione penale deve sempre essere la conseguenza di un comportamento ritenuto di disvalore sociale (art. 49, comma 2, c.p.) cfr. § 5.

---

(2) Cfr. Cass 16 maggio 2006 n. 19107: "La fattispecie di cui all'art. 444 cod. pen. È norma penale in bianco, rivestita di contenuti in base a norme extrapenali integratrici del precetto penale, che possono essere emanate anche da autorità amministrative o sovranazionali, le quali dettano disposizioni regolatrici od impongono divieti anche in base ad accertamenti scientifici relativi a situazioni storiche determinate; dal carattere eccezionale e dall'efficacia temporanea di tali disposizioni consegue che la punibilità della condotta non dipende dal momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole. (Nel caso di specie, le disposizioni di un D.M. integratrici del precetto prevedevano il divieto di commercializzazione di carne di bovino adulto, in base ad accertamenti che avevano indicato come pericolose per la salute determinate condizioni di età dell'animale, legate a fatti contingenti; vincoli poi superati dal Regolamento comunitario n. 1974 del 2005"; Cass. 08/05/1978 in Foro Italiano 1979, II, 577, che ha ritenuto ininfluente il trasferimento dei poteri autorizzativi dall'autorità di polizia ai Comuni, ai fini dell'esercizio abusivo di mestieri girovaghi; Cass. 04/06/1986, n. 9530, sezione VI penale, in Foro Italiano 1987, II, 156, che ha ritenuto non applicabile l'art. 2, c.p. a ipotesi di successione di atti regolamentari (nel caso ordinanze del ministero della sanità) integratrici di norma penale in bianco (art. 5, lett. h) legge 30 aprile 1962 n. 283).

Del pari discutibile è l'applicazione dell'art. 2 c.p., alle norme c.d. culturali (si pensi alla nozione di osceno).

Un fatto ritenuto osceno al momento in cui fu commesso dovrebbe continuare ad essere osceno anche se al momento del giudizio (che può avvenire dopo diversi anni) non sia più percepito come offensivo del comune senso del pudore.

Ma per ragioni di uguaglianza, e giustizia sostanziale, è evidente che anche nel caso di norme c.d. culturali deve trovare piena applicazione l'art. 2 c.p. (3).

Per il futuro poiché le norme penali in bianco, come si è visto, comportano numerosi problemi di natura costituzionale è auspicato da molti autori una loro depenalizzazione con previsione di efficaci sanzioni amministrative.

4) Le conseguenze nel settore penale della modifica delle condizioni per il fallimento

Orbene attualmente tutti coloro che sono stati dichiarati falliti, e che con la nuova normativa non fallirebbero, devono assolversi dai reati fallimentari, perché il fatto non sussiste (manca l'elemento oggettivo del reato), o con la formula "il fatto non è - più – previsto dalla legge (penale, così come integrata dalla successione di norme non penali) come reato". Viene a mancare, infatti, il disvalore sociale del fatto, che è il presupposto logico, ragionevole e imprescindibile per la sanzione penale. Come potrebbe infatti sostenersi che chi oggi non risultasse nelle condizioni per essere dichiarato fallito, andrebbe, invece, sanzionato per i reati fallimentari. Sarebbe contro la ragionevolezza, contrasterebbe con il senso di giustizia.

L'istituto della successione delle leggi penali nel tempo riguarda tutte le norme che comunque definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato. Conseguentemente ai fini dell'applicabilità dell'art. 2 del c.p. si deve tener conto anche di quelle fonti normative subprimarie, che pur non direttamente ricompresse nel precetto penale, ne integrano tuttavia il contenuto (4).

5) L'evoluzione della giurisprudenza della cassazione che abbandona l'analisi esclusivamente normativa, in favore dei moderni canoni del diritto europeo

La giurisprudenza della Cassazione più recente, ha abbandonato una iniziale

(3) Cfr. G. Fiandaca, E. Musso, *Diritto Penale,* 80; contra Pagliaro, *Principi*, p. 137.

(4) Espressamente cfr. Cass. 1 febbraio 2005 n° 9482: "L'istituto della successione delle leggi penali nel tempo riguarda le norme che definiscono la struttura essenziale e circostanziata del reato; pertanto, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2 cod. pen. Si deve tenere conto anche di quelle fonti normative subprimarie che, pur non ricompresse nel precetto penale, ne integrano tuttavia il contenuto. (Nel caso di specie, relativo al reato di esercizio di attività venatoria nei parchi, la Corte ha ritenuto che la riperimetrazione della riserva naturale ad opera di un provvedimento amministrativo della Regione Sicilia avesse ***eliminato il disvalore penale del fatto*** commesso, in quanto era venuta successivamente a mancare la qualifica di parco dell'area di svolgimento dell'attività venatoria, elemento costitutivo della condotta punibile)".

timidezza (cfr. Cass. 6 aprile 1960, in *Riv. Ita. diritto e proc. penale,*1960, 1206 con nota di C. F. Grosso), pervenendo ad una generalizzata e quasi incontrastata applicazione dell'art. 2 del c.p. nelle ipotesi di successione di leggi non penali integratici di una fattispecie penale. Nella odierna realtà socio-politica che ha visto numerosi interventi legislativi (alcuni provenienti dall'U.E.) in importanti settori (societario, fallimentare, assicurativo, riservatezza, ecc..) è utile ripercorrere in sintesi il percorso evolutivo della Corte di Cassazione.

La Cassazione, riprendendo un'opinione della dottrina, individua la *ratio* della diretta applicazione dell'art. 2 del c.p. anche alle norme extrapenali, integratrici della norma penale, nel venir meno, con la modifica della disciplina, del *disvalore sociale del fatto*. Invero se la normativa (extrapenale) non considera ormai un disvalore sociale un certo fatto, non può più applicarsi la sanzione penale (5).

Da notare, con un certo rilievo, che la Cassazione si guarda bene dal ripren-

---

(5) Cfr. in tal senso Cass. 4 febbraio 2005 n° 8045: "Nel novero delle norme integratrici della legge penale, cui è applicabile il principio di retroattività della legge più favorevole, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., debbono ricomprendersi tutte quelle che intervengano nell'area di rilevanza penale di un fatto umano, escludendola, riducendola o comunque modificandola in senso migliorativo per l'agente; e ciò quand'anche la nuova norma non rechi testuale statuizione in tal senso ma, comunque, regoli significativamente il fatto in termini incompatibili con la precedente disciplina penalistica ovvero incidenti, per il nuovo caso regolato, nella struttura della norma incriminatrice o, quanto meno, sul giudizio di disvalore in essa espresso. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che potesse valere ad escludere la configurabilità del reato di violazione di domicilio – addebitato ad un esponente di un'associazione per la tutela degli animali per essersi egli introdotto e trattenuto, per dichiarate finalità ispettive, contro la volontà del proprietario, in un locale privato adibito a canile – la sopravvenuta emanazione di una norma regionale che imponeva ai gestori di strutture di ricovero per animali di consentire l'accesso, senza bisogno di speciali procedure o autorizzazioni, ai responsabili locali delle associazioni protezionistiche o animalistiche)"; Cass. 15 gennaio 2003, n. 10656: "Nell'abuso di ufficio connesso a una violazione di legge, questa si pone come mero presupposto di fatto per l'integrazione del delitto, e lo specifico contenuto della regola violata non si incorpora nella norma penale e non va ad integrare la relativa fattispecie. Ne consegue che la sussistenza di tale requisito di fatto deve essere ricercata nel momento stesso del reato e la valutazione del giudice non può che essere rapportata al contenuto che quella regola possedeva ed al tempo in cui il reato fu commesso, con l'effetto ulteriore che, in caso di modificazione successiva di tale regola, non trova applicazione l'art. 2 cod. pen., in quanto la nuova legge di riferimento non introduce alcuna differente valutazione in relazione alla fattispecie legale astratta disegnata dalla norma incriminatrice e al suo significato di disvalore (rimanendo immutato il presupposto della "violazione di legge"), ma modifica una disposizione extrapenale che si limita ad influire, nel caso singolo, sulla concreta applicazione futura della stessa norma incriminatrice, nel senso che la sussistenza del requisito della "violazione di legge" va verificata alla luce della nuova regola. (Nella specie, in cui l'abuso era consistito nell'adozione, da parte di dirigenti di un Ente ospedaliero, di delibere che avevano posto a carico dell'Ente medesimo le spese legali per la difesa, in un processo per concussione, di un primario chirurgo e di un'infermiera, in violazione dell'art. 41 DPR 270 del 1987, la sopravvenienza, nel corso del processo, di una disposizione meno rigorosa – quella dell'art. 26 CCNL della dirigenza medica del SSN – aveva indotto il giudice di merito ad applicare l'art. 2, comma secondo, cod. pen., sia pure limitatamente alla posizione del medico; la Corte, nell'enunciare il principio sopra trascritto, ha posto in evidenza come anche la disposizione sopravvenuta, al pari della precedente, subordinasse l'obbligo dell'Ente alla riferibilità ad esso del fatto del dipendente, che era esclusa in ogni caso dalla condotta concessiva di entrambi i ricorrenti, pur restando intangibile la statuizione assolutoria del chirurgo in mancanza di ricorso del P.M.)".

dere complesse argomentazioni sulla distinzione tra norme "*integratrici"* e norme "*non integratrici",* ritenendo sempre e comunque integratrici le norme a qualsiasi effetto richiamate dalla legge penale. La semplificazione è notevole poiché non costringe gli interpreti ad una complessa e sterile analisi sulla intensità dell'integrazione, a seconda del tipo di rinvio, ovvero se rinvio recettizio (con l'incorporazione) o se rinvio non recettizio (senza incorporazione) (6).

L'analisi, quindi, si svolge solo sul contenuto del *disvalore sociale del fatto.* È questa una delle evoluzioni della giurisprudenza italiana verso le nuove tendenze del diritto europeo, più per principi che per regole. Si pensi ai principi della proporzionalità (7), della ragionevolezza, della precauzione ecc. Del resto è ben noto agli studiosi (molto meno ai giudici di merito) che la teoria esclusivamente normativa della scienza giuridica è in declino.

La Corte di Cassazione, in applicazione dei criteri suddetti, ai sensi dell'art. 2 cp, ha ritenuto non configurabili i reati di peculato e malversazione in capo ad operatori bancari, per fatti precedentemente compiuti, dopo la perdita della qualifica pubblicistica (8).

---

(6) Per un ragionamento ancora tradizionale cfr. Trib. di Perugia 12 febbraio 2.005, in *Rassegna giuridica Umbra*, 2006, 213, con nota di M. C. Bisacci, *L'abolitio del delitto presupposto nel quadro delle coordinate di diritto intertemporale*: "L'art. 2 c.p. trova applicazione soltanto con riguardo alle norme incriminatici e non per gli elementi esterni che influiscono sulla fattispecie senza farne parte, conseguentemente ai fini della sussistenza del delitto di ricettazione ci si deve limitare a valutare se il fatto del dar ricetto sia avvenuto dopo la consumazione di un delitto come tale configurabile alla stregua della normativa dell'epoca, non rilevando le eventuali modifiche che abbiano investite quest'ultima".

È evidente che un tale modo di opinare si pone in contrasto con la recente giurisprudenza della cassazione. Nella nota della Bisacci si critica la tesi dell'analisi sul disvalore sociale del fatto per la necessità della tipicità della fattispecie penale; è una vecchia concezione del diritto, e della scienza giuridica basata solo sul dato normativo, ma non pertinente nel nostro caso poiché la tipicità deve ricorrere quando si va contro il reo – cfr. art. 25 della cost. –, e non quando l'applicazione è a favore, infatti sono sempre ammesse anche le scriminanti atipiche, o per analogia cfr. da ultimo Cass. 22 gennaio 2.004, n. 22398: "Anche la stabile convivenza *more uxorio* può dar luogo per analogia al riconoscimento della scriminante prevista dall'art. 384 c.p. (Fattispecie relativa ad imputata la quale invocava la non punibilità per il favoreggiamento personale commesso per aiutare il convivente)".

(7) Anche le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno iniziato a usare (imitando le Corti supreme anche giudici delle leggi) il principio di proporzionalità, cfr Cass. S.U. 28 gennaio 2004, n. 5876: "… E la lesione del principio di ragionevolezza e proporzionalità della misura sarebbe tanto più grave laddove si tratti di cose configurabili come corpo del reato ma di proprietà della vittima o di terzi estranei alla condotta criminosa".

Sul principio di proporzionalità, cfr. F. Dean *Il proporzionalismo nell'ordinamento penale,* in *Rassegna giuridica umbra*, 2006, 523.

(8) Cfr. Cass. S.U. del 23 maggio 1987 n° 8342: "Qualora un fatto perda il carattere di illecito penale a seguito di una modifica legislativa intervenuta successivamente che concerna la disciplina normativa extra-penale di riferimento per attribuire la qualità di soggetto attivo di un reato proprio si applica il principio di retroattività della legge più favorevole affermato dall'art. 2 cod. pen. Perché per legge incriminatrice deve intendersi il complesso di tutti gli elementi rilevanti ai fini della descrizione del fatto tra cui, nei reati propri è indubbiamente compresa la qualità del soggetto attivo (nella fattispecie è stata ritenuta non più ravvisabile l'ipotesi del reato di peculato nella condotta di un dipendente di una cassa di risparmio perché è stata eslusa, a seguito di *novatio legis*, l'attribuibilità allo stesso della qualifica di pubblico ufficiale".

Anche nell'ipotesi della maggiore età, passata da 21 anni a 18, c'è stata l'applicazione dell'art. 2 del c.p. (9).

In materia di calunnia nel caso di abrogazione del titolo del reato, oggetto della falsa incolpazione, si deve pervenire alla applicazione dell'art. 2 cp, e quindi all'assoluzione (10). La Cassazione qui prende un abbaglio, poiché è legata alla concezione del reato di pericolo contro l'attività giudiziaria, ma la calunnia offende soprattutto il calunniato e quindi quando manca (anche per successione di leggi) il reato della falsa incolpazione non c'è più disvalore sociale del fatto.

In materia di reati militari abolita la leva militare obbligatoria, il rifiuto del servizio militare commesso in precedenza non costituisce più reato (11), per assenza del disvalore sociale.

---

(9) Cfr. Cass. 8 aprile 1975, n. 7422: "L'art. 573 cod. pen. punisce la sottrazione consensuale di persona che pur avendo compiuto gli anni quattordici non abbia ancora raggiunto la maggiore età. Poiché la norma penale non fissa la data in cui si raggiunge la maggiore età valgono in proposito le disposizioni della legge civile le quali, in conseguenza, costituiscono parte integrante della norma incriminatrice di cui trattasi. Pertanto, a partire dall'entrata in vigore della legge 8 marzo 1975, n. 39 che ha anticipato la maggiore età al compimento del diciottesimo anno, la sottrazione ex art. 573 cod. pen. e punibile se commessa nei confronti di persona che non abbia ancora compiuto il diciottesimo anno di età".

(10) Cfr. in senso contrario Cass. 21 novembre 1988, n° 12673: "La perseguibilità per il delitto di calunnia, già consumato, permane anche se, per intervento legislativo, il fatto oggetto della incolpazione non costituisca più reato o diventi perseguibile a querela e questa non sia stata proposta"; Cass. 5 novembre 2003, n. 48525; Cass. 11 giungo 2003, n. 34481; Cass. 10 dicembre 1991 n. 8142: "Il delitto di calunnia si configura come reato di pericolo e, quindi, è sufficiente per la sua integrazione, la possibilità che l'autorità giudiziaria dia inizio al procedimento per accertare il reato incolpato con danno per il normale funzionamento della giustizia. Ne consegue che il delitto deve escludersi soltanto quanto il reato incolpato sia perseguibile a querela di parte e questa non sia stata presentata, mentre ne va affermata la sussistenza quanto il fatto oggetto dell'incolpazione non costituisca più reato o diventi perseguibile a querela per sopravvenuta innovazione legislativa, ovvero risulti coperto da una causa estintiva, come la prescrizione e l'amnistia".

(11) Cass. 25 maggio 2006, n. 20382: "Una volta abolita, con la legge 14 novembre 2000 n. 331, la leva militare obbligatoria, anche il rifiuto del servizio militare di leva commesso allorché quest'ultimo era obbligatorio non costituisce più reato, essendo stata abrogata la norma integratrice del precetto penale ed essendo, quindi, venuto meno quest'ultimo"; Cass. 10 febbraio 2005 n. 12.316: "L'abolizione del servizio militare di leva ridisegna la fattispecie penale del delitto di rifiuto della relativa prestazione *eliminando il disvalore sociale* della condotta incriminata. Ne consegue che l'art. 1, comma sesto, della legge 14 novembre 2000 n. 331, deve essere considerato norma integratrice del precetto penale e che, con riferimento alle situazioni da esso disciplinate, trova applicazione l'art. 2, secondo comma, cod. pen., sicché l'abolizione del servizio di leva comporta la non punibilità della condotta di chi in precedenza, allorché detto servizio era obbligatorio, ha rifiutato di prestarlo. Tuttavia, in applicazione della normativa transitoria prevista dal combinato disposto degli artt. 3, comma primo, legge n. 331 del 2000, 7, comma primo, D.Lgs. 215 del 2001 e 1 della legge n. 226 del 2004, per i giovani nati prima del 1985 e già chiamati alle armi, il servizio militare resta obbligatorio sino al 31 ottobre 2005, data di cessazione dal servizio dell'ultimo contingente chiamato alle armi il 31 dicembre 2004, sicché, nei confronti di coloro che versino in tale situazione e rifiutino di prestare il servizio militare di leva, continuano a ricorrere gli estremi del reato contestato".

Viene meno il reato di violazione di domicilio quando per legge extrapenale è modificato il concetto di domicilio (12).

Così viene meno il reato di contrabbando quando la normativa fiscale abolisce l'imposizione dei diritti di confine (13).

Anche il reato di esercizio abusivo di una professione risente della normativa di settore (14).

Infine l'associazione per delinquere viene meno quando viene depenalizzata la fattispecie dei reati fine, perché vi è la "…perdita della rilevanza criminale del fatto, non già dalla data della modifica legislativa, ma *ex tunc*" (15).

---

(12) Cfr. Cass. 4 febbraio 2005, n. 8045: "Nel novero delle norme integratrici della legge penale, cui è applicabile il principio di retroattività della legge più favorevole, ai sensi dell'art. 2, comma terzo, cod. pen., debbono ricomprendersi tutte quelle che intervengano nell'area di rilevanza penale di un fatto umano, escludendola, riducendola o comunque modificandola in senso migliorativo per l'agente; e ciò quand'anche la nuova norma non rechi testuale statuizione in tal senso ma, comunque, regoli significativamente il fatto in termini incompatibili con la precedente disciplina penalistica ovvero incidenti, per il nuovo caso regolano, nella struttura della norma incriminatrice o, quanto meno, sul *giudizio di disvalore in essa espresso*. (Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che potesse valere ad escludere la configurabilità del reato di violazione di domicilio – addebitato ad un esponente di un'associazione per la tutela degli animali per essersi egli introdotto e trattenuto, per dichiarate finalità ispettive, contro la volontà del proprietario, in un locale privato adibito a canile – la sopravvenuta emanazione di una norma regionale che imponeva ai gestori di strutture di ricovero per animali di consentire l'accesso, senza bisogno di speciali procedure o autorizzazioni, ai responsabili locali delle associazioni protezionistiche o animalistiche)"

(13) Cass. 4 febbraio 2003 n. 14.329: "Sussiste l'abolitio criminis del reato di contrabbando doganale (art. 282 DPR n. 43 del 1973) consistente nell'omissione del pagamento del dazio ad valorem del 6% gravante sull'alluminio in pani proveniente dalla Repubblica Federale Yugoslavia in virtù della sopravvenienza del regolamento comunitario n. 2007 del 2000, integrato e modificato dal regolamento n. 2563 del 2000 che ha sottratto tale merce ai diritti di confine sulla stessa gravanti, in quanto le norme impositive del dazio costituiscono norme extrapenali integratrici del precetto penale ed, in quanto tali, rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 2 cod. pen."; Cass. 26 giugno 2002 n. 33934: "In tema di reti doganali, l'art. 562, Lett. e) del regolamento CEE del 4 maggio 2001, n. 993, che ha esteso a 18 mesi il periodo di tempo durante il quale le imbarcazioni da diporto iscritte nei registri navali dei paesi, non facenti parte della Comunità Europea, possono restare nel territorio doganale comunitario una volta ammesse all'istituto della temporanea importazione per uso privato, previsto dalla Convenzione di Ginevra del 18 maggio 1956, ratificata e resa esecutiva con legge 3 novembre 1961 n. 1553, è norma integratrice di un elemento normativo della fattispecie di cui all'art. 216 TU n. 43 del 1973, la cui modifica non può essere sottratta all'applicazione del principio della successione delle leggi penali posto dall'art. 2 Cod. Pen".

(14) Cass. 9 dicembre 2002, n. 1751: "Non integra il reato di esercizio abusivo di una professione la condotta del praticante avvocato, abilitato al patrocinio, il quale abbia assunto la difesa di un minore nell'udienza di convalida dell'arresto tenuta dal GIP del tribunale per i minorenni, in quanto, nei limiti in cui tale attività difensionale è consentita dalla norma sopravvenuta di cui all'art. 7 1.16 dicembre 1999, n. 47, la modifica della norma extrapenale si riflette sulla struttura stessa del precetto penale ed opera, dunque, il principio di retroattività della legge più favorevole (art. 2, cpv. cod. pen)".

(15) Cfr espressamente, nella parte motiva Cass. 9 marzo 2.005, nr. 13382, in *Cassazione penale*, 2006, fasc. 6, p.2070, con nota di A. Restignoli, *Esclusa la configurabilità del reato di associazione per delinquere per la sopravvenuta depenalizzazione del reato fine*.

Dopo questa analisi, delle costanti e ripetute applicazioni del principio del disvalore sociale del fatto – quale applicazione del principio di offensività –art. 49, comma 2, c.p.- da parte della cassazione credo sia ragionevole aspettarsi dalla suprema corte la stessa soluzione anche per le norme penali fallimentari e societarie. Infatti la riforma ha reso non più offensivi (o di disvalore sociale) tutti i fatti compiuti da chi oggi non è nelle condizioni di essere dichiarato fallito. Toccherà quindi al giudice penale compiere questa analisi, e i casi sono tanti poiché in molti tribunali si facevano fallire tutti, anche i piccoli e i piccolissimi imprenditori.

NOTE A SENTENZA

Pubblica Amministrazione - Diritto di accesso - Verbali ispettivi - Dichiarazioni dei lavoratori.

Pubblica Amministrazione - Diritto di accesso **-** Atti coperti da segreto istruttorio penale – Non sussiste.

Pubblica Amministrazione - Diritto di accesso - Denunce di reato provenienti dalla p.a. nell'esercizio di funzioni amministrative – Sussiste.

Consiglio di Stato - Sez. VI – 24.10\13.12.2006 n. 7321 – Pres. Giovannini – Consigliere est. Chieppa – Inps (Avv.ti Cossu, Correra, Coretti) – Pasquettaz s.p.a. e Industria carni s.n.c. (Avv.ti Sinibaldi, Alice, Manni).

Sono sottratti al diritto di accesso, in quanto coperti da segreto istruttorio penale, ai sensi dell'art. 329 c.p.p., gli atti trasmessi dalla P.A. all'autorità giudiziaria nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento.
La denuncia di reato presentata dalla p.a. nell'esercizio delle proprie istituzionali funzioni amministrative non costituisce atto coperto da segreto istruttorio penale e come tale sottratta all'accesso, in quanto non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 329 c.p.p.

FATTO E DIRITTO – 1. Con l'impugnata sentenza il Tar ha in parte accolto il ricorso proposto dalla Pasquettaz s.p.a. e dall'Industria Carni s.n.c. di P. M. & Figli in liquidazione avverso il provvedimento del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – Direzione Provinciale del Lavoro di Torino – Servizio Ispezione del Lavoro di Torino in data 5 ottobre 2005, prot. n. A7204-26212, recante reiezione della domanda presentata dalle ricorrenti per ottenere l'accesso ad atti amministrativi inerenti i verbali di accertamento 9 settembre 2005, n. 204, prot. nn. E/204-23255 ed E/204/23249, contenenti le dichiarazioni rese da alcuni lavoratori all'ispettore del lavoro ed agli ispettori dell'INPS nel corso delle visite ispettive presso le ricorrenti.

Il giudice di primo grado ha ordinato all'INPS di consentire alle società ricorrenti l'accesso alla documentazione di cui alla menzionata richiesta, esclusi gli atti di indagine compiuti dagli Ispettori del Lavoro nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria.

Avverso tale sentenza ha proposto appello l'INPS.

La Pasquettaz s.p.a. e l'Industria Carni s.n.c. di P.M. & Figli in liquidazione si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello.

Con ordinanza del 28 aprile 2006, questa Sezione ha sospeso l'impugnata sentenza, disponendo adempimenti istruttori a carico dell'amministrazione appellante.

All'odierna camera di consiglio la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dall'applicazione alla fattispecie in esame dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di limiti al diritto di accesso agli atti compiti dagli ispettori del lavoro in sede di verifiche.

Il Tar ha ritenuto che l'art. 2, comma 1, lett. c) D.M. 4 novembre 1994, n. 757, che sottrae al diritto di accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori in occasione di indagini ispettive a carico del loro datore di lavoro fino a quando non sia cessato il rapporto, si pone in palese contrasto con l'art. 24 L. 7 agosto 1990, n. 241, per il quale il diritto alla riservatezza recede di fronte al diritto di difesa, e pertanto deve essere disapplicato in virtù del principio generale secondo il quale, nel conflitto fra due norme diverse, occorre dare preminenza a quella legislativa rispetto alla norma regolamentare ogni volta che questa precluda l'esercizio di un diritto soggettivo.

Il giudice di primo grado ha, quindi, accertato il diritto delle ricorrenti ad ottenere l'accesso alla documentazione in argomento, con esclusione, tuttavia, degli atti di indagine compiuti dagli Ispettori del Lavoro nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria, che sono coperti dal segreto istruttorio penale e sono pertanto sottratti all'accesso a sensi dell'art. 329 cod. proc. pen..

L'amministrazione appellante non contesta in sé il principio affermato dal Tar, ma sostiene che non è possibile operare una distinzione tra atti coperti dal segreto istruttorio e atti accessibili, in quanto nel caso di specie gli ispettori del lavoro hanno accertato illeciti sa amministrativi che penali, dando comunicazione all'autorità giudiziaria con conseguente applicazione del limite al diritto di accesso per atti coperti dal segreto istruttorio penale.

Il ricorso in appello è fondato.

Il Collegio non ritiene di doversi discostare da un recente precedente della Sezione, in cui è stata affrontata analoga questione (Cons. Stato, VI, n. 1923/2006).

In tale occasione, la Sezione ha in primo luogo disapplicato l'art. 2 comma 1 lett. c), d.m. 4 novembre 1994 n. 757, che sottrae al diritto di accesso le dichiarazioni rese dai lavoratori in occasione di indagini ispettive a carico del loro datore di lavoro fino a quando non sia cessato il rapporto, ritenendolo in palese contrasto con l'art. 24 l. 7 agosto 1990 n. 241 ed ha poi esaminato i limiti al diritto di accesso derivanti dal segreto istruttorio penale.

È stato evidenziato che tra i casi di segreto previsti dall'ordinamento, rientra quello istruttorio in sede penale, delineato dall'art. 329 c.p.p., a tenore del quale «gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari».

Tale norma segreta gli atti di indagine, che siano posti in essere dal pubblico ministero ovvero dalla polizia giudiziaria.

Non ogni denuncia di reato presentata dalla pubblica amministrazione all'autorità giudiziaria costituisce atto coperto da segreto istruttorio penale e come tale sottratta all'accesso, in quanto, se la denuncia è presentata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie istituzionali funzioni amministrative, non si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 329, c.p.p. (in tal senso v. anche Cons. Stato, VI, n. 22/99).

Tuttavia se la pubblica amministrazione che trasmette all'autorità giudiziaria una notizia di reato non lo fa nell'esercizio della propria istituzionale attività ammi-

nistrativa, ma nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento, si è in presenza di atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria, che, come tali, sono soggetti a segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 c.p.p. e conseguentemente sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24, L. n. 241/1990

Nel caso esaminato con la sentenza n. 1923/06 si trattava proprio di atti di una indagine ispettiva condotta da un ispettore del lavoro, nel corso della quale erano emersi, oltre che illeciti amministrativi, anche l'illecito penale di intermediazione vietata nell'impiego di manodopera, di cui all'art. 1, L. 23 ottobre 1960, n. 1369.

Di tale illecito penale era stata notiziata dall'ispettore del lavoro l'autorità giudiziaria e posto che, ai sensi dell'art. 8, co. 1, D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520, l'ispettore del lavoro aveva compiuto atti di indagine nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria, era stato ritenuto applicabile l'art. 329 c.p.p., in base al quale i relativi atti sono coperti da segreto istruttorio penale e sottratti all'accesso.

Era stato anche evidenziato che l'interessato può eventualmente chiedere visione e copia degli atti al pubblico ministero titolare delle indagini, ai sensi dell'art. 116 c.p.p., competendo solo all'autorità giudiziaria penale valutare se consentire o meno all'interessato la visione di atti coperti da segreto istruttorio.

Tali principi sono perfettamente applicabili al caso di specie, in cui, a seguito dell'istruttoria disposta dalla Sezione, è emerso che tutti gli atti oggetto della richiesta di accesso sono stati redatti dagli ispettori dell'Inps e dall'ispettore del lavoro e sono stati trasmessi all'autorità giudiziaria, essendo emersi illeciti penali in seguito all'attività di indagine svolta dall'ispettore del lavoro.

Avendo, quindi, quest'ultimo operato quale ufficiale di polizia giudiziaria, gli atti sono sottratti al diritto di accesso ai sensi dell'art. 329 c.p.p. e possono eventualmente essere chiesti all'autorità giudiziaria penale.

3. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

(O*missis)*

IL DIRITTO DI ACCESSO AI VERBALI ISPETTIVI E ALLE DICHIARAZIONI DEI LAVORATORI

Sommario: 1.- Esclusione del diritto di accesso. Il segreto istruttorio penale. 2.-Documenti acquisiti nel corso di attività ispettive condotte con i poteri di polizia giudiziaria. 3.- Documenti relativi ad attività amministrativa di vigilanza, controllo e accertamento illeciti. Atti di denuncia all'autorità giudiziaria. 4 - Le dichiarazioni dei lavoratori.

1. Esclusione del diritto di accesso. Il segreto istruttorio penale.

Con la legge sul procedimento amministrativo (L. 7 agosto 1990 n. 241, come

modificata dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal D.L. n. 35 del 2005 convertito con modifiche dalla L. n. 80 del 2005) tramonta definitivamente il potere-dovere della pubblica amministrazione di rifiutare le informazioni in suo possesso.

La stessa L. n. 15\2005 contiene in proposito un'importante enunciazione di principio, laddove innovando l'art. 22 della L. n. 241\90, prevede che l'accesso ai documenti, *attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce un principio generale dell'attività amministrativa, finalizzato a favorire la partecipazione dei privati e ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.*

L'art. 22 L. n. 241\1990, nel testo novellato, riconosce il diritto di accesso a *tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.*

Di converso, l'accesso agli atti amministrativi può essere escluso solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge (1).

Il testo dell'art. 24 comma 1 lett a) L. cit. dispone infatti l'esclusione del diritto di accesso nei casi di *segreto o di divieto di divulgazione altrimenti previsti dalla legge,* dal regolamento governativo e dalle pubbliche amministrazioni .

Il diritto di accesso ha natura di vero e proprio diritto soggettivo, essendo previsto da una legge di settore che ne disciplina minutamente l'attribuzione e l'esercizio nell'esclusivo interesse del richiedente, limitandolo solo a fronte di specifiche e tassative esigenze di riservatezza (dei terzi o dell'amministrazione stessa) stabilite dalla legge e non per mere valutazioni di opportunità di chi detiene il documento (2).

L'articolata disciplina degli atti sottratti all'accesso, composta dall'art. 24 della citata legge e dal regolamento di attuazione (Regolamento in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui al D.P.R. 12 aprile 2006, n.184)**,** nonché dai regolamenti adottati dalle singole amministrazioni, si risolve nella formulazione di un giudizio di pericolosità, in via generale ed astratta, fondato sulla presunzione dell'idoneità dell'ostensione degli atti ascrivibili alle tipologie dei documenti amministrativi contemplate dalle previsioni regolamentari a pregiudicare le categorie di interessi generali classificati dalla normativa primaria come preminenti rispetto al configgente interesse privato all'accesso, e ciò secondo una valutazione ampiamente discrezionale che, impingendo il merito dell'azione amministrativa, sfugge al sindacato di legittimità, salva la sua eventuale arbitrarietà, irragionevolezza o illogicità (3).

Eventuali limitazioni od esclusioni del diritto di accesso devono considerarsi fattispecie eccezionali e quindi di stretta interpretazione (4).

---

(1) T.A.R. Lazio, sez. III, 12 aprile 2005, n. 2659 *in Foro amm. TAR 2005, 4 1086 (s.m.)*; T.A.R. Lazio, sez. III, 8 novembre 2004, n. 12661 *in Foro Amm. TAR 2004, 3370 (s.m.).*

(2) Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1679 *in Foro amm. CDS 2005, 4 1168 (s.m.)*.

(3) Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 956 *in Foro Amm. CDS 2004, 750 (s.m.).*

(4) Cons. St., Sez. V, 16 novembre 1998, n. 1620 in Foro amm. 1998, f. 11-12 (s.m.); Cons. Stato, 1998, I, 1770 (s.m.); Cons. St., Sez. IV, 3 novembre 1997, n. 1254 in Riv. Amm. It. 1998, 303 nota (Soricelli); Ragiusan 1998, f. 1-2, 185.

Ne consegue che, a fronte della richiesta di conoscenza di documenti riconducibili ad una delle categorie di atti sottratti all'accesso, resta preclusa all'amministrazione, e in sede giurisdizionale al giudice, qualsivoglia valutazione discrezionale della pericolosità in concreto dell'ostensione di quegli atti (essendo essa già stata definita in astratto, con forza normativa) (5).

La ponderazione degli interessi in gioco ai fini dell'esercizio del diritto di accesso è possibile ove l'amministrazione abbia margini per procedere ad una valutazione discrezionale, ma è preclusa nell'ipotesi in cui la valutazione è vincolata, dovendo l'amministrazione verificare soltanto se la notizia o il documento, che formano oggetto dell'istanza d'accesso, sono coperti dal segreto d'ufficio o da divieto di divulgazione, secondo quanto statuito dall'art. 24 L. cit. (6).

In tale ipotesi si verifica l'esclusione automatica ex lege dell' accessibilità dei documenti amministrativi (7).

Da ciò deriva che l'amministrazione non è obbligata a motivare in modo specifico il diniego di accesso a quegli atti che la norma ha preventivamente escluso dall'accesso, se non attraverso il mero rinvio alla stessa norma. Invero, se si dovesse pretendere una puntuale specificazione delle ragioni del diniego si finirebbe per costringere l'amministrazione a rivelare, in tutto o in parte, proprio quelle notizie che la citata disposizione ha escluso dall'accesso per tutelarne la riservatezza (8).

Tra i casi di segreto previsti dall'ordinamento, rientra quello istruttorio in sede penale (9).

A norma dell'art. 329 c.p.p., "*gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari*".

In particolare, gli art. 329 e 114 c.p.p. disciplinano il regime del segreto degli atti delle indagini preliminari e i relativi divieti di pubblicazione e divulgazione, prevedendo limiti e tempi diversi a seconda del tipo di atto e delle garanzie difensive per esso previste. In virtù di detti divieti la p.a. che ha formato l'atto divenuto oggetto di sequestro è vincolata al regime di segretezza e perciò non può rilasciare copia degli atti appresi dall'autorità giudiziaria penale (art. 114 c.p.p.).

Ciò peraltro non significa che il singolo che abbia interesse alla conoscenza di quegli atti sia sprovvisto di tutela, poiché l'ordinamento prevede che egli possa ottenerne copia dall'autorità giudiziaria penale (art. 116 c.p.p.), senza che ciò faccia venir meno il divieto di pubblicazione di cui al sopra citato art. 114 c.p.p., competendo solo alla predetta autorità valutare se consentire o meno all'interessato la visione di atti coperti da segreto istruttorio .

---

(5) Cons. St., sez. IV, 23 marzo 2004, n. 1475 *cit.*

(6) Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7277 *in Foro amm. CDS 2004, 3259 (s.m.)*.

(7) T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, 5 dicembre 2005 n. 1676 *in Foro amm. TAR, 12, 3894 (s.m.)*.

(8) T.A.R. Trentino Alto Adige, 24 ottobre 2003, n. 443 *in Foro amm. TAR 2004, 2892 (s.m.)*.

(9) Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923 *in Foro amm. CDS 2003, 1320 (s.m.)*; T.A.R. Sicilia, sez. I, 12 maggio 2003, n. 744 *in Foro amm.TAR 2003,1786 (s.m);* Tar. Basilicata, 14 dicembre 2005, n. 1028 *in Foro amm. TAR 2005, 12 4137.*

La norma, nell'evidente finalità di contemperare le ragioni della giustizia penale con le ragioni del singolo, attribuisce la competenza a decidere sulla domanda all'autorità giudiziaria procedente (pubblico ministero o giudice) al momento della presentazione dell'istanza (10).

2. Documenti acquisiti nel corso di attività ispettive condotte con i poteri di polizia giudiziaria.

Tra i documenti coperti dal segreto istruttorio penale e sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 329 del c.p.p., devono senza dubbio annoverarsi i documenti acquisiti nel corso di attività ispettive condotte dagli ispettori del lavoro nell'esercizio di poteri di polizia giudiziaria (11).

Ai sensi dell'art. 8, co. 1, D.P.R. 19 marzo 1955, n. 520: "*gli ispettori del lavoro, nei limiti del servizio a cui sono destinati, e secondo le attribuzioni ad essi conferite dalle singole leggi e dai regolamenti, sono ufficiali di polizia giudiziaria*".

Tali poteri sono stati confermati dalla riforma dei servizi ispettivi, di cui al D.Lvo 23 aprile 2004 n. 124." *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30".*

L'art. 6 della citata norma così recita:

Personale ispettivo

1. Le funzioni di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale sono svolte dal personale ispettivo in forza presso le direzioni regionali e provinciali del lavoro.

2. Il personale ispettivo di cui al comma 1, nei limiti del servizio cui e' destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche in qualita' di ufficiale di polizia giudiziaria.

3. Le funzioni ispettive in materia di previdenza ed assistenza sociale sono svolte anche dal personale di vigilanza dell'Inps, dell'Inail, dell'Enpals e degli altri enti per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria, nell'ambito dell'attivita' di verifica del rispetto degli obblighi previdenziali e contributivi. A tale personale, nell'esercizio delle funzioni di cui al presente comma, non compete la qualifica di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria.

La norma è stata altresì chiarita dall'art. 6 della circolare n. 24\2004 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali di cui si riporta il testo.

Nulla muta rispetto al passato con riferimento all'esercizio delle funzioni di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale da parte del personale in forza presso le Drl e le Dpl, nonché del personale di vigilanza di Inps, Inail, Enpals e degli altri enti per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria nell'ambito dell'attività di verifica del rispetto degli obblighi previdenziali e contributivi.

(10) T.A.R. Campania , sez. V, 9 marzo 2004, n. 2780 *in Foro amm. TAR 2004, 796 (s.m).*

(11) T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2005, n. 1267 *in Foro amm. TAR 2005, 4 981 (s.m.).*

Il personale ispettivo in forza presso le direzioni regionali e provinciali del lavoro, nei limiti del servizio cui è destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche in qualità di ufficiale di polizia giudiziaria.

Ove in occasione della attività ispettiva si riscontri, da parte del personale di vigilanza degli enti previdenziali, la sussistenza di un reato perseguibile d'ufficio, le comunicazioni di legge andranno effettuate direttamente all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 331 c.p.p..

Restano evidentemente fermi i poteri di contestazione degli illeciti amministrativi in capo a tutto il personale di vigilanza, indipendentemente dal possesso della qualifica di ispettore del lavoro, delle Drl e delle Dpl, nonché degli enti previdenziali.

Dunque gli ispettori del lavoro sono, ai sensi della citata normativa e della costante giurisprudenza, oltre che funzionari amministrativi, anche ufficiali di polizia giudiziaria.

Le funzioni di polizia giudiziaria comportano l'accertamento del reato commesso e l'obbligo del rapporto, quelle di polizia amministrativa si sostanziano nella prevenzione degli illeciti (12).

In particolare la giurisprudenza ha chiarito che gli ispettori del lavoro esercitano funzioni di polizia giudiziaria quando, avuta notizia di un reato, svolgono le relative indagini; esplicano, invece, funzioni di polizia amministrativa – che, come tali, non esigono il rispetto delle disposizioni processuali previste per lo svolgimento delle attività di polizia giudiziaria – allorché, nell'ambito della vigilanza sull'osservanza o meno, da parte degli imprenditori, delle leggi sulla tutela del lavoro e sulla previdenza ed assistenza obbligatorie, procedono a mere operazioni di controllo e di verifica dei libri contabili di un'azienda e alla raccolta di dati documentali (13).

Poichè gli ispettori del lavoro sono anche ufficiali di polizia giudiziaria, ne deriva che ove abbiano accertato, nel corso di un'ispezione, la sussistenza – oltre che di illeciti amministrativi – anche di fatti di reato e abbiano rinviato gli atti alla competente autorità giudiziaria, tali atti ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 329 c.p.p., sono coperti da segreto istruttorio penale e sottratti all'accesso a tenore dell'art. 24 della L. n. 241/90 (14).

3. Documenti relativi ad attività amministrativa di vigilanza, controllo e accertamento illeciti. Atti di denuncia all'autorità giudiziaria.

In particolare si evidenzia che il comma 3 del cit. D.lvo n. 124\2004 chiarisce che al personale di vigilanza dell'Inps, dell'Inail e dell'Enpals e degli altri enti per

(12) Cass. pen., sez. II, 20 giugno 1985 *in Giust. Pen 1986, III, 511 (s.m.); Notiziario giur. lav. 1986, 680*; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923 *cit*.

(13) Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 1982, n. 1605 *in Giust. Civ. Mass. 1982, fasc. 3*.

(14) Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923 *cit*; T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2005, n. 1267 *cit.*

i quali sussiste la contribuzione obbligatoria, non compete la qualifica di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria.

Tra i documenti esclusi dall'accesso non rientrano, in linea generale, quelli che riguardano lo svolgimento di funzioni ispettive, di vigilanza, di controllo e di accertamento di infrazioni alle leggi vigenti, in quanto le esigenze di buon andamento e di imparzialità della p.a. (come disciplinate dall'art. 97 cost.), alle quali il diritto di accesso è funzionalmente correlato, coinvolgono allo stesso modo tutte le attività volte all'emanazione dei provvedimenti, anche quando si tratti delle attività ispettive di vigilanza, di controllo e di accertamento delle infrazioni alle leggi vigenti (15).

Si ritiene che l'attività ispettiva in quanto tale è attività di natura amministrativa, nel corso della quale vengono formati o utilizzati documenti amministrativi, rispetto ai quali è legittimato a chiedere l'accesso chi possa dimostrare la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante (16).

A fronte di una richiesta di accesso nel corso di una attività ispettiva, l'esigenza di non ostacolare la stessa, ove ravvisata, può comportare esclusivamente la facoltà di differire temporaneamente l'accesso, sulla base di un provvedimento esplicito, puntualmente motivato, ed indicante la durata del differimento (17).

D'altra parte la mera pendenza di un procedimento amministrativo, ancorché di carattere sanzionatorio, non può costituire di per sè la causa legittimante del differimento dell'accesso agli atti relativi alle fasi procedimentali ormai concluse, ove l'attività amministrativa sia articolata in più fasi autonome e non vi siano ulteriori, specifiche, ragioni di interesse pubblico legate al buon esito dell'istruttoria, fatta salva la tutela dei terzi eventualmente coinvolti. Ciò perché l'accesso ai documenti amministrativi, per come disciplinato dall'art. 22 e ss. L. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 15 e ss. L. 11 febbraio 2005 n. 15, ha una duplice finalità, riferita non solo all'esigenza di favorire la tutela anticipata delle ragioni dell'interessato, bensì, anche, di consentire la conoscenza di ogni singolo atto avente effetti, diretti o indiretti, nei confronti dell'istante, assicurando, quindi, la trasparenza dell'azione amministrativa in conformità al principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 cost. (18).

La giurisprudenza ha inoltre precisato che non ogni denuncia di reato presentata dalla p.a. costituisce atto coperto da segreto istruttorio penale, ma solo quella che sia stata effettuata "nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento", che costituiscono atti di indagine di polizia giudiziaria e come tali rientranti nell'ambito dell'art. 329 c.p.p. (19).

---

(15) Cons. St. a. plen., 28 aprile 1999, n. 6 in Cons. Stato 1999, I, 565 (s.m.); Riv. amm. R. It. 1999, 312 (s.m.); Cons. Stato 1999, II, 1784 nota (DELFINO); T.A.R. Veneto, sez. I, 21 aprile 2005 n. 1721 in Redazione Giuffrè 2005 (s.m.).

(16) Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2004, n. 744 *in Foro amm. CDS 2004, 406.*

(17) T.A.R. Lazio, sez. I, 8 febbraio 1996, n. 177 Massima redazionale Giuffrè 1996; T.A.R 1996; Foro it. 1996.

(18) T.A.R. Lazio, sez. II, 2 maggio 2005, n. 3224 *in Foro amm. TAR 2005, 5 1530 (s.m.).*

(19) Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003 n. 1923 *cit*; Cons. St. sez. VI, 19 gennaio 1999 n. 22 *in Foro amm. 1999, 106; Cons. Stato 1999, I, 98 (s.m.);* Cons. St., sez. IV, 13 luglio 1998, n. 1091 *in Foro amm. 1998, 2026 (s.m.);* T.A.R. Basilicata, *cit;* T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, 5 dicembre 2005, n. 1676 *cit*.

Invece gli atti posti in essere dalla p.a. nell'ambito della sua attività istituzionale, anche se riguardanti lo svolgimento di attività di vigilanza, controllo e accertamento di illeciti, ancorché inoltrati all'autorità giudiziaria, sono atti amministrativi, conservando tali atti, indipendentemente dalla temporanea dislocazione presso gli uffici giudiziari, la natura e la qualità di atti di polizia amministrativa, raccolti dalla polizia amministrativa e non di atti giudiziari (20).

Gli atti amministrativi di denuncia posti in essere nello svolgimento di attività istituzionale non sono atti riservati (21) e rispetto ad essi il segreto istruttorio può essere esteso solo dal p.m. con atto motivato (22), essendo necessario che il giudice che conduce l'indagine penale li abbia acquisiti con uno specifico provvedimento di sequestro (23).

In assenza di un provvedimento di sequestro, la rimessione alla magistratura inquirente degli atti di denuncia dei fatti a carico del richiedente è circostanza inidonea ad ingenerare in capo all'amministrazione uno specifico obbligo di segretezza e, di riflesso, ad escludere o limitare la facoltà per i soggetti interessati di averli in visione (24).

Tali atti rimangono nella disponibilità della amministrazione fino a che non intervenga un provvedimento di secretazione o di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria (25) e pertanto sono sottratti all'accesso solo ove sovvengano ulteriori e diversi motivi che legittimamente sorreggano il rifiuto di ostensione (nella fattispecie, l'accesso agli atti è stato negato in quanto la pratica era stata consegnata in originale alla polizia giudiziaria la quale ne aveva fatto rituale richiesta nell'ambito di indagini delegate dalla procura della repubblica; il tribunale, prescindendo da ogni considerazione sul tipo giuridico dell'atto di acquisizione forzata, ha preso atto che la documentazione originale non fosse più, per "factum principis", nella disponibilità dell'ente intimato ed ha ritenuto l'impossibilità per l'amministrazione comunale di adempiere all'obbligo di ostensione nelle forme richieste dall'interessato) (26).

Sono dunque sottratti all'accesso, perché coperti da segreto istruttorio penale, solo gli atti oggetto di un provvedimento formale di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria (art. 391 cpp), nonché gli atti formati dalla p.a. in veste di polizia giudiziaria (art. 329 cpp) (27).

---

(20) T.A.R. Puglia, sez. II, 17 aprile 2003, n. 1725 in Comuni Italia 2003, 7-8-98 (s.m.); Riv. Giur. polizia 2003, 632 (s.m.).

(21) Cons. St., sez. VI, 19 gennaio 1999, n. 22 *cit*.

(22) T.A.R. Lombardia, sez. III, 18 giugno 2002 , n. 2527 *in Foro amm. TAR 2002, 1915 (s.m.)*.

(23) Cons. St., sez. IV, 27 novembre 1996, n. 1252 *in Foro Amm. 1996, 3218 (s.m.);* Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1170 *in Foro Amm. 1996, 2867 (s.m.); Cons. Stato 1996, I, 1481*; T.A.R. Campania, sez. V, 2 maggio 2003, n. 4323 *in Foro amm. TAR 2003, 1741 (s.m.)*.

(24) T.A.R. Campania, sez. V, 26 febbraio 2002, n. 1088 *in Foro amm. TAR 2002, 656, 3348 nota (Celone)*.

(25) Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923 *cit*; T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 22 settembre 2003, n. 920 *in Ragiusan 2004, 243\4 61;* T.A.R. Sardegna, 6 luglio 2000, n. 537 *in Ragiusan 2001, 201 40 (s.m.)*.

(26) T.A.R. Puglia, sez. II, 2 settembre 2002, n. 3796 *in Foro amm. TAR 2002, 2983 (s.m.)*.

(27) T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 2 settembre 2002, n. 1338 *in Foro amm. TAR 2002, 2964 (s.m.).*

4. Le dichiarazioni dei lavoratori.

Il D.M. 4 novembre 1994, n. 757, recante il "*regolamento concernente le categorie di documenti formati o stabilmente detenuti dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale sottratti al diritto d'accesso, ai sensi dell'art. 24, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241*" all'art. 2, lett. c, dispone che *sono sottratti al diritto di accesso i documenti contenenti notizie acquisite nel corso delle attività ispettive, quando dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi.*

A tenore del successivo art. 3, i documenti relativi a notizie acquisite nel corso di attività ispettive, sono sottratti all'accesso *finché perduri il rapporto di lavoro, salvo che le notizie contenute nei documenti di tale categoria risultino a quella data sottoposti al segreto istruttorio penale.*

Il regolamento per la disciplina d'accesso ai documenti amministrativi dell'Inps, a norma della legge 241/90, adottato con determinazione n. 1951 del 16 febbraio 1994 e diramato con la circolare n. 117 del 18 aprile 1994, all'art. 17 espressamente elenca tra i documenti sottratti all'accesso, a tutela della riservatezza, le "*dichiarazioni*" rilasciate da lavoratori che costituiscono base per la redazione del verbale ispettivo**,** *al fine di prevenire pressioni, discriminazioni o ritorsioni ai danni dei lavoratori stessi.*

Dall'esame dei due regolamenti si evince che si è inteso salvaguardare la posizione dei lavoratori che nel corso delle indagini ispettive rendono dichiarazioni relative al proprio rapporto di lavoro; dichiarazioni che possono coinvolgere il proprio datore di lavoro.

Il divieto di accesso tutela i lavoratori contro il pericolo di azioni discriminatorie, di indebite pressioni e pregiudizi e contro eventuali ritorsioni.

Tale esigenza di tutela viene meno, secondo i regolamenti, quando cessa il rapporto di lavoro, sicché l'accesso può essere in tal caso consentito, a meno che non vi sia una preclusione derivante dal segreto istruttorio penale.

La giurisprudenza più recente ha ripetutamente statuito (28) che tali previsioni regolamentari risultano in contrasto con la norma primaria di cui all'art. 24, L. n. 241/1990, e, in particolare, con la previsione secondo cui il diritto di difesa prevale sulla riservatezza.

Giova osservare che l'art. 24, L. n. 241/1990, bilancia i due contrapposti interessi stabilendo che ove l'accesso sia necessario per la cura o la difesa di propri interessi giuridici, lo stesso prevale sulla esigenza di tutela della riservatezza dei terzi, ma può essere esercitato solo mediante visione degli atti (e non anche mediante estrazione di copia): in tal senso si è pronunciata l'adunanza plenaria (Cons. St. A.P. 4 febbraio 1997 n. 5) (29).

---

(28) Cons. St., VI, 3 maggio 2002, n. 2366 *in Foro am. CDS 2002, 1285; Giur. it. 2002, 2176;* T.A.R. Veneto, sez. I, 6 febbrio 2006, n. 301 *in Foro amm. TAR 2006, 2 516*; TAR Veneto, sez. III, 14 maggio 2003 n. 2760 *in Foro amm. TAR 2003, 1578 (s.m.)*.

(29) Cons. St., sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2223 *in Foro amm. CDS 2006, 4 1264 (s.m.)*; T.A.R. Lazio, sez. I, 27 febbraio 2006, n. 1437 *in Foro amm. TAR 2006, 2 593*; T.A.R. Veneto, Sez. I, 6 febbraio 2006, n. 301 *cit*.

Si deve, pertanto, concludere che l'interesse alla riservatezza, tutelato dalla normativa mediante una limitazione del diritto di accesso, recede quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, nei limiti ovviamente in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse (30).

L'orientamento sopra riassunto appare oggi, in seguito all'entrata in vigore delle modifiche alla L. n. 241/1990, apportate dalla L. n. 15/2005, confermato e corroborato dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 24 in base al quale "*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*".

Non appare superfluo aggiungere che l'esigenza di tutela dei lavoratori, sottostante alle previsioni regolamentari può essere soddisfatta mediante specifici strumenti appartenenti alla normativa sul lavoro e sulla contrattazione collettiva (31).

Lo stesso processo del lavoro, in effetti, considerate le sue peculiarità rispetto al rito civile ordinario, trova la sua ragion d'essere proprio nella tutela dei diritti del lavoratore subordinato, considerato la parte debole dei contratti individuali di lavoro. All'interno di tale apparato normativo, dunque, si rinvengono strumenti giuridici di tutela più che adeguati, come il divieto di licenziamento (se non per giusta causa o giustificato motivo), la disciplina restrittiva e procedimentale in tema di licenziamenti collettivi, le azioni contro le sanzioni irrogate dal datore di lavoro e tutto l'insieme di tutele disciplinato nella L. 20.5.70 n. 300 e successive modificazioni e integrazioni (c.d. Statuto dei lavoratori).

Sotto altro profilo, è anche vero che nel processo del lavoro occorre assicurare la "parità delle armi", garantendo un efficace contraddittorio anche al datore di lavoro, che, in mancanza di documenti come quelli richiesti, si troverebbe in difficoltà nel sostenere le proprie ragioni (32).

L'esigenza di evitare pressioni o discriminazioni nei confronti dei lavoratori, tali da ostacolare gli accertamenti, potrebbe giustificare al più il differimento dell'accesso ma non la sua negazione (33).

La prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza, sancito da una norma primaria, impone di disapplicare le norme regolamentari in contrasto (34). Tale disapplicazione è consentita, vertendosi in tema di diritti soggettivi.

---

(30) Cons. St. ad. plen., 4 febbraio 1997, n. 5 *in Foro amm. 1997, 423*; T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 4 novembre 2004, n. 1959 *in Foro amm. TAR 2004, 3446 (s.m.)*.

(31) T.A.R. Veneto, sez. I, 6 febbraio 2006 n. 301 *cit;* Tar Basilicata, 4 settembre 2002, n. 606 *in Foro amm TAR 2002, 3003, (s.m.)*.

(32) T.A.R. Veneto, sez. III, 14 maggio 2003, n. 2760 *cit*.

(33) Tar Basilicata 4 settembre 2002 n. 606 *cit.*

(34) Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2002 n. 5110 *in Foro amm. CDS 2002, 2504 (s.m.)*; Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2366 *cit.*; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003 n. 1923 *cit.;* Tar Campania Salerno sez. I 4 novembre 2004, n. 1959 *cit.;* Tar Basilicata, 14 novembre 2002 n. 797 *in Foro amm. TAR 2002, 3782 (s.m.)*; Tar Basilicata, 4 settembre 2002, n. 606 *cit*; Tar Veneto, sez III, 14 maggio 2003 n. 2760 *cit*. *Contra:* Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 65 *in Cons. Stato 1999, I, 111 (s.m.);* Cons. St., sez. VI, 4 luglio 1997, n. 1066 *in Cons. Stato 1997, I, 1071*; Cons. St., sez. VI, 19 novem-

La giurisprudenza si è posta la questione interpretativa se i documenti acquisiti nel corso delle attività ispettive siano sottratti solo quando, in concreto, dalla loro divulgazione possono derivare azioni discriminatorie, indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi.

Sotto tale profilo, appare opportuna la seguente precisazione.

Per quanto riguarda gli ex dipendenti, il datore di lavoro ha titolo all'accesso in modo totale (con l'estrazione di copia), in quanto i lavoratori non sono più suscettibili di possibili ritorsioni.

Per quanto riguarda i dipendenti ancora in forze, l'accesso è consentito nella forma debole della sola visione (35).

Infine, la norma regolamentare che vieta il diritto di accesso alle dichiarazioni dei lavoratori, in quanto ispirata a protezione della riservatezza di lavoratori e terzi, non ha alcuna giustificazione quando la richiesta provenga dallo stesso lavoratore che ha rilasciato una dichiarazione (36).

In questa situazione non è, dunque, possibile invocare la tutela della riservatezza, dal momento che il soggetto interessato all'accesso già conosce il contenuto delle dichiarazioni che sono state verbalizzate.

D'altronde non può parlarsi di mancanza di interesse perché il lavoratore deve essere messo in condizione di verificare che la sua dichiarazione sia stata correttamente riportata nei verbali (37).

Angela Laganà
Avvocato Inps

bre 1996, n. 1604 *in Cons. Stato 1996, I, 1799 (s.m.*); Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 1995, n. 1085 *in Foro amm. 1995, 2267*; Tar Emilia Romagna, sez. I, 21 agosto 2002 n. 1096 *in Foro amm.TAR 2002, 2422 (s.m.)*; Tar Abruzzo, 23 febbraio 2001, n. 198 *in Giur. Lav. 2001, 93 nota (*Cogliani*);* Tar Lazio, sez III, 30 marzo 1999 n. 810 *in Riv. Personale ente locale 2000, 120 (s.m.)*; Tar Toscana, sez. II, 17 dicembre 1997, n. 822 *in TAR 1998, I, 606, (s.m.*); *Foro amm. 1998, 2508 (s.m.)*; Tar Lombardia Brescia, 4 maggio 1996 n. 497 *in Informazione previd. 1996, 732*; Tar Campania Napoli, sez. I 8 gennaio 1996 n. 17 *in Foro amm. 1996, 2428 (s.m.); Informazione previd. 1995, 1516*; Tar Lazio sez. III, 18 maggio 1995 n. 837 *in Informazione previd. 1995,1265*; Tar Veneto, sez. I, 25 marzo 1995 n. 456 *in Foro amm. 1995, 2335*; Tar Veneto, 16 febbraio 1995 n. 300 *massima redazionale Giuffrè 1995*.

(35) Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1923 *cit.;* Tar Veneto, sez. I, 4 aprile 2005, n. 1267 *cit.;* Tar Veneto sez. III, 14 maggio 2003, n. 2760 *cit.*

(36) Cons. St. sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6341 *in Riv. Giur. edilizia 2004, I, 1072*; Cons. St., sez. VI, 10 aprile 2003 n. 1923 *cit*; Cons. St., sez. VI, 22 novembre 1999 n. 1911 *cit.*; T.A.R. Sardegna, sez. II, 26 luglio 2004 n. 1170 *in Foro amm. TAR 2004, 2399 (s.m.)*; T.A.R. Veneto, sez. III, 14 maggio 2003 n. 2760 *cit*.

(37) T.A.R. Veneto, sez. I, 4 aprile 2005, n. 1267 *cit*.

I

Contributi – Versamento indebito – Ripetizione – Legittimazione attiva del datore di lavoro – Quota a carico del dipendente – Legittimazione dipendente – Esclusione.

Corte di Cassazione – Sez. Lavoro - 07.02/03.03.2005, n. 4582 – Pres. Battimiello – Rel. Minichiello – *omissis* (Avv. Stronati) – INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo)

In ipotesi di indebito contributivo, il datore di lavoro è l'unico legittimato all'azione di ripetizione, anche con riguardo alla quota predetta, nei confronti dell'ente previdenziale, mentre il lavoratore che abbia subito l'indebita trattenuta sulla retribuzione può eventualmente agire nei confronti del datore di lavoro che ha eseguito la trattenuta stessa.

II

Contributi – Reato di omesso versamento delle trattenute previdenziali ed assistenziali – Corresponsione della retribuzione al lavoratore – Necessità.

Corte di Cassazione – Sez. III Penale - 08.07/02.09.2005, n. 32848 – Pres. Vitalone – Rel. Petti – P.M. Meloni – *omissis.*

Nella configurazione del reato di indebite trattenute sulle retribuzioni, ex *art. 30 della l. 21.12.1978, n. 843 come modificato dall'art.3 della legge n. 92/79, l'effettiva corresponsione delle retribuzioni ne rappresenta un elemento costituivo la cui prova, conseguibile in via testimoniale o documentale, quando si fonda sulle denuncie presentate dallo stesso imputato e confermate dai funzionari dell'INPS, è raggiunta anche in mancanza della materiale allegazione, vista la loro natura ricognitiva e la conseguente legittima presunzione circa la veridicità della posizione debitoria ivi esposta.*

I

FATTO – L'odierno ricorrente, impugnando la sentenza del Tribunale di Grosseto, meglio in epigrafe specificata, sottopone all'esame della Corte la questione se i lavoratori dipendenti siano legittimati a pretendere dall'INPS la restituzione, per la quota di loro pertinenza, dei contributi previdenziali trattenuti dal datore di lavoro sulle retribuzioni e versati all'Istituto stesso, pur in assenza della relativa obbligazione, nella specie caducata per effetto della sentenza della Corte costi-

tuzionale n. 370 del 1985, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 718 del d.l. 23 dicembre 1977, n. 942, conv. in l. 27 febbraio 1978, n. 41, nella parte in cui non prevedeva l'esenzione dal pagamento di tali contributi per i dipendenti delle aziende ubicate nei territori montani aventi altitudine inferiore ai 700 metri sul livello del mare. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO – II ricorso non è fondato.

La questione indicata in narrativa è stata già esaminata dalla Corte in ripetute occasioni ed all'esito dei relativi arresti si è ormai consolidato il principio per cui, in tema di obbligazione contributiva nelle assicurazioni obbligatorie, il datore di lavoro – che, ai sensi dell'art 19 della legge n, 218 del 1952 – è responsabile del pagamento dei contributi anche per la parte a carico dei lavoratori che egli trattiene sulla retribuzione corrisposta ai medesimi - è direttamente obbligato verso l'ente previdenziale anche per la parte a carico dei lavoratori dei quali non è rappresentante *ex lege.*

Ne consegue che, in ipotesi di indebito contributivo, il datore di lavoro è l'unico legittimato all'azione di ripetizione nei confronti dell'ente anche con riguardo alle quota predetta, mentre il lavoratore che abbia subito l'indebita trattenuta può agire nei confronti del datore di lavoro che ha eseguito la trattenuta stessa (cfr., fra le tante, Cass. 16 giugno 2001, n. 8175; Id., 21 dicembre 1998, n. 12758; Id., 17 febbraio 1994, n. 1536).

A quest'orientamento il Collegio reputa di doversi conformare, perché le difese di parte ricorrente non sono sorrette da argomenti che non siano già stati disattesi nelle ricordate decisioni o che propongano aspetti di tale gravita da esonerare la Corte dal dovere di fedeltà ai propri precedenti, sul quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione (assegnatale dall'art 65 dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 e succ. modificazioni, ma di rilevanza costituzionale, essendo anche strumentale al suo espletamento il principio, sancito dall'art 111 Cost., dell'indeclinabilità del controllo di legittimità delle sentenze) di assicurare l'esatta osservanza, l'uniforme interpretazione della legge e l'unità del diritto oggettivo nazionale.

Il giudice *a quo* ha deciso la controversia facendo applicazione del medesimo principio e, pertanto, il ricorso deve essere rigettato. Tale rigetto, tuttavia, non comporta condanna della parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione, restandone essa esonerata a norma dell'art 152 disp. att. cod. proc. civ., nel testo originario, quale risultante a seguito della sentenza costituzionale n. 134 del 1994, non essendo applicabile al presente giudizio, *ratione temporis,* la modificazione introdotta dall'art 42, ultimo comma, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269.

(Omissis)

II

FATTO – Con sentenza del 21 febbraio del 2005 la Corte d'appello di Messina confermava quella pronunciata dal tribunale della medesima città, con cui S.F. era stato condannato alla pena, condizionalmente sospesa, di mesi due di reclusione ed € 500,00 di multa, quale responsabile del reato di cui agli artt. 81 capov c.p. 2 col

D.L.12 settembre 1983 n. 463 convertito nella legge n. 638 del 1983 per avere ,con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, omesso di versare all'INPS per il 1997 le ritenute operate sulla retribuzioni dei lavoratori dipendenti. Fatto accertato il 10 luglio del 2001. A fondamento della decisione la corte osservava che la prova della corresponsione della retribuzione si desumeva dalle deposizioni dei funzionari dell'INPS e dai modelli inviati dallo stesso datore di lavoro; che la pena irrogata era adeguata e non ricorrevano le condizioni per la sua sostituzione, con la corrispondente salone pecuniaria, per la reiterazione dei fatti e per l'assenza di segni di resipiscenza.

Ricorre per cassazione l'imputato per mezzo del suo difensore sulla base di due motivi.

Con il primo denuncia insufficienza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione con riferimento ai criteri di valutazione della prova :il ricorrente assume che i giudici di merito avevano fondato il proprio convincimento sulle deposizioni dei due funzionari dell'INPS i quali nessuna indagine avevano compiuto per accertare l'effettiva corresponsione della retribuzione e, d'altra parte, non era stata acquisita agli atti neppure la prova documentale richiamata dai due testi ossia i modelli presentati mensilmente dal datore di lavoro.

Con il secondo motivo denuncia insufficienza e manifesta illogicità della motivazione con riferimento all'articolo 23 1° comma c.p. e 2 legge n. 628 del 1983 per l'omessa pronuncia in merito alla istanza di conversione della pena detentiva in pena pecuniaria ed a quella di concessione del beneficio della non menzione, formulate con la memoria difensiva aggiuntiva; inoltre la corte aveva errato nell'affermare che la pena era stata contenuta nel minimo, posto che il lim*ite* minimo è di gg. 15 di reclusione.

DIRITTO – Il ricorso è infondato e va pertanto disatteso con la conseguente condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Le sezioni unite di questa corte, con la decisione n. 27641 del 2003, risolvendo un conflitto sorto nell'ambito di questa stessa sezione, hanno ritenuto che il reato di cui all'articolo 2 della legge 11 novembre 1983 n. 638 non sia configurabile senza la materiale corresponsione delle retribuzioni. Trattandosi di un elemento costitutivo del reato la dimostrazione della riscossione della retribuzione e quindi dell'effettuazione delle ritenute deve essere fornita dall'accusa, la quale a tal fine può utilizzare sia la prova testimoniale che quella documentale ed all'occorrenza anche avvalersi di indizi. Nella fattispecie tale prova è stata fornita. In proposito, premesso che, a norma dell'articolo 2115 – comma secondo codice civile, l'imprenditore è l'unico soggetto responsabile del versamento del contributo anche per la parte che è a carico del lavoratore, salvo il diritto di rivalsa secondo le leggi speciali, si osserva che l'articolo 30 della legge 21 dicembre 1978 n. 843 come modificato dall'articolo 3 della legge n. 92 del 1979 dispone che "il datore di lavoro tenuto alla denuncia ed ai versamento dei contributi con le modalità previste dal d.m. 5 febbraio 1969, è obbligato a presentare all'INPS entro i termini fissati per il versamento dei contributi, le denunce contributive relative ai periodi di paga scaduti, redatte sui moduli predisposti dall'istituto medesimo." Il termine per il pagamento, inizialmente fissato dal d.m.24 febbraio 1984 al giorno 20 del mese succes-

sivo a quello al quale si riferiscono i contributi è stato anticipato al giorno 15 di ogni mese dall'articolo 18 del decreto legislativo 9 luglio 1997 n. 241 ed in seguito differito al giorno 16 del mese dall'art. 2 primo comma lett. b) del decreto legislativo n. 422 del 1998, con decorrenza dal primo gennaio del 1999. La denuncia contributiva contenuta nei modelli DM 10 contiene l'elenco nominativo dei lavoratori occupati, con l'indicazione delle retribuzioni corrisposte e delle ritenute nonché ogni altro dato utile per l'attuazione delle disposizioni sulle assicurazioni sociali. Tali modelli provenienti dall'imputato hanno natura ricognitiva della situazione debitoria esposta. Sulla base delle denunce i funzionari dell'Inps compiono gli accertamenti del caso e, se constatano l'omesso versamento delle ritenute, contestano l'addebito al trasgressore, il quale può evitare il procedimento penale provvedendo al versamento di quanto dovuto entro il termine di tre mesi dalla contestazione. Da ciò consegue che se la prova della corresponsione delle retribuzioni si fonda sui modelli presentati dallo stesso imputato, come è avvenuto nella fattispecie, è sufficiente sentire i funzionari dell'istituto o gli ispettori del lavoro a conferma del mancato versamento senza la necessità di acquisire anche i modelli richiamati trattandosi di documenti il cui contenuto è noto al prevenuto essendo stati formati da lui stesso. In definitiva l'imputato non può dolersi della mancala acquisizione di un documento che è stato prodotto proprio da lui e del quale egli conserva l'originale o comunque una copia. D'altra parte l'imputato, dopo essere rimasto silente a seguito della formale notificazione della contestazione, non può limitarsi ad affermare genericamente per la prima volta in cassazione o anche davanti al giudice di merito di non avere corrisposto le retribuzioni deducendo una situazione diversa da quella da lui stesso esposta nei modelli DM 10, ma deve indicare e dimostrare di non avere corrisposto la retribuzione greche l'accusa, nel formulare la contestazione, può legittimamente fare affidamento sulla situazione debitoria esposta dall'imprenditore nei menzionati modelli. Il pubblico ministero ed i genere gli organi ispettivi devono dimostrare il proprio assunto quando disattendono la documentazione prodotta dall'imprenditore o se i modelli DM 10 non siano presentati. In conclusione la presentazione delle denunce contributive legittima la presunzione che la situazione esposta dall'imprenditore sia quella reale; eventuali divergenze devono essere dimostrate da chi le deduce: imputato o organi dell'accusa.

Questa sezione si è già occupata del problema della prova della retribuzione con due decisione che solo apparentemente sembrano in contrasto: con la sentenza n. 47634 del 2004 e con quella n. 21989 del 2005. Con la prima si è affermato che la prestazione lavorativa, secondo *l'id quod plerunque accidit,* in quella fattispecie si presumeva retribuita anche perché l'imputato non aveva esplicitamente dedotto di non avere pagato la prestazione lavorativa, ma per la prima volta in cassazione si era limitato ad affermare che non v'era la*,* prova della corresponsione della retribuzione dopo avere tenuto nel giudizio di merito un comportamento difensivo che lodava supporre l'avvenuta retribuzione. Con la seconda il collegio, pur enunciando il principio che la prova della corresponsione della retribuzione deve essere fornita dall'accusa, nella parte conclusiva della decisione ha precisato che in quella fattispecie mancava la prova della trasmissione dei modelli DM 10 in modo da "presumere sulla base di questa circostanza, che le retribuzioni fossero state effettivamente corrisposte".

Nella fattispecie i testimoni hanno confermato che le ritenute operate sulle retribuzioni nella misura denunciata nei modelli anzidetti non erano state corrisposte e tale testimonianza, basandosi su dati fomiti dallo stesso imputato, era sufficiente .

Palesemente inammissibile per la sua manifesta infondatezza è il secondo motivo giacché la corte ha indicato le ragioni per le quali non erano stati concessi i benefici invocati. La pena, anche se non contenuta nel minimo edittale, è stata comunque irrogata in misura prossima al minimo posto che il massimo è di anni tre di reclusione.

(Omissis)

CONTRIBUZIONE INDEBITA NELL'AMBITO DEL SISTEMA DEGLI OBBLIGHI CONTRIBUTIVI

La prima delle pronunce della Suprema Corte qui annotate – Cassazione Civile n. 4582 del 3.3.2005 – affronta la tematica, certo non nuova alla stessa Corte, relativa all'individuazione del soggetto legittimato all'azione di ripetizione nei confronti dell'ente previdenziale, in ipotesi di indebito contributivo; in particolare, con riferimento alla quota di contribuzione versata a carico dei lavoratori. La sentenza, infatti, afferma come consolidato il principio per cui nelle assicurazioni obbligatorie unico legittimato alla restituzione è il datore di lavoro, anche con riguardo alla quota predetta.

Entrambe le pronunce forniscono poi l'occasione per tracciare un quadro sintetico degli obblighi del datore verso l'Ente Previdenziale, premessa necessaria, peraltro, per accennare alle modalità di regolarizzazione di posizioni a credito per l'azienda, come nel caso dell'indebito contributivo.

Gli argomenti svolti dalla Corte ed i suoi precedenti.

Le motivazioni della sentenza si caratterizzano per la loro concisione, venendo a riassumere e confermare una significativa produzione giurisprudenziale a monte.

La titolarità esclusiva del datore in sede di ripetizione di indebito contributivo viene affermata sulla base dell'operata ricostruzione dell'obbligazione contributiva con la corretta individuazione dei soggetti parte di tale rapporto. Il datore di lavoro, si afferma, è l'unico soggetto direttamente obbligato verso l'ente e responsabile dell'adempimento degli obblighi contributivi, ai sensi dell'art. 19 (1) della legge n. 218 del 1952, anche per la parte a carico dei lavoratori. In ragione di ciò, si impone necessariamente anche quale unico soggetto legittimato alla loro ripetizione, qualora indebiti. "*In tema di obbligazione contributiva nelle assicurazioni obbligatorie"* si legge in sentenza, *"il datore di lavoro è direttamente obbligato verso*

(1) Art. 19, legge n. 218 del 4.4.1952: "*Il datore di lavoro è responsabile del pagamento dei contributi anche per la parte a carico del lavoratore; qualunque patto in contrario è nullo.*

Il contributo a carico del lavoratore è trattenuto dal datore di lavoro sulla retribuzione corrisposta al lavoratore stesso alla scadenza del periodo di paga cui il contributo si riferisce".

l'Ente Previdenziale anche per la parte a carico dei lavoratori dei quali non è rappresentante ex lege". Il disposto di cui all'art. 19 della legge 218 del 1952, infatti, non impone al datore il pagamento della quota di contribuzione a carico dei dipendenti "in nome e per conto" degli stessi, bensì sanziona un obbligo proprio del datore con una conseguente sua diretta responsabilità.

In senso conforme è annoverabile già una pronuncia del 1978 in cui la Corte di Cassazione qualifica espressamente il pagamento dei contributi assicurativi e previdenziali quale "*adempimento di debito proprio ed esclusivo del datore di lavoro*", traendone conseguenze in punto di revocabilità dell'intero pagamento in caso di fallimento del datore (Sentenza n. 20 del 4.1.1978); non mancano tuttavia sentenze più risalenti (Cass. nn. 2079/71, 2001/72 e n. 5681/77).

La copiosa giurisprudenza in materia ricostruisce il quadro normativo richiamando gli artt. 2115 (2) e 2116 (3) c.c. – così in particolare Cass. sez. lav. n. 4603 del 20.4.1993 che argomenta sulla base dell'esegesi degli articoli citati operata dalla Relazione al Re n.52 del libro V – nonché richiamando il già citato art. 19 della legge n. 218 del 4.4.1952, quale normativa speciale disciplinante la contribuzione a favore dell'INPS.

Più recente è la Cassazione n. 8175 del 16.6.2001 che, in totale armonia con la sentenza in commento e da questa citata, conferma il principio secondo cui "*in tema di obbligazione contributiva nelle assicurazioni obbligatorie, il datore di lavoro - che, ai sensi dell'art. 19 della legge 4 aprile 1952, n. 218 – è responsabile del pagamento dei contributi anche per la parte a carico dei lavoratori, che egli trattiene sulla retribuzione corrisposta ai medesimi – è direttamente obbligato verso l'ente, anche per la parte a carico dei lavoratori, dei quali non è rappresentante ex lege; egli, pertanto, in ipotesi di indebito versamento contributivo, è l'unico legittimato all'azione di ripetizione, anche con riguardo alla quota predetta, nei confronti dell'ente previdenziale, mentre il lavoratore che abbia subito l'indebita trattenuta sulla retribuzione può eventualmente agire nei confronti del datore di lavoro che ha eseguito la trattenuta stessa*" citando, in merito, Cass. 30 dicembre 1993 n. 12993, Cass. 17 febbraio 1994 n. 1536, Cass. 8 luglio 1995 n. 7524, Cass. 15 dicembre 1995 n. 12855, 20 novembre 1996 n. 10181 e Cass. 21 dicembre 1998, n. 12758. Ma possono annoverarsi in senso conforme anche: Cass. sez. lav. n.8905 del 19.8.1991, Cass. sez. lav. n. 12837 del 27.12.1993, Cass. sez. lav. n. 12842 del

---

(2) Art. 2115 c.c.: "*Salvo diverse disposizioni della legge [o delle norme corporative], l'imprenditore e il prestatore di lavoro contribuiscono in parti eguali alle istituzioni di previdenza e di assistenza.*

L'imprenditore è responsabile del versamento del contributo, anche per la parte che è a carico del prestatore di lavoro, salvo il diritto di rivalsa secondo le leggi speciali.

È nullo qualsiasi patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza o all'assistenza."

(3) Art. 2116 c.c.: "*Le prestazioni indicate nell'articolo 2114 c.c. sono dovute al prestatore di lavoro, anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti alle istituzioni di previdenza e di assistenza, salvo diverse disposizioni delle leggi speciali [o delle norme corporative].*

Nei casi in cui, secondo tali disposizioni, le istituzioni di previdenza e di assistenza, per mancata o irregolare contribuzione, non sono tenute a corrispondere in tutto o in parte le prestazioni dovute, l'imprenditore è responsabile del danno che ne deriva al prestatore di lavoro".

27.12.1993, Cass. sez. lav. n. 12904 del 29.12.1993, Cass. sez. lav. n. 1550 del 1\17.2.1994, Cass. sez. lav. n. 3120 del 30.3.1994.

Nell'impostazione riproposta dalla Cassazione nella pronuncia qui annotata, la norma di cui all'art 19 della legge 218/52 viene richiamata ed interpretata conformemente ad una impostazione del vigente sistema previdenziale che vede l'instaurarsi di due distinti rapporti: l'uno fra Istituto Previdenziale e il datore di lavoro, quest'ultimo unico responsabile del pagamento della contribuzione; l'altro fra il datore di lavoro ed il lavoratore. Il primo, il rapporto contributivo, ha natura pubblicistica e da esso è escluso il lavoratore; il secondo, il rapporto di rivalsa, ha natura privatistica (così, fra le molte, cfr. Cass. n. 8175/2001). Nell'ambito del rapporto privatistico di rivalsa, il datore per adempiere al proprio obbligo è legittimato a trattenere dalla retribuzione del lavoratore l'equivalente della quota di contribuzione a carico di quest'ultimo, trattenuta da operarsi nei limiti, ovviamente, del valore della contribuzione dovuta. Ciò a dirsi che il diritto di rivalsa del datore di lavoro verso il lavoratore non si attua tramite un'azione di regresso, bensì in virtù di un autonomo rapporto privatistico (in particolare sempre Cass. n. 8175/2001).

Tale impostazione può dirsi acquisita, anche se non espressamente svolta, dalla sentenza qui annotata; l'esito del conciso iter argomentativo, infatti, presuppone necessariamente un sistema che vede due distinti rapporti, anche se fra loro collegati, escludendo, invece, la ricostruzione del sistema in termini di unico rapporto trilaterale.

E da tale impostazione deriva necessariamente il rigetto dell'istanza di restituzione: qualora la trattenuta si palesi in tutto od in parte indebita il lavoratore non ha nessun titolo nei confronti dell'Ente previdenziale con cui non è legato da rapporto obbligatorio alcuno, bensì avrà titolo nei confronti del solo datore di lavoro potendo pretendere il ripristino della piena integrità della propria retribuzione. Così, espressamente, la sentenza qui annotata: "*il datore di lavoro è l'unico legittimato (4) all'azione di ripetizione nei confronti dell'Ente anche con riguardo alla quota predetta, mentre il lavoratore che abbia subito l'indebita trattenuta può agire nei confronti del datore di lavoro che ha eseguito la trattenuta stessa*", nonché, concordemente, la giurisprudenza già citata.

Infatti, trattandosi di ipotesi di indebito oggettivo e poiché legittimato all'azione di ripetizione ex art. 2033 c.c. è esclusivamente il *solvens,* solo il datore di lavoro potrà chiedere la restituzione della contribuzione indebita (fra le molte può citarsi Cass. n. 12993/93) (5).

---

(4) *Peraltro, il richiamo al concetto di legittimazione, come correttamente puntualizzato già da Cass. n. 7524 del 8.7.1995, deve intendersi in senso sostanziale, riferita alla titolarità del rapporto controverso, non quale legittimazione ad causam. Infatti "Legittimato, attivamente o passivamente, ad causam è […] colui che si attribuisce, o nei cui confronti sia attribuita, la titolarità del diritto fatto valere, restando a tal fine irrilevante la titolarità effettiva, rispettivamente attiva o passiva, del rapporto". Nella fattispecie di cui è causa, il lavoratore ha ricorso affermandosi personalmente legittimato alla restituzione e la Corte si è correttamente pronunciata entrando nel merito circa l'effettiva spettanza del diritto.*

(5) A completamento dell'argomento qui trattato, ferma l'impostazione testé riferita, si richiama la normativa di cui all'art. 8 del DPR n. 818 del 26.4.1957 – Norme di attuazione e di coordinamen-

Non solo, dall'impostazione tracciata ed accolta nella sentenza in commento, consegue la natura retributiva e non contributiva del credito del lavoratore nei confronti del datore per l'eventuale trattenuta indebita. Espressamente in tale senso si pronuncia anche la stessa giurisprudenza citata nella sentenza in commento e sopra riportata. Il diritto di rivalsa del datore, infatti, si sostanzia nella facoltà di trattenere una quota della retribuzione del lavoratore identica, nel quantum, all'importo della contribuzione che è obbligato personalmente a versare all'Ente Previdenziale. In caso di indebito contributivo l'istanza del lavoratore avrà quale *causa petendi* e *petitum* rispettivamente il ripristino dell'integrità della retribuzione ed il pagamento della quota mancante, non la restituzione della quota di contribuzione indebitamente versata dal datore.

In particolare in Cass. n. 8175/01 si legge: "*le somme in questione, di cui occorrerebbe chiedere non tanto la restituzione quanto il pagamento per effetto del parziale adempimento della relativa obbligazione del datore di lavoro, hanno mera natura retributiva, con la conseguenza, quale inevitabile corollario, della legittimazione passiva del datore di lavoro alla richiesta di adempimento in considerazione del diritto (causa petendi) alla integrità della retribuzione, non decurtabile a titolo di rivalsa se non nei rigorosi limiti della reale sussistenza (nell'an e nel quantum) dell'obbligazione contributiva adempiuta, e per ottenere (petitum) direttamente dallo stesso datore di lavoro la quantità di retribuzione non corrisposta perché trattenuta, a quel titolo, oltre i limiti cui in realtà era tenuto*". Prima ancora, nel medesimo senso, anche Cass. n. 12837 del 27.12.1993, Cass. n. 12855 del 1211 del 15.12.1995 nonché Cass. n. 10181 del 20.11.1996.

La natura retributiva, peraltro, determina il regime giuridico del credito del lavoratore verso il datore, per esempio in termini di prescrizione ed elementi accessori.

Così la sentenza n. 8175/01 già citata, evidenzia la necessaria applicazione della durata quinquennale della prescrizione ex art. 2948, n. 4 c.c., nonché la Cass. n. 12855/95 rappresenta il diritto del lavoratore agli interessi legittimi e rivalutazione ex art. 429 comma terzo c.p.c., sul credito maturato.

Si aggiunga che, proprio il profilo dell'autonomia dei rapporti contributivo e di rivalsa, determina il diritto del lavoratore a vedersi tutelata l'integrità della retribuzione indipendentemente dall'avvenuto e satisfattivo esercizio da parte del datore di lavoro del diritto alla restituzione dei contributi indebiti nei confronti dell'INPS. Così espressamente Cass. 12758/98 per cui "*risulta privo di ogni sup-*

---

to della l. n. 218/52 sul riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti – che prevede un'ipotesi eccezionale di legittimazione del lavoratore alla ripetizione dei contributi indebiti da lui versati: *"Nel caso che il datore di lavoro non abbia richiesto il rimborso dei contributi per il quinquennio anteriore all'accertamento dell'indebito versamento, l'importo dei contributi versati all'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e al Fondo adeguamento è restituito d'ufficio all'assicurato o ai suoi superstiti all'atto della liquidazione della pensione, computando i contributi a percentuale con riferimento alla retribuzione media della classe cui appartengono i singoli contributi base. All'atto della liquidazione della pensione, diretta o indiretta, sono altresì restituite le somme eventualmente versate per i contributi base in eccedenza al contributo della classe massima".*

porto normativo l'assunto secondo cui il lavoratore potrebbe agire a tal fine nei confronti del datore di lavoro solo dopo che questi abbia ottenuto dall'ente previdenziale il rimborso dei contributi versati e non dovuti" (tuttavia, apparentemente *contra*, pur confermando l'impostazione fino ad ora riferita, Cass. 8905/91).

Infine, l'estraneità del lavoratore rispetto all'obbligazione contributiva e la titolarità del rapporto contributivo in capo al solo datore di lavoro, ha portato la giurisprudenza ad affermare che non è nelle facoltà del lavoratore imporre all'INPS di procedere al recupero della contribuzione omessa nei confronti del datore. Così, in particolare, Cass. 6911/00 secondo cui: "*l'obbligo degli enti previdenziali di procedere al recupero dei contributi omessi è di natura pubblicistica e* […] *conseguentemente il lavoratore non ha azione nei confronti degli enti previdenziali per costringerli al recupero dei contributi nè per il risarcimento derivante dall'omesso recupero*". Rimane fermo ciò, che altro ed estraneo a tale limite, è la facoltà del lavoratore di denuncia all'ente previdenziale dell'evasione contributiva nonché la facoltà, anch'essa ovviamente intatta, di agire nei confronti del datore di lavoro per l'accertamento della natura del rapporto lavorativo instaurato e conseguentemente per la condanna del datore al pagamento dei contributi nei confronti dell'Ente Previdenziale, chiamando in causa anche quest'ultimo perché la sentenza faccia stato anche nei suoi confronti.

La sentenza qui brevemente annotata si propone, così, quale ulteriore momento di conferma di una giurisprudenza ampiamente consolidata che pur nella sua estrema sintesi non può non evocare le problematiche sinteticamente richiamate.

Sugli adempimenti del datore di lavoro

Come anticipato le sentenze qui selezionate forniscono l'occasione per ripercorrere sinteticamente gli adempimenti obbligatori del datore di lavoro nei confronti dell'INPS.

Il sistema di previdenza dei lavoratori dipendenti iscritti nel regime generale dell'INPS è finanziato attraverso un prelievo contributivo rapportato, per la maggior parte delle categorie, alla reale retribuzione corrisposta ai lavoratori e, per le altre, a retribuzioni convenzionali. L'individuazione dell'aliquota contributiva dipende dall'inquadramento del datore di lavoro, dalla qualifica del lavoratore nonché dall'individuazione della retribuzione imponibile. Nel 2005 l'aliquota per l'assicurazione per l'Invalidità, la Vecchiaia ed i Superstiti (IVS) era pari al 32,70% per la generalità dei lavoratori dipendenti di cui il 8,89% a carico del lavoratore.

Accanto all'assicurazione IVS sono dovuti i contributi per altre forme assicurative minori: disoccupazione (DS); Cassa Unica Assegni Familiari (CUAF); Mobilità; Malattia e Maternità Cassa Integrazione Guadagni ordinaria (CIG) e Straordinaria (CIGS) a carico esclusivamente del datore di lavoro con la sola eccezione della contribuzione CIGS, per una quota a carico anch'essa del lavoratore.

Gli obblighi del datore di lavoro nei confronti dell'Istituto Previdenziale tut-

tavia non si esauriscono nel pagamento della contribuzione, da effettuarsi entro il giorno 16 del mese successivo a quello di cui al periodo di paga (ex art. 18, comma 1, d.lgs. 241/1997 come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. 422/1998); a tale adempimento è strettamente connessa la predisposizione e l'invio di dichiarazioni sia mensili che annuali la cui regolamentazione ha visto, negli ultimi anni, consistenti novità.

Anzitutto fino all'anno di competenza 1997 il datore doveva presentare all'INPS, nell'anno successivo a quello di riferimento, la denuncia nominativa dei lavoratori occupati nell'anno precedente con l'indicazione delle retribuzioni corrisposte e delle ritenute, sia individuale per singolo lavoratore (Mod 01/M), consegnandone una copia anche all'interessato, sia cumulative (Mod. 03/M).

Con l'entrata in vigore del DLT 02/09/1997 n. 314, art. 7, tale onere, ora disciplinato dall' Art. 4 del DPR 22/07/1998 n. 322, è stato sostituito dalla compilazione del quadro SA e SS del mod. 770 o del mod. UNICO contenente i dati fiscali e previdenziali dei lavoratori, da trasmettere entro il 30 settembre di ogni anno al Ministero dell'Economia e Finanze – Agenzia per le Entrate nonché dalla consegna al dipendente del modello di certificazione unica (CUD) dove sono indicati: i redditi da lavoro dipendente e assimilati; le indennità di fine rapporto e le anticipazioni sulle stesse; le ritenute d'acconto ai fini fiscali; le detrazioni d'imposta effettuate; l'imponibile preso a base per il calcolo della contribuzione previdenziale e assistenziale; l'ammontare dei trattamenti pensionistici corrisposti con le ritenute d'acconto operate e le detrazioni effettuate.

Altresì, il datore di lavoro è tenuto all'invio all'INPS di dichiarazioni mensili – DM10/2 – da inviarsi entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello di competenza dei contributi (DM 5.2.1969), ove esporre le retribuzioni mensili complessive corrisposte ai dipendenti, le partite contributive a debito e a credito, gli assegni per il nucleo familiare riconosciuti nel mese e le integrazioni salariali anticipate dal datore oltre ad alcuni dati statistici.

A decorrere dal 1° gennaio 2004 la trasmissione è possibile solo per via telematica mediante l'utilizzo di Internet – come dispone l'art. 44, comma 9 del d.l. n. 269/2003 conv. in legge 326/2003 (6) – mentre non è più ammesso l'inoltro del modello cartaceo (come ribadito nella circolare INPS n. 1221 del 6.8.2004).

Tale dichiarazione mensile, contenendo il dato cumulativo relativo a tutti i lavoratori dell'azienda, non consentiva l'immediata conoscenza della posizione del singolo lavoratore e di conseguenza ne inibiva un controllo efficace e tempestivo dovendo attendere il riscontro proveniente dalla dichiarazione trasmessa all'Amministrazione finanziaria che perveniva all'INPS dopo l'opportuna verifica fiscale, con evidente ritardo ed inefficienza del sistema.

---

(6) Art. 44, comma 9 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 convertito nella legge n. 326 del 24 novembre 2003, ultimo paragrafo: "*A decorrere dallo gennaio 2004, al fine di garantire il monitoraggio dei flussi finanziari relativi alle prestazioni sociali erogate, i datori di lavoro soggetti alla disciplina prevista dal decreto ministeriale 5 febbraio 1969, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 67 del 13 marzo 1969, e successive modificazioni ed integrazioni, sono tenuti a trasmettere per via telematica le dichiarazioni di pertinenza dell'INPS, secondo le modalità stabilite dallo stesso Istituto*"

È stato così introdotto, a partire da gennaio 2005, sempre dall'art. 44, comma 9 del d.l. n. 269/2003 conv. in legge 326/2003 (7), un ulteriore adempimento in capo ai datori di lavoro i quali devono trasmettere all'Inps – sempre per via telematica – i dati retributivi e le informazioni necessarie al calcolo dei contributi, all'aggiornamento delle posizioni assicurative e al pagamento delle prestazioni distinte per ogni singolo lavoratore. Trattasi del così detto Modello EMens la cui trasmissione è stata disciplinata dall'INPS nella circolare n. 512 del 22.11.2004 nonché, da ultimo, aggiornata dalla circolare n. 3 del 11.1.2005.

L'obbligo è posto in capo a tutti i datori di lavoro già tenuti alla compilazione della parte C – contenente l'indicazione dei dati previdenziali e assistenziali – del modello 770 semplificato, ai committenti con l'obbligo di compilazione annuale del modello GLA ed agli associati in partecipazione con eccezione dei datori di lavoro domestico e dei datori di lavoro agricolo per gli operai agricoli a tempo determinato e indeterminato.

Il sistema di mensilizzazione dei flussi retributivi, inizialmente inviso ai datori che vedono moltiplicarsi gli oneri a loro carico con conseguente lievitazione dei costi aziendali, permette all'Istituto di conoscere della posizione contributiva del lavoratore mensilmente aggiornata nonché fornisce un'anagrafe informatizzata dei lavoratori dipendenti anch'essa attuale. Non da ultimo, per gli Uffici legali, ciò significa poter attivare con successo un azione di recupero presso terzi potendo verificare con massima agilità e soprattutto attendibilità – tramite l'archivio aggiornato Hydra accessibile da intranet – l'esistenza di rapporti di lavoro subordinato.

Questi brevi cenni sono sufficienti per riconoscere l'evidente errore in cui è incorsa la Cassazione nella sentenza n. 32848 del 2 settembre 2005 ove, nel riferire dell'obbligo di presentazione della denuncia mensile DM10 ne viene riportato il contenuto consistente, sempre secondo la Suprema Corte, "*nell'elenco nominativo dei lavoratori occupati, con l'indicazione delle retribuzioni corrisposte e delle ritenute*". Il contenuto cui viene fatto rinvio, infatti, non può che afferire alle denuncie annuali (01/M e 03/M) uniche – al tempo – a contenere i nominativi dei lavoratori. Eppure, non molto tempo prima, precisamente il 7 marzo 2005, le sezioni unite civili dello stessa Suprema Corte, depositavano la sentenza n. 4808 nella quale ben dimostravano di avere una conoscenza nitida degli obblighi di denuncia del lavoratore nei confronti dell'INPS dovendo decidere il regime sanzionatorio applicabile proprio in un'ipotesi in cui si disquisiva se e quali di questi adempimenti potevano essere omessi senza incorrere nella più grave ipotesi sanzionatoria di cui all'eva-

(7) Art. 44, comma 9 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003 convertito nella legge n. 326 del 24 novembre 2003, primo paragrafo "*A partire dalle retribuzioni corrisposte con riferimento al mese di gennaio 2005, i sostituti d'imposta tenuti al rilascio della certificazione di cui all'articolo 4, commi 6-ter e 6-quater, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, e successive modificazioni, trasmettono mensilmente in via telematica, direttamente o tramite gli incaricati di cui all'articolo 3, commi 2-bis e 3, del decreto del Presidente della repubblica 27 luglio 1998, n. 322, all'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) i dati retributivi e le informazioni necessarie per il calcolo dei contributi, per l'implementazione delle posizioni assicurative individuali e per l'erogazione delle prestazioni, entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello di riferimento".*

sione contributiva, concludendo poi nel senso che la mancanza anche di uno solo dei necessari adempimenti è sufficiente ad escludere l'ipotesi omissiva.

L'importanza delle denunce obbligatorie qui sinteticamente richiamate, emerge, peraltro, anche ai fini dell'operatività dell'istituto della compensazione fra posizioni a debito ed a credito del datore verso l'Istituto, come nella fattispecie di cui alla prima delle sentenze in commento di indebito contributivo da parte di una società attiva con dipendenti, e quindi avente anche posizioni a debito.

La denuncia mensile rappresenta lo strumento privilegiato di regolarizzazione delle posizioni a debito ed a credito tramite la loro compensazione. Rimane fermo che la compensazione estinguerà i due debiti, ex art. 1242 c.c., dal momento della loro coesistenza quali debiti certi, liquidi ed esigibili, indipendentemente sia dal momento della loro esposizione sia dal momento dell'effettuazione, eventualmente successiva, dei necessari controlli.

L'operatività dell'istituto è oggetto di specifica disciplina in alcune ipotesi – prestazioni erogate per conto dell'INPS, sgravi contributivi e fiscalizzazione degli oneri sociali – ove al datore di lavoro è consentito procedere automaticamente al conguaglio delle somme a debito ed a credito nella stessa dichiarazione mensile la quale emerge, così, come sede naturale e necessaria per l'operatività dell'istituto.

In applicazione dei principi generali in materia di obbligazioni la compensazione è comunque consentita anche nelle ipotesi di crediti di diversa origine o in caso di tardiva od omessa denuncia mensile (in tal senso già Cass. n. 2269 del 4.4.1988). Pur richiedendosi al datore di lavoro una specifica istanza per l'applicazione dell'istituto (cfr. Circ. INPS n. 118/91 e successiva n. 95/92), la dichiarazione mensile resta la sede necessaria ove operare la denuncia della somma a credito.

L'importanza e la delicatezza propria degli obblighi di denuncia, certo non si esauriscono nell'essere strumento privilegiato per l'eventuale operatività di ipotesi di compensazione.

L'indebita esposizione di somme a credito nelle stesse integra una omissione contributiva con le inevitabili conseguenze sanzionatorie. Ancora, nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di pagamento della contribuzione entro i termini di legge, dal regolare e tempestivo invio della denuncia dipende l'individuazione del regime sanzionatorio, se di omissione o evasione.

La complessità, solo accennata, dei risvolti legati all'adempimento degli obblighi di denuncia, fa acquisire non poco rilievo al problema della legittimazione e, prima ancora, identificazione certa del soggetto che ha operato il suo invio, visto l'obbligatorietà della modalità telematica.

Il sistema di inoltro tramite internet, disciplinato dall'Istituto inizialmente con circolare n. 191 del 30.10.2001, che anticipava gli obblighi di legge, poi integrata dalla circolare n. 32 del 17 febbario 2004, si fonda su un meccanismo di accreditamento dei datori di lavoro o di loro intermediari (Caf, commercialisti, ragionieri, consulenti del lavoro, associazioni sindacali di categoria ecc.) i quali, su richiesta, vengono abilitati ad accedere ai servizi interattivi dell'INPS con il rilascio di un codice personalizzato (P.I.N. - Personal Identification Number).

All'invio possono essere autorizzati sia il datore di lavoro, personalmente o tramite propri dipendenti a ciò delegati, sia soggetti abilitati all'esercizio della professione di consulente del lavoro, di cui all'art.1 della legge 11.1.1979, cui il dato-

re ha rilasciato mandato, oltre ai soggetti indicati nel D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 31, quali le società capogruppo di gruppi di impresa e i consorzi o società consorziate delegate ad eseguire gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti.

In sede di istanza di abilitazione il richiedente, datore o intermediario, sotto la propria responsabilità civile e penale, deve garantire: che i dati contributivi/retributivi trasmessi saranno corrispondenti alle registrazioni effettuate sui libri paga e matricola; che le somme esposte a conguaglio saranno determinate in conformità alle disposizioni di legge; di essere a conoscenza ed accettare che il pagamento di eventuali differenze a credito venga eseguito, ove nulla osti, a titolo provvisorio sulla base dei dati forniti e con riserva, da parte dell'INPS, di verificare la posizione contributiva dell'azienda in sede di confronto con i dati delle denunce retributive dei lavoratori occupati.

Il datore di lavoro, qualora per l'adempimento si serva di un intermediario, dovrebbe far pervenire all'INPS copia del mandato professionale rilasciato; purtuttavia, la disponibilità di tale documentazione non è condizione per la regolarità dell'invio delle denuncie obbligatorie, con potenziali risvolti problematici qualora manchi e non ne segua la ratifica.

Se l'innovazione opera nella direzione della massima diffusione degli strumenti informatici, sottesa a tutta la più recente normativa di semplificazione e accessibilità dell'azione amministrativa, purtuttavia il sistema non è privo di incognite legate essenzialmente proprio all'identificazione certificata della provenienza della dichiarazione. Il sistema di posta elettronica, privo di una modalità di certificazione ed in assenza dell'utilizzo della firma digitale, non è in grado di garantire la provenienza certa della dichiarazione né, d'altro canto, è nelle condizioni di fornire al mittente certificazione dell'invio e della consegna all'Amministrazione, altro e speculare aspetto di non indifferente rilievo.

Peraltro, le modalità così disciplinate non potranno che essere provvisorie; a tendere dovrà darsi piena attuazione alla più recente normativa in tema di informatizzazione della pubblica amministrazione dettata con il decreto legislativo n. 82 del 7.3.2005 (Codice dell'Amministrazione Digitale – CAD), in attuazione della delega di cui all'art.10 della legge 229/2003. Il nuovo codice individua, a regime, nella carta d'identità elettronica e nella carta nazionale dei servizi gli strumenti per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche Amministrazioni per i quali sia necessaria l'autenticazione informatica (8) nonché condiziona la validità di istanze

(8) D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Codice dell'amministrazione digitale - Art. 64 (Modalità di accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni) "*1. La carta d'identità elettronica e la carta nazionale dei servizi costituiscono strumenti per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni per i quali sia necessaria l'autenticazione informatica.*

2. Le pubbliche amministrazioni possono consentire l'accesso ai servizi in rete da esse erogati che richiedono l'autenticazione informatica anche con strumenti diversi dalla carta d'identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi, purché tali strumenti consentano di accertare l'identità del soggetto che richiede l'accesso. L'accesso con carta d'identità elettronica e carta nazionale dei servizi è comunque consentito indipendentemente dalle modalità di accesso predisposte dalle singole amministrazioni.

e dichiarazioni, presentate alle Pubbliche Amministrazioni, alla sottoscrizione tramite firma digitale o all'identificazione tramite carta d'identità elettronica o carta nazionale dei servizi (9). Solo in via transitoria e comunque non oltre il 31.12.2007 è consentito l'utilizzo di differenti sistemi di identificazione "*purché tali strumenti consentano di accertare l'identità del soggetto che richiede l'accesso"* (citato art. 64 comma 2 richiamato dall'art. 65 comma 1, lett. c). Le modalità di accreditamento attualmente in vigore per accedere ai servizi dell'Istituto, e le inevitabili incertezze che portano con sé, dovranno essere necessariamente riviste appena il processo di "Alfabetizzazione informatica" – così si esprime l'art. 8 del d.lgs 82/05 – dei cittadini, nonché, sia consentito, degli Uffici amministrativi, sarà completato…

Nadia Perego
Avvocato INPS

---

3. Ferma restando la disciplina riguardante le trasmissioni telematiche gestite dal Ministero dell'economia e delle finanze e dalle agenzie fiscali, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie, di concerto con il Ministro per la funzione pubblica e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, è fissata la data, comunque non successiva al 31 dicembre 2007, a decorrere dalla quale non è più consentito l'accesso ai servizi erogati in rete dalle pubbliche amministrazioni, con strumenti diversi dalla carta d'identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi"

(9) D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Codice dell'amministrazione digitale - Art. 65 (Istanze e dichiarazioni presentate alle Pubbliche Amministrazioni per via telematica): - "*1. Le istanze e le dichiarazioni presentate alle pubbliche amministrazioni per via telematica ai sensi dell'articolo 38, commi 1 e 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, sono valide: a) se sottoscritte mediante la firma digitale, il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato; b) ovvero, quando l'autore è identificato dal sistema informatico con l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente; c) ovvero quando l'autore è identificato dal sistema informatico con i diversi strumenti di cui all'articolo 64, comma 2, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente e fermo restando il disposto dell' articolo 64, comma 3.*

2. Le istanze e le dichiarazioni inviate secondo le modalità previste dal comma 1 sono equivalenti alle istanze e alle dichiarazioni sottoscritte con firma autografa apposta in presenza del dipendente addetto al procedimento.

3. Dalla data di cui all'articolo 64, comma 3, non è più consentito l'invio di istanze e dichiarazioni con le modalità di cui al comma 1, lettera c).

4. Il comma 2 dell'articolo 38 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, è sostituito dal seguente: «2. Le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82»".

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

Pensioni - Decadenza sostanziale - Art. 6, comma primo, d.l. n. 103 del 1991 - Efficacia retroattiva - Limiti - Applicabilità ai giudizi in corso iniziati dopo l'emanazione dei d.l., non convertiti, n. 338 del 1990 e n. 28 del 1991 - Esclusione.

Corte di Cassazione, SS.UU., 08.11.2006, n. 23736 - Pres. Carbone - Rel. La Terza - P.M. Iannelli – D.M. (Avv. Iozzia) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente)

In materia di proposizione dell'azione per far valere il diritto a prestazioni previdenziali, la decadenza cosiddetta sostanziale - prevista con norma interpretativa dall'art 6, comma primo, del D.L. n. 103 del 1991, convertito dalla legge n. 166 del 1991, in riferimento all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 - ha efficacia retroattiva, ma non si applica ai processi in corso alla data di entrata in vigore del D.L., secondo quanto disposto dal successivo comma 2 dello stesso articolo, che disciplina anche l'ipotesi in cui il processo sia stato proposto durante la precaria vigenza dei decreti legge non convertiti (n. 338 del 1990 e n. 28 del 1991), senza che in senso contrario rilevi l'art. 1, comma secondo, della legge di conversione n. 166 suddetta (a norma del quale restano validi gli atti e i provvedimenti e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti legge non convertiti). Conseguentemente, qualora la decadenza, verificatasi a norma dell'art. 47 suddetto, riguardi una domanda giudiziale proposta durante la vigenza dei decreti legge non convertiti, la stessa ha carattere procedimentale e viene meno la rilevanza ai fini del giudizio della originaria domanda amministrativa, determinandosi l'improponibilità della domanda giudiziale.

FATTO – Con ricorso al Pretore di Modica depositato il 26 marzo 1991, D.M.A, quale unica erede di P.R. (deceduta il 23 dicembre 1986) chiedeva, nei confronti dell'Inps, che fosse dichiarato il suo diritto all'integrazione al minimo sulla pensione di reversibilità, con la consequenziale condanna dell'Istituto al pagamento dei ratei arretrati. L'Inps» in via preliminare, eccepiva l'inammissibilità della domanda per l'avvenuta maturazione del termine di decadenza per la proposizione della domanda giudiziale. L'eccezione era accolta dal Pretore con sentenza dichiarativa dell'inammissibilità della domanda per il decorso del termine decennale previsto dall'art. 47, commi 1 e 3, del D.P.R. n. 639/1970. Sull'appello della D.M. la decisione era confermata dal Tribunale di Modica, con sentenza del 7 marzo 2002.

Il giudice di secondo grado dava atto che la domanda era stata proposta ante-

riormente all'entrata in vigore dell'art. 6 del d.l. n. 103/1991, convertito con l. n. 169/1991, che, nel determinare gli effetti della inosservanza del termine previsto dall'art. 47 del D.P.R. n. 639/1970, ha fatto salvi i processi in corso alla data di entrata in vigore dello stesso decreto, ma riteneva che la decadenza nella specie fosse ugualmente operativa in forza del d.l. 28.1.1991 n. 28, che, sebbene non convertito, era stato preso in considerazione dalla disposizione della legge n. 166/1991, la quale aveva fatto salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge 22 novembre 1990 n. 338 e 28 gennaio 1991 n. 28. Né a tale conclusione era di ostacolo la disposizione dell'art 6, comma 2, del d.l. n. 103/1991, che esclude l'applicabilità della norma interpretativa ai processi in corso alla data di entrata in vigore del decreto, poiché tale esclusione doveva ritenersi non applicabile nell'ipotesi in cui, al momento della presentazione del ricorso introduttivo del giudizio, fossero in vigore il decreto-legge n. 338/1990 o quello n. 28/1991, come era accaduto nella specie, in cui il ricorso introduttivo era stato depositato il 26 marzo 1991, e quindi nella vigenza dell'ultimo decreto legge citato.

Contro questa sentenza la D.M. ha proposto ricorso per Cassazione, affidato ad un unico motivo articolato in due censure.

L'Inps ha depositato procura.

La causa è stata rimessa a queste sezioni unite, per la composizione del contrasto di giurisprudenza, insorto all'interno della sezione lavoro, sulla questione relativa alla operatività della decadenza dell'azione giudiziale, introdotta dalle disposizioni citate.

DIRITTO – La ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 e dell'art. 6 del d.l. 29 marzo 1991 n. 103, unitamente ad erroneità e insufficienza della motivazione. Lamenta che non sia stata fatta applicazione dell'art. 6, secondo comma, del d.l. 29 marzo 1991 n. 103 (convertito dalla legge primo giugno 1991 n. 166), che, pur attribuendo efficacia retroattiva alle disposizioni dallo stesso richiamate, ne esclude tuttavia l'applicabilità ai processi in corso alla data di entrata in vigore del decreto, e cioè il primo aprile 1991. Riguardo alla tesi recepita dal giudice di merito, secondo cui questa riserva non si applicherebbe ai processi instaurati durante la vigenza del d.l n. 338/1990 o del d.l. 28/1991, sostiene che la relativa interpretazione è tortuosa e scarsamente rispettosa del tenore letterale della norma, in quanto, se il legislatore avesse voluto assoggettare a detta riserva anche i giudizi incardinati durante la vigenza dei due decreti- legge non convertiti, nel 2 comma avrebbe precisato di fare salvi, non già i processi in corso alla data dell'1.4.1991, bensì quelli pendenti all'entrata in vigore del primo decreto-legge. Osserva anche che la linea interpretativa da lei sostenuta trova riscontro nella sentenza della Corte costituzionale n. 246 del 1992. Sostiene altresì in ogni caso nessuna decadenza poteva essere rilevata. Infatti giudici di merito avrebbero erroneamente fatto riferimento – ai fini della decorrenza del termine – al gennaio 1973, epoca della originaria liquidazione della prestazione, mentre, stante l'autonomia del diritto all'integrazione al minimo, si sarebbe dovuto invece fare riferimento all'istanza volta al riconoscimento di tale integrazione, presentata il 28 aprile 1986. E poiché il ricorso amministrativo avverso la decisione negativa era stato presentato il 28 giugno 1990, il termine decadenziale

aveva cominciato a decorrere solo allo scadere dei 90 giorni concessi per la pronuncia sul gravame amministrativo.

1. Si rileva in primo luogo che quest'ultima censura, che potrebbe avere rilievo preliminare, deve essere dichiarata inammissibile, in quanto con la stessa si prospettano questioni di fatto e di diritto che devono essere reputate nuove, perché non sono state trattate nella sentenza impugnata e, d'altra parte, la ricorrente non lamenta che, benché sottoposte al Giudice drappello, le medesime non siano state esaminate e decise. In realtà deve ritenersi che – alla stregua della sentenza ora impugnata, non censurata sul punto – con il ricorso in appello la parte attualmente ricorrente abbia messo in discussione, non già la decorrenza del termine di decadenza, ma la natura di questa, e cioè se si dovesse ancora applicare la ed. decadenza procedimentale di cui all'art 47 del D.P.R. n. 639/1970, ovvero quella di natura sostanziale di cui alla nuova normativa che in seguito verrà esaminata.

2. Occorre quindi procedere all'esame della prima parte del motivo, che comporta la soluzione della questione su cui si è determinato il contrasto.

La censura merita accoglimento.

Circa la natura giuridica delle conseguenze dell'inosservanza del termine decennale previsto dall'art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639 per la proposizione dell'azione giudiziaria in materia di trattamenti pensionistici, la giurisprudenza era pervenuta alla conclusione che si verificasse una decadenza meramente procedimentale, nel senso che essa non produceva effetti sostanziali, e cioè non determinava la perdita del diritto, ma delimitava solo l'efficacia temporale della rilevanza, ai fini della proponenda azione giudiziaria, dell'esperito procedimento amministrativo, a cominciare dalla stessa domanda amministrativa. In altri termini, il maturare della decadenza comportava solo l'onere di riproporre la domanda amministrativa e di esperire nuovamente i ricorsi amministrativi prescritti, per potere poi adire nuovamente il giudice (Cass. sez. un. 21 giugno 1990 n. 6245 (1) e, nello stesso senso, incidentalmente. Corte cost. 26 marzo 1991 n. 126 (2)).

Ne conseguiva, nella sostanza, la possibilità di dare ingresso in giudizio a pretese fatte valere in sede amministrativa anche in tempi remoti, giacché il passaggio del tempo tra istanza amministrativa e ricorso giudiziale oltre i termini prescritti dal suddetto art. 47, non incideva sul diritto (tranne ovviamente il maturarsi della prescrizione, che però poteva ben essere interrotta con atti di messa in mora al di fuori del processo), ma comportava solo l'onere di ripetere la fase amministrativa.

3. Il legislatore, preso atto del consolidarsi di tale orientamento interpretativo, ha proceduto a modificare la disposizione sulla decadenza, attribuendole efficacia sostanziale, nel senso che il superamento del termine massimo, che deve intercorrere tra fase amministrativa e inizio del processo, incide sul diritto alla prestazione previdenziale. Ha all'uopo emanato i decreti legge non convertiti n. 338 del 22 novembre 1990, n. 28 del 28 gennaio 1991, i quali tutti recavano all'art. 6 una disposizione di identico tenore a quella di cui al successivo DL n. 103 del 29 marzo 1991, che è stato invece convertito con la legge primo giugno 1991 n. 166. La pre-

(1) V. in q. Riv., 1990, p. 1386.

(2) Idem, 1991, p.418.

visione è la seguente: *"I termini previsti dall'articolo 47, commi secondo e terzo, del decreto del presidente della repubblica 30 aprile 1970, n. 639, sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale. La decadenza determina l'estinzione del diritto ai ratei pregressi delle prestazioni previdenziali e l'inammissibilità della relativa domanda giudiziale. In caso di mancata proposizione di ricorso amministrativo, i termini decorrono dall'insorgenza del diritto ai singoli ratei".*

Il successivo secondo comma del medesimo art. 6 precisa che *"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".*

Con la prima parte di quest'ultima disposizione si è espressamente prevista la efficacia retroattiva della nuova decadenza sostanziale (che quindi opera anche nei confronti dei procedimenti amministrativi iniziati prima della entrata in vigore della disposizione, ivi compresi quelli risalenti ad epoca più remota), ricollegandola alla valenza interpretativa della norma (Corte cost. n. 246 del 1992).

Tuttavia il legislatore, nella sua discrezionalità, non l'ha estesa ai soggetti che avessero già agito in giudizio, avendo usato, nella seconda parte, la espressione *"ma non si applicano ai processi che sono in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto".*

Quest'ultima disposizione, che manteneva la decadenza procedimentale ai processi in corso, era all'evidenza intesa a salvaguardare coloro che avevano proposto all'azione prima di quella data (ed i cui procedimenti alla data medesima erano quindi ancora pendenti), confidando nell'applicazione del più indulgente regime di decadenza procedimentale, secondo l'orientamento giurisprudenziale che aveva prevalso.

4. Non vi è questione sulla interpretazione della norma per quanto riguarda la disciplina vigente a regime: se l'azione giudiziale non viene proposta nel termine prescritto, la decadenza che si è maturata determina, sul piano sostanziale, l'estinzione del diritto a tutti i ratei pregressi (ivi compresi quelli più prossimi alla data della domanda giudiziale), e, sul piano processuale, la inammissibilità dell'azione. Questa disciplina non si applica – ai sensi del riportato art. 6 secondo comma del DL 103/91 convertito – a tutti i processi "che sono in corso" alla data di entrata in vigore del DL, ossia al 2 aprile 1991 (di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale), i quali conservano il precedente regime sulla decadenza procedimentale; mentre a quelli proposti dal 3 aprile 1991 in poi – che funge quindi da spartiacque – si deve applicare la decadenza sostanziale.

5. Le difficoltà interpretative, che hanno dato luogo al contrasto, riguardano un periodo precedente al 2 aprile 1991 e derivano dalla esistenza dei citati decreti legge susseguitisi nel tempo (a cui il legislatore faceva frequentemente ricorso prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 360/96). Detti decreti legge non furono convertiti, tuttavia la legge n. 166/1991, di conversione dell'ultimo decreto-legge n. 103/1991, contiene, nel secondo comma dell'art. 1, la formula di sanatoria degli effetti dei decreti n. 338/1990 e n. 28/1991, in questi termini: *"restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti- legge (...)".*

6. La questione oggetto del contrasto attiene alla portata della norma (riporta-

ta al precedente punto 3) di "mantenimento della decadenza sostanziale ai processi in corso" contenuta nei due suddetti decreti legge non convertiti 338/90 e 28/91, ma di cui sono stati fatti salvi gli effetti ad opera della legge di conversione e si può compendiare nel seguente quesito: la decadenza procedimentale permane solo per i processi in corso alla data di entrata in vigore dei due decreti legge non convertiti, con la conseguenza che la decadenza sostanziale opera per tutti i processi proposti in data successiva; oppure, così ritiene l'altro orientamento, anche per questi ultimi la decadenza procedimentale continua ad operare purché siano iniziati entro il 2 aprile 1991, data dell'ultimo decreto legge convertito, che a questa data fa riferimento?

In altri termini per "processi in corso" devono intendersi: a) quelli in corso alla rispettiva data di entrata in vigore del DL non convertiti (dal momento che la legge di conversione ne ha fatto salvi gli effetti), oppure b): devono intendersi come quelli in corso alla data dell'ultimo DL convertito (perché cosi definitivamente dispone la legge di conversione) ?

Si tratta dunque di un problema "residuale" che attiene a quei processi (in numero circoscritto ed in progressiva estinzione) che erano iniziati "dopo" l'entrata in vigore del primo decreto legge 338/1990, ma anteriormente all'entrata in vigore del DL 103/1991 (ossia per il periodo dal 22 novembre 1990 al 2 aprile 1991).

7. Si premette che i due orientamenti contrastanti convengono però nel disattendere la motivazione espressa nelle risalenti sentenze di questa Corte 24 novembre 1994 n. 9965 e 20 febbraio 1996 n. 1292, che, nel propugnare il primo indirizzo interpretativo, avevano affermato che "soltanto la legge può avere efficacia interpretativa autentica di un'altra legge, e, prima della conversione in legge di un decreto-legge (a contenuto interpretativo), non si è propriamente in presenza di una legge, essendone l'efficacia risolutivamente subordinata alla conversione". A ciò infatti le sentenze, che pure sono in contrasto tra loro per il resto, obiettano che ne il suddetto art. 77 Costituzione, né alcun'altra disposizione di rango costituzionale attribuiscono alla sola legge formale (emanata dalle Camere) la facoltà di introdurre nell'ordinamento norme aventi natura interpretativa di norme precedentemente emanate o aventi efficacia retroattiva (nei limiti di ragionevolezza più volte indicati dalla Corte costituzionale). Da questo rilievo deriva che, contrariamente a quanto è stato sostenuto nelle sentenze indicate» una norma avente natura interpretativa – o, comunque, avente efficacia retroattiva "ben può essere contenuta in un decreto-legge, poi convertito o anche non convertito, purché, in questa seconda ipotesi, sia intervenuta la legge di sanatoria per il periodo in cui il provvedimento è rimasto in vigore.

8. L'indirizzo più risalente di cui alle citate sentenze di questa Corte n. 1292 del 20 febbraio 1996, n.3501 del 13 aprile 1996, n. 1207 dell'8 febbraio 1997 e avallato successivamente con la sentenza n. 7363 dell'11 aprile 2005, ma con diversa motivazione, afferma che la nuova decadenza sostanziale opera solo per le cause introdotte dopo l'entrata in vigore del DL 103/91. Invero la pronunzia da ultimo citata attribuisce decisivo rilievo al contenuto inequivocabile del secondo comma dell'art. 6 del DL 103/91 per cui *"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".* Detta disposizione, ormai dotata di efficacia defi-

nitiva (stante la conversione in legge del decreto), pone come spartiacque la data del 2 aprile 1991, di pubblicazione del decreto medesimo sulla G.U per cui tutti le cause, in qualunque tempo proposte – e quindi anche quelle introdotte dopo, ovvero nella vigenza, ovvero anche nell'intervallo tra i DL non convertiti – purché pendenti alla data del 2 aprile 1991, mantengono il più favorevole regime della decadenza procedimentale; mentre la nuova decadenza sostanziale si applica solo alle cause proposte dopo il 2 aprile 1991, perché le medesime, a quest'ultima data non *"erano* in corso".

9. Anche il secondo orientamento (Cass. n. 15601 e n. 15623 dell'11 agosto 2004, nonché n. 17779 del 2 settembre 2004(3)) adotta "come elemento discriminante – il concetto di "causa in corso"» ma lo applica diversamente: avendo riguardo non già al fatto che la causa fosse in corso all'epoca di entrata in vigore dell'ultimo DL convertito 103/91 (come ritiene il primo indirizzo), ma al fatto che fosse in corso alla data di entrata in vigore *ratione temporis* del decreto legge intervenuto in quel determinato periodo di tempo, di talché rientrano nel nuovo regime di decadenza sostanziale le cause promosse "dopo" l'entrata in vigore del DL 338/90 non convertito, siccome a quella data "non in corso", ancorché fossero invece in corso alla entrata in vigore dei successivi DL 28/91 e 103/91, quest'ultimo finalmente convertito. La motivazione di questo secondo indirizzo attribuisce preminente rilievo alla salvezza degli effetti che la legge di conversione dell'ultimo decreto, legge 166/91 ha conferito ai precedenti decreti n. 338/1990 e n. 28/1991 "restano *validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge (...)".*

10. A seguire il primo orientamento, nella presente fattispecie, in cui la causa era stata proposta il 26 marzo 1991, resterebbe in vigore la previgente disciplina sulla decadenza procedimentale, giacché la causa era sicuramente "in corso" alla data del DL 103/91, ciò, ripetesi, in applicazione del secondo comma dell'art. 6 del DL 103/91 per cui *"le disposizioni di cui al comma I hanno efficacia retroattiva, ma non si applicano ai processi che sono in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto".*

A seguire invece il secondo indirizzo, essendo stata proposta il 26 marzo 1991, la presente fattispecie dovrebbe rientrare nella previsione del DL vigente *ratione temporis,* ossia del DL 28.1.91 n. 28, e non essendo "in corso" alla data di entrata in vigore del DL medesimo, ad essa si dovrebbe applicare la nuova disciplina di decadenza sostanziale, ciò in quanto il DL 28/91, ancorché non convertito, avrebbe mantenuto i suoi effetti in forza della citata legge 166/91 *("restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge*...").

11. Merita adesione il primo degli indirizzi descritti in forza di una pluralità di argomentazioni.

La legge 166/91 ha convertito in legge il DL 103/91, il quale, all'art. 6 secondo comma, reca (secondo il tenore letterale più volte riportato) una disposizione precisa: tutte le cause in corso in quel momento, ossia alla data di entrata in vigore

(3) Idem, 2005, p. 109.

del DL conservano il previgente regime di decadenza procedimentale. Questa regola non può essere disattesa ponendo invece, come discrimine per la conservazione del regime precedente, le diverse date di entrata in vigore dei due DL non convertiti per il solo fatto che ne sono stati fatti salvi gli effetti.

Com'è noto il legislatore può intervenire a regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti legge non convertiti. La legge di salvaguardia, pur non andando incontro a limiti di contenuto ex art. 77 Costituzione, ha un obiettivo diverso rispetto alla legge di conversione, in quanto viene emanata non già per "salvare" l'intero testo normativo decaduto, ma per tutelare le aspettative e i rapporti sorti dalle attività poste in essere sulla base della sua precaria vigenza, tutelando l'affidamento incolpevole dei cittadini. E' certamente rimesso alla scelta discrezionale del legislatore se intervenire ed a quale punto intervenire nella catena dei decreti reiterati e non convertiti, e se salvare "tutti" i possibili rapporti che traggono origine dalla norma non convertita, o solo alcuni di essi. Oggetto della norma di salvaguardia, nel caso di specie, non era quello di mantenere in vita il secondo comma dell'art. 6 dei decreti 338/90 e 28/91 – laddove prevedevano, con identica formulazione rispetto al decreto 103/91 poi convertito – che la norma di cui al primo comma, ossia la decadenza sostanziale non si applicasse ai processi in corso alla data della loro entrata in vigore. Diversamente opinando, se si ritenesse che la norma di salvaguardia mantiene in vita tutte le norme decadute, essa non presenterebbe, quanto agli effetti, nessuna differenza rispetto alla legge di conversione e pertanto, l'art. 77 Costituzione, che impone di convertire i decreti legge entro sessanta giorni, si presterebbe ad una facile elusione.

12. Vi è ancora da considerare che se la legge di conversione 166/2001 avesse davvero inteso fare riferimento, per il mantenimento del previgente regime di decadenza sostanziale, ai processi in corso alla data di entrata in vigore dei due decreti legge non convertiti, avrebbe potuto farlo agevolmente, ossia nel secondo comma dell'art. 6 avrebbe precisato di fare salvi – non già i processi in corso alla data del decreto legge convertito (1.4.1991) – bensì i processi in corso alla data di entrata in vigore del primo decreto-legge. Viceversa la legge di conversione pone come spartiacque una precisa data: quella di entrata in vigore del DL 103/91 che andava a convenire (1.4.91).

Devesi quindi ritenere che gli effetti dei decreti legge non convertiti, che la legge di conversione ha inteso fare salvi, non attengono alla questione che interessa, ma a tutte le altre numerose disposizioni che i medesimi decreti legge contenevano.

13. Ma vi è un ulteriore elemento logico che conduce ad escludere la fondatezza della tesi di cui al secondo dei due indirizzi citati, il quale sostiene che « per stabilire se alla fattispecie debba essere applicata la nuova disciplina o quella precedente si deve avere riguardo, appunto *ratione temporis,* al provvedimento governativo intervenuto in quel determinato periodo di tempo». Invero, se così fosse, conseguirebbe ad esempio che alla causa introdotta il primo dicembre 1990, e quindi dopo l'entrata in vigore del primo decreto legge 338/90 (22 novembre 1990), si dovrebbe applicare la nuova decadenza sostanziale, in quanto "non in corso" alla data di entrata in vigore del decreto medesimo. Ma è poi seguito il DL 28/91, che invece garantisce la applicazione della decadenza previgente alle cause in corso alla

data della sua entrata in vigore (28 gennaio 1991), e non vi è dubbio che la causa introdotta, come nell'esempio, il primo dicembre 1990 fosse in corso al 28 gennaio 1991, di talché – sarebbe da applicare, non già la nuova disciplina della decadenza sostanziale, ma la precedente disciplina sulla decadenza procedimentale. In altri termini è logicamente impossibile ritenere che operino ancora le diverse date via via stabilite dai vari decreti legge, vigenti *ratione temporis,* in quanto inconciliabili tra loro, dal momento che la data successiva assorbe retroattivamente la precedente; è vero invece che il legislatore ha inteso allineare tutti i diversi termini, che con i medesimi decreti erano stati stabiliti, in un unico termine fissato al 2 *aprile* 1991, data di entrata in vigore del DL 103/91 che è stato convertito e che quindi ormai definitivamente determina il discrimine tra i procedimenti: quelli promossi antecedentemente, e quindi pendenti a quella data, cui va applicata la disciplina sulla decadenza procedimentale; quelli promossi successivamente, cui va applicata la disciplina della decadenza sostanziale.

14. La soluzione si basa quindi, in maniera piana, sulla chiara e inequivoca portata normativa del secondo comma dell'art 6 del d.l. n. 108/1991, che, a seguito della conversione di questo decreto, ha acquistato pieno valore di legge. Infatti la disposizione richiamata delimita esaurientemente e senza margini di dubbio, sia in positivo che in negativo, l'ambito di applicabilità della norma interpretativa e retroattiva di cui al primo comma dello stesso articolo 6. Da un lato, la norma, per la sua portata retroattiva, è applicabile anche alle fattispecie decadenziali perfezionatesi in passato, e quindi disciplina potenzialmente anche quelle verificatesi prima della precaria entrata in vigore dei decreti legge non convertiti e durante la loro vigenza. Dall'altro esclude dal suo ambito di applicabilità tutti i casi in cui l'azione in giudizio sia stata proposta prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 103/1991, comprese quindi le ipotesi di azioni proposte durante la precaria vigenza dei decreti- legge non convertiti (oppure nei giorni 27 e 28 marzo 1991, intercorsi tra la perdita degli effetti del decreto n. 28 e l'entrata in vigore del decreto n. 103).

15. Va quindi affermato il seguente principio di diritto, già enunciato con la sentenza n. 7363/2005 e cioè che « in materia di proposizione dell'azione per far valere il diritto a prestazioni previdenziali, la decadenza cosiddetta sostanziale – prevista con norma interpretativa dall'art. 6, comma primo, del D.L. n. 103 del 1991, convertito dalla legge n. 166 del 1991, in riferimento all'art. 47 del d.P.R. n. 639 del 1970 – ha efficacia retroattiva, ma non si applica ai processi in corso alla data di entrata in vigore del D.L., secondo quanto disposto dal successivo comma 2 dello stesso articolo, che disciplina anche l'ipotesi in cui il processo sia stato proposto durante la precaria vigenza dei decreti legge non convertiti (n. 338 del 1990 e n. 28 del 1991), senza che in senso contrario rilevi l'art. 1, comma secondo, della legge di conversione n. 166 suddetta (a norma del quale restano validi gli atti e i provvedimenti e sono fatti salvi gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti legge non convertiti). Conseguentemente, qualora la decadenza, verificatasi a norma dell'art 47 suddetto, riguardi una domanda giudiziale proposta durante la vigenza dei decreti legge non convertiti, la stessa ha carattere procedimentale e viene meno la rilevanza ai fini del giudizio della originaria domanda amministrativa, determinandosi l'improponibilità della domanda giudiziale».

17. Poiché il Tribunale di Modica non si è attenuto a questo principio, il ricor-

so deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata. Va applicata la cassazione senza rinvio, a norma dell'art. 382, terzo comma, c.p.c., poiché il carattere procedimentale della decadenza di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 639/1970, che va attribuito senza tenere conto della successiva nonna interpretativa, ha fatto venire meno la rilevanza, ai fini del giudizio, della originaria domanda amministrativa, determinando l'improponibilità del giudizio, in relazione al principio della necessaria previa presentazione della domanda nella sede amministrativa, ai fini della proponibilità della domanda giudiziale.

Stante l'esito del giudizio si deve provvedere in ordine alle spese di tutti i suoi gradi, addivenendo alla loro compensazione in considerazione del contrasto di giurisprudenza che si era creato.

(Omissis)

Pensioni - Benefici pensionistici per esposizione all'amianto - Dipendenti delle Ferrovie dello Stato - Giurisdizione - Corte dei Conti – Sussiste.

Corte di Cassazione, SS.UU., 08.11.2006, n. 23734 - Pres. Carbone - Rel. Balletti - P.M. Maccarone (diff.) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - INAIL (Avv.ti La Peccerela, Raspanti) – B. ed altri (Avv. Lando) - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.

Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti relativamente alla domanda proposta da dipendenti, ancora in servizio ovvero già pensionati, della s.p.a. Ferrovie dello Stato per l'accertamento del diritto ai benefici previdenziali per esposizione all'amianto ex *art. 13, comma 8°, della legge 27 marzo 1992 n. 257.*

FATTO – Con ricorso dinanzi al Giudice del lavoro di Vicenza trentasette dipendenti, o già dipendenti della spa Ferrovie dello Stato (primo ricorrente B.C.), avendo lavorato in ambienti ove erano diffuse fibre di amianto, convenivano in giudizio la società datrice di lavoro per ottenere che, previo accertamento della durata ultradecennale di esposizione all'amianto, venisse riconosciuto il loro diritto a fruire dei benefici ex art. 13 della legge n. 257/1992 e, di conseguenza, che la società fosse condannata a rivalutare, ai fini pensionistici, per il coefficiente di 1,5 i periodi lavorativi comportanti l'esposizione all'amianto ed a risarcire il danaro morale e biologico.

Si costituiva in giudizio la s.p.a. Ferrovie dello Stato che impugnava integralmente la domanda attorea e – a seguito dell'ordinanza dell'adito Giudice del lavoro in data 1° febbraio 1999 di integrazione del contraddittorio – si costituivano in giudizio l'I.N.P.S. e l'I.N.A.I.L. che resistevano anch'essi alle domande dei ricorrenti.

Con sentenza del 23 marzo 2001 il Tribunale-Giudice del lavoro di Vicenza accoglieva la domanda concernente i benefici pensionistici di cui alla esposizione al rischio di amianto proposte da quattordici ricorrenti e condannava specificamente l'I.N.P.S. a corrispondere i benefici di cui all'art. 13, comma ottavo, della legge n. 257/1992; rigettava la domanda relativa al risarcimento del "danno morale e biologico"; respingeva integralmente le domande proposte dagli altri ventitré ricorrenti.

La cennata sentenza veniva impugnata con ricorso proposto in data 7 giugno 2002, dall'I.N.P.S. e, con ricorso proposto in data 24 maggio 2002, dalla s.p.a. Rete Ferroviaria Italiana, nonché con separato ricorso da T.M. (la cui originaria domanda era stata rigettata dal Tribunale di Vicenza) e la Corte di Appello di Venezia – costituitisi i lavoratori-appellati" (che proponevano appello incidentale) e l'I.N.A.I.L. – con sentenza n. 404/03 in data 8 ottobre 2003, così provvedeva:

«a) in parziale accoglimento dell'appello dell'I.N.P.S. va riformata la sentenza nel punto in cui prevede la condanna dell'I.N.P.S. a corrispondere il beneficio, fermo restando che il riconoscimento dell'esposizione ultradecennale e qualificata all'amianto è opponibile anche all'Istituto con gli effetti propri del giudicato in quanto parte del processo; b) dichiara inammissibile di conseguenza l'appello incidentale proposto dai lavoratori appellanti incidentali con riferimento alla domanda di condanna dell'I.N.P.S. e dell'I.N.A.I.L.; c) dichiara inammissibile l'appello incidentale dell'I.N.A.I.L.; d) rigetta l'appello incidentale proposto dai lavoratori soccombenti proposto nei confronti delle Ferrovie dello Stato in quanto infondato nel merito; e) rigetta l'appello principale proposto da M. T.; f) conferma per il resto la sentenza impugnata a spese compensate».

Per la cassazione di tale sentenza l'I.N.P.S. ha proposto ricorso (r.g. 21761/2004) affidato ad un unico motivo e sostenuto da memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

Gli intimati B. C., B. R., C. F., C. T., DG L., F. M., G. I., M. A., M. G., P. V., R. M., T. G., Z. E. e Z. S. resistono con controricorso e propongono ricorso incidentale affidato a due motivi E sostenuto da memoria *ex* art. 378 cod. proc. civ.. Gli altri intimati I.N.A.I.L. e la s.p.a. Rete Ferroviaria Italiana non hanno spiegato attività difensiva ancorché raggiunti ritualmente dalla notificazione del ricorso e del "controricorso con ricorso incidentale".

DIRITTO – **I** - Deve essere disposta la riunione dei cennati ricorsi in quanto proposti contro la medesima sentenza (art. 335 civ. proc. civ.).

II - Con l'unico motivo del ricorso principale l'Istituto ricorrente censura la sentenza impugnata per avere la Corte territoriale erroneamente disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'A.G.O. atteso che, in forza dell'art. 13 del r.d. n. 1214/1934, sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti sulle controversie "in materia di pensione in tutto o in parte a carico dello Stato" e, nel giudizio *de quo,* il trattamento pensionistico dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato gravano su di un apposito fondo parzialmente alimentato dallo Stato che partecipa ex art. 210 del d.P.R. n. 1092/1973 alla copertura del relativo fabbisogno; ne – rimarca il ricorrente – il discrimine fra la giurisdizione contabile e quella ordinaria può essere costituito "dalla mera circostanza della pendenza del rapporto di lavoro poiché al fine

della corretta definizione della questione della giurisdizione, occorre conferire esclusivo rilievo alla deduzione in giudizio di una domanda concernente la "materia" delle pensioni a totale o parziale carico dello Stato, «escludendo inoltre che tale locuzione possa essere intesa siccome limitata alle sole questioni immediatamente afferrati alla liquidazione del trattamento di quiescenza».

Con il primo motivo del ricorso incidentale i ricorrenti – denunciando "violazione degli artt. 101, 102, 106, 110, 111, 300 e 420 cod. proc. civ., nonché vizi di motivazione" – addebitano alla Corte di Appello di Venezia di non avere pronunziato una "condanna" a carico dell'I.N.P.S. o, in via gradata, nei confronti della s.p.a. Rete Ferroviaria Italiana.

Con il secondo motivo i ricorrenti in via incidentale – denunciando "violazione degli artt. 91, 92, 96, e 99 cod. proc. civ., nonché vizi di motivazione" – censurano la decisione nei punti in cui la Corte territoriale ha disatteso immotivatamente il motivo di gravame con cui avevano richiesto la condanna dell'I.N.P.S. alle spese dei giudizio di primo grado e alla responsabilità aggravata ex art. 96 cod. proc. civ. e non ha provveduto in merito alle spese del giudizio di appello.

III - In applicazione dell'art. 142 disp. att. cod. proc. civ. queste Sezioni Unite civili decideranno sul solo motivo di loro competenza *idest,* sull'unico motivo del ricorso principale).

IV/a - Si deve, anzitutto, rimarcare – in linea di principio generale – che la Corte Costituzionale, con sentenza n. 5/2000 (1), ha confermato la legittimità dell'art. 13, ottavo comma, 1. n. 257/1992 (come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 169/1993, convertito in l. n. 271/1993)nella parte in cui, non indicando un limite quantitativo o qualitativo dell'esposizione all'amianto, consente l'applicazione del beneficio previdenziale a tutti i lavoratori dei quali sia stata provata una qualunque esposizione ultradecennale all'amianto, a prescindere dal grado di essa (conf. Cass. n. 8859/2001).

Per l'individuazione dei soggetti destinatari delle cennate normative questa Corte ha statuito che destinatari non sono i lavoratori che abbiano perso o siano esposti al rischio di perdere il posto di lavoro in conseguenza della soppressione delle lavorazioni dell'amianto, ma i lavoratori che – quale che sia l'attività produttiva dell'impresa datrice di lavoro – abbiano subito una esposizione "qualificata" all'amianto per essere stati addetti per un periodo ultradecennale a lavorazioni aventi valori di rischio per esposizione a polveri di amianto superiori a quelli consentiti dagli artt. 24 e 31 dei d. Igs 15 agosto 1991 n. 277 (Cass. n. 2926/2002).

Più di recente la Corte Costituzionale, con sentenza n. 127/2002 (ove, non vi è cenno specifico alla questione della giurisdizione), ha affermato che l'art. 13, ottavo comma, cit. deve essere interpretato nel senso che lo stesso consente di ricomprendere nel previsto beneficio pensionistico anche i lavoratori delle "ferrovie dello stato", rilevando al riguardo che «la gestione pensionistica di detto personale è stata affidata all'I.N.P.S. presso il quale ente è istituito un apposito "fondo" con contestuale soppressione di quelli istituiti con l. n. 408/1908 (art. 43 della l. n. 488/1999)».

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

IV/b - Quest'ultimo riferimento rientra sostanzialmente nell'ambito dei presupposti alla base della giurisprudenza consolidata di queste Sezioni Unite (così, ex *plurimis,* le sentenze nn. 5171/2004, 5035/2004, 3166/2004, 3079/2003, 1212/2000, 451/2000, 130/2000, 20/2000, 946/1999, 617/1999, 4018/1998, 2515/1997, 10618/1996) in forza della quale la devoluzione alla giurisdizione contabile della materia relativa al trattamento di quiescenza dei dipendenti dell'azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, stabilita dagli artt. 13 e 62 r.d. 12 luglio 1934 n. 1214, è rimasta immutata nonostante l'entrata in vigore della l. 17 maggio 1985 n. 210, istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato, ed anche dopo la trasformazione dell'ente in società per azioni (verificatasi in virtù della delibera CIPE del 12 agosto 1992, a norma dell'art. 18 del d.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito in legge 8 agosto 1992 n. 359, sulla base delle disposizioni dettate in materia di trasformazione di enti pubblici economici dall'art. 1 del d.l. 5 dicembre 1991 n. 386, convertito in legge 29 gennaio 1992 n. 35).

La ritenuta persistenza di siffatta giurisdizione si fonda sul rilievo che il trattamento pensionistico dei menzionati lavoratori grava su di un apposito Fondo che continua (anche dopo l'entrata in vigore della normativa da ultimo citata) ad essere alimentato parzialmente dallo Stato, il quale infatti, ai sensi dell'art. 210 comma ultimo d.P.R. 29 dicembre 1973 n. 1092, partecipa alla copertura del fabbisogno con contributo da stabilirsi, per ogni esercizio finanziario, in misura pari alla differenza fra le spese e le entrate del fondo stesso.

Ne può in contrario richiamarsi la circostanza del trasferimento delle posizioni assicurative del personale delle Ferrovie dello Stato dal soppresso Fondo pensioni al summenzionato Fondo speciale istituito presso I.N.P.S. ai sensi dell'art. 43 della l. 23 dicembre 1999 n. 488 e del successivo decreto interministeriale 15 giugno 2000, atteso che queste sopravvenute disposizioni non hanno apportato un sostanziale mutamento al sistema pensionistico dei ferrovieri, non avendo inciso ne sulla disciplina della liquidazione delle prestazioni, che rimane ancorata alle «regole previste dalla normativa vigente», ne sul concorso finanziario dello Stato a carico del quale «rimangono, per espressa previsione del terzo comma del citato art. 43 «gli eventuali squilibri gestionali»" del Fondo ai sensi dell'art. 210, ultimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973 n. 1092.

IV/c – L'esposto criterio di collegamento si rinviene anche nel caso di specie.

Ai sensi dell'art. 386 cod. proc. civ., la giurisdizione si determina dall'oggetto della domanda ed il significato della disposizione va inteso, per consolidato orientamento giurisprudenziale, nel senso che il criterio in base al quale debbono essere regolari i rapporti tra le diverse giurisdizioni è quello del ***"petitum sostanziale",*** cioè dello specifico oggetto e della reale natura della controversia, da identificarsi non soltanto in funzione della ***"causa, petendi",*** costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuabile in relazione alla sostanziale protezione accordata, in astratto, dall'ordinamento alla posizione medesima, senza che a tal fine possa assumere rilievo la prospettazione dalla parte.

Orbene, alla stregua di tali criteri interpretativi, la domanda introduttiva del giudizio di merito, nei termini riferiti in parte narrativa e secondo le indicazioni contenute nella sentenza impugnata (confermate dalla disamina degli atti processuali del giudizio di merito), esibisce, nei capi concernenti il trattamento pensioni-

stico, un ***"petitum sostanziale"*** che riguarda specificamente il rapporto previdenziale implicante l'intervento del suddetto Fondo pensioni il cui disavanzo è destinato ad essere ripianato dalla finanza pubblica.

Pervero, con l'atto introduttivo, gli originari ricorrenti avevano richiesto «la condanna a rivalutare ai fini pensionistici per il coefficiente di 1,5 i periodi lavorativi comportanti l'esposizione all'amianto» e, in accoglimento di detta richiesta, il giudice di primo grado aveva «condannato l'ente a riconoscere ai ricorrenti il beneficio di cui al comma ottavo dell'art. 13 della legge n. 257/1992» (*"scilicet",* testualmente, "per i lavoratori che siano esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestito dall'I.N.A.I.L., è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5"): condanna confermata dalla sentenza di secondo grado ove, del tutto incongruamente, veniva rilevato che «l'accertamento dei benefici era stato chiesto su un piano generale, pur se per finalità connesse a prestazioni previdenziali maturando e solo con indiretta incidenza sulla pensione futura e non trattandosi quindi di domanda afferente al trattamento pensionistico» rilievi questi generici e sicuramente inesatti, oltre che tra di loro in evidente contraddizione – e, in motivazione, era erroneamente affermato che «la domanda non ha per oggetto la prestazione pensionistica in sé (il cd. diritto a pensione) o la misura della stessa, ma l'accertamento del diritto di cui all'art. 13, ottavo comma della legge n. 257/1992 previo il riscontro dell'avvenuta esposizione al rischio dell'aminato» – statuizione questa che si poneva in netto contrasto con la norma impropriamente richiamata che, come si è dinanzi constatato, riferisce espressamente il diritto in questione **"ai fini delle prestazioni pensionistiche"** e, quindi, contrariamente a quanto asserito nella decisione della Corte d'Appello di Venezia, «alla prestazione pensionistica in sé» quale «diritto (e non "cd.") a pensione».

IV/d - Conclusivamente, in sintesi, la giurisdizione della Corte dei Conti non può essere negata neppure facendo leva sull'argomento, esposto dai controricorrenti, di una presunta caducazione dell'impegno finanziario dello Stato nei trattamenti pensionistici *de quibus,* essendo dato, all'opposto, rilevare – anche a prescindere dall'originaria disposizione di cui agli artt. 7 della legge 9 luglio 1908, n. 418 e 22 del r.d. 22 aprile 1909, n. 229 (che, nell'assoggettare a quella giurisdizione le controversie in materia di pensione dei dipendenti delle ferrovie, non contenevano alcun richiamo espresso all'onere a carico dello Stato) – come tali controversie attengano pur sempre a prestazioni che implicano un onere siffatto, ancorché parziale, onde la ragione della persistenza della giurisdizione contabile continua a riposare su questo invariato fondamento, in piena coerenza con il combinato disposto degli artt. 13 e 62 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214.

Sotto altro aspetto, queste Sezioni Unite hanno posto in rilievo, con la sentenza n. 10618/1995 (che qui si conferma espressamente anche per la parte motiva), che quella giurisdizione non può essere esclusa neppure dalla circostanza dell'attuale eventuale pendenza del rapporto di lavoro degli interessati e dalla conseguente mancanza di un provvedimento di liquidazione della pensione.

La giurisdizione della Corte dei conti è relativa alla "materia" delle pensioni a totale o parziale carico dello Stato.(come espressamente stabilito dal citato art. 13

del r.d. 12 luglio 934 n. 1214) e la genericità della disposizione induce a ritenerla riferibile anche a provvedimenti che, sebbene privi del suddetto contenuto, siano tuttavia destinati ad avere esclusiva influenza ai fini della determinazione della prestazione pensionistica. D'altra parte, che il primo comma dell'art. 62 dello stesso r.d., nel menzionare la facoltà di ricorso "contro i provvedimenti definitivi di liquidazione di pensione" non esaurisca, con ciò solo, l'ambito della giurisdizione contabile, è reso palese dalla restrizione espressamente sancita dall'ultimo comma della disposizione per il caso di questioni attinenti al riscatto di servizi: prevedendosi al riguardo che "il ricorso è ammesso soltanto contro il decreto concernente la liquidazione del trattamento di quiescenza", la limitazione sarebbe sostanzialmente superflua, ove dovesse desumersene l'operatività già in base al disposto del primo comma della medesima norma, interpretato nel senso di condizionare, in ogni caso, la giurisdizione *de qua* all'attualità di siffatto trattamento.

È, altresì, da rilevare, per quanto più particolarmente concerne la situazione di specie, che il secondo comma dell'art. 62 del d.P.R. n. 1214 del 1934, prevede la devoluzione alla giurisdizione della Corte dei conti "anche di tutti gli altri ricorsi in materia di pensione, che leggi speciali attribuiscono alla Corte" stessa: e come qui si rinviene lo stesso ampio riferimento alla "materia" pensionistica, che si legge nel precedente art. 13, così il citato art. 22 del r.d. 22 aprile 1909, n. 229 – che prevedendo codesta giurisdizione per le controversie attinenti alle pensioni dei ferrovieri, è da intendersi richiamato dalla succitata disposizione del Testo Unico del 1934 – si riferisce genericamente a tutte le deliberazioni "riguardanti il diritto alle pensioni", con locuzione chiaramente idonea a ricomprendere anche provvedimenti che ora siano di mera liquidazione del trattamento di quiescenza.

In definitiva, l'asserzione che il beneficio pensionistico possa essere richiesto dinanzi all'A.G.O. dal "lavoratore-ancora-in-servizio" e dinanzi alla Corte dei Conti dal "lavoratore-pensionato" risulta del tutto errata poiché, lungi dal valorizzare il ***petitum*** sostanziale come parametro alla stregua dal quale individuare il reparto di giurisdizione, finirebbe per elevare ad elemento di discrimine un fattore – quello della permanenza, o meno, in servizio al momento della pendenza delle domanda giudiziale – del tutto casuale ed estrinseco rispetto alla fattispecie fondante il diritto pensionistico arrivato in giudizio.

Ne per corroborare siffatta errata asserzione vale richiamarsi – come hanno fatto la Corte territoriale nell'impugnata decisione e gli intimati-lavoratori – alla sentenza delle Sezioni Unite n. 207/1999 su di una controversia riguardante le richieste (sostanzialmente differenti sospetti a quella di cui al presente giudizio) proposte da lavoratori della s.p.a. A.E.M. per ottenere una sentenza di accertamento, sostitutiva delle dichiarazioni dell'I.N.A.I.L. necessaria ai fini amministrativi, ed una sentenza di condanna dell'I.N.P.D.A.P. a procedere al ricalcolo dei contributi per i periodi di esposizione al rischio di amianto: ciò in quanto la relativa statuizione con riferimento alle cennate specifiche domande non poteva non comportare la declaratoria della giurisdizione del giudizio ordinario poiché dette domande "si riflettevano ed avevano incidenze sul rapporto di o obbligatoria con l'I.N.A.I.L. e sullo stesso rapporto di lavoro relativamente alla obbligazione contributiva a carico dell'azienda" (Cass. Sez. Unite n. 207/1999 cit.) e, con tutta evidenza, non costituisce un precedente pertinente al fine della decisione nel presente giudizio riguar-

dante esclusivamente la "diversa" domanda concernente il riconoscimento del diritto alla prestazione pensionistica in sé.

V - Ribadita, pertanto, la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti relativamente alla domanda avente ad oggetto la determinazione del trattamento pensionistico e la condanna al pagamento delle relative differenze (mentre vale pure ribadire, incidentalmente, la giurisdizione dell'A.G.O. sulle domande giudiziali concernenti la misura dell'indennità di buonuscita e di fine rapporto, oltre che eventuali aspetti risarcitori (domanda, nella specie, formulata dagli originari ricorrenti e rigettata dai giudici di primo grado e di appello e non impugnata nella presente sede di legittimità), collegate all'esposizione al rischio dell'amianto trattandosi comunque di crediti il cui titolo è rinvenibile in situazioni giuridiche soggettive costituenti articolazioni immediate e dirette del rapporto di lavoro, tali cioè da essere riservate al giudice ordinario quale giudice del rapporto stesso (Cass. Sez. Unite n. 5171/2004)], deve essere – in accoglimento del ricorso proposto dall'I.N.P.S. ed assorbita la questione posta strumentalmente rispetto alla domanda pensionistica ed i motivi del ricorso incidentale – cassata senza rinvio l'impugnata sentenza in quanto il giudice *a quo,* erroneamente presupponendo la soggezione delle controversie alla giurisdizione ordinaria, ha ritenuto di poter provvedere nel merito.

Ricorrono giusti motivi - considerate la peculiarità della controversia e le analoghe decisioni in entrambi i giudizi del merito in contrasto con la presente statuizione - per dichiarare compensate tra tutte le parti le spese dell'intero processo.

(Omissis)

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

Pensioni - In genere - Lavoratori del settore dell'amianto - Benefici pensionistici *ex* art. 13, ottavo comma, legge 257/1992 - Attribuzione - Presupposti - Valori di rischio di cui al D.Lgs. n. 277/1991 - Sussistenza – Necessità.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 21.12.2006, n. 27297 - Pres. Ianniruberto - Rel. Vidiri - P.M. Velardi - INPS (Avv.ti Riccio, Valente) - B. ed altri (Avv. Boursier Niutta, Rufolo, Franco)

II beneficio della rivalutazione contributiva previsto dall'art 13, comma ottavo, della legge n. 257 del 1992 spetta esclusivamente ai lavoratori che, per un periodo non inferiore a dieci anni, siano stati esposti all'amianto in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno.

FATTO – Con ricorso depositato in data 23 settembre 1999 l'INPS proponeva appello avverso la sentenza con la quale il Tribunale di Napoli aveva accolto il ricorso proposto da C. B. e dagli altri litisconsorti in epigrafe dichiarando che costoro avevano diritto al riconoscimento dei benefici pensionistici ex art. 13 della legge 257 del 1992 in quanto avevano lavorato per un periodo superiore ai dieci anni alle dipendenze dell'ANM(Azienda Napoletana di Mobilità) in ambienti esposti all'amianto, e precisamente presso il deposito «Stella Polare» Sofer di Pozzuoli.

Dopo la costituzione dei lavoratori, il giudice d'appello con sentenza del 17 marzo 2003 rigettava il gravame. Nel pervenire a tale conclusione il Tribunale di Napoli osservava che l'istruttoria documentale e testimoniale espletata in primo grado aveva dimostrato che tutti i lavoratori avevano svolto i propri compiti lavorativi per un periodo ultredecennate in ambienti in cui venivano in contatto con polveri di amianto.

Avverso tale sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione, affidato ad un unico articolato motivo.

Resistono con controricorso i lavoratori.

DIRITTO – Con il ricorso l'Istituto denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 7 e 8 della legge 17 marzo 1992 n. 257 e degli artt. 24 e 31 del d. lgs. 15 agosto 1991 n. 177, anche per errata valutazione del quadro probatorio in relazione al vizio morbigeno; violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c. ed ancora omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia.

In particolare rimarca il ricorrente che stante i principi enunciati dalla giuri-

sprudenza di legittimità incombe sul lavoratore dimostrare che ha lavorato per oltre dieci anni in ambienti che presentano il superamento della soglia minima di 100 fibre/litro individuata dal disposto dell'art. 24 del d. lgs. 277/1991, soglia oltre la quale non può ritenersi sussistente un rischio morbigeno meritevole di adeguate e specifiche tutele previdenziali. Nel caso di specie detta prova non era stata fornita atteso che tutta la pur ampia documentazione esibita e le risultanze della prova per testi non erano valse a dimostrare che nel caso di specie fosse stata superata la suddetta soglia di esposizione di 100/fibre litro.

Il ricorso è fondato e, pertanto, va accolto.

Questa Corte ha più volte affermato che il disposto dell'ottavo comma dell'art. 13 della legge n. 257 del 1992, relativo al beneficio previdenziale per i lavoratori del settore amianto va interpretato – in ragione dei criteri ermeneutici, letterale, sistematico e teleologico – nel senso che tale beneficio va attribuito unicamente agli addetti a lavorazioni che presentino valori di rischio per esposizione a polveri di amianto superiori a quelli consentiti dagli artt. 24 e 31 del d.lgs. n.277 del 1991. Nell'esame della fondatezza della domanda volta ad ottenere tale beneficio il giudice di merito deve accertare – nel rispetto dei criteri di ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. "se colui che ha proposto la domanda, oltre ad avere provato la specifica lavorazione praticata e l'ambiente in cui ha svolto per più di dieci anni (inclusi in essi i periodi di assenza dal lavoro per ferie, riposi e festività) tale lavorazione, abbia anche dimostrato che in tale ambiente erano presenti polveri di amianto con valori limite superiori a quelli indicati nel suddetto decreto n. 277 del 1991 (cfr. in tali sensi tra le altre: Cass. 1 agosto 2005 n. 16118; Cass. 29 ottobre 2003 16256; Cass. 23 gennaio 2003 n. 997; Cass. 3 aprile 2001 n. 4913 (1)). E la stessa Corte ha anche precisato che, al fine del riconoscimento di tale beneficio, non è necessario che il lavoratore fornisca la prova atta a quantificare con esattezza la frequenza e la durata dell'esposizione, potendo ritenersi sufficiente, qualora ciò non sia possibile, avuto riguardo al tempo trascorso ed al mutamento delle condizioni di lavoro, che si accerti, anche a mezzo di consulenza tecnica, la rilevante probabilità di esposizione del lavoratore al rischio mobigeno, attravero un giudizio di pericolosità dell'ambiente di lavoro, con un margine di approssimazione di ampiezza tale da indicare la presenza di un rilevante grado di probabilità di superamento della soglia massima di tollerabilità (così: Cass. 1 agosto 2005 n. 16119).

Nel caso di specie il Tribunale di Napoli ha accertato che i lavoratori sono stati esposti alla amianto ma non ha in alcun modo spiegato come dalla documentazione in atti e dalle risultanze istruttorie potesse evincersi l'esposizione «qualificata» all'amianto, costituente una condizione per il riconoscimento del rivendicato beneficio.

Ne consegue che la impugnata sentenza – per essersi discostata da tali principi da ribadirsi ancora una volta in questa sede in ragione del ruolo monofilattico della Suprema Corte, e per risultare su un punto decisivo della controversia mancante di adeguata motivazione – va cassata.

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 772.

Alla stregua dell'art. 384 c.p.c., risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto la controversia va rimessa ad un diverso giudice del gravame, che si designa nella Corte d'appello di Salerno, che procederà al riesame di detta controversia facendo applicazione dei principi sopra enunciati.

Al giudice di rinvio va rimessa anche la statuizione sulle spese del presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

Prestazioni - Commercianti - Elenchi nominativi - Provvedimenti di iscrizione e cancellazione - Controversie - Legittimazione passiva - Camera di commercio – Sussiste.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 05.12.2006, n. 25853 - Pres. Senese - Rel. La Terza - P.M. Matera - D. (Avv. Allegra, De Benedictis) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Biondi) - Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

Nelle controversie relative a provvedimenti di iscrizione negli elenchi nominativi degli esercenti il commercio, che è presupposto per il diritto alle prestazioni previdenziali, la legittimazione passiva spetta alla Camera di Commercio.

FATTO – Con sentenza del 27 giugno 2003 il Tribunale di Roma, confermando la statuizione resa dal locale Pretore del lavoro, rigettava la domanda proposta da D. B. per far valere, nei confronti dell'Inps e del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, la illegittimità del provvedimento con cui la competente commissione provinciale per l'accertamento e la compilazione degli elenchi nominativi degli esercenti attività commerciale gli aveva comunicato la cancellazione dagli elenchi medesimi; il D. aveva chiesto l'accertamento del suo diritto alla convalida della iscrizione negli elenchi con decorrenza dal momento in cui era stata effettuata la cancellazione, ossia dal primo gennaio 1973, nonché la validità di tutti i contributi versati nella gestione Inps commercianti fino al 1985.

Il Tribunale riteneva fondata la eccezione preliminare di merito, riproposta in appello, in ordine alla carenza di legittimazione passiva del Ministero dell'Industria, in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale per cui – nei giudizi concernenti il diritto alla iscrizione negli elenchi nominativi dei commercianti e contro le determinazioni della apposita commissione costituita presso la Camera di commercio – è quest'ultima il soggetto da chiamare in causa come legittimato passivo, e non già il Ministero dell'Industria che ha solo funzioni di vigilanza e controllo nei confronti delle Camere di commercio.

Avverso detta sentenza gli eredi del D., indicati in epigrafe, propongono ricorso affidato a quattro motivi.

L'Inps ha depositato procura, mentre il Ministero dell'Industria è rimasto intimato.

DIRITTO – Con il primo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 345, 346 e 436 cod. proc. civ. anche in ordine all'art. 416 del medesimo codice e difetto di motivazione, perché nella memoria di costituzione in primo grado il Ministero aveva eccepito la propria carenza di legittimazione passiva facendo però riferimento alla normativa, estranea alla fattispecie, relativa alla cancellazione dagli elenchi dei lavoratori agricoli, per cui il Tribunale non avrebbe potuto accogliere detta eccezione in quanto dedotta solo in appello e quindi tardivamente.

Il motivo non merita accoglimento.

Infatti più volte si è affermato (tra le tante Cass. n. 4796 del 6 marzo 2006) che «La "legitimatio ad causam", attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione di fatti in astratto idonei fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne resistenza in ogni stato e grado del procedimento. Da essa va tenuta distinta la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, per la quale non è consentito alcun esame d'ufficio, poiché la contestazione della titolarità del rapporto controverso si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata». Ed ancora si è affermato (Cass. n. 5515 del 14 marzo 2006) che «Essendo il giudice tenuto, ai sensi dell'art. 182 cod. proc. Civ., a verificare d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti, rientra nel suo potere rilevare di propria iniziativa, anche in sede impugnatoria, e salvo il limite dell'eventuale formazione del giudicato interno, il difetto di legittimazione attiva o passiva, siccome trattasi di profilo d'indagine che attiene alla regolare instaurazione del contraddittorio».

Nella specie, nessun giudicato si era formato, poiché la sentenza di primo grado non aveva accolto ma respinto la domanda del ricorrente, sia pure per motivi di merito e non già per la carenza di legittimazione passiva del Ministero, per cui il Tribunale poteva e doveva procedere d'ufficio a rilevare questa eccezione, a prescindere dalla posizione assunta dalla parte.

Con il secondo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione della legge 1397 del 1960, artt. 5, 8 e 9 e della legge 613/66, artt. 3, 4, 6, 7, 8 e difetto di motivazione, perché il Ministero dell'Industria sarebbe invece legittimato passivo nella controversia attinente alla legittimità della cancellazione dagli elenchi, perché la Commissione provinciale e la Commissione centrale operanti presso le Camere di commercio sarebbero rispettivamente, organi periferico e centrale, del suddetto Ministero. Assume altresì il ricorrente che la iscrizione negli elenchi nominativi ai sensi delle leggi n. 1397/60 per la assicurazione malattie e della legge n. 613/66 per la assicurazione invalidità vecchiaia e superstiti, avrebbe funzioni diverse rispetto alla iscrizione al Registro esercenti attività commerciale (REC), istituito con la

legge 421/71; illustra quindi il ricorrente la normativa che regola diversamente l'operato delle due commissioni, istituite tutte presso Camera di Commercio, ossia di quella per la iscrizione negli elenchi ai fini previdenziali e di quella per la iscrizione al REC; si assume altresì che la pronuncia di legittimità, cui si è conformata la sentenza impugnata per negare la legittimazione passiva del Ministero dell'Industria, non sarebbe pertinente, trattandosi in quel caso di iscrizione al REC.

Il motivo non è fondato.

La questione oggetto della censura attiene alla individuazione del soggetto da chiamare in giudizio, e quindi del titolare dal lato passivo, nella controversia per far valere la illegittimità del provvedimento di cancellazione dagli elenchi dei commercianti, che è il presupposto per il diritto alle prestazioni previdenziali.

1. È noto che ai fini della operatività delle assicurazioni sociali a favore degli esercenti attività commerciale, la legge 27 novembre 1960, n. 1397, richiamata poi – per la parte che qui interessa – dalla legge 22 luglio 1966, n. 613 (sull'estensione alla detta categoria della assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti), ha previsto un particolare sistema di accertamento dei requisiti di iscrizione e di compilazione degli elenchi nominativi degli aventi diritto, affidando il relativo compito a commissioni provinciali istituite presso le singole Camere di commercio, industria e agricoltura (artt. 5 e 6 della legge n. 1397 del 1960; art. 3 della legge n. 613 del 1966), che non hanno alcuna discrezionalità del determinare se un commerciante possa e meno essere iscritto negli elenchi, dal momento che le condizioni dell'iscrizione sono stabilite dalla legge. L'iscrizione negli elenchi, che determina l'insorgenza del connesso obbligo assicurativo con l'Inps, non è solo un diritto per il commerciante bensì anche un dovere, prova ne sia che la commissione competente può procedere anche d'ufficio alla iscrizione (art. 6 ultimo comma legge 1397/60).

2. Su questa premessa, richiamando l'analogia con il sistema (attualmente abrogato) della compilazione degli elenchi nominativi da parte del Servizio per i contributi agricoli unificati (Scau), si è osservato che la legge ha inteso affidare l'accertamento dei requisiti a organi collegiali – dotati di specifica competenza, in quanto composti per la maggior parte, da rappresentanti delle categorie interessate: artt. 5 e 8 l. 1397/1960 – quale fase essenziale dell'iter di costituzione del rapporto assicurativo obbligatorio dotata di una specifica autonomia rispetto a quella successiva attinente al versamento dei contributi e all'erogazione delle prestazioni, solo in relazione alla quale più propriamente subentra la competenza dell'istituto assicuratore.

Il quadro normativo di riferimento delle citate decisioni è quello di cui alla l. 1397/1960, per cui (art. 5) presso ogni camera di commercio opera una commissione provinciale per "l'accertamento e la compilazione degli elenchi nominativi degli esercenti attività commerciale e per i loro familiari"; a questo organo devono essere inoltrate le denunzie di inizio attività e di cessazione. Le commissioni provinciali sono quindi organo della Camera di Commercio, che ha parimenti struttura provinciale ed è ente di diritto pubblico, secondo l'art. 1 della legge istitutiva, decreto legislativo luogotenenziale 21 settembre 1944 n. 315 (da ultimo regolata con legge 29 dicembre 1993, n. 580). Detta Commissione provvede alla compilazione ed all'aggiornamento degli elenchi nominativi, previo accertamento che i

commercianti siano in possesso dei requisiti richiesti dalla legge, ma, come già detto, può anche procedervi d'ufficio. La medesima Commissione, che provvede poi a notiziare l'Ente previdenziale in merito alla avvenuta iscrizione o cancellazione dalle liste (art. 7) e non ha alcun legame con il Ministero dell'Industria.

3. È poi vero che, ai sensi dell'art. 8 della citata legge n. 1397, presso il medesimo Ministero opera una Commissione centrale, avente il duplice compito di dare istruzioni alle commissioni provinciali sui criteri e le modalità di iscrizione negli elenchi e di decidere i ricorsi amministrativi proposti avverso le decisioni delle commissioni provinciali, ma ciò non vale a configurare il medesimo Ministero come direttamente titolare dal lato passivo nella controversia vertente sulla legittimità della cancellazione dagli elenchi nominativi. Infatti, nonostante due risalenti pronunzie di questa Corte (Sez. un. 2 marzo 1981 n. 1204 e n. 1341 del 17 marzo 1989) abbiano affermato la legittimazione passiva del Ministero dell'Industria in controversie similari, si osserva che i compiti di vigilanza e di decisione dei ricorsi attribuiti alla Commissione centrale non valgono ad imputare a questa, e quindi neppure al Ministero dell'Industria, le determinazioni conseguenti in ordine alla iscrizione ed alla cancellazione, perché i relativi provvedimenti fanno pur sempre capo alla commissione provinciale, obbligata alla conservazione degli elenchi, che è organo della Camera di Commercio. Prova ne sia il fatto che, in tutti i casi in cui non venga proposto il ricorso alla Commissione centrale, la iscrizione e la cancellazione sono imputate, senza incertezze, all'operato della commissione provinciale e quindi alla Camera di Commercio. D'altra parte sarebbe incongruo imputare ad una struttura di carattere nazionale come il Ministero dell'Industria, un compito, come la tenuta degli elenchi, cui è stato opportunamente attribuito un ambito provinciale, come è provinciale l'ambito di operatività delle camere di commercio. Ne si può imputare ad un organo come la Commissione centrale (che impartisce i criteri di massima ed esplica attività di vigilanza attraverso la decisione dei ricorsi proposti contro le determinazioni della Commissione Provinciale) la singola iscrizione o cancellazione dalle liste dei commercianti, essendo questo un compito istituzionale della commissione provinciale. Inoltre è ben vero che la Commissione centrale è costituita presso il Ministero dell'Industria, tuttavia non ogni ufficio che in qualche modo (anche con l'ubicazione) abbia elementi di contatto con una pubblica amministrazione può vedere riferita a quest'ultima la sua attività. Essendo l'organo un complesso di attribuzioni, competenze e mezzi materiali rivolto al conseguimento di un determinato fine istituzionale dell'ente pubblico, è organo di un ministero solo quello che svolge una funzione di pertinenza del ministero stesso, ma tra i compiti del Ministero dell'Industria non rientra la compilazione e la tenuta degli elenchi nominativi dei commercianti, ma solo la vigilanza su tale attività e la decisione dei ricorsi in sede amministrativa.

4. Va quindi condivisa la pronunzia di questa Corte n. 6597 del 20 maggio 2000, cui si è conformata la sentenza impugnata, che ha individuato, in questo tipo di controversie, la legittimazione passiva della Camera di commercio presso cui opera la competente commissione provinciale per gli elenchi nominativi.

Non sembra però necessario – diversamente da quanto argomentato nella citata sentenza n. 6597 – fare riferimento, per negare la legittimazione passiva del Ministero dell'Industria, alle disposizioni che regolano l'iscrizione al REC, ed al

relativo regime dei ricorsi amministrativi, giacché detto registro è diverso e distinto dall'elenco nominativo della cui iscrizione si controverte nel presente giudizio.

Infatti la legge 11 giugno 1971, n. 426, (ora abrogata dall'art. 26 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114), che ha istituito il REC, ossia il registro degli esercenti il commercio presso ciascuna Camera di commercio (art. I), ha stabilito che il medesimo è tenuto da una commissione presieduta dal presidente della Camera di commercio e che, avverso i provvedimenti della commissione, l'interessato può proporre ricorso al presidente della Giunta regionale, mentre, contro il provvedimento che rigetta il ricorso, può proporre azione dinanzi al tribunale della sede della Camera di commercio competente (art. 8). Il coordinamento tra tali nuove disposizioni e il sistema delle assicurazioni obbligatorie è stato poi attuato con l'art. 29 della legge 3 giugno 1975, n. 160, modificativo dell'art. 1 della legge n. 1397 del 1960, nel senso che la iscrizione al REC viene richiesta all'interessato come elemento ulteriore, che si aggiunge a quelli già previsti, per ottenere l'iscrizione negli elenchi nominativi dei commercianti. L'iscrizione al REC era finalizzata al controllo di professionalità degli esercenti attività commerciali, perché vi si poteva accedere solo previa dimostrazione del superamento di un esame di idoneità, o di pregressa esperienza nel settore (art. 5 legge 426/71). Il registro esercenti attività commerciali era quindi cosa diversa dall'elenco nominativo, che aveva la diversa funzione di contrassegnare i soggetti aventi diritto alla tutela previdenziale da parte dell'Inps , e che non è stato inglobato, ma è rimasto operante anche dopo l'introduzione del REC. Prova ne è il fatto che l'art. 4 della legge 2 agosto 1990 n. 233 di riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi (artigiani, commercianti e coltivatori diretti), prescrive che le amministrazioni competenti a rilasciare licenze, autorizzazioni o a tenere i registri e gli albi devono comunicare alla commissione provinciale per l'accertamento e la compilazione degli elenchi nominativi degli esercenti attività commerciale e all'Inps, il rilascio della licenza o della autorizzazione o l'iscrizione all'albo. Gli organi preposti alla iscrizione al REC e quelli preposti alla compilazione delle liste, ancorché entrambi costituiti da commissioni operanti presso le Camere di commercio, restano quindi diversi e distinti.

5. Pertanto, conclusivamente, il soggetto legittimato passivamente nelle controversie relativa alle iscrizioni e cancellazioni dagli elenchi di cui alla legge 1397/60 va desunto dalla legge stessa, che, come già detto, lo individua, non già nel Ministero dell'Industria, ma nelle Camere di commercio dove operano le commissioni provinciali addette alla tenuta degli elenchi, mentre non si può trarre alcun riferimento dalla disciplina relativa al registro esercenti attività commerciali di cui alla legge 426/71. Il secondo motivo di ricorso va quindi rigettato perché è esatto il dispositivo, e va solo corretta la motivazione, della sentenza impugnata che ha escluso la legittimazione passiva del Ministero dell'Industria.

6. Con il terzo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione della legge 1397 del 1960, artt. 1 e 2, della legge 613/66, artt. 1 e 2 , legge 160/75 artt. 29 e 8, dell'art. 2126 cod. civ. e degli artt. 34, 35, 37 Costituzione, del dpr 819/57 e difetto di motivazione, perché la iscrizione negli elenchi commercianti sarebbe stata validamente deliberata dalla apposita commissione nel 1967 e sarebbero quindi stati validamente versati i relativi contributi, ciò in quanto esso ricorrente gestiva l'esercizio commerciale in forza di licenza rilasciata al proprietario sig. Vinci e

l'art. 1 della legge 1397/60 richiedeva solo, per la iscrizione negli elenchi, che l'interessato fosse titolare o gestore dell'esercizio, che ne fosse responsabile e che partecipasse personalmente all'attività, mentre, dopo la introduzione dell'obbligo di iscrizione al Rec, l'art. 29 della legge 160/75 faceva salva la posizione di coloro che erano già iscritti negli elenchi. La conservazione dei contributi versati sarebbe salvaguardata da un principio analogo a quello sancito per il lavoro subordinato dall'art. 2126 c.c., in forza delle disposizioni costituzionali di tutela del diritto al lavoro, nonché in forza dell'art 8 del dpr 818/57 sulla acquisizione alle singole gestioni dei contributi versati, anche indebitamente, se l'accertamento dell'indebito sia posteriore di oltre cinque anni alla data del versamento.

Con il quarto ed ultimo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 5 della legge 218/52, degli artt. 17 e 20 legge 613/66, dell'art. 37 del dpr 218/57 e dell'art. 1 legge 47/83 e difetto di motivazione, e si ribadisce che esso ricorrente sarebbe in possesso di tutti i requisiti prescritti per il conseguimento della pensione di vecchiaia.

Entrambi questi due motivi sono inammissibili, giacché trattano questioni non esaminate nella sentenza impugnata, che ha statuito esclusivamente, negandola, sulla legittimazione passiva del Ministero dell'Industria, senza scendere al merito ne sulla legittimità della cancellazione dagli elenchi, ne sulla sorte della contribuzione versata dal ricorrente. Ne quest'ultimo si duole che la sentenza abbia omesso di esaminare dette questioni, essendosi limitato a "reiterare" tutte le argomentazioni sulla fondatezza della sua pretesa, senza però addebitare ai Giudici di merito il mancato esame sui relativi punti.

In definitiva il ricorso va rigettato. Nulla per le spese, stante la mancata costituzione delle controparti.

(Omissis)

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

Contributi - Opposizione a verbale di accertamento INPS - Riqualificazione rapporti di lavoro - Collaborazione coordinata e continuativa e rapporto di lavoro subordinato - Ripartizione dell'onere della prova.

Corte d'Appello di Bologna, Sez. Lavoro, 04.12.2006 n. 319 - Pres. V. Castiglione - Cons. Estensore G. Schiamone - PC SERVICE s.n.c. di B.A. e C.R. (Avv. Ubaldini Dugato) - INPS (Avv. Montanari) - INAIL (Avv.ti Mancini - Sarno) - Direzione Provinciale del Lavoro di Ravenna (Avvocatura dello Stato).

L'azione di accertamento negativo promossa dal datore di lavoro avverso il contenuto di un verbale di accertamento ispettivo non modifica l'onere della prova incombente sulla parte attrice volta a dimostrare l'insussistenza di rapporto di lavoro subordinato accertato dai funzionari dell'Ente Previdenziale. L'INPS non assume in giudizio la veste di attore in senso sostanziale al pari di quanto avviene nei giudizi di opposizione ad un atto autoesecutivo quale è una cartella esattoriale ovvero un decreto ingiuntivo ottenuto ai sensi dell'art 635 e segg. c.p.c..

FATTO – Con ricorso depositato il 16.9.2003 la PC Service s.n.c. di B. A. e C. R., adiva il Tribunale di Ravenna svolgendo opposizione al verbale di accertamento redatto dall'Inps sede di Ravenna che pretendeva il pagamento delle somme ivi specificate a titolo di contributi omessi, ed accessori, in relazione ad omissioni degli obblighi assicurativi accertate e conseguenti alla qualificazione come subordinati di due rapporti di collaborazione coordinata e continuativa intrattenuti con le lavoratrici V.Z. e I.M.C.

Esponeva la società ricorrente: di esercitare in prevalenza l'attività di vendita all'ingrosso di personal computer; ed in via residuale attività di vendita al dettaglio e di assistenza alla clientela; che ai collaboratori autonomi venivano affidate attività accessorie; che in particolare le due lavoratrici Z. e C. non facevano le "commesse" come era pure scritto nel contratto di collaborazione, bensì, si limitavano "a collaborare nella vendita al pubblico in appoggio al socio C.", in piena autonomia, essendo libere di organizzare le presenze in negozio e senza ricevere direttive particolareggiate.

Concludeva, quindi, perché il verbale opposto venisse annullato, nei termini che risultano dalle conclusioni trascritte in epigrafe ma altresì perché fosse accertata la validità e legittimità dei contratti *de quibus*.

I convenuti si sono costituiti nel giudizio sostenendo la totale infondatezza delle domande di cui chiedevano il rigetto integrale.

Il Tribunale, svolta approfondita istruttoria, ha rigettato il ricorso. Ha interposto appello la PC Service, sulla base di un unico motivo, diretto a contrastare, specie sul piano interpretativo della prova, le conclusioni a cui è pervenuto il primo giudicante. L'attenzione viene centrata sulla propria attività di grossista che solo marginalmente si occupava di dettaglio, facendone così di scendere una sorta di inverosimiglianza dell'utilità alla sua impresa dell'assunzione di dipendenti dediti alla vendita al minuto. E poi, sulla base di certa giurisprudenza – anche di questa Corte – vien posto in rilievo come non sia stata sostanzialmente raggiunta la prova della subordinazione e degli elementi che la caratterizzano.

Resistono entrambi gli Istituti previdenziali, sostanzialmente riportandosi agli argomenti svolti dal Tribunale nella motivazione ed essenzialmente sul fatto che il Giudice resta libero di formare il suo convincimento sul complessivo materia istruttorio.

Si è costituita in udienza la Direzione Prov.le del Lavoro di Ravenna, concludendo, in primis per l'inammissibilità già del ricorso di primo grado, essendo parte appellante ricorsa avverso un mero verbale di accertamento che, per giurisprudenza, non è atto autonomamente ricorribile.

All'udienza del 2 maggio 2006, udita la relazione del Consigliere dr. Schiavone, dopo ampia discussione sulle conclusioni delle parti, come in epigrafe trascritte, la causa era decisa con lettura del dispositivo.

DIRITTO – Innanzitutto bisogna precisare quale sia la ripartizione dell'onere della prova. Secondo la giurisprudenza più recente, si versa in ipotesi di azione di accertamento negativo quando, come nella specie, si reagisce di fronte ad un verbale con cui gli istituti previdenziali affermano l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in luogo di quello autonomo apparente.

Insegna in termini infatti la Suprema Corte che: "*nella specie, si tende ad ottenere un accertamento sulla inesistenza dei rapporti di lavoro subordinato per i quali l'Istituto richiede i contributi. (...)"* (C.23229/04 (1)).

Invero, parte appellante sostiene che nel caso che occupa, gli Istituti previdenziali sarebbero attori in senso sostanziale, ma dimentica che la sua non è azione di opposizione ad atto autoesecutivo, bensì di mero accertamento d'infondatezza di una pretesa ("*di nullità della pretesa"* egli dice).

Spiega, infatti, a tal proposito la Cassazione che le conseguenze connesse alla qualifica di attore sostanziale, *"sarebbero valide in una causa di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dall'istituto previdenziale avente ad oggetto il pagamento dei contributi previdenziali, giacché in quella sede sarebbe l'Istituto opposto l'attore sostanziale, con aggravio del conseguente onere probatorio - non valgono (invece) nella presente causa di accertamento negativo, in cui si ripete, anche in assenza di fatti costitutivi fomiti dal convenuto, spettava alla odierna ricorrente fornire la prova, con la positiva dimostrazione di antitetici fatti positivi, ovvero attraverso la dimostrazione di fatti presuntivi, della inesistenza del rapporto di lavoro subordinato"* (C. 23229/04).

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 1089.

Ciò detto, dal vaglio del materiale probatorio raccolto in corso di causa e dalla verifica delle allegazioni e dei capitoli di prova a sostegno è emerso che degli 11 capitoli di prova, il 4 e 5 sono ininfluenti. Il primo, infatti, attiene alla vocazione di grossista della società, il secondo alla convalida di questa affermazione ad opera di un verbale della Guardia di Finanza. A tale proposito va detto che l'appellante dedica molte pagine ad illustrare questo aspetto, invero, marginale, poiché, da un lato nessuno ha spiegato perché per lo svolgimento di una simile attività non sarebbe necessaria l'opera di una commessa, dall'altro, sebbene la vendita al minuto rappresenti solo in 5-10% dell'attività, non si capisce perché del pari dovrebbe essere esclusa a priori l'utilità di una commessa, in fine, va rilevato che nonostante queste sottolineature è emerso dall'istruttoria che le due dipendenti per cui sono state elevate le contestazioni dall'Inps, successivamente sono state assunte come dipendenti, smentendo, di fatto, l'aprioristica deduzione dell'inutilità.

I capitoli 6, 7 ed 8 riguardano la divisone del lavoro ed il contenuto della prestazione fornita da altre persone, mentre il capitolo 10 attiene alla scelta di avvalersi di collaboratori esterni per la gestione amministrativa, che qui non interessa.

Solo i capitoli 9 e da11a14 hanno un qualche rilievo in causa.

Innanzitutto emergono i capitoli 9, 12 e 14 che nel loro complesso attengono agli orari di lavoro.

Si legge in tale articolato:

9) = Vi sono poi le sigg.ne Z. e C. che collaborano in forma autonoma nella vendita al pubblico "in appoggio" al socio C.; in pratica, organizzano le loro presenze in negozio per i tempi strettamente necessari ed assai variabili in cui il socio C. si dedica alle assistenze alla clientela ed ai controlli e test sui prodotti in riparazione;

12) = le collaboratrici Z. e C. ed il socio C. in relazione alla rispettive disponibilità si organizzano autonomamente affinchè quest'ultimo possa all'occorrenza attendere alle sue ulteriori funzioni di assistenza alla clientela e controllo prodotti in riparazione.

14) = L'orario indicato a verbale 09,00-12,30 e 15,30-19,30 indica quello di apertura del negozio, ma non vi è assolutamente coincidenza con la durata della prestazione delle collaboratrici, e non può rappresentare nulla se non il limite esterno entro il quale vengono rese le prestazioni dedotte in contratto.

Ora, questo impianto probatorio avrebbe dovuto fornire la dimostrazione dell'inesistenza di vincolo d'orario, inteso come obbligo del prestatore d'opera di prestare le sue energie in un arco di tempo etero stabilito.

In realtà non si capisce come lo sfogo positivo di questo capitolato avrebbe dovuto fornire la prova positiva – quella negativa essendo inammissibile – di un'autonomia di tempi di lavoro. Insomma, è il deducente che afferma un principio di etero direzione e cioè che l'orario di lavoro della Z. e della C. doveva essere tale da intersecarsi con quello del socio C., fornendo un obbligo di presenza proprio per dare a questi appoggio sia affiancandolo all'interno che sostituendolo allorquando egli si recava all'esterno. Infatti, le due non avevano rapporti se non prevalentemente telefonici e diretti proprio a fissare i loro turni. Ha riferito al Giudice la C.: *"ci sentivamo per telefono per organizzarci per non essere in due in negozio nello stesso momento. Anche Z stava davanti e si occupava di aiutare C. R.. Io andavo al*

lavoro alla mattina o al pomeriggio e al sabato o andavo io o andava lei, io avevo anche altri impegni".

In sostanza, la teste ha confermato il capitolato articolato dall'attrice, solo che in esso nulla si dice in ordine alla libertà di fornitura della prestazione ed anzi fornisce forti elementi indiziari in senso opposto. È vero che la Z. descrive il suo orario come svincolato dagli obblighi ma è evidente che lei sottolinei maggiormente questo aspetto anche a dispetto del capitolato. II che non le evita, però, di cadere in contraddizioni, in quanto, sebbene affermi decisamente che: *"nel negozio ci andavo quando avevo disponibilità",* immediatamente dopo aggiunge come ciò avveniva: *"mi alternavo con I. C.,* finendo pertanto, da un lato col confermare, la deposizione di quest'ultima, nonché – come detto – lo steso capitolato e dall'altro con lo smentire quella vantata libertà di orari, non essendo logico questo tanto quando ci si deve programmare in alternativa con una collega, soddisfacendo, quindi, una chiara esigenza aziendale che imponeva una presenza purché fosse.

Ma men che verosimile è un altro aspetto e cioè il fatto che il C. si affidasse alle imprevedibili scelte di orario della Z. per effettuare l'assistenza tecnica esterna ed il *"controllo prodotti in riparazione"* (Cap. 12). visto che, come dice sempre la Z.: *"io non ero tenuta a sostituire il C., era lui che quando io ero in negozio poteva uscire per fare delle assistenze".* La necessità dell'inserimento strutturale è di tutta evidenza.

Come si vede, nonostante i diversi accenti, entrambe le deposizioni sono sostanzialmente aderenti al capitolato che di per sé risulta inidoneo a dimostrare l'autonoma organizzazione del lavoro.

In vero il capitolo 11 contiene delle affermazioni astrattamente idonee a fare pendere la bilancia nel senso dell'autonomia. Vi si legge, infatti: *"Nessuno ha mai impartito ordini o direttive particolareggiate alle collaboratrici su come eseguire le prestazioni contrattuali e nessun controllo in tal senso è mai stato predisposto, così come nessun controllo era previsto quanto ad orario o presenza e nessuna iniziativa di esercizio di potere disciplinare è mai stata intrapresa".*

Gli è però che tale capitolo non ha formato oggetto di prova alcuna. Resta da verificare la portata del capitolo 13, così articolato: *"Le collaboratrici Z. e C. svolgono fa loro attività con le tipiche modalità di accoglienza della clientela sulla base della loro personale inclinazione ed attitudine, presentano i prodotti e dando le informazioni richieste semplicemente leggendo i dati in video, giacché la Ditta ha a disposizione un sistema di laser lettori di codici a barre che rilevano ogni prodotto, lo identificano, lo rendono riconoscibile e ne indicano il prezzo".*

Il contenuto di questo capitolo è stato invece confermato nel corso dell'istruttoria ma esso appare all'evidenza superfluo, poiché nulla dice circa la natura autonoma o subordinata della prestazione, specie se si pensa che: *"Ogni attività umana, economicamente rilevante, può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo; l'elemento essenziale del primo tipo di rapporto è costituito dalla subordinazione intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo, disciplinare e di controllo dell'imprenditore.*

L'individuazione dei contorni dei due suddetti istituti non presenta particolari difficoltà per le mansioni connotate da estrema semplicità, mentre si presenta più ardua per le mansioni più complesse ad alta specializzazione tecnica oppure perle

mansioni di natura direttiva, connotate da ampia discrezionalità" (C. 14248/99; Conf.: 1219/94, 18660/05). E nella fattispecie, per stessa ammissione di parte appellante le collaboratrici: *"presentano i prodotti e danno le informazioni richieste semplicemente .leggendo i dati in video".* Ora se questi elementi si affiancano al fatto non contestato che le medesime non avevano una particolare specializzazione che finisse con l'implementare le necessità della società, bensì si limitavano a presidiare il negozio per il contatto con la clientela, non pare che dalla semplice prospettazione di una simile prestazione se ne possa trarre la prova della natura autonoma della stessa.

Viene inoltre richiamato il contenuto letterale dei contratti ma a tale proposito va seguito l'insegnamento della Suprema Corte, secondo il quale: *"Ai fini della configurabilità del lavoro subordinato e della distinzione da quello autonomo, sono decisivi l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con la conseguente limitazione della sua autonomia e il suo inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre la qualificazione del rapporto compiuta dalle parti – nella iniziale stipulazione del contratto non è determinante, stante la idoneità, nei rapporti di durata, del comportamento delle parti ad esprimere sia una diversa effettiva volontà contrattuale, sia una nuova diversa volontà"* (Cass. 20669/04; conf., ex plurimis: 14294/04, 13872/04).

Con migliore incisività, afferma, inoltre, la Suprema Corte che: *"Ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato non deve prescindersi dalla volontà delle parti contraenti e, sotto questo profilo, va tenuto presente il 'nomen juris' utilizzato, il quale però non ha un rilievo assorbente, poiché deve tenersi altresì conto, sul piano della interpretazione della volontà delle stesse parti, del comportamento complessivo delle medesime, anche posteriore alla conclusione del contratto, ai sensi dell'art. 1362, secondo comma, cod. civ., e, in caso di contrasto fra dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche e modalità della prestazione, è necessario dare prevalente rilievo ai secondi"* (Cass. 13884/04).

Da tanto se ne ricava che nell'ipotesi in cui l'indagine fattuale fornisca elementi concreti che consentono di ritenere posto in essere un rapporto di lavoro subordinato, piuttosto che non uno autonomo, anche se *sub specie* della parasubordinazione, allora nessuna incidenza svolgerebbe la forma data al contratto, a prescindere se esso fosse nato *ab origine* con scopo simulatorio o meno, poiché, come detto, quel che viene in rilievo sono le modalità con cui ha avuto concreta attuazione.

Nella specie, poi, l'elemento documentale offre piuttosto indizio in senso contrario all'autonomia. In effetti, nessun senso avrebbe avuto l'inserimento di una clausola che preveda espressamente l'esclusione in ogni caso del diritto al TFR, se la parte datoriale – potenziale obbligata – non avesse avuto dubbio in merito alla reale natura autonoma del rapporto.

Concludendo, l'appello va rigettato non avendo parte appellante fornito la prova a sostegno dei propri assunti.

È inoltre appena il caso di precisare che, non avendo il Tribunale accolto l'eccezione sollevata dal Ministero del Lavoro circa l'inammissibilità del ricorso nelle forme del rito del lavoro, trattandosi di materia riservata in unico grado al giudice civile ordinario, la causa legittimamente è proseguita con le forme di questo rito

(Cass.13751/03; conf., ex plurimis: Cass. 4564/04, 15819/04, 18137/02) ed il rigetto dell'appello involge anche questo aspetto. D'altra parte, la natura di azione di accertamento negativo sopra giustificata, esclude che si possa parlare di inammissibilità del ricorso per inidoneità dell'atto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(Omissis)

Processo Civile - Invalidità civile - Condizione di non ricovero - Non è elemento costitutivo del diritto.

Corte d'Appello di Genova - 29.9/12.10.2006, n. 939 - Pres. Russo - Rel. Ravera – C. e M. (Avv. Storace) - Ministero dell'Economia e delle Finanze - INPS (Avv. Capurso).

La fattispecie costitutiva del diritto all'indennità di accompagnamento è integrata esclusivamente dal requisito sanitario, mentre il ricovero si pone non come elemento costitutivo del diritto, ma come elemento ostativo alla erogazione dell'indennità, che riguarda la fase esecutiva del provvedimento.

FATTO - Con ricorso ritualmente depositato e notificato, il sig. M.S., premesso:

• Di essere affetto da gravi patologie, certificate nella documentazione medica in atti, tali da renderlo invalido nella misura del 100% e per le quali non era in grado di deambulare autonomamente né di compiere gli atti quotidiani della vita;

• Di essere stato sottoposto a visita dalla competente Commissione Medica in data 24.11.2003 all'esito della quale veniva dichiarato invalido ultrasessantacinquenne al 100% con difficoltà gravi, senza però diritto all'indennità di accompagnamento;

• Di aver invano esperito il procedimento amministrativo;

Chiedeva al Tribunale in funzione di Giudice del Lavoro di dichiarare il suo diritto all'indennità di accompagnamento ex Legge 18/80 e successive modificazioni ed integrazioni, a far data dal primo giorno del mese successivo alla data di presentazione della domanda amministrativa, o dalla data meglio vista in corso di causa anche ai sensi dell'art. 149 Disp. Att. C.p.c. Chiedeva, altresì la condanna dell'INPS a liquidare ed erogare in suo favore la suddetta prestazione, con il pagamento di tutti i ratei maturati dalla domanda amministrativa o dalla diversa data che fosse risultata in corso di giudizio, oltre interessi legali dalle singole scadenze al saldo.

Si costituivano in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'INPS eccependo, in via pregiudiziale, il difetto di legittimazione passiva sotto profili diversi tra loro e, nel merito, chiedendo il rigetto della domanda.

Veniva ammessa ed espletata consulenza medico-legale che accertava l'incapacità del sig. M. S. a deambulare ed a compiere autonomamente gli atti quotidiani della vita fissando, tuttavia, la decorrenza della prestazione al 1° marzo 2004.

Il Giudice del Lavoro, sulla base delle operazioni peritali, accoglieva il ricorso proposto da M. S. condannando l'INPS a corrispondergli l'indennità di accompagnamento a decorrere dal 1° marzo 2004, con gli interessi di legge. Compensava integralmente tra le parti le spese del giudizio.

In data 15.10.2004 il sig. M. decedeva lasciando eredi legittime la moglie e la figlia, odierne appellanti.

Avverso la sentenza hanno proposto appello gli eredi ritenendo errata la decorrenza indicata dal ctu, decorrenza che doveva essere retrodatata dal primo giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda amministrativa; ritenevano inoltre ingiusta la sentenza che aveva compensato le spese del grado in quanto le domande erano state pienamente accolte.

Si è costituito in giudizio il Ministero che ha chiesto respingersi l'appello perché infondato, mentre INPS ha svolto appello incidentale non risultando provato quale elemento costitutivo della domanda l'insussistenza di periodi di ricovero con retta a carico dello Stato.

Alla odierna udienza i difensori discutevano la causa che veniva decisa dal collegio con separato dispositivo.

DIRITTO – L'appello è fondato.

All'esito della Ctu medico legale disposta in questo grado il consulente ha affermato che dalla storia documentale del signor M. S. (esiti di infarto miocardio asintomatico, ematoma subdurale cronico in soggetto con deterioramento globale cognitivo ad andamento ingravescente; con quadro complessivo caratterizzato da un deterioramento mentale ad evoluzione progressiva comportante già ai ricoveri dell'agosto 2003 un decadimento cognitivo globale associato a turbe mnesiche, disorientamento temporo spaziale e comportamenti bizzarri) possibile affermare che già dalla domanda amministrativa il ricorrente era privo di autonomia e abbisognasse pertanto dell'indennità di accompagnamento.

Tali conclusioni, non contestate dalle parti, sono frutto di attenta valutazione della documentazione e non vi è motivo di disattenderle.

Infondato è invece l'appello incidentale svolto dall'Istituto.

Al riguardo per quanto riguarda il mancato accertamento dell'inesistenza del ricovero dell'inabile in istituto a totale carico della pubblica amministrazione, va rilevato che la fattispecie costitutiva del diritto al beneficio in esame è integrata esclusivamente dal requisito sanitario descritto dall'art. 1 della legge n. 18 del 1980 (inabile non deambulante o non autosufficiente). Infatti, la norma sancisce che l'indennità per tali soggetti è dovuta "al solo titolo della minorazione". Peraltro, il terzo comma dello stesso art. 1 recita che "sono esclusi dalle indennità … gli invalidi civili gravi ricoverati gratuitamente in istituto".

Il ricovero si pone quindi non come elemento costitutivo del diritto, ma come elemento ostativo alla erogazione dell'indennità, per il tempo in cui l'inabile sia ricoverato a carico dell'erario e non abbisogni dell'accompagnatore.

La condizione del non ricovero non è tra i fatti costitutivi del diritto all'inden-

nità, ma si pone come elemento esterno alla fattispecie, al quale è subordinata la corresponsione della prestazione assistenziale (V. Cass. 7917/95, Corte appello Ancona 20.2.2003).

Mancando agli atti documentazione relativa ai mancati ricoveri il riconoscimento del diritto è condizionato a tale accertamento che riguarderà però la fase esecutiva del presente provvedimento.

La sentenza deve quindi essere riformata e l'INPS condannato a corrispondere alle eredi di M. S. l'indennità di accompagnamento dal primo giorno del mese successivo alla domanda amministrativa e sino alla data del decesso della loro congiunto.

Le spese del doppio grado nella misura indicata in dispositivo devono essere poste a carico solidale dell'INPS e del Ministero.

Le spese di CTU vengono poste definitivamente a carico del Ministero.

(Omissis)

Pensioni - Versamenti contributivi nella gestione separata - Diritto al supplemento nell'AGO - Non spettanza.

Corte d'Appello di Genova - 28.04/07.07.2006, n. 573 - Pres. Rel. Diomeda - INPS (Avv. Lolli) – Z. (Avv. Raffaelli).

I rapporti tra AGO e Gestione Separata sono disciplinati nel senso che, mentre è possibile utilizzare la contribuzione maturata nell'AGO ai fini del conseguimento del diritto e della misura della pensione autonoma a carico della gestione separata non è possibile il contrario, sicché nell'ipotesi in cui la contribuzione nella gestione separata sia insufficiente alla liquidazione di trattamento previdenziale l'assicurato non ha diritto al supplemento di pensione nell'AGO.

FATTO – Con ricorso depositato il 24/10/2005 l'INPS proponeva appello avverso la sentenza n.1999 del 30/9/2004 con la quale il Tribunale di Genova, accogliendo il ricorso presentato da Z. F., aveva condannato esso Istituto a riliquidare la pensione VO in godimento al ricorrente in relazione alla contribuzione versata, dopo la liquidazione della pensione, nella gestione separata ex art. 2 Legge 335/1995.

L'Istituto appellante ricordava, in punto di diritto, che ai sensi della legge 335/1995 e del D.M. 282 del 2/5/1996, l'assicurato, se alla cessazione dell'attività lavorativa (fonte della contribuzione nella gestione separata) non matura il diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti di cui all'art. 3 del D.M. 282/1996, ha facoltà di richiedere la restituzione dei contributi o la liquidazione di una pen-

sione supplementare, ma non certo la riliquidazione della pensione AGO in godimento.

Formulava, pertanto, le conclusioni di cui all'epigrafe.

Costituitesi, lo Z. chiedeva il rigetto dell'appello, osservando che, avendo versato nella Gestione Separata contributi per gli anni 1996, 1997 e 1998, successivamente ai conseguimento del diritto alla pensione di anzianità VO, ai sensi dell'art.1, comma 3 del D.M. 282/1996 aveva diritto ad un supplemento di pensione. All'udienza odierna i difensori delle parti illustravano le rispettive difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO – L'appello è fondato e merita accoglimento.

In primo grado il ricorrente ha chiesto, ed il primo giudice ha accolto tale domanda, la riliquidazione della pensione VO in godimento presso l'AGO.

Tale domanda è infondata, essendo corretta la ricostruzione del quadro normativo fornita dall'INPS.

Dopo il pensionamento lo Z., evidentemente svolgendo una delle attività autonome che a norma dell'art. 2, comma 26 legge 335/1995 obbliga all'iscrizione presso la Gestione Separata, ha effettuato in tale Gestione versamenti di contributi per gli anni 1996, 1997 e 1998.

I rapporti fra AGO e Gestione Separata sono disciplinati nel senso che, mentre è possibile utilizzare la contribuzione maturata nell'AGO ai fini del conseguimento del diritto e della misura della pensione autonoma a carico della Gestione Separata (art. 3 del D.M. 282/1996), non è possibile il contrario; in altri termini la contribuzione nella Gestione Separata non ha influenza sul diritto e sulla misura della pensione AGO.

Nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, fa contribuzione nella Gestione Separata sia insufficiente alla liquidazione di trattamento previdenziale (pensione di vecchiaia) previsto dall'art. 1 del D.M. 282/1996 (neppure attraverso il citato meccanismo di computo di cui all'art. 3), conseguono due possibilità; o il diritto alla liquidazione della pensione supplementare ai sensi dell'art. 1, comma 2 del citato D.M. per coloro che abbiano maturato la titolarità di un trattamento pensionistico a carico della gestione lavoratori dipendenti (prestazione mai richiesta in causa), o (in fase transitoria) il diritto alta restituzione dei contributi, maggiorati degli interessi, ai sensi dell'art 4, 2° comma stesso D.M.

La difesa dell'appellato, viceversa, invoca l'art. 1 comma 3 del citato D.M., sostenendo di aver diritto al supplemento di pensione, ma tale prestazione, come si evince dal chiaro tenore della norma, si riferisce all'ipotesi di chi, avendo maturato il diritto alla pensione autonoma nella Gestione Separata, dopo il pensionamento versi ulteriori contributi nella gestione medesima, maturando cosi, alle condizioni temporali ivi previste, il diritto ad un supplemento della pensione autonoma, non alla riliquidazione della pensione AGO dipendenti. Consegue la riforma della sentenza impugnata con il rigetto delle domande proposto in primo grado.

Stante la peculiarità del tema di causa, le spese di lite di entrambi i gradi sono integralmente compensate.

(Omissis)

Pensioni - Diritto alla rivalutazione contributiva dei periodi di esposizione all'amianto - Soggetto già pensionato alla data del 28 aprile 1992 - Spettanza - Esclusione - Rilievo della qualità di pensionato - Eccezione in senso stretto – Esclusione.

Corte di Appello di Genova, Sez. Lavoro, - 04.07.2006 n. 503 - Pres. ed Est Haput - S. (Avv. Faggioni) - INPS (Avv.ti Matranga, Capurso)

II beneficio della rivalutazione contributiva per esposizione ultradecennale all'amianto spetta solo a coloro che all'entrata in vigore della legge 257/1992 non fossero ancora titolari di pensione di vecchiaia, anzianità o inabilità, sicché la contestazione in ordine alla sussistenza della qualità di lavoratore ancora in attività, vertendo su un elemento costitutivo del diritto fatto valere, si configura quale mera difesa e sfugge pertanto alle preclusioni di cui agli articoli 416 e 437 del codice di procedura civile.

FATTO – II Tribunale di Massa, riscontrato che il ricorrente è stato esposto ai rischio di inalazione di polveri d'amianto per oltre un decennio, come e stato attestato da INAIL in corso di giudizio, ha tuttavia respinto la domanda di rivalutazione contributiva ai sensi dell'art. 13 della legge 257/92 perché, all'entrata in vigore di detta legge il Sisti era già titolare di pensione di vecchiaia.

Tale sentenza è stata fatta oggetto di gravame da parte del ricorrente, censurandola perché il primo giudice aveva ritenuto che sarebbe stato suo onere allegare specificamente la sua condizione di "lavoratore", considerata quale elemento costitutivo del diritto, solo in quel caso sussistendo l'onere dell'Istituto convenuto di contestare tempestivamente tale circostanza corso del giudizio e non con la comparsa di costituzione.

Infatti, non la legge ma la giurisprudenza ha affermato che il diritto alla rivalutazione spetta solo a coloro che al momento dell'entrata in vigore della legge 257/92 erano in pendenza di attività lavorativa, e con esclusione quindi di coloro che a quella data già erano usciti dal mondo del lavoro. Secondariamente la deducibilità della mancanza di un elemento costitutivo del diritto fatto valere, nel processo del lavoro trova limite nell'obbligo del convenuto di prendere tempestiva posizione in merito ai fatti di causa (art. 416 cpcp) con la conseguenza che, altrimenti, il fatto costitutivo deve considerarsi come pacifico e non più deducibile o rilevabile d'ufficio. Infine la sentenza impugnata è stata censurata con riguardo alla statuizione sulle spese di giudizio.

All'odierna udienza i difensori delle parti illustravano le rispettive difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO – Preliminare è la questione se l'eccezione relativa alla sussistenza o meno dei requisiti costitutivi del diritto all'ottenimento di una prestazione previdenziale, costituisca eccezione in senso proprio, deducibile solo dalla parte interessata e nel rispetto delle rigorose preclusione poste dal codice di rito, oppure se costituisca invece eccezione in senso ampio, come tale prospettabile dalla parte in ogni

stato e grado del giudizio, e rilevabile d'ufficio, salvo *che sulla questione si sia creato giudicano interno.*

In proposito occorre richiamare il consolidato principio affermato dalla Corte di cassazione che "L'esistenza del requisito contributivo delle prestazioni previdenziali giudizialmente pretese deve essere provata dall'assicurato e verificata anche di ufficio dal giudice, mentre la sua negazione da parte dell'istituto assicuratore convenuto, configurandosi non come "eccezione in senso proprio" ma come "mera difesa", sfugge alle preclusioni di cui agli artt. 416 e 437 cod.proc.civ. ed è perciò idonea anche se svolta oltre i limiti stabiliti da tali norme a sollecitare il potere-dovere del giudice di rilevare di ufficio l'eventuale carenza del suddetto requisito" (Cass. *12/1/2006, 5/6/2003 n. 9005, 8/4/2002 n. 5007, 2/1/2002 n. 2 (1)).*

Tanto premesso, appare destituita di fondamento l'obiezione per cui la condizione di "lavoratore", all'entrata in vigore della legge, quale requisito necessario per godere del beneficio della rivalutazione contributiva, non ne costituirebbe elemento costitutivo, per il solo fatto di non essere espressamente previsto dalla legge,' ma ritenuto implicito dall'elaborazione giurisprudenziale formatasi in merito. Non è infatti consentito distinguere tra un contenuto della norma "originario" ed uno "aggiunto" ad opera della giurisprudenza, poiché il contenuto di una norma di legge è tale in quanto oggetto di interpretazione.

Nel merito l'appello è infondato, infatti, costituisce consolidato orientamento della Corte di Cassazione l'affermazione che "La maggiorazione contributiva prevista dall'art. 13, commi 7 e 8, della legge *27* marzo 1992, n. 257, come modificato dall'art. 1, comma 1, del D.L. n. 169 del 1993, conv. nella legge n. 271 del 1993, a favore dei lavoratori che abbiano contratto malattie professionali a causa della esposizione all'amianto (comma 7) , ovvero che siano stati esposti a detta sostanza nociva per un periodo ultradecennale (comma 8) , non spetta - in virtù di un'interpretazione che la Corte costituzionale ha giudicato conforme agli artt. 3 e 38, Cost. (sent. N. 434 del 2002) – ai soggetti che, alla data di entrata in vigore della legge n. 257 del 1992 (28 aprile 1992), erano già titolari di una pensione *di* anzianità o di vecchiaia ovvero di inabilità, mentre va riconosciuta - ferma restando la ricorrenza di tutti gli altri requisiti stabiliti dalle citate disposizioni - ai lavoratori che, a quella medesima data, prestavano ancora attività di lavoro dipendente ovvero versavano in uno stato di temporanea disoccupazione,. ovvero erano titolari della pensione o dell'assegno di invalidità" *(Cass. 16/11/2004 n. 21667, 13/2/2004 n. 2849, 21/7/2005 N. 15311, 17/1/2005 N. 757, 4/1/2005 N. 622 (2), 26/2/2003 N. 2932, 9/12/2002 N. 17528).*

Appare per contro fondata l'eccezione dell'appellante in ordine alla condanna pronunciata dal primo giudice alle spese del giudizio sul presupposto che trovasse applicazione l'art. 152 delle disposizione di attuazione del c p c nel testo novellato dall'art. 42 c. 11 della legge 30/9/2003 n. 269, benchè la causa sia stata introdotta anteriormente al 2/10/2003. Questa Corte ritiene, infatti, che la nuova disciplina si applichi ai soli giudizi introdotti successivamente alla sua entrata in vigore; tale conclusione, confortata dall'orientamento espresso anche dalla Corte di Cassazione (v. da ultimo Cass. 12/12/2005 n. 27323), ha sicuro riscontro negli oneri di dichia-

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 648.

(2) Idem, 2005, p. 91.

razione e di successiva comunicazione che la norma impone all'interessato di compiere con l'atto introduttivo; pertanto a tale formalità non è possibile adempiere qualora il processo sia iniziato in precedenza.

Peraltro tale conclusione vale con riferimento ad ogni fase del giudizio; con riguardo al presente giudizio in grado d'appello l'interessato non ha dichiarato la sussistenza dei presupposti per beneficiare della esenzione dal pagamento di spese, competenze e onorari di giudizio.

Le spese seguono pertanto la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

(Omissis)

Processo Civile – Invalidità civile – Resistenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze sulla sussistenza dei requisiti sanitari – Condanna alle spese.

Corte d'Appello di Genova - 22.11.2006 n. 10 – Pres. Russo – Rel. Ravera – Ministero dell'Economia e delle Finanze – B. - INPS (Avv.ti Marina, Bonicioli).

Ove la controversia abbia avuto come unico oggetto l'erroneità dell'accertamento sanitario, e l'INPS si sia offerto di riconoscere la prestazione in presenza degli elementi necessari per la perfezione del diritto all'indennità di accompagnamento, le spese di lite devono essere poste a carico del Ministero, che ha contestato la sussistenza del requisito.

FATTO – Con ricorso depositato il 18.1.2006 il Ministero dell'Economia e delle Finanze proponeva appello avverso la sentenza n. 419 del 19.9.2005 con la quale il Tribunale della Spezia aveva condannato l'INPS a corrispondere alla ricorrente i ratei di indennità di accompagnamento dalla domanda amministrativa, condannando esso Ministero all'integrale rifusione in favore dei ricorrenti delle spese di lite, oltre quelle di CTU.

Secondo il Ministero era stato violato l'art. 97 c.p.c. in quanto esso Ministero era soccombente soltanto in relazione all'accertamento sanitario, cosicché al più poteva essere condannato in via solidale con l'INPS; in realtà, solo l'INPS doveva essere tenuto a rifondere le spese di causa, perché il suo interesse in causa era ben maggiore, essendo tenuto al pagamento del beneficio.

Si costituiva l'INPS deducendo la correttezza della decisione, perché il primo giudice aveva tenuto conto che la causa aveva avuto come unico oggetto l'erroneità dell'accertamento sanitario del Ministero.

Nessuno si costituiva per la parte privata e la Regione.

All'odierna udienza i difensori delle parti illustravano le rispettive difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO – L'appello è infondato.

Come noto, l'INPS è tenuto, una volta accertato il diritto dell'invalido a percepire la provvidenza economica, ad erogarla, mentre unico legittimato passivo per l'accertamento delle condizioni sanitarie è il Ministero dell'economia e finanze. Nel giudizio di primo grado, mentre il Ministero, costituendosi in giudizio, aveva contestato la sussistenza dei requisiti sanitari, l'INPS, invece, aveva esposto la propria posizione di "mero pagatore", posizione subordinata all'accertamento di tutte le condizioni di legittimazione alla prestazione, che era stata peraltro offerta in ragione di tale posizione. In sostanza, e per chiarezza, l'INPS non aveva mai contestato il diritto della ricorrente a percepire la provvidenza economica, ma si era detto pronto a corrisponderla una volta che fosse accertato il requisito sanitario (per il quale non aveva *ius loquendi*).

In sostanza l'Istituto, che sino all'introduzione del giudizio era stato estraneo alla vicenda amministrativa, si rimetteva dichiarando di offrire la prestazione ove risultassero tutti gli elementi necessari per la perfezione del diritto all'indennità di accompagnamento (cioè il solo requisito sanitario, in quanto la prova dei mancati ricoveri non attiene la fattispecie costitutiva del diritto, cfr. Cass. 7917/95 e C.A. Genova, 19.9.2006, C. e altri/Ministero).

La sentenza di primo grado, pertanto, è condivisibile perché la mancanza del requisito sanitario è stato contestato dal Ministero e tale elemento costitutivo della domanda è dipeso proprio dall'errato accertamento della commissione medico legale tramite cui il Ministero esercita la propria competenza nella materia in esame. L'INPS, d'altro canto, non ha contestato la domanda ma ha chiesto venissero provati gli elementi costitutivi, dichiarandosi pronta al pagamento. Le spese pertanto non possono essere addebitate all'INPS perché l'istituto non aveva nessuna possibilità di intervento sull'oggetto in discussione (requisito sanitario) in quanto si è trovato a subire la valutazione di altri soggetti, ed ha conseguentemente tenuto un comportamento processuale coerente con la propria posizione di ente pagatore.

L'appello è pertanto infondato.

L'istituto ha peraltro chiesto la compensazione delle spese di questo grado e non vi sono ragioni per non aderire a tale richiesta.

(Omissis)

Previdenza e assistenza sociale - Pensione di anzianità - Requisito contributivo – Prova – Insussistenza.

Corte d'Appello di Napoli, 15.06.2006 n. 2187 – Pres. Del Bene – Rel. De Gregorio – INPS (Avv. Di Stefano) – O.G. (Avv.ti Cardillo, Vitigliano)

Deve essere provata dall'assicurato, e verificata d'ufficio dal Giudice l'e-

sistenza del requisito contributivo delle prestazioni giudizialmente pretese, non essendo a tal fine sufficiente la prova resa a mezzo testi, relativa alla sussistenza, a monte, di un rapporto di lavoro subordinato.
La negazione del requisito contributivo da parte dell'Ente previdenziale non integra una eccezione in senso proprio, bensì una mera difesa, sottraendosi così alle preclusioni di cui agli artt. 416 e 437 c.p.c.
(Legge 416/1981 art.37; RD 1422/1924 art. 80; Legge n. 888/1989 art.52; legge 412/91 art. 13)

FATTO – Con ricorso del 23-4-2001 O.G., conveniva in giudizio l'INPS chiedendo al giudice del lavoro del Tribunale di Napoli di accertare e dichiarare il suo diritto alla pensione ex art. 37 legge n. 41-1981, condannando quindi l'INPS al pagamento delle relative mensilità non corrisposte a decorrere dal mese di giugno dell'anno 2000, con conseguente ripristino del trattamento pensionistico e con vittoria altresì delle spese di lite.

Al riguardo l'attore faceva presente che era stato titolare di pensione di anzianità sin dal primo febbraio 1992, cat. VO n. 14226374, pari a lire 2.617.750 mensili, riconosciutagli in seguito a domanda; che però l'INPS con lettera del 12-7-2000 gli aveva comunicato che il periodo contributivo relativo da 1-1-63 a 31-12-64, 1.1.66 a 30.6.66, da 1.2.68 a 31.8.69 doveva intendersi annullato in quanto di seguito ad accertamenti svolti non risultava suffragato da idonea documentazione attestante l'effettiva sussistenza del rapporto di lavoro subordinato e dal conseguente versamento dei contributi, di guisa che era stata pure annullata la suddetta pensione a decorrere da 1-2-92, per cui fino al 30.6.2000 risultavano riscosse lire 314.654.374, non trovando applicazione nella fattispecie gli artt. 80 R.D. n. 1422/24, 52 l. n. 888/1989 e 13 l. n. 412/91; che pertanto l'istituto aveva anche preteso la restituzione della suddetta somma nel termine di dieci giorni ; che per contro esso ricorrente dal primo gennaio 1963 al 31.8.1969 aveva lavorato alle dipendenze della ditta C. F. come parrucchiere e successivamente fino al primo ottobre 1973 come commesso della S.p.A. F.lli Gentile, esercente vendita di materiali ferrosi;

che, quindi, dovevano essere stati versati e di fatto venivano versati all'INPS i contributi previdenziali, laddove in seguito era stato poi assunto dalla C.U.L.P., Compagnia Unica Lavoratori Portuali dal 1973 fino al 1992, allorché, proprio confidando sull'avvenuto versamento dei contributi certificato a mezzo di relativi estratti, aveva presentato domanda di prepensionamento ex art. 37 L. n. 416/81, per cui tale domanda era stata anche accolta; che dunque il provvedimento di revoca risultava illegittimo oltre che dannoso, laddove pure l'estratto contributivo emesso dall'INPS, costituiva atto pubblico, quindi fidefaciente ex art. 2700 c.c.; che, d'altro canto, prima di emettere e comunicare la concessione del suddetto trattamento pensionistico l'INPS ebbe ad effettuare un accertamento circa la sussistenza dei relativi presupposti;

che per giunta l'art. 52 L. n. 88/1989 e l'art. 1 L. n. 412/91 prevedevano espressamente l'irripetibilità delle somme corrisposte a titolo pensionistico in base ad errore, di qualsiasi natura, dell'ente erogatore. Si costituiva in giudizio l'INPS come da relativa memoria in data 23-4-2002, contestando quanto ex adverso prete-

sto, osservando che il ricorrente chiese la pensione di anzianità presso la sede INPS di Soccavo in data 11-2-92, di guisa che la conseguente prestazione fu liquidata il 17-3-92 con 1911 contributi settimanali, rispetto al requisito richiesto di n. 1820 contributi. Successivamente, a seguito d'indagini svolte presso la sede provinciale di Napoli sulle posizioni assicurative di molti lavoratori titolari di pensioni erano emerse gravissime irregolarità riguardanti illeciti incrementi di molti conti contributivi attraverso truffaldino operazioni telematiche; in pratica attraverso i terminali si era proceduto ad immettere fraudolentemente dati riguardanti periodi contributivi non spettanti, per cui i fatti erano stati anche denunciati all'a.g. penale, la quale a sua volta aveva avviato indagini ancora incorso; tra le operazioni irregolarmente eseguite era stata rilevata pure quella relativa al ricorrente. Infatti, la posizione assicurativa memorizzata nell'archivio informatico denominato ARPA era risultata indebitamente arricchita di 278 contributi settimanali per i periodi in questione fino al 31-8-69, che però non risultavano documentati; non era stata reperita ne la posizione contributiva ne il mod. 07 (documentazione cartacea), mentre era stato reperito unicamente il mod. 08 riferito al periodo sett. 1969 dic. 1973, però non contestato; quindi, l'operazione accreditamento in via telematica eseguita il 9-7-1991 non era risultata supportata da idonea e regolare documentazione, di guisa che era stata pure annullata la pensione che avesse potuto giustificare l'accredito, per cui il trattamento pensionistico de quo era stato annullato. L'INPS conservava sempre il potere di indagine e di controllo delle posizioni assicurative illegittime, non sottoposto a prescrizione o decadenza, mentre era soggetto a prescrizione solo il diritto di chiedere in restituzione i ratei indebitamente percepiti, quando fossero trascorsi i termini di legge ovvero dal momento in cui detti termini potevano essere fatti valere, evidenziando altresì come l'incremento in questione fosse avvenuto proprio alla vigilia del ed in funzione dell'istanza di pensionamento.

Sentiti alcuni testi, indicati dal ricorrente, il Tribunale di Napoli con sentenza in data 4/18 maggio 2004 accoglieva la domanda condannando per l'effetto l'INPS al ripristino del suddetto trattamento pensionistico di anzianità già goduto prima dell'annullamento disposto con atto del 12 luglio 2000, nonché al pagamento dei ratei già maturati e non ancora riscossi, oltre interessi legali ed oltre al rimborso delle spese di lite, liquidate in euro 1.200,00.

Avverso detta sentenza preponeva appello l'INPS come da relativo ricorso in data 19-11-2004, evidenziando ancora che a mezzo di terminali in uso presso i suoi uffici erano stati immessi fraudolentemente dati riguardanti periodi contributivi non spettanti a favore di soggetti che, in mancanza di tali inserimenti, non avrebbero potuto beneficiare del trattamento pensionistico. Il fenomeno aveva visto coinvolti numerosi pensionati, quindi inquisiti dalla Procura della Repubblica in concorso con altri pure dipendenti del medesimo istituto. Pertanto, anche il sig. Ostetrico era stato incriminato come da allegata richiesta di rinvio a giudizio per aver illecitamente attribuito a sé in data 9-7-1991 n. 278 contributi assicurativi settimanali.

Peraltro, il ricorso cautelare ante causam ex art. 700 c.p.c. avanzato dall'O. era stato respinto per motivi di merito dal giudice del lavoro adito, laddove erronea risultava alla sentenza di accoglimento qui impugnata, avendo ritenuto che per dichiarare il diritto alla pensione di anzianità fosse sufficiente la prova testimoniale del rapporto di lavoro presso il parrucchiere C. F., senza minimamente curarsi di

dover piuttosto verificare ed accertare se parte attrice avesse prodotto idonea documentazione comprovante il versamento dei contributi. Per giunta, controparte non aveva neanche prodotto una denunzia all'INPS, risalente all'epoca del preteso rapporto di lavoro, idonea a rendere operativo il principio di automaticità delle prestazioni, che invece restava precluso nel caso di specie dalla intervenuta prescrizione dei contributi inesistenti in relazione ai periodi in questione (tra il primo gennaio 1963 ed il 31 agosto 1969).

Il tribunale con la sbrigativa sentenza de qua aveva omesso di pronunciarsi sulla specifica eccezione opposta dal convenuto, ignorando l'orientamento consolidatesi a sostegno dell'indispensabilità della prova della sussistenza del requisito contributivo, stante l'inutilità della diversa prova sulla sussistenza, o meno di un rapporto di lavoro all'epoca dei fatti oggetti di controversia.

Infatti, solo il requisito contributivo era elemento costitutivo del diritto alla prestazione pensionistica, non anche il rapporto di lavoro, da cui derivava soltanto l'obbligo contributivo, la cui verifica perciò risultava del tutto ultronea ed irrilevante ai fini della decisione.

Quindi, il tribunale, secondo l'appellante, avrebbe dovuto esclusivamente verificare se il ricorrente avesse adeguatamente provato la sussistenza dei contributi contestati ed annullati.

Per contro, ben sapendo di non possedere il requisito contributivo, l'O., il quale aveva riconosciuto di non avere altra documentazione oltre l'estratto contributivo contenente posizioni rivelatesi false, aveva tentato di ottenere il riconoscimento del diritto alla pensione di anzianità provando di aver svolto lavoro subordinato. Pertanto, nel riportarsi alle sue precedenti difese e conclusioni e soprattutto alla procedura di accredito dei contributi ed alla ricostruzione del loro indebito inserimento, concludendo in via preliminare per la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo impugnato e nel merito per l'integrale riforma della sentenza appellata con il rigetto delle istanze avanzate dall'attore, con la sua condanna, inoltre, al pagamento delle spese per il doppio grado del giudizio.

Si è costituito l'appellato, che ha resistito all'interposto gravame e chiedendo di disattendere ogni richiesta della controparte, come da memorie del 24-2-2005 e 14 marzo 2006.

Secondo l'appellato, invero, la soluzione adottata dal primo giudicante non solo era conforme all'indirizzo giurisprudenziale di legittimità, ma era corretta considerando anche l'ulteriore presupposto che i contributi poi annullati erano stati effettivamente versati, tant'è che l'istituto aveva riconosciuto effettivamente versati – tant'é che l'istituto aveva poi riconosciuto la prestazione pensionistica, e risultavano dall'estratto; sicché occorreva provare soltanto che i contributi si riferissero ad un rapporto simulato o meno, per cui correttamente erano stati escussi testimoni al riguardo.

In conclusione, l'O. rispetto al provvedimento di revoca della pensione, determinato dall'annullamento di parte della posizione contributiva, aveva l'onere di provare l'effettiva intercorrenza del rapporto lavorativo, onere che era stato assolto ed al riguardo l'appellante non aveva offerto elementi di prova o censire specifiche, tali da poter pervenire ad una riforma della sentenza impugnata, che andava pertanto confermata con vittoria di spese.

Disattesa la richiesta di sospensiva, come da relativa ordinanza del 25-2-2005, quindi, sulla scorta della prodotta documentazione e delle menzionate conclusioni, acquisito altresì il fascicolo di ufficio del giudizio di primo grado, cui risulta allegato anche quello relativo al subprocedimento cautelare, la causa è stata decisa come da dispositivo di sentenza all'esito di discussione tenutasi il 24 marzo 2006.

DIRITTO – L'interposto gravame appare fondato, sicché va accolto con conseguente rigetto delle pretese azionate dall'attore, attuale appellato.

Invero, erronee e del tutto carenti appaiono le argomentazioni, in forza di cui il tribunale ha ritenuto di poter accogliere la domanda del ricorrente, laddove secondo il primo giudicante, nonostante il contestato difetto del requisito contributivo, minimo, dall'istruttoria espletata sarebbe emerso comunque che il ricorrente aveva effettivamente negli anni in contestazione prestato attività lavorativa per conto di C. F. come parrucchiere. Di conseguenza, secondo lo stesso tribunale, in relazione alla posizione contributiva andavano aggiunti gli altri periodi, che determinavano la sussistenza dei presupposti di legge per la pensione di anzianità, già riconosciuta, la quale doveva essere perciò ripristinata.

Orbene, alla stregua delle comunque ampie contestazioni da parte convenuta, parte attrice aveva l'onere di fornire ampia ed esauriente prova del versamento dei contributi e non solo dell'asserito rapporto lavorativo.

In proposito, a parte quanto emergente dall'esibito decreto di rinvio a giudizio ex art. 429 c.p.p., emesso dal g.u.p. del Tribunale di Napoli in data 10-2-05 (99/904 reg. not. reato, da cui si evince che anche contro O. G. è stata esercitata l'azione penale in relazione ai medesimi fatti di cui è causa per il reato di cui agli artt. 81, 110, 61 nn. 7 e 9, 640 cpv. n. 1 c.p. – dibattimento fissato per il 24-6-2005), va rilevato che nella fase cautelare (v. il relativo fascicolo di ufficio già allegato a quello di primo grado), venne escussa Z. M. C. del servizio centrale ispettivo INPS come da verbale di udienza 9-10-2000, la quale aveva svolto l'indagine amministrativa relativa all'illecito inserimento di contributi assicurativi nel sistema informatico dell'istituto. Tale indagine aveva riguardato, in particolare, soggetti che avevano concluso il loro periodo lavorativo presso la CULP. Quanto al ricorrente, si era appurato che per il periodo 1-1-63/31-8-69 non risultava alcun supporto cartaceo, mentre il primo documento del ricorrente risaliva al 1974, come in tal sensi si evinceva dal modello 08 intestato in occasione della presentazione all'INPS di una tessera assicurativa recante i contributi dal giorno 8-9-69 In poi per il rapporto lavorativo intercorso con la ditta Gentile. Su tale modello vi erano indicazioni di numero progressivo relative alla presentazione della posizione contributiva. Prima di tale data non vi erano indicazioni. Dal 1988 in poi l'INPS aveva deciso di informatizzare la documentazione cartacea relativa alle posizioni contributive anteriori al 1974, mentre da luglio 1974 i dati contributivi già erano stati memorizzati. Per effettuare tali operazioni di memorizzazione i dati erano stati acquisiti dalla documentazione cartacea ed erano stati copiati in un archivio magnetico c.d. ARPA. Il teste riferiva altresì che per il ricorrente l'inserimento illegittimo era avvenuto il 9-7-1991. La certezza dell'inesistenza della documentazione, riguardante gli anni 1963/31.8.1969, derivava dal fatto che il modello 08 intestato al ricorrente faceva

riferimento alla ricevuta della prima consegna (7415/1974) di apertura della posizione assicurativa.

Pertanto» con ampia ed esauriente motivazione il giudicante rigettava la richiesta di provvedimento urgente (cfr. ordinanza 23-10-2000), laddove per giunta si evidenziava come nulla fosse emerso sul presunto datore di lavoro per il periodo in contestazione, aggiungendo altresì l'irrilevanza dell'estratto contributivo vantato dal ricorrente. Tale documento, infatti, rappresentava la registrazione dei dati inseriti nel programma di in formalizzazione della documentazione cartacea, risultanti inseriti almeno in parte abusivamente. Di conseguenza, l'estratto contributivo in parola su dati risultati falsi, o comunque non rispondente al vero, non poteva di certo sanare o costituire una posizione assicurativa inesistente, tale da consentire la fruizione di prestazione pensionistica perciò non spettante.

La corte condivide, quindi, pienamente tali corrette osservazioni, osservando inoltre che la prova testimoniale, espletata durante il giudizio di merito e tesa a dimostrare l'esistenza del rapporto di lavoro nel periodo in questione, appare irrilevante. Ed invero, ammessa pure tale attività, dalla stessa, in ogni caso, non deriva necessariamente la prova pure del pagamento dei relativi contributi previdenziali, di cui pertanto l'attore doveva fornire piena dimostrazione, una volta accertato l'indebito caricamento di dati nel sistema informatico, risultato però del tutto privo di riscontro, dovendosi, altresì escludere errori o disguidi di sorta in proposito. Infatti, in aggiunta alle precisazioni di cui si è detto, già fornite dalla ispettrice Zito, così come è risultata accertata la contribuzione previdenziale (sett. 69 / 1973), relativa al periodo in cui l'O. fu alle dipendenze della ditta Gentile, allo stesso modo sarebbe stata rinvenuta documentazione idonea a comprovare che analoga contribuzione era stata versata da parte della ditta di parrucchiere C.. È significativo, inoltre, che altri episodi di indebito inserimento dati hanno riguardato soprattutto ex dipendenti della CULP, come l'O., ciò che pure induce a ritenere non causale o fortuita la mancanza di riscontro cartaceo alle risultanze informatiche, fasulle, emergenti a favore dell'appellato.

Del resto, l'esistenza del requisito contributivo delle prestazioni previdenziali giudizialmente pretese deve essere provata dall'assicurato e verificata anche d'ufficio dal giudice, mentre la sua negazione da parte dell'istituto assicuratore convenuto, in quanto "mera difesa" e non "eccezione in senso proprio", sfugge alle preclusioni di cui agli artt. 416 e 437 cod. proc. civ. ed è perciò idonea, anche se svolta oltre i limiti stabiliti da tali norme , a sollecitare il potere - dovere del giudice di rilevare di ufficio l'eventuale carenza del suddetto requisito (Cass. sez. lav. n. 9005 del 05/06/2003 rv. 563951; id. n. 2 del 02/01/2002 (1) rv. 551350, conf. n. 443 del 12/01/2006 rv. 586652, id. n. 1655 del 25/02/1999 rv. 523644, id. n. 3116 del 23/03/1991 rv. 471409; in senso analogo Cass. sez. lav. n. 2920 del 25/03/1987 rv. 452039, id. n. 7170 del 03/12/1986 rv. 449243. Cfr. da ultimo Cass. sez. lav. sentenza n. 2032 del 30/01/2006 rv. 586711, secondo cui nel giudizio promosso dal pensionato per l'accertamento dell'illegittimità della ripetizione dell'indebito pretesa dall'ente previdenziale a seguito della avvenuta corresponsione di somme non

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 648.

dovute, spetta all'attore, in base al principio generale di cui all'art 2697 cod. civ., l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi del diritto la cui sussistenza esclude l'indebito:

«La sentenza impugnata ha ignorato il principio di diritto, già enunciato da questa Corte (Cass. 29 settembre 2004, n. 19587), secondo cui, nel giudizio promosso dal pensionato per l'accertamento dell'illegittimità della ripetizione dell'indebito pretesa dall'ente previdenziale a seguito della avvenuta corresponsione di somme non dovute, spetta all'attore, in base al principio generale di cui all'art. 2697 e. e., l'onere di allegare e provare i fatti costitutivi del diritto la cui sussistenza esclude l'indebito... Si tratta, del resto, dell'applicazione al settore delle obbligazioni previdenziali (e assistenziali) di regole comuni a qualsiasi ipotesi di pagamento dell'indebito: ove si agisca in giudizio per la ripetizione di un pagamento non dovuto, grava, ovviamente, su colui che si afferma creditore l'onere di provare i fatti costitutivi della sua pretesa, e cioè sia l'avvenuto pagamento, sia la mancanza di una causa che lo giustifichi, ovvero il venir meno di questa (vedi, tra le numerose, Cass. 13 novembre 2003, n. 17146); quando ad agire sia invece l'accipiens, la richiesta di accertamento negativo della sussistenza dell'indebito implica la deduzione in giudizio di una ragione di credito il cui fondamento ha l'onere di provare. Ne la suddetta regola generale è derogata dai principi e dalle normative che presiedono all'accertamento e all'adempimento delle prestazioni pecuniarie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie: queste prestazioni costituiscono l'oggetto di obbligazioni derivanti dalla legge, che Venie previdenziale accerta mediante procedimenti amministrativi meramente ricognitivi e con funzione di liquidazione del quantum in base ad elementi predeterminati, procedimenti che in nessun caso sono abilitati ad incidere sui contenuti del rapporto obbligatorio come determinati dalle norme (giurisprudenza assolutamente consolidata: si veda, per tutte, Cass. S.U. 2 5 settembre 1991, n. 10033 (2)).

Ne discende che tutti gli atti di gestione del rapporto obbligatorio, ancorché posti in essere in violazione di norme o di principi concernenti la correttezza delle relazioni tra amministrazioni pubbliche e cittadini, se possono originare pretese risarcitorie del danno, in nessun caso incidono sul diritto di credito, il quale spetta all'assicurato o assistito soltanto alle condizioni e nella misura stabilite dalle leggi emanate in attuazione dell'art. 38 Cast. (vedi Cass. 24 febbraio 2003, n. 2804 (3)). Queste considerazioni tolgono, in radice, qualsiasi consistenza all'argomentazione che l'I.N.P.S., in sede stragiudiziale, non avrebbe specificato, o non lo avrebbe fatto adeguatamente, nella comunicazione con cui partecipava all'interessato di aver riscontrato pagamenti indebiti, le ragioni per le quali riteneva non sussistente il diritto.

A maggior ragione, convenuto in giudizio, costituito o contumace che fosse, gli unici oneri configurabili erano quelli relativi alla contestazione dei fatti allegati dalla parte a fondamento della pretesa di accertamento negativo dell'indebito.

La considerazione della sentenza impugnata, secondo cui sarebbe eccessiva-

---

(2) Idem, 1991, p. 1080.

(3) Idem, 2003, p. 158.

mente gravoso addossare all'accipiens l'onere della prova, allorché dal provvedimento dell'ente non emergano prima facie gli elementi dell'indebito, non ha dignità giuridica, come prova il rilievo che, nella generale valenza dell'enunciazione, sarebbe suscettibile di essere estesa a tutte le domande giudiziali di prestazioni per le quali il diniego in sede amministrativa non sia stato adeguatamente motivato...»).

Per giunta, va osservato come nel caso di specie risulti altresì carente la prova del preteso rapporto di lavoro subordinato, quale parrucchiere negli anni 1963-69, essendo alquanto generiche e così pure poco attendibili le dichiarazioni in merito rese, a distanza di 40 anni circa, dalle persone esaminate come da verbali di udienza 16-5-2002 e 7.11.02, 11-12-03 e 29.1.04. Infatti, tra i testi escussi soltanto C. L. (ud. 11-12-03) riferiva di aver lavorato, ma solato per circa due- tre mesi con il ricorrente, dall'inizio del 1963 presso il sig. F. C. che svolgeva attività di parrucchiere, mentre le altre persone sentite sarebbero state soltanto delle clienti dello stesso parrucchiere.

Va aggiunto, ancora, che l'estratto conto assicurativo esibito a sostegno delle sue pretese dall'O., recante la data del 27.3.2000, non riporta alcuna firma del funzionario, che avrebbe potuto rilasciarlo (oltre ad essere pure di data di poco anteriore alla nota INPS 12.7.2000, poi contestata dal ricorrente), di guisa che mancherebbero pure estremi formali della portata confessoria, nei sensi al riguardo ipotizzati dall'attore- appellato.

Pertanto, non può dirsi comunque in alcun modo debitamente provato il requisito contributivo, che unicamente potrebbe giustificare il riconoscimento della pretesa nel caso di specie azionata. Ne deriva necessariamente la riforma dell'impugnata sentenza, con conseguente rigetto della domanda attorea.

Risultando, peraltro, quest'ultima in parte manifestamente infondata e temeraria, si ravvisano giusti motivi per compensare, in ragione di un mezzo, le spese di lite, che per la restante porzione, liquidata come da dispositivo, vanno poste a carico del soccombente.

(Omissis)

Contributi - Domanda di dilazione - Riconoscimento di debito – Ammissibilità.

Processo civile - Prova - Dichiarazioni rese agli ispettori dell'INPS - Contrasto con le dichiarazioni rese in sede testimoniale - Prevalenza delle prime - Fondamento.

Lavoro (Rapporto di) - Prestazione di fatto con violazione di legge - Cittadino extracomunitario sprovvisto del permesso di soggiorno - Obbligo del datore di lavoro di pagare i contributi - Sussistenza.

Corte di Appello di Torino, Sez. Lavoro – 24.07.2006 n. 1184 - Pres.Peyron - Est. Fierro - G. (Avv. Carapelle) - INPS (Avv. Pellerino) – Uniriscossioni.

La presentazione di istanza di dilazione di pagamento costituisce ricognizione del relativo debito contributivo.

Le dichiarazioni rese dai dipendenti agli ispettori dell'INPS sono da ritenere maggiormente attendibili rispetto a quelle rese in sede testimoniale poiché acquisite nella immediatezza dei fatti.

La nullità del contratto di lavoro concluso con cittadino extracomunitario sprovvisto del permesso di soggiorno non esclude, a termini dell'articolo 2126 del codice civile, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione e di versare i contributi previdenziali.

FATTO – Con sentenza 18.2.2004 il tribunale di Torino respingeva l'opposizione proposta da G. M. avverso la cartella esattoriale per l'importo di euro 19.873,15 a titolo di contributi omessi e relative sanzioni ed accessori per il periodo 5.1996/12.2000 e condannava l'opponente alla rifusione delle spese di lite.

Con ricorso depositato il 6.4.2005 G. M. ha proposto appello chiedendo l'accoglimento delle conclusioni in epigrafe trascritte.

Si è costituito l'appellato chiedendo il rigetto del ricorso. All'udienza del 21.6.2006 la causa è stata discussa e decisa con la lettura del dispositivo.

DIRITTO – Il tribunale ha affermato la sussistenza del debito contributivo oggetto della cartella esattoriale opposta sulla base delle seguenti considerazioni:

- il debito contributivo è stato riconosciuto dal G. il quale, in sede di audizione personale ex L. 689/81, ha contestato solo le ore lavorate dal dipendente A. S. e lo straordinario del dipendente D. M.;
- il G. ha inoltre presentato istanza di dilazione del pagamento ed effettuato versamenti per complessivi euro 12.337,12;
- nel contrasto tra le dichiarazioni rese dai dipendenti agli ispettori Inps e quelle rese in sede di escussione testimoniale vanno ritenute maggiormente attendibili le prime in quanto rese nell'immediatezza dei fatti;
- nonostante l'art. 22 d.l. 286/98 vieti sia la conclusioni di rapporti di lavoro con lavoratori extracomunitari privi di permesso di soggiorno sia la volontaria regolarizzazione contributiva in ogni caso poiché spetta al lavoratore la retribuzione spetta all'Inps la contribuzione ai sensi dell'art. 2126 c.c.

Con il primo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha attribuito rilevanza alla presentazione dell'istanza di dilazione di pagamento ed ai successivi versamenti parziali; deduce che, essendo il debito contributivo un'obbligazione pubblicistica legata alla sussistenza di precisi presupposti di legge, le parti non potrebbero concordarne la sussistenza o meno. Deduce inoltre l'irrilevanza del riconoscimento del debito contributivo contenuto nella domanda di dilazione del pagamento poiché si tratta di modulo prestampato predisposto dall'Inps.

La censura è infondata.

La dedotta indisponibilità del debito contributivo in considerazione della sua natura pubblicistica rileva nei casi in cui il comportamento delle parti si ripercuota sul patrimonio dell'ente previdenziale dovendo in ogni caso essere impedito che comportamenti fraudolenti (quali ad esempio la costituzione di rapporti di lavoro subordinato fittizi al solo fine di godere delle prestazioni pensionistiche) possano interferire negativamente con l'attività dell'ente pubblico. Il principio di indisponibilità dei diritti previdenziali è sancito dall'art. 2115 3° comma c.c. che prevede la nullità di ogni patto diretto ad eludere gli obblighi relativi alla previdenza a conferma della concorrente valenza pubblicistica dei diritti stessi; inoltre eventuali rinunce o transazioni compiute dai lavoratori in relazione ad aspetti che attengano alla tutela previdenziale sono nulle ex art. 1966, 2° comma c.c. L'indisponibilità del diritto è quindi prevista dal legislatore nel senso opposto a quello suggerito dall'appellante: in considerazione della valenza pubblicistica del diritto il lavoratore non può liberamente disporne poiché ciò significherebbe privare l'ente previdenziale del proprio credito ma non certo nel senso che il datore di lavoro non può riconoscersi debitore, comportamento questo che agevola il compito dell'ente previdenziale. Nei casi come quello in oggetto nel quale l'Inps assume l'esistenza di un debito contributivo ed è gravato dall'onere probatorio di dimostrarne la sussistenza privare di significato il comportamento del debitore significherebbe porre l'ente pubblico in una posizione deteriore rispetto a qualunque altro creditore e ciò in totale contrasto con la valenza pubblicistica dell'obbligazione contributiva.

Quanto poi alla domanda di dilazione di pagamento ritiene la corte che la stessa costituisca a tutti gli effetti un riconoscimento di debito. Nella domanda di dilazione del 16.5.2001 il G. ha espressamente dichiarato di riconoscere in modo esplicito ed incondizionato il debito contributivo denunciato; in ogni caso, indipendentemente dalle formule contenute nel modello predisposto dall'Inps, è innegabile che la richiesta di pagamento a rate contiene in sé inevitabilmente il riconoscimento di dover pagare. La domanda di dilazione di pagamento nel suo contenuto confessorio è perfettamente sovrapponibile alla domanda di condono. Dopo alcuni iniziali contrasti la cassazione ha ritenuto che la domanda di condono previdenziale senza riserva di ripetizione costituisca riconoscimento del debito contributivo senza che sia possibile una successiva azione per ripetere quanto pagato (così cass. 22164/04; 13942/04 (1)). La domanda di dilazione di pagamento senza riserve di sorte rappresenta quindi riconoscimento di debito.

Con il secondo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha attribuito maggior attendibilità alle dichiarazioni rese dai dipendenti agli ispettori Inps rispetto a quelle rese in sede testimoniali ed ha ritenuto comunque provato il debito contributivo.

La censura è infondata.

Innanzitutto ai sensi dell'art 1988 c.c. il riconoscimento di debito operato dal G. nella domanda di dilazione di pagamento esonera l'Inps dall'onere di provare il rapporto fondamentale.

---

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 643.

In secondo luogo, come già rilevato dal primo giudice, il G. in sede di audizione personale si è limitato a contestare lo straordinario del lavoratore A. e quello del lavoratore D. M. e non ha svolto contestazioni di sorta in relazione alle altre posizioni.

Quanto all'orario di lavoro osservato dal P., premesso che le vicende della causa tra lo stesso ed il datore di lavoro sono evidentemente inopponibili all'Inps, rileva la corte che il primo giudice ha ampiamente spiegato la ragione per cui ha ritenuto provata la sussistenza del rapporto full time fin dall'inizio della prestazione. Il P. ha dichiarato agli ispettori di aver iniziato a lavorare il 30.8.99 e di aver sempre lavorato 9 ore giornaliere dal lunedì al venerdì oltre a 4 ore il sabato. In sede ispettiva la decorrenza del rapporto full time fin dall'agosto è stata riferita anche dal S.. Il tribunale ha quindi ritenuto l'attendibilità delle dichiarazioni rese agli ispettori tenuto conto della loro conformità con quanto dichiarato dallo stesso G. e la corte ritiene di dover interamente condividere la valutazione degli esiti istruttori operata dal primo giudice. Infatti non solo le dichiarazioni rese agli ispettori sono maggiormente attendibili in quanto rese nell'immediatezza dei fatti ma le stesse sono aderenti alle stesse ammissioni del datore di lavoro il quale non ha mai svolto alcuna contestazione in relazione alla posizione P.

Considerazioni analoghe valgono per i lavoratori D.M. e S.. Il D.M. ha dichiarato agli ispettori di svolgere circa 30 ore mensili di straordinario e di venire pagato nell'importo orario netto di lire 13.000 corrisposte in contanti. Escusso quale teste ha effettuato alcune precisazioni sull'orario di lavoro straordinario cercando di ridurne l'entità ma ha comunque confermato in pieno di aver prestato lavoro straordinario. Anche la teste G. ha confermato, sebbene de relato, che il D. M. "faceva qualche ora di lavoro in più per aiutare M.". Il S. ha dichiarato di aver iniziato a lavorare nel gennaio 1999 e di aver lavorato cinque giorni dalle 8 alle 12 e dalle 13 alle 18 nonché il sabato dalle 8 alle 12. Con il terzo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto la sussistenza dell'obbligo contributivo in riferimento alla posizione del dipendente S. nonostante il divieto di regolarizzazione dei rapporti di lavoro con soggetti extracomunitari privi del permesso di soggiorno sancito dall'art. 22 d.l. 286/98. Lamenta altresì la violazione del principio di legalità in quanto, essendo egli già stato condannato alla pena dell'ammenda per il reato di cui all'art. 22 comma 10 d.l. 286/98, il versamento dei contributi sarebbe una sanzione aggiuntiva non prevista da alcuna disposizione di legge e priva di corrispettività.

La censura è infondata.

Rileva innanzitutto la corte che la preoccupazione della difesa dell'appellante di una possibile duplicazione di sanzioni a fronte dello stesso comportamento illecito (assunzione di lavoratore extracomunitario privo di permesso di soggiorno) è quantomeno bilanciata dalla preoccupazione di segno opposto di non premiare il comportamento illecito. Nella prospettiva interpretativa suggerita dall'appellante infatti l'assunzione di lavoratore privo di permesso di soggiorno sarebbe indubbiamente estremamente vantaggiosa in quanto sarebbe l'unico caso del nostro ordinamento in cui il datore di lavoro sarebbe esonerato dall'obbligo contributivo e ciò a fronte di un comportamento non solo inadempiente nei confronti dell'ente previdenziale ma addirittura penalmente rilevante.

Ciò premesso va smentita l'affermazione a mente della quale l'obbligo contributivo costituirebbe una sanzione non prevista da alcuna norma di legge. L'art. 2126 c.c. impone infatti al datore di lavoro di corrispondere la retribuzione anche se il lavoro è stato prestato in violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro. Se è vero che la norma si riferisce solo all'obbligo retributivo è altrettanto vero che l'art. 12 della legge 153/69 impone al datore di lavoro di versare i contributi su tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro. L'obbligazione contributiva sorge all'atto del verificarsi delle condizioni previste dalla legge che sono quelle stesse che determinano l'automatica costituzione del rapporto assicurativo: l'assunzione di un rapporto di lavoro subordinato, lo svolgimento di attività lavorativa autonoma ovvero l'iscrizione ad un albo professionale. In relazione al rapporto di lavoro subordinato quindi l'obbligazione contributiva sorge contestualmente all'obbligazione retributiva ed è legata ad essa da un legame indissolubile. Conseguentemente l'obbligo di versare la contribuzione è correlato e discende dall'obbligo retributivo sancito dall'art. 2126 c.c.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante la giurisprudenza richiamata dall'Inps è pertinente: la cassazione ha innanzitutto affermato che l'avvenuta prestazione di lavoro, pur in presenza di una causa di invalidità del contratto di lavoro, comporta in favore del lavoratore tanto il diritto alla retribuzione quanto quello al versamento dei contributi assicurativi (cass. 8830/87) ed ha quindi precisato che l'inosservanza degli adempimenti prescritti per l'assunzione al lavoro di uno straniero non comporta nullità del rapporto per illiceità dell'oggetto o della causa e quindi la prestazione dell'attività lavorativa produce comunque gli effetti previsti dall'art. 2126 c.c. La cassazione ha poi precisato, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, che il predetto principio opera indipendentemente dalla legge n. 943 del 1986.

L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

(Omissis)

Contributi - Socio di srl - Iscrizione alla gestione commercianti - Condizioni - Esiguità della quota societaria - Domanda di esonero dall'iscrizione - Infondatezza.

Corte d'Appello di Venezia - 13.06/05.09.2006 n. 363 - Pres. Pivotti - Rel. Balletti – S. (Avv.ti Vitolo, Zanardi) - INPS (Avv. Cavallari).

I requisiti, cui l'art. 1 comma 203 della Legge n. 662/1996 subordina l'iscrizione del socio di s.r.l. alla gestione previdenziale dei commercianti, sono la partecipazione abituale e prevalente al lavoro aziendale e la

titolarità e gestione in proprio di imprese organizzate e/o dirette prevalentemente con il proprio lavoro, a nulla rilevando, nel concorso delle altre condizioni, l'eventuale esiguità della quota di partecipazione societaria.

FATTO E DIRITTO – Con ricorso in appello depositato il 28.5.04, S. S. chiedeva la riforma della sentenza n. 190/04 emessa dal Tribunale di Venezia, giudice del lavoro monocratico, pubblicata il 12.3.04 e notificata il 3.5.04, con cui era stata rigettato il ricorso in opposizione alla cartella esattoriale n. 11920020019638981 proposto dallo stesso S. S.

L'appellante precisava che le richieste contributive oggetto della cartella opposta riguardavano i contributi relativi agli anni 1997-1999 sui compensi a lui erogati dalla Tecnolegno Veneziana Legnami srl per l'attività di "socio amministratore", compensi che erano stati assoggettati a contribuzione nella Gestione Separata di cui all'art. 2 comma 26 della legge 335/1995 e non nella "Gestione Speciale Commercianti" a cui egli non era iscritto.

L'appellante lamentava che il giudice di primo grado, aderendo alla interpretazione contenuta in circolari Inps per lui non vincolanti, aveva respinto il ricorso ritenendo obbligatoria la iscrizione nella Gestione Speciale Commercianti e riconoscendo l'esistenza del debito contributivo sulla base di una interpretazione del comma 203 dell'art. 1 l. 23.12.1996, n. 662 non condivisibile alla luce del dato normativo, del combinato disposto con il comma 208 dello stesso art. 1 e della vecchia formulazione dell'art. 29 della legge 3.6.1975, n. 160 modificato dalla l. 23.12.1996, n. 662; in particolare il ricorrente precisava che il compenso gli era stato in realtà erogato per l'attività lavorativa da lui prestata quale socio, che egli non era ne amministratore ne titolare dell'impresa e che la sua quota di socio era modestissima (1/100 del capitale). Il ricorrente sosteneva inoltre che la iscrizione alla Gestione Speciale Commercianti era obbligatoria per il socio di srl unico quotista o con pacchetto di maggioranza o amministratore.

Il ricorrente chiedeva la riforma della sentenza appellata con accoglimento del ricorso di primo grado concludeva come in atti.

L'inps resisteva anche quale mandatario della SCCI spa ribadendo la obbligatorietà della iscrizione del ricorrente alla "Gestione Speciale Commercianti" in quanto socio di società a responsabilità limitata e insistendo per la correttezza dell'interpretazione normativa effettuata dal giudice di primo grado.

La Corte decideva la causa con dispositivo letto all'udienza del 13.6.2006.

L'appello va respinto con conferma della sentenza impugnata.

È pacifico in causa che il ricorrente nel periodo oggetto di accertamento era socio con quota del 1/100 della Tecnolegno Veneziana Legnami srl, svolgeva attività lavorativa qualificabile come prestazione coordinata e continuativa a favore della società e non era amministratore della stessa. La questione controversa attiene alla interpretazione del comma 203 dell'art. 1 l. 23.12.1996, n. 662 che ha modificato l'art. 29 dalla 1. 3.6.1975, n. 160; la nuova formulazione dell'art. 29 prevede che "l'Obbligo di iscrizione nella gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali sussiste per i soggetti che siano in possesso dei seguenti requisiti: a) siano

titolari o gestori in proprio di imprese che siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia... b) abbiano la piena responsabilità dell'impresa ed assumano tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione. Tale requisito non è richiesto per i soci di società a responsabilità limitata ... e) partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza".

In base al chiaro tenore della norma si evince che la iscrizione alla "Gestione Speciale Commercianti" è obbligatoria comunque per il socio di società a responsabilità che presti la propria attività lavorativa in azienda con carattere di abitualità e prevalenza, anche se lo stesso non ha alcuna responsabilità di impresa, e pertanto anche se non riveste la carica di amministratore e la sua quota di partecipazione sia modesta.

Parte ricorrente sottolinea che il requisito non richiesto per il socio di srl è solo quello della lettera b) dell'art. 29, relativo alla piena responsabilità dell'impresa con assunzione di tutti gli oneri ed i rischi relativi alla sua gestione, mentre sarebbe necessario per l'iscrizione alla gestione commercianti che il socio di srl sia titolare o gestore in proprio di impresa (punto a) dell'art. 29 citato. Ritiene, tuttavia questa Corte che tale ultimo requisito vada inteso in senso ampio, come semplice partecipazione alla compagine sociale cui fa capo l'impresa, a prescindere dall'entità di tale partecipazione.

L'indicata interpretazione normativa appare peraltro coerente con la ratto della disposizione ex comma 203 dell'art. 1 citato, e cioè con la finalità di evitare che, grazie allo schermo della struttura societaria, la prestazione di lavoro del socio sia sottratta alla contribuzione previdenziale obbligatoria.

Non fornisce alcun elemento a sfavore dell'indicata interpretazione il disposto dell'art. 29 legge 3.6.1975, n. 160 nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dal comma 203 dell'art. 1 l. 23.12.1996, n. 662 in quanto, per quanto riguarda il caso in esame, la modifica ha riguardato proprio la previsione dell'obbligo di iscrizione alla "Gestione Speciale Commercianti" per il socio di società a responsabilità che presti la propria attività lavorativa in azienda con carattere di abitualità e prevalenza, e senza responsabilità di impresa.

Non è di ostacolo alla indicata interpretazione neppure la disposizione ex comma 208 dell'indicato art. 1 l. 662/96, considerato che la stessa disciplina l'ipotesi in cui un soggetto eserciti contemporaneamente, anche in una unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria, stabilendo che vada iscritto nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale egli dedica personalmente la sua opera professionale in misura prevalente.

Nel caso in esame non è oggetto di contestazione che il socio svolgesse la propria attività lavorativa per la srl in misura prevalente, secondo i requisiti richiesti per la sua iscrizione alla "Gestione Speciale Commercianti".

La causa va decisa come da dispositivo.

Spese di lite seguono soccombenza.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Dipendente (pubblico) - Dipendente INPS - Indennità di funzione - Salario di professionalità - Non computabilità ai fini del trattamento di buonuscita.

Corte d'Appello di Venezia 06.06/02.10.2006 n. 328 - Pres. Pivotti - Rel. Santoro - INPS (Avv.ti Mascia, Guadagnino) – M. (Avv.ti Tomolo, Campesan)

Il regime della indennità di fine rapporto nel settore pubblico si incentra su una interpretazione restrittiva della nozione di stipendio, cui possono assimilarsi solo emolumenti individuati non in base alle caratteristiche sostanziali di fissità e continuatività ma alle caratteristiche formali impresse dalla legge ai fini previdenziali, con la conseguenza che, in difetto di tale espressa previsione normativa, non rilevano, ai fini del computo dell'indennità di c.d. buonuscita, l'indennità di funzione ed il salario di professionalità percepiti in servizio da un dipendente INPS.

FATTO – Con ricorso depositato il 19-3-2002, A.M. ha convenuto in giudizio l'INPS avanti al giudice del lavoro presso il Tribunale di Vicenza esponendo di avere prestato attività lavorativa alle dipendenze dell'istituto quale funzionario di vigilanza inquadrato nella 8° qualifica funzionale, dal 01.02.1969 al 30.04.1999 e di essere pensionato dal 01.05.1999; di avere percepito una indennità di buonuscita per un importo inferiore a quanto dovuto, per non essere state considerate, nel computo, l'indennità di funzione e il salario di professionalità, pur trattandosi di emolumenti percepiti in modo fisso e continuativo, come previsto dall'art. 2120 c.c., richiamato dall'art. 4 dell'accordo quadro nazionale in materia di TFR per i dipendenti pubblici, e dall'art. 5 del regolamento INPS per i trattamenti di quiescenza del personale, che ricomprende nella retribuzione le altre competenze di carattere fisso e continuativo; che i predetti emolumenti erano stati percepiti nel corso del rapporto in misura fissa e continuativa. Ha quindi chiesto declaratoria di accertamento del diritto di ottenere il computo della indennità di funzione e del salario di professionalità nella indennità di buonuscita e la condanna dell'istituto al pagamento della somma relativa.

L'INPS si è costituito nel giudizio di primo grado deducendo che l'art. 5 del regolamento prevedeva che eventuali assegni a carattere fisso e continuativo facessero parte della retribuzione solo previa delibera del CdA dell'istituto; che la l. 75/1980 aveva ribadito il principio della necessità di una apposita previsione normativa per considerare utile ai fini del computo della indennità di buonuscita una speciale voce retribuiva;

che la giurisprudenza amministrativa aveva ritenuto necessario considerare la qualificazione formale di un determinato emolumento ai fini del calcolo dei trattamenti previdenziali ed ha eccepito il difetto dì giurisdizione del giudice ordinario.

La causa è stata decisa in primo grado con sentenza del 25-9-2003, che ha accolto la domanda, condannando l'istituto alla rifusione delle spese di lite in ragione della metà. La sentenza, ritenuta la giurisdizione del giudice ordinario, ha richiamato sentenze del Consiglio di Stato, che aveva annullato l'art. 5 del regolamento

INPS nella parte in cui subordinava alla deliberazione del CdA il riconoscimento della utilità di eventuali assegni personali pensionabili e di altre competenze fisse e continuative, oltre al parere dell'8-5-2001 dell'Avvocatura Generale dello Stato, ed ha quindi ritenuto sussistenti i caratteri della fissità e continuità degli emolumenti considerati.

Avverso questa sentenza ha proposto appello l'INPS, deducendo che la sentenza impugnata si era fondata su un orientamento minoritario della giurisprudenza amministrativa, contraddetto dalla giurisprudenza maggioritaria e non superato dal CCNL di comparto; che, allo stesso modo, il parere dell'Avvocatura dello Stato non si esprimeva in termini definitivi, ma prendeva atto di due sentenze della giurisprudenza di merito ordinaria, cassate dalla sentenza della S.C. n. 8089/2002; che non sussistevano i caratteri di fissità e continuatività dei due emolumenti, dal momento che l'indennità di funzione attiene allo svolgimento effettiva di determinati compiti e che il salano di professionalità utilizza una quota del finanziamento del sistema incentivante la produttività, finalizzato al raggiungimento di obiettivi prefissati dall'ente; che gli interessi legali avrebbero dovuto essere fatti decorrere dal 121 giorno successivo alla presentazione della domanda amministrativa; che le spese avrebbero dovuto essere compensate. Si è costituito l'appellato deducendo che le considerazioni in diritto svolte dalla sentenza impugnata corrispondevano ai principi basilari in materia di TFR e a quanto stabilito dagli art. 4 dell'accordo quadro nazionale per i dipendenti pubblici e 5 del regolamento dell'istituto; che il comportamento dell'appellante costituiva discriminazione in danno degli appartenenti alla 8° qualifica; che correttamente la sentenza impugnata aveva accertato che l'appellata aveva percepito le indennità in questione in modo fisso e continuativo e che l'istituto non aveva tempestivamente eccepito la carenza di questi due requisiti; che il termine di decorrenza degli interessi era costituito da quello di maturazione del diritto alla indennità di buonuscita; che andava respinto l'appello relativamente al capo concernente le spese legali.

La causa è stata quindi decisa con lettura del dispositivo all'udienza del 6-6-2006.

DIRITTO – L'appello è fondato e va accolto.

La sentenza impugnata pone a fondamento della decisione favorevole all'accoglimento della domanda un duplice ordine di considerazioni, articolato sulla declaratoria di illegittimità dell'art. 5 del regolamento INPS per il trattamento di quiescenza e previdenza del personale, nella parte in cui subordina a ad una delibera dell'istituto la valutabilità di assegni o altre competenze a tale fine, ad opera della sentenza n. 120/1980 del Consiglio di Stato, sezione VI, ribadita dalla sentenza n. 1268/2001 della stessa sezione, e sul parere dell'8-5-2001 dell'Avvocatura Generale dello Stato, che recepiva l'orientamento della giurisprudenza di merito, espresso dalla sentenza della Corte d'Appello di Firenze n. 28/2001, che confermava la sentenza di primo grado favorevole al lavoratore emessa dal giudice del lavoro del Tribunale di Pistola.

In proposito va tuttavia rilevato che la sentenza della Corte d'Appello di Firenze è stata annullata senza rinvio dalla Corte di Cassazione n. 8089/2002, che ha escluso la giurisdizione del giudice ordinario in ordine alla domanda proposta in

quel giudizio, col che è venuto meno proprio il più importante riferimento del parere dell'Avvocatura dello Stato.

Per quanto attiene alla declaratoria di illegittimità dell'art. 5 del regolamento INPS, le conseguenze di questa declaratoria non possono in ogni caso portare all'accoglimento della domanda formulata nel ricorso introduttivo del giudizio.

A questo proposito va rilevato infatti che, ferma l'illegittimità della disposizione regolamentare richiamata, alla fattispecie vanno comunque applicati i principi desumibili dalla disciplina vigente all'epoca di maturazione dei diritto azionato.

L'esatto inquadramento giuridico della vicenda in esame deve prendere le mosse dall'art. 4 1.297/1982, che ha mantenuto ferma la disciplina legislativa di fine servizio per i dipendenti pubblici, escludendo l'automatica applicazione dell'art. 2120 c.c.

Con l'entrata in vigore dell'art. 2 comma 5 1.335/1995, è stato disposto che ai dipendenti pubblici assunti dopo il 10-1-1996 venissero applicati i trattamenti di fine servizio secondo quanto previsto dall'art. 2120 c.c., con un rinvio ad un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per le norme di esecuzione.

Il quadro così tratteggiato va completato con l'art. 59 comma 56 1.449/1997, che ha stabilito la possibilità di esercitare una opzione per richiedere la trasformazione dell'indennità di fine servizio in trattamento di fine rapporto, mentre con l'Accordo quadro nazionale in G.U. 27-8-1999, sono state dettate le modalità applicative della disciplina del TFR, applicabili tuttavia ai dipendenti assunti alla data di entrata in vigore del DPCM, poi portata al 1-1-2001.

La norma di cui all'art. 5 del regolamento INPS va quindi collocato in questo contesto normativo, che comprende anche il principio, richiamato dal parere del 15-3-2000 del Consiglio di Stato, incentrato sulla interpretazione restrittiva della nozione di stipendio, riferito non alla retribuzione complessivamente considerata, ma a quella parte corrispondente al trattamento tabellare (cfr. Cass., 1590/2004). Inoltre, il regime della indennità di fine rapporto del settore pubblico si incentra sulla comprensione nel computo del trattamento di emolumenti diversi dallo stipendio così inteso, individuati non in base alle caratteristiche sostanziali di fissità e continuatività, ma in base alle caratteristiche formali dell'emolumento preso in considerazione, con riferimento al regime impresso dalla legge ai fini previdenziali. In sostanza, alla luce delle considerazioni svolte, deve escludersi l'applicazione alla fattispecie in esame della disciplina di cui all'art. 2120 c.c., in considerazione dei limiti temporali stabiliti per la sua applicabilità e per la mancata prova dell'esercizio del diritto di opzione, per cui, alla luce dei principi enunciati, la computabilità di ogni singolo emolumento ai fini del calcolo della indennità di buonuscita deve essere accertata sulla base della specifica disciplina dì quel trattamento economico, attraverso una verifica diretta ad accertare la disciplina ne consenta l'utilizzabilità a questo scopo.

Infatti, il Consiglio di Stato, nel parere menzionato, ha richiamato il principio di tassatività, più volte espresso dalla giurisprudenza amministrativa, per sottolineare come costituisca una precisa scelta del legislatore, nel quadro normativo delineato, quella di comprendere o meno un determinato istituto retributivo nel computo del trattamento di fine rapporto del pubblico dipendente.

Passando quindi all'esame dei due elementi contributivi presi in considerazione dalla domanda, va rilevato che l'indennità di funzione, introdotto dall'art. 13 comma 4 1.88/1989, è riferita essenzialmente all'effettivo esercizio di una determinata funzione, mentre nulla emerge dalla legge o dalla contrattazione collettiva a proposito della possibilità di computarla ai fini della indennità di buonuscita. In particolare, risulta rilevante a questo fine solo la quota A dell'indennità di funzione dirigenziale, che, tuttavia, in base agli elementi acquisiti, non rileva in questo giudizio.

Analoghe considerazioni vanno svolte a proposito del salario di professionalità, previsto dalla contrattazione collettiva in funzione di retribuzione incentivante, per il quale non è intervenuto – il riconoscimento ai fini che qui interessano.

Le considerazioni che precedono portano quindi all'accoglimento dell'appello e alla riforma della sentenza impugnata, non sussistendo i presupposti di legge per il riconoscimento della indennità di funzione e del salario di professionalità ai fini del computo della indennità di buonuscita.

La complessità delle questioni in diritto trattate costituisce giusto motivo per la compensazione tra le partì delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

(Omissis)

Lavoro (Rapporto di) - Lavoro a domicilio - Sussistenza di subordinazione tecnica - Iscrizione albo imprese artigiane - Non è vincolante ai fini qualificatori.

Corte d'Appello di Venezia - 23.05/23.09.2006 n. 296 - Pres. Pivotti – Rel. Lendaro - INPS (Avv. Cavallari) – G. (Avv. Zanardi)

Quando un lavoratore, ancorché formalmente iscritto all'albo delle imprese artigiane, eserciti presso il proprio domicilio, con modesti mezzi produttivi propri, un'attività complementare a quella dell'azienda committente, su modelli, con materie prime e secondo indicazioni ricevute dall'impresa committente, percependo un compenso pattuito "al pezzo" secondo scadenze mensili, attua una sorta di esternalizzazione del processo produttivo aziendale di cui è tuttavia pienamente parte, con la conseguenza che deve ritenersi lavoratore subordinato, sotto la specie del lavoro a domicilio.

FATTO – Con ricorso depositato il 20.5.2004 l'INPS proponeva appello nei confronti di M.G. avverso la sentenza del Tribunale di Venezia-giudice del lavoro del 12.12.2003 n. 200, che aveva accolto l'opposizione da questa proposta avverso il decreto ingiuntivo n. 542/98 del Pretore di Venezia, con il quale era stato ingiun-

to il pagamento di £. 66.614.843= a titolo di contributi omessi nel periodo "1 dicembre 1990-31 agosto 1993", oltre somme aggiuntive calcolate fino al 13 marzo 1996, relativamente alla lavoratrice "a domicilio" R. D.B., compensando interamente tra le parti le spese di lite.

Chiedeva l'INPS il rigetto dell'opposizione proposta e la conferma del decreto ingiuntivo opposto.

Formulava domanda subordinata in epigrafe trascritta.

Si costituiva in giudizio M.G. chiedendo il rigetto del gravame in quanto totalmente destituito di fondamento, con conferma dell'impugnata sentenza e rifusione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

All'udienza di discussione odierna la Corte di Appello, sulle precisate conclusioni in epigrafe trascritte, ha pronunciato la presente sentenza non definitiva, dando immediata lettura in aula del dispositivo.

DIRITTO – L'INPS ha proposto appello dolendosi:

1) - per l'errata valutazione delle prove e l'insufficiente motivazione, per avere il Tribunale fondato la decisione sull'assunto che l'istituto previdenziale non avesse dato prova in causa della sussistenza del "lavoro domicilio" tra l'opponente e la lavoratrice R. D.B. nel periodo "1.12.1990-3.8.1993".

Osservava l'INPS che erano acquisite in causa le dichiarazioni rese dalla lavoratrice nel corso dell'ispezione, le quali erano state sostanzialmente confermate dalla stessa nel corso dell'audizione ai sensi dell'art. 421 c.p.c.

Secondo parte appellante le precisazioni fatte in giudizio dalla lavoratrice, secondo le quali: il compenso era stato concordato tra le parti; aveva prestato lavoro nel 1991 anche per terzi, con rapporto regolarizzato quale "lavoratrice a domicilio", non modificava la sostanza dell'accertamento, ma semmai ne confermava la fondatezza.

Ha evidenziato ulteriormente che nel corso del giudizio erano stati sentiti l'ispettore verbalizzante, che aveva anche verificato direttamente l'ambiente di lavoro ed aveva accertato la mancata iscrizione della detta lavoratrice all'Albo delle imprese artigiane, oltre al teste Beltrame, coniuge della detta lavoratrice, che aveva confermato l'identità delle modalità lavorative della moglie anche presso l'altra ditta per la quale aveva operato, nonché che il compenso era dato in base al numero di pezzi eseguiti ed a cadenza mensile, inoltre che la medesima eseguiva le prestazioni su indicazioni ricevute dall'opponente.

2) - per errore di diritto, per non avere il Tribunale tenuto conto .della giurisprudenza di legittimità in materia di accertamento dello speciale vincolo del lavoro domicilio, principi giurisprudenziali che richiamava, ribadendo dell'oggetto della prestazione lavorativa non era il risultato ma l'energia lavorativa spesa in funzione complementare, sostitutiva del lavoro eseguito all'interno dell'azienda della datrice di lavoro, con conseguente inserimento dell'attività lavorativa medesima nel ciclo produttivo, ed ha rilevato che, nel caso in esame, l'istruttoria aveva consentito di accertare la mancanza nella della lavoratrice "a domicilio" D.B.: di una distinta organizzazione a proprio rischio, dei mezzi produttivi e di una struttura di tipo imprenditoriale.

Ha eccepito, infine, che l'iscrizione della lavoratrice all'Albo delle Imprese

Artigiane non escludeva la sussistenza del lavoro domicilio, iscrizione che era peraltro insussistente nella fattispecie in esame.

Parte appellata ha resistito in causa, evidenziando la correttezza della decisione del giudice di primo grado ed osservando che non erano esistiti tempi di consegna predefiniti dei beni realizzati dalla lavoratrice, la quale al ricevimento discuteva delle eventuali modifiche da apportare ai modelli e che era libera di accettare o di rifiutare (in tutto o in parte) il lavoro commissionatole, prestazione che era stata compensata in base del numero dei vizi eseguiti in misura concordata di volta in volta ed il cui pagamento era avvenuto a seguito di emissione di fattura.

Ha evidenziato, inoltre, che la lavoratrice, effettivamente non iscritta all'Albo Imprese Artigiane, era iscritta invece alla Camera di Commercio come "impresa individuale" per l'attività di produzione borse sportive e scolastiche" ed aveva anche clienti ulteriori ad essa, nonché ha osservato che la fatturazione mensile era solo una "mera modalità contabile" e che non vi erano mai stati termini rigorosi di consegna.

La giurisprudenza, condivisa da questa Corte, è oramai costante nel ritenere che il "lavoro a domicilio" realizzi una forma di decentramento produttivo, in cui l'oggetto della prestazione del lavoratore assume rilievo non già come "risultato", ma come estrinsecazione di energie lavorative, resa in maniera continuativa all'esterno dell'azienda ma organizzata ed utilizzata in funzione "complementare" o "sostitutiva" del lavoro eseguito all'interno di essa, operando su campioni o modelli ricevuti e sotto direttive e controlli, rapporto di lavoro nel quale il vincolo di "subordinazione" viene a configurarsi come inserimento dell'attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale diventa elemento integrativo la prestazione lavorativa resa in ambienti esterni all'azienda, in locali e con mezzi ed attrezzature (anche) propri del lavoratore, eventualmente con l'ausilio dei suoi familiari qualora conviventi ed a carico, restando escluso il vincolo di subordinazione, invece, qualora nel proprio domicilio il soggetto organizzi e conduca una vera e propria struttura imprenditoriale (cfr. Cass. 21.5.2002 n. 7469, Cass. n.8221 del 2000 (1), Cass. 26.4.1999 n. 4144, C.A. Venezia 2.3.2004 Arca Astucci MNPS, tra le altre).

È stato, in particolare, affermato dalla Suprema Corte che: *"In* tema di lavoro "a domicilio, per applicare le norme sul lavoro subordinato non occorre accertare se sussistano i caratteri di questo, essendo, invece, necessario e sufficiente che ricorrano i requisiti indicati dall'art. 1 della legge n. 877 del 1973, come modificato dall'art. 2 della legge n. 858 del 1980, e cioè: a) - che il lavoratore esegua il lavoro nel proprio domicilio e in locale di cui abbia la disponibilità; b) - che il lavoro sia eseguito dal lavoratore personalmente, o anche con l'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma con esclusione di manodopera salariata o di apprendisti; c) - che il lavoratore sia tenuto ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere, nella esecuzione parziale, nel completamento o nella intera lavorazione di prodotti oggetto dell'attività del committente. Nel quadro di tale speciale disciplina legislativa, il lavoro a domicilio realizza una forma di decentra-

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 1047.

mento produttivo, in cui l'oggetto della prestazione del lavoratore assume rilievo non già come risultato, ma come estrinsecazione di energie lavorative, resa in maniera continuativa all'esterno dell'azienda, e però organizzata ed utilizzata in funzione complementare o sostitutiva del lavoro eseguito all'interno di essa, e, correlativamente, il vincolo di subordinazione viene a configurarsi come inserimento dell'attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale, del quale la prestazione lavorativa lui resa, pur se in ambienti esterni all'azienda e con mezzi ed attrezzature anche propri del lavoratore stesso, ed eventualmente anche con l'ausilio dei suoi familiari, purché conviventi e a carico, diventa elemento integrativo (c.d. subordinazione tecnica). Nè valgono, di per sé, ad escludere la configurabilità del suddetto tipo di rapporto l'iscrizione del prestatore di lavoro all'albo delle imprese artigiane (in quanto ad una iscrizione formale, priva di valore costitutivo, può non corrispondere l'effettiva esplicazione di attività lavorativa autonoma), ovvero l'emissione di fatture per il pagamento delle prestazioni lavorative eseguite (potendo tale ormalità essere finalizzata proprio all'elusione della normativa legale surrichiamata), oppure la circostanza che il lavoratore svolga la sua attività per una pluralità di committenti, anche la mancata fissazione di termini rigorosi per la consegna del lavoro commissionato, o infine la circostanza che il compenso pattuito sia oggetto di trattative tra le parti (atteso che simili trattative sono compatibili anche con il rapporto di lavoro subordinato ordinario)". *(Cass. 22.4.2002 n. 5840)*

La giurisprudenza, inoltre, ha ritenuto che la configurabilità della "subordinazione" sia pure attenuata, che caratterizza il rapporto di lavoro "a domicilio", non sia esclusa quando il lavoratore, benché inserito nel ciclo produttivo aziendale e disponibile ad una sicura esecuzione del lavoro programmato in relazione alle esigenze e alle finalità dell'impresa, sia costretto in qualche caso a rifiutare il lavoro commessogli per l'impossibilità di adempierlo *nei* termini temporali rigidamente prefissati dal datore di lavoro, restando da ciò anzi rafforzato il vincolo della subordinazione (cfr. Cass. 15.12.1999 n. 14120 (2)) e che, invece, per converso, vada esclusa qualora il lavoratore goda della "piena" libertà di accettare o rifiutare il lavoro commessogli, ovvero abbia "piena" discrezionalità in ordine ai tempi di consegna del lavoro stesso, escludendo ciò l'effettivo l'inserimento del lavoratore a domicilio nel ciclo produttivo aziendale, che comporta infatti una piena e sicura disponibilità ad eseguire i compiti affidati ed a soddisfare le esigenze e le finalità programmate dall'impresa, precisando che, ove sussistano spazi di incertezza ed ambiguità per l'accertamento la valutazione delle modalità in argomento, è utile avere riguardo anche alla volontà delle parti, espressa nella regolamentazione del loro rapporto, nonché ad altri elementi da sempre ritenuti capaci di caratterizzare il rapporto in termini di subordinazione o autonomia, quali:

- il possesso da parte del lavoratore a domicilio di macchinari e attrezzature, idonei ad attestare l'esistenza di una piccola impresa e/o la sua natura artigianale (cfr. Cass. 11.5.2002 n. 6803 e Cass. n. 11796 del 1995);

- la possibilità, attribuita al lavoratore, di accettare o rifiutare le singole commesse all'esito di trattative concernenti le caratteristiche del lavoro ed il prezzo da

(2) Idem, 2001, p. 160.

stabilire di volta in volta, dovendosi accertare, in particolare, se tale possibilità di negoziazione sia limitata in ambiti prefissati dal contratto di lavoro, inserendosi in esso quale modalità di esecuzione, ovvero sia espressione di una realtà del tutto incompatibile con il lavoro subordinato, configurandosi, in tal caso, tanti contratti di /oro autonomo per quante sono le singole commesse (cfr. Cass. 25.8.2003 n. 12458).

Ritiene, tanto premesso, la Corte che il giudice di primo grado non abbia correttamente valutato le risultanze probatorie giungendo ad una giudizio errato e che pertanto, in accoglimento dell'appello proposto, la sentenza debba essere riformata.

È documentato in atti che, a seguito degli accertamenti ispettivi svolti e dall'esame della documentazione fiscale aziendale, venne redatto il verbale di accertamento del 27.4.1995 con il quale venne contestato a M.G., titolare dell'omonima ditta svolgente in Mirano (VE) attività di "lavorazione borse per fotografia", di essersi avvalsa, nel corso degli anni dicembre 1990-agosto 1993 delle prestazioni di R.D.B. di natura subordinata "a domicilio" non in esclusiva, per la realizzazione di borse presso il proprio domicilio, ove operava senza dipendenti, e che la lavorazione si era sostanziata: "nel taglio del tessuto, secondo modelli forniti di volta in volta, che venivano poi cuciti secondo le disposizioni impartite dalla committente, la quale curava la consegna del materiale e il successivo ritiro della mercé realizzata, con un compenso dalla stessa fissato" (cfr. doc. 1, in atti) utilizzando per l'esecuzione "solo" una macchina cucitrice, filo e forbici di sua, come emergente dalle dichiarazioni dalla medesima rese in sede ispettiva, la quale inoltre ha in tale *sede precisato: "...* Le disposizioni su come effettuare il lavoro mi venivano impartite dalla committente al momento della consegna l'incaricato della ditta mi spiegava come andava fatto il lavoro, a volte anche con campione della borsa. Il compenso del mio lavoro veniva fissato dalla committente... Io tagliavo il tessuto con modelli forniti di volta in volta, restituendo il residuo e i modelli alla ditta. Poi cucivo i pezzi secondo le disposizioni che b) il lavoro veniva svolto presso l'abitazione, ove il materiale ed i modelli erano consegnati e ritirati;

c) la committente impartiva alla lavoratrice "direttive" specifiche circa le modalità di realizzazione della lavorazione all'inizio dell'esecuzione;

d) il compenso veniva fissato dalla committente e versato dietro fatturazione mensile;

concludendo gli ispettori che: ".. *nel caso in esame, inoltre, si* ravvisa un decentramento produttivo per lo svolgimento di alcune prestazioni inerenti il ciclo produttivo con esclusione di qualsiasi sbocco sul mercato dei consumatori, in quanto dette borse, successivamente alla commercializzazione, venivano rifinite dalla già citata committente." *(cfr. ibidem).*

Nel corso dell'istruttoria svolta, è stata sentita dall'istruttore, ai sensi dell'art. 421 c.p.c., R.D.B. che ha confermato le dichiarazioni rese in sede ispettiva con riguardo all'intero periodo oggetto della contestazione (dicembre 1990 agosto 1993) ed ha fornito elementi di riscontro probatorio significativi ai fini della decisione complessiva del giudizio, dichiarando:

- di non aver avuto collaboratori e di aver lavorato anche per terzi, che avevano regolarizzato la sua posizione quale lavoratore a domicilio;

- che il compenso era concordato con M.G. "a seconda del tipo di lavoro da svolgere", per il cui pagamento emetteva "a fine mese" fattura;

- di non aver mai predisposto modelli di borse e di aver operato secondo campioni e modelli predisposte dalla G., discutendo sempre con essa di eventuali modifiche da apportarvi;

- di aver restituito poi le borse via via realizzate senza la scadenza prefissata, ma che la G. le diceva: " *...sommariamente di quanti pezzi aveva bisogno a certe scadenze, io cercavo di fare il possibile ma se non vi riuscivo era lo stesso...";*

- di non vendere borse (cfr. verb. ud . 20.12.2000).

Sono stati escussi testi, tra i quali gli ispettori G. M. ed E. T., che hanno confermato gli accertamenti svolti ed il verbale redatto, precisando M. di aver svolto un "sopralluogo" nei locali e di avere ivi assunto le dichiarazioni della D.B. presso il di lei domicilio (verb. ud 17.10.2001, in atti) .

Dall'audizione del teste L. B., marito della lavoratrice D. B., è emerso che le borse realizzate dalla moglie (di tipo sportivo o per la scuola) erano sempre realizzate "su modelli" ricevuti dalla G., nonché che la moglie non provvedeva al loro imballaggio ne ad altre attività preliminari alla vendita e che la stessa lavorava senza collaboratori, inoltre che al ritiro delle merci provvedeva la G., che poi pagava, in base ai pezzi realizzati, usualmente a cadenza mensile (cfr. verb. ud. 21.5.2002, in atti).

Reputa la Corte l'essere il lavoro commissionato e poi eseguito sia definibile come "complementare" alla produzione dell'appellata, costituendo una forma di esternalizzazione di attività svolta o, comunque, espletabile all'interno dell'azienda stessa.

È provato in causa all'esito dell'istruttoria svolta che la lavoratrice operava su modelli o secondo indicazioni ricevute, nella esecuzione parziale del prodotto che poi veniva rifinito presso la ditta committente, prestazione svolta sotto le direttive ed i controlli della medesima, così per lungo tempo (circa un triennio) di fatto inserendosi nel suo ciclo produttivo aziendale, diventando la sua attività un elemento integrativo della stessa (c.d. subordinazione tecnica), pur svolgendo la prestazione in un propri locali e utilizzando propri modesti mezzi ed attrezzature (filo, forbici e macchina da cucire), senza l'ausilio di manodopera salariata o di apprendisti, pattuendo di volta in volta il compenso a seconda della tipologia del pezzo e del lavoro necessario per la sua realizzazione, venendo retribuita sempre a cadenza mensile dietro fattura.

In particolare, dall'istruttoria svolta è emerso che riceveva campioni e tessuto per la realizzazione delle borse, tessuto che tagliava secondo le indicazioni ricevute e mai secondo propria iniziativa, dovendo preventivamente sempre discuterete eventuali modifiche da apportare al modello con la mandante, lavoro semplice e verosimilmente del tutto similare a quello svolto presso la committente.

La configurabilità, poi, del lavoro a domicilio non è esclusa dall'iscrizione del prestatore di lavoro alla C.C.I.A. trattandosi di una iscrizione formale, priva di valore costitutivo, che può non corrispondere l'effettiva esplicazione di attività lavorativa autonoma.

Parimenti non significativa appare, a completezza, secondo l'orientamento richiamato, l'avvenuta emissione di fatture da parte del lavoratore per il pagamen-

to delle prestazioni lavorative eseguite, valutato nel triennio la loro cadenza mensile e ben potendo tale formalità essere finalizzata proprio all'elusione della normativa legale surrichiamata.

La circostanza, inoltre, che il compenso pattuito fosse stato oggetto di trattative tra le parti non assume rilievo stante la loro compatibilità anche con il rapporto di lavoro subordinato ordinario.

In conclusione reputa la Corte l'essersi trattato di una forma di decentramento produttivo, nella quale l'oggetto della prestazione del lavoratore rilevava solo quale estrinsecazione di energie lavorative e non quale risultato, in funzione complementare del lavoro eseguito all'interno dell'azienda, ed ove il vincolo della subordinazione si configurava, nella sostanza, come inserimento dell'attività del lavoratore nel ciclo produttivo aziendale.

Consegue all'accoglimento del gravame che, in totale riforma dell'impugnata sentenza, deve essere rigettata l'opposizione e confermato il decreto ingiuntivo opposto .

Le spese di entrambi i gradi di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

Impiego pubblico - Dipendente INPS - Mansioni superiori - Direzione agenzia autonoma di produzione - Responsabilità dirigenziale - Onere probatorio.

Tribunale di Ancona - 14.06.2006 n. 620, Dott. De Sabbata – F. (Avv. Cinelli) - INPS (Avv.ti Fiori, Pierdominici, Mazzaferri, Vittori).

Nel rapporto di pubblico impiego, non è ammissibile che il dipendente affidi al giudice la concreta quantificazione di una rettifica individualizzata del proprio trattamento stipendiale semplicemente affermandone l'insufficienza rispetto all'attività personalmente svolta ovvero allegando la generica maggiore importanza, o minore semplicità, di quest'ultima rispetto a quella di colleghi collocati in omologhe posizioni e parimenti retribuite.

FATTO E DIRITTO – Appare opportuno premettere che per determinare l'esatto inquadramento delle mansioni svolte da un lavoratore subordinato, anche ai soli fini di un eventuale giudizio di insufficienza di retribuzione ai sensi dell'art.36 della Costituzione, occorre adottare un procedimento logico-giuridico costituito da tre fasi successive, e cioè, dalla individuazione delle qualifiche e gradi previsti – dal contratto collettivo di categoria, dall'accertamento – in fatto delle attività lavorative in concreto (continuativamente e prevalentemente) svolte dall'interessato, e dal raffronto tra queste ultime e quelle previste dalla contrattazione collettiva, raffronto che potrà avere un esito positivo per il lavoratore che pretenda un superiore inquadramento, solo allorché le mansioni svolte risultino incompatibili con la qualifica formalmente attribuita, ed invece riconducibili (direttamente o, in subordine; per analogia) a quelle tipiche della qualifica superiore (Cass. n. 12792/2003; in senso conforme anche Cass. n. 12404/2003 e Cass. n. 12854/2003).

Ciò premesso si rileva in primo luogo che non sono stati forniti (né offerti.) elementi per escludere che l'attività svolta dal ricorrente nel periodo in oggetto sia compatibile con la qualifica formalmente rivestita, ovvero per confermare che essa debba necessariamente essere ricondotta alla qualifica dirigenziale.

Ed infatti gli stessi artt. 12 e 19 del regolamento citato dal ricorrente qualificano i direttori di Agenzie come "funzionari" che "rispondono al Dirigente incaricato della direzione della Sede competente" e sono tenuti alla "corretta applicazione... delle direttive impartite dai dirigenti"; peraltro il ricorrente non ha prodotto le pertinenti (e necessarie) declaratorie contrattuali.

In secondo luogo appare opportuno evidenziare che, al di fuori della ricon-

ducibilità alle qualifiche contrattuali, nel senso di cui sopra, non può riconoscersi autonomo rilievo ai vari compiti e responsabilità descritti in ricorso (sottoscrizione di astratti conto certificativi, responsabilità della c.d. "sicurezza logica", eccetera).

Si osserva, infatti, che (anche nell'applicare ad un caso concreto il principio di cui all'art. 36 della Costituzione) non si può plausibilmente prescindere dal riferimento a parametri individuati sulla base della legge, dell'ordinamento delle amministrazioni o della contrattazione collettiva – che siano (anche se diversi dalle esplicite declaratorie di inquadramento del personale) oggettivamente riscontrabili ed in qualche modo collegati a livelli retributivi predeterminati per categorie di lavoratori.

Non è in altre parole ammissibile – soprattutto trattandosi di un rapporto di pubblico impiego; regolamentato dalla contrattazione collettiva – che il dipendente affidi senz'altro al Giudice la concreta quantificazione di una rettifica individualizzata del proprio stipendio; semplicemente affermandone l'insufficienza rispetto all'attività personalmente svolta (e minuziosamente descritta); ovvero allegando la generica maggiore importanza o minore semplicità di quest'ultima rispetto a quella di colleghi collocati in omologhe posizioni e parimenti retribuiti.

In questa prospettiva non può essere quindi accolta la domanda sulla base di un'asserita "maggiore responsabilità" delle "Agenzie autonome di produzione" rispetto alle "Agenzie di produzione, per così dire, semplici"; ovvero sulla base della riferibilità di un "bacino di utenza superiore alla media" o "particolarmente ampio e popoloso... per un numero complessivo ... di 47 mila iscritti", all'Agenzia diretta dal ricorrente: in mancanza di riscontri, per esempio, circa l'appartenenza (o la non appartenenza) di quest'ultima ad una categoria la quale sia non solo oggettivamente individuabile tramite parametri predefiniti (e non pare tra l'altro che la divisione formale delle Agenzie in "autonome" e "semplici" trovi riscontro nella documentazione in atti), ma sia anche, per un qualche criterio (oggettivo se pur eventualmente indiretto) ricollegabile al riconoscimento (o il disconoscimento) di emolumenti retributivi predeterminati.

Allo stesso modo non può essere riconosciuto dirimente rilievo al fatto che il ricorrente abbia concretamente svolto, in qualità di direttore di Agenzia; "attività sensibilmente più numerose e di maggiore responsabilità rispetto a quelle che il medesimo svolgeva quando la struttura da lui diretta era un semplice Centro Operativo".

Per tutto quanto sopra la domanda dev'essere respinta.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

Contributi - Assunzione di lavoratori già licenziati a seguito di procedura di mobilità - Benefici contributivi *ex* art. 8 legge n. 223 del 1991 - Presupposti - Effettiva cessazione dell'originaria azienda - Necessità - Prosecuzione dell'attività aziendale da parte del medesimo imprenditore o da parte di impresa cessionaria - Spettanza dei benefici a seguito della riattivazione dei precedenti rapporti lavorativi - Esclusione.

Tribunale di Ancona, Sez. Lavoro – 22.03.2006 n. 318 – Dott. De Sabbata - Italy Tricot srl (Avv. Costantini) - INPS (Avv.ti Mazzaferri, Pierdominici, Fiori, Vittori) - Ancona Tributi

Il riconoscimento dei benefici contributivi previsti dall'art. 8, comma 4, legge n. 223 del 1991, presuppone che l'assunzione dei lavoratori iscritti nella lista di mobilità avvenga per una libera opzione del datore di lavoro e non già per effetto di un obbligo di legge quale quello gravante, ai sensi dell'articolo 2112, sul cessionario in caso di trasferimento di azienda.

FATTO E DIRITTO – L'art. 8 comma 4 *bis* della L. 223/91 prevede che "II diritto ai I benefici economici di cui ai commi precedenti è escluso con riferimento a quei lavoratori che siano stati collocati in mobilità, nei sei mesi precedenti, da parte di impresa dello stesso o di diverso settore di attività che, al momento del licenziamento, presenta assetti proprietari sostanzialmente coincidenti con quelli dell'impresa che assume ovvero risulta con quest'ultima in rapporto di collegamento o controllo".

Tuttavia, a fianco di tali specifiche situazioni di collegamento i soggettivo tra le due imprese, rileva anche la connessione di natura oggettiva; infatti:

il comma 4 dello stesso art. 8 riconosce il beneficio al datore idi lavoro che assuma a tempo pieno lavoratori collocati in mobilità "senza esserne tenuto ai sensi del comma 1";

quest'ultimo comma – tramite il riferimento all'art. 15 L. 264/49 (e successive modificazioni ed integrazioni) – assicura un diritto di precedenza lavoratori collocati in mobilità (per riduzione di personale) nelle assunzioni effettuate entro un anno "dalla medesima azienda";

tale diritto vale – oltre che per il caso di continuazione dell'attività, con personale ridotto, da parte del medesimo imprenditore – anche in caso di cessazione di attività (riduzione "totale" del personale, da parte del soggetto datoriale), con riferimento alla ipotesi di cessione (quindi di permanenza in senso oggettivo) dell'azienda" (nel senso tecnico di "complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa": cfr. Cass.9785/03);

peraltro, – poiché "ove l'azienda originaria, intesa nel suo complesso, abbia continuato o riprenda ad operare (non importando ne se titolare sia lo stesso imprenditore o altro subentrante, ne lo strumento negoziale attraverso cui si sia verificata la cessione dell'azienda), la prosecuzione del rapporto di lavoro o la sua riattivazione presso la nuova impresa costituiscono non la manifestazione di una libera opzione del datore di lavoro, mai l'effetto di un preciso obbligo previsto dalla legge (art. 21121 cod. civ., come modificato dall'art. 47 legge n. 428 del 1990 e dal decreto legislativo n. 18 del 2001), come tale non meritevole dei benefici della

decontribuzione", ed "in applicazione del più generale concetto che la mera sovrapposizione della nuova impresa a quella precedente, con qualsiasi negozio traslativo attuata, configura un trasferimento di azienda, in base al quale il rapporti di lavoro continuano con l'acquirente", – le situazioni sostanzialmente analoghe alla cessione d'azienda "sono incompatibili con il riconoscimento dei benefici contributivi" di cui si tratta (Cass. 15207/02, 1112/04(1)).

Nel caso in esame la sussistenza di una situazione di questo tipo appare, nei suoi requisiti essenziali, non contestata, e comunque dimostrata, osservando brevemente quanto segue.

Nello stesso ricorso introduttivo si riconosce che i locali sono rimasti gli stessi, ed i macchinari sono stati ceduti "in locazione o ad altro titolo" dalla Neri srl alla Società opponente.

I testimoni hanno confermato che il personale ha mantenuto la stessa retribuzione, comprensiva sostanzialmente degli scatti di anzianità: tipico effetto (sintomatico) di una cessione di azienda (o di ramo di azienda) ai sensi dell'art. 2112 cc.

Gli ispettori hanno inoltre accertato (v. verbale di accertamento, prodotto dalla stessa opponente):

che la Italy Tricot ha assunto 50 dei 77 operai messi in mobilità dalla Neri srl (oltre sole 6 nuove unità dal gennaio al giugno 2001);

che tutte le fatture (meno una) emesse dalla Società opponente, ed esibite ai verbalizzanti, erano nei confronti della Neri srl: e cioè in sostanza che anche la clientela (e cioè il bene immateriale "avviamento") è rimasta la stessa, ponendosi la Neri srl come intermediaria commerciale.

Emerge inoltre dal verbale (e non è stato contestato) che anche lo svolgimento di mansioni apicali e/o peculiari dell'identità; aziendale quali "consulenza tecnica, coordinamento di produzione, controllo qualità, consulenza alla produzione" sono state i mantenute dagli stessi soggetti (C. M. e N. G.).

A questo punto, del resto, queste ultime connessioni soggettive come le altre risultanti dagli atti (relative tra l'altro alla titolarità della Società proprietaria dell'immobile, ed alla identità del consulente B.) hanno in effetti solo mero valore di conferma e riscontro del fatto che si è trattato sostanzialmente di uno scorporo (formale) dell'attività di commercializzazione da una realtà aziendale che (in senso quantomeno oggettivo) è rimasta sostanzialmente la stessa sotto ogni (altro) aspetto di rilievo.

In base alle considerazioni sopra svolte si deve pertanto escludere il diritto alle agevolazioni contributive di cui si tratta, trattandosi di lavoratori (formalmente) assunti nella medesima "azienda" dalla quale erano stati licenziati.

L'opposizione deve pertanto essere respinta.

Non è ammissibile la proposizione di domande riconvenzionali da parte dell'Istituto, nella sua veste di attore sostanziale (cfr. Cass. 16957/02, 6202/04).

Le spese di lite, liquidate con criterio equitativo nella misurai I indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 321

Contributi - Sgravi - Imprese del settore navale - Limitazione alle sole imprese che armano navi battenti bandiera italiana - Sussistenza - Fondamento.

Tribunale di Napoli, Sez. Lavoro – 27.04.2006 n. 12082 – Dott. Chiodi - Alisnav srl (Avv.ti F. Ragozini, Apa, Verde, Castaldo, Loparco, D. Ragozini) - INPS (Avv. Moscariello)

Il diritto agli sgravi contributivi di cui all'articolo 52, comma 32, della legge 448/2001 per il personale imbarcato sulle motonavi spetta solo alle imprese che armino navi battenti bandiera italiana.

FATTO – Con ricorso depositato il 29.03.2004 la Società ricorrente, in epigrafe indicata, noleggiatrice-vettrice di due navi traghetto, SNAV Campania e SNAV Sicilia, di proprietà inglese operanti sulla rotta cabotiera Napoli Palermo adiva questa Giustizia chiedendo che fosse riconosciuto il proprio diritto agli sgravi contributivi di cui all'art. 52 comma 32 della legge 448/2001 (così come modificato dall'art. 34 della legge 166/2002) per il personale imbarcato sulle motonavi su indicate con condanna dell'INPS al pagamento in suo favore della somma di euro 843.446,00, a titolo di contributi indebitamente versati per l'anno 2002, oltre accessori di legge; con vittoria di spese di lite.

L'INPS cui il ricorso veniva regolarmente notificato, si costituiva tardivamente in giudizio deducendo la infondatezza della domanda di cui chiedeva il rigetto; vinte le spese di lite.

Sulla base della documentazione prodotta ed acquisita in corso di causa, all'odierna udienza la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo letto pubblicamente all'esito della camera di consiglio.

DIRITTO – Oggetto del presente giudizio è l'accertamento di un diritto della Società ricorrente ad usufruire del regime di sgravi contributivi previsto dall'art. 52 comma 32 della legge 448/2001, negatele dall'Istituto resistente per la insussistenza di un requisito, ovvero l'armamento di navi battenti bandiera italiana, ritenuto necessario ai fini del riconoscimento del beneficio in oggetto.

Ai fini di una completa ricostruzione dell'iter della presente decisione è opportuno richiamare le disposizioni normative succedutesi in materia, anche in considerazione della tecnica legislativa del riferimento alle precedenti disposizioni utilizzata nella disciplina degli sgravi in favore delle imprese del settore navale.

Invero con il comma 32° dell'art. 52 della legge 448/2001 (che la successiva legge finanziaria per l'anno 2003, n. 289 del 27 dicembre 2002, ha esteso per il periodo 2003-2005 mutandone il periodo di efficacia e la misura del concesso beneficio che è fissata nel 25% dei contributi relativi ai lavoratori imbarcati) il legislatore ha stabilito che "...i benefici di cui all'articolo 6, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 1997, n. 457, convertito con modificazioni dalla legge 27 febbraio 1998, n. 30, sono estesi nel limite dell'80 per cento alle imprese armatoriali per le navi che esercitano, anche in via non esclusiva per l'intero anno, attività di cabotaggio, ad esclusione delle navi di proprietà dello Stato o di impre-

se che hanno in vigore con esso convenzioni o contratti di servizio", per il solo anno 2002.

L'esame della disposizione, ovviamente valido anche per il successivo comma decimo dell'art. 21 della legge finanziari 2003 alla luce del fatto che si è davanti a una *disposizione fotocopia* sul punto, non può che prendere le mosse dal menzionato art. 6 della legge n. 30 del 1998, nel testo interpretato autenticamente con l'art 1, primo comma, della legge 7 dicembre 1999, n. 472.

L'art. 6 in commento, intitolato "Sgravi contributivi", riconosce, per la salvaguardia dell'occupazione della gente di mare, alle "imprese armatrici" l'esonero dai contributi previdenziali ed assistenziali dovuti per legge (primo comma, primo periodo) nei confronti di quel personale avente i requisiti dell'art. 119 codice della navigazione e imbarcato su navi iscritte nel Registro internazionale di cui all'articolo 1 del medesimo codice della navigazione.

Per la concessione del beneficio è necessario il venir in essere contestuale di due requisiti in capo al lavoratore:

a) rientrare fra il personale di cui all'art. 119 cod. nav. (alla luce dei tenore del primo comma dell'articolo 6 in commento, che parla di personale imbarcato, lo spezzone normativo dell'art. 119 rilevante è quello che afferisce i requisiti per l'iscrizione nelle matricole della gente di mare. In forza del primo comma possono conseguire l'iscrizione i cittadini italiani o comunitari di età non inferiore ai quindici anni che abbiano i requisiti stabiliti dal regolamento. II successivo comma riconosce la possibilità di iscrizione anche degli allievi degli Istituti tecnici nautici e degli Istituti professionali ad indirizzo marittimo. Il terzo comma riconosce al Ministro dei trasporti e della navigazione la possibilità di "...consentire che nelle matricole della gente di mare siano iscritti anche italiani non appartenenti alla Repubblica" e, infine, il quarto comma, con riguardo ai minori di diciotto anni, prevede la necessità del consenso di chi esercita la patria potestà o la tutela. Da rammentare in questa sede l'equiparazione fra personale italiano e personale appartenente a uno dei Paesi dell'Unione Europea);

b) essere imbarcato su navi iscritte nel Registro internazionale istituito dall'art. 1 della stessa legge n. 30 del 1998 (L'art. 1 istituisce il Registro internazionale e prevede, al primo comma, che nello stesso "... sono iscritte, a seguito di specifica autorizzazione del Ministero dei trasporti e della navigazione, le navi adibite esclusivamente a traffici commerciali internazionali").

Si è davanti a uno sgravio personale riconosciuto dal nostro ordinamento in favore non dell'impresa in quanto tale ma in quanto fruente dell'attività lavorativa di una determinata categoria di lavoratori marittimi (italiani e comunitari).

Diversamente il trentaduesimo comma dell'art. 52 che si pone un duplice obiettivo, anch'esso quello *di* salvaguardare i livelli occupazionali, al quale aggiunge, difformemente dall'art. 6 l. cit. anche "... la competitivita delle imprese armatrici italiane" e, per il raggiungimento di tali obiettivi, estende l'efficacia della disposizione dell'art. 6 alle i*mprese* armatoriali per le navi esercenti attività di cabotaggio (da individuare, ai sensi dell'art. 224 del codice della navigazione, nel servizio di navigazione che si esercita nei porti della Repubblica).

Nel caso in esame essendo incontroversa la nazionalità italiana della impresa ricorrente – in uno alla sua qualità di armatrice di navi di proprietà inglese esercenti

attività di cabotaggio prevalente anche se non esclusiva nel corso dell'anno – ai fini della risoluzione della controversia è da stabilire se il riconoscimento del beneficio in oggetto debba essere o meno circoscritto alle imprese che armano navi battenti bandiera italiana.

La tesi di parte ricorrente che, al fine di escludere la rilevanza di tale ultimo requisito, fa leva sul riferimento della norma in oggetto alle imprese armatrici italiane con esclusione di ogni richiamo al registro navale di iscrizione – contenuto, invece, nelle precedenti disposizioni in tema di benefici in favore delle imprese marittime, e segnatamente nell'art. 6 del DL 457/1997 (convertito con modificazioni nella legge 30/1998) e nell'art. 9 della legge 28.12.1999 n. 522 – non può essere condivisa.

Invero già sotto il profilo letterale l'espresso richiamo della norma alle "navi esercenti attività di sabotaggio" da di per sé conto del preminente rilievo da riconoscere, ai fini dell'applicazione del beneficio, alle navi utilizzate per l'attività di trasporto costiero e non anche alla sola condizione oggettiva di impresa armatrice, che non consentirebbe, tra l'altro, la preventiva individuazione del numero di navi e del personale interessato dall'operatività della norma, da ritenersi necessario ai fini della previsione dell'impegno di spesa conseguente allo sgravio.

Coerente con tale lettura è la indicazione fornita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che ;con una nota del 14.2.2002 inviata all'I.N.P.S. ha individuato le navi che rientrano nell'ambito di efficacia della disposizione in quelle che:

a) battono bandiera italiana;

b) sono iscritte nelle "Matricole delle navi maggiori" o nei "Registri delle navi minori e dei galleggianti";

c) sono gestite da armatori privati;

d) sono adibite anche se non in via esclusiva per l'intero anno ad attività di cabotaggio marittimo nazionale e a prescindere dalla durata dell'impiego in tale attività.

All'opposto sono escluse dallo sgravio tutte le navi iscritte al Registro internazionale, navi che, in ogni caso, per i marittimi italiani o comunitari componenti l'equipaggio godono dello sgravio totale sempre previsto dall'art. 6 della stessa legge n. 30 del 1998.

Nel dettare le disposizioni su indicate il Ministero ha correttamente ritenuto che lo sgravio in oggetto, si ponga in una linea di continuità con quello previsto dall'art. 9 della legge 522/1999 che nel disciplinare nello specifico la materia degli "Sgravi contributivi per le imprese di cabotaggio marittimo" espressamente stabiliva che dal "1° gennaio 1999 i benefici previsti dall'art. 6, comma 1, del decreto-legge 30 dicembre 1997, n. 457, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 1998, n. 30, con le modalità previste dalla stessa norma, sono estesi per il triennio 1999-2001, nel limite massimo dell'80 per cento, alle imprese impegnate nei servizi marittimi di cabotaggio, per gli oneri contributivi relativi al personale avente i requisiti di cui all'art. 119 del codice della navigazione, ed imbarcato su navi di bandiera italiana che, per almeno il 50 per cento del loro impiego complessivo nell'anno, effettuano servizi di trasporto passeggeri, merci, misti o di crociera tra porti nazionali".

Deve, pertanto, ritenersi irrilevante ai fini della individuazione dei soggetti beneficiari dello sgravio l'omesso richiamo, nella disposizione di cui è causa, dell'utilizzo di navi battenti bandiera italiana, essendo tale ultima condizione già esplicitamente indicata nella disposizione del cit. art. 9 e, comunque, inferibile dal richiamo alle imprese "italiane" contenuto nella prima parte del cit. art. 52 comma 32 che, pure sinteticamente attribuito alle imprese armatrici, è da ritenersi riferirò, in virtù dell'espressa indicazione della parte precettiva della norma alle "navi esercenti attività di cabotaggio", alle imprese che armano navi italiane.

Del resto la tesi di parte attorca relativa ad una estensione dello sgravio all'intero personale (comunitario ed extracomunitario) delle imprese armatrici italiane a prescindere dalla nazionalità della nave utilizzata per il servizio, si porrebbe in aperto contrasto con la disciplina comunitaria sui limiti agli aiuti di stato risolvendosi in una misura diretta a favorire in maniera ingiustificata le sole imprese di trasporto nazionali in un settore del trasporto marittimo che è aperto alla concorrenza degli stati membri.

Sul punto è opportuno evidenziare che nel testo primigenio dell'art. 52 comma 32 della cit. legge lo sgravio era concesso nel limite del 43% e, l'efficacia dello stesso era "...subordinata all'autorizzazione e ai vincoli della Commissione Europea..." (ultimo periodo). L'aumento del tetto del beneficio e la soppressione dell'ultimo periodo della disposizione sono state compiute con il primo comma dell'art. 34, della legge 1 agosto 2002, n. 166.

Sotto quest'ultimo profilo è però da rilevare che, nonostante la soppressione del periodo, lo sgravio dovendosi far rientrare fra gli aiuti di Stato è stato comunicato dallo Stato italiano alla Commissione e che la Commissione, con nota del 6 settembre 2002 (provvedimento n. C (2002) 3306), ha notificato il provvedimento ove ha ritenuto l'aiuto compatibile con il mercato comune per l'anno 2002 richiamando, sul punto, le valutazioni espresse nella precedente autorizzazione n. 369/1999 del 18.08.1999 emessa in relazione al regime degli sgravi del cabotaggio marittimo per il triennio 1999-2001, così ulteriormente confermandosi la continuità tra lo sgravio di cui è causa e quello introdotto dalla legge 522/1999.

In particolare l'autorizzazione espressa dalla Commissione europea – da ritenersi vincolante ai fini dell'applicazione del beneficio – giustifica la necessità dello sgravio contributivo per il cabotaggio relativamente alle navi che battono bandiera italiana argomentando proprio sulla base delle regole del Consiglio in materia di cabotaggio che, pur riservando l'attività de qua alle imprese di trasporto UÈ, non impongono a tutti gli Stati membri di avvalersi di marinai UÈ (o di applicare i relativi livelli salariali); di guisa che, in mancanza di tale regime di aiuti, l'Italia (che impone per il cabotaggio il 100% di marinai UÈ con conseguente riconoscimento dei livelli salariali UÈ) sarebbe potenzialmente danneggiata rispetto alle imprese di trasporto che utilizzano navi di altri Stati membri che consentono di avvalersi di marinai non UE applicando, indi, livelli salariali più bassi (tra questi vi è, per l'appunto, il Regno Unito).

Si legge nell'autorizzazione della Commissione europea n. 368/1999 (richiamata nella 3306/2002 inerente alla disposizione di cui è causa) che *...le imprese di trasporto italiane che effettuano il cabotaggio costiero in Italia e battono bandiera italiana rischiano – in assenza di questo regime di aiuti – di dover trasferire le loro*

navi sotto altre bandiere UÈ per competere nel cabotaggio in Italia e nel resto della UE; aggiungendosi l'ulteriore considerazione che, in mancanza di autorizzazione al regime dello sgravio, l'Italia potrebbe optare per una allentamento della sua regola del 100% marinai *UE* per consentire alle proprie navi di competere nel cabotaggio; opzione, quest'ultima, che andrebbe in contrasto con uno degli obiettivi chiave della strategia marittima della UÈ, che è quella di tutelare l'occupazione marittima comunitaria.

Cosi individuate le ragioni che rendono lo sgravio compatibile con le regole comunitarie, è di tutta evidenza la insostenibilità della tesi di parte attorea che pretendendo di applicare lo sgravio alle sole imprese armatrici italiane – a prescindere dalla nazionalità della nave e, indi, dalla disciplina contrattuale applicabile al personale dipendente imbarcato – si risolverebbe in un aiuto di stato non giustificato da alcun obiettivo comunitario e come tale contrastante con le disposizioni dell'art. 87 del Trattato CE.

I rilievi che precedono danno conto della infondatezza della domanda che deve essere respinta.

Le spese di lite, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

Contributi - Socio amministratore di s.r.l. - Iscrizione alla gestione esercenti attività commerciali – Condizioni.

Tribunale di Ravenna, 28.05.2006, n. 234 - Dott. Riverso - C. (Avv. Sangiorgi) - INPS (Avv. Vagliasindi)

Il socio di srl che con carattere di abitualità e prevalenza presti attività lavorativa in imprese sociali aventi natura commerciale è tenuto all'iscrizione nella gestione commercianti senza che rilevi, in contrario, il fatto che lo stesso socio percepisca un compenso e sia iscritto anche alla gestione separata in qualità di amministratore della società.

FATTO – Con ricorso a questo giudice C.G. chiedeva l'annullamento del provvedimento di iscrizione alla gestione commercianti ex art. 1, comma 203 l. 662/96, e di ogni altro atto presupposto, mediante cui l'INPS di Ravenna aveva disposto che avesse l'obbligo di iscriversi alla predetta gestione sulla base del fatto che fosse socio ed amministratore unico della società Mita srl la quale esercita attività di commercio macchine usate da movimento terra ed autocarri previo ricondizionamento.

A fondamento della domanda il ricorrente esponeva che per l'attività da egli svolta come amministratore, nei termini descritti in ricorso, percepiva un compen-

so sul quale versava i contributi, essendo iscritto alla gestione separata prevista dall'art. 2, comma 26 L. 335/95; deduceva pertanto l'illegittimità della pretesa con la quale l'INPS sosteneva che l'attività svolta come socio ed amministratore della società dovesse essere obbligatoriamente iscritta anche nella gestione commercianti ex art. 1, comma 203 l. 662/96.

L'INPS si è costituito in giudizio opponendosi all'accoglimento del ricorso di cui eccepiva la infondatezza sia in fatto sia in diritto sostenendo che, sulla scorta delle stesse dichiarazioni rese dal ricorrente in sede amministrativa, fosse stata ampiamente accertata la partecipazione del ricorrente con carattere di abitualità e prevalenza all'attività aziendale della società avente natura commerciale; e che pertanto fosse dovuta la sua iscrizione alla gestione commercianti in applicazione dell'art. 1, comma 203 l. 662/1996 secondo cui i soci di srl (la cui attività rientri tra quelle individuate dall'art. 29, l. 160/75 e succ. mod. ovvero dall'art.49,comma 1, lett d, l. 88/1989) debbono essere iscritti alla gestione assicurativa degli esercenti attività commerciali con decorrenza 1° gennaio 1997, a tal fine rilevando sia l'attività esecutiva sia l'attività di organizzazione e direzione svolta dal socio.

La causa è stata istruita col deposito di documenti e l'assunzione di prove testimoniali; quindi è stata discussa e decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO – 1. La domanda è infondata sia che in diritto alla stregua delle seguenti considerazioni.

Anzitutto deve premettersi che dal 1° gennaio 1997, secondo l'art. 1, co. 203 della legge 662/96, corre l'obbligo dell'iscrizione alla gestione commercianti per i soci di srl che con carattere di abitualità e prevalenza prestino attività lavorativa in imprese sociali avente natura commerciale ai sensi di legge (art. 29 l. 160/75 e art. 49, comma 1 lettera d. l. 88/1989).

Presupposto necessario e sufficiente ai fini della stessa iscrizione è che il socio esplichi attività lavorativa ed inoltre – come si ricava dalla stessa legge e da una interpretazione sistematica della materia – che non esista iscrizione ad altra gestione previdenziale sulla base del titolo negoziale che regge la medesima attività lavorativa.

Non si può escludere infatti in via di principio che la stessa attività lavorativa svolta dal socio possa essere retta da un titolo negoziale di diversa natura (autonomo, subordinato o parasubordinato) sempre che ovviamente sussistano realmente i relativi elementi costitutivi.

Non rileva invece, ad avviso di questo giudice, il fatto che lo stesso socio percepisca un compenso e sia tenuto anche, all'iscrizione nella gestione separata in qualità di amministratore della società; dato che si tratta di due obblighi differenti che ben possono coesistere siccome hanno riguardo ad attività ed a basi imponibili differenti.

2. Va infatti consideralo che, ai fini della corretta iscrizione del socio nella gestione previdenziale pili coerente con il tipo di attività prestata, non possono mai confondersi, già sul piano concettuale, le attività inerenti al ruolo di amministratore con quella esplicata come lavoratore (neppure quando questa seconda attività si esplica al livello più elevato dell'organizzazione e della direzione).

Si tratta di attività che rimangono su piani giuridici differenti:l'attività di

amministratore si basa su una relazione di immedesimazione organica (al limite di mandato ex 2260 c.c.); essa comporta, a seconda della concreta delega, la partecipazione ad una attività di gestione, l'espletamento di una attività di impulso e di rappresentanza ed è rivolta ad eseguire il contratto di società assicurando il funzionamento dell'organismo sociale (e sotto certi aspetti la sua stessa esistenza).

L'altra attività è invece rivolta alla concreta realizzazione dello scopo sociale, al suo raggiungimento operativo, attraverso il concorso della collaborazione prestata a favore della società da lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, ecc.

3. Di più va considerato, al fine di ricostruire l'esatto significato della normativa che si commenta, che quand'anche il socio partecipi concretamente alla stessa attività aziendale non per questo ne deriverebbe – ad avviso di questo giudice – l'automatica iscrizione alla Gestione commercianti, ben polendo venire in rilievo la stessa gestione dei collaboratori ovvero quella dei lavoratori subordinati, nell'ipotesi in cui a fondamento della stessa attività sussista (realmente) un titolo ed un rapporto contrattuale di questa natura.

Vale osservare che in materia di rapporti di lavoro debba prevalere sempre il principio di effettività (anche per il principio di indisponibilità del tipo negoziale che si impone allo stesso legislatore perlomeno sotto alcuni aspetti di garanzia); e tanto più quando alla natura del rapporto siano correlati riflessi in ambito previdenziale, essendo quest'ultimo un ambito a sua volta fortemente connotato dalla natura inderogabile della relativa disciplina.

4. Va pertanto affermalo che l'obbligo di iscrizione dei soci di srl alla Gestione degli esercenti attività commerciali previsto dell'art. 1, comma 203 l. 23.12.1996 n. 662, intanto può ritenersi sussistente in quanto manchi altra idonea iscrizione che segua il titolo della prestazione di lavoro.

Ciò del resto non è imposto soltanto da una esigenza di mera coerenza sistematica, ma si evince dalla *ratio* stessa della legge in discorso con la quale in sostanza si è voluto coprire un buco contributivo, non certamente scardinare un sistema o pretendere una duplicazione di iscrizioni previdenziali e di oneri contributivi (in relazione allo stesso titolo).

Come riconosciuto dallo stesso INPS infatti la finalità dell'innovazione introdotta con la L. 662/96 va individuata nell'esigenza di evitare che grazie allo schermo societario la prestazione di lavoro del socio all'interno dell'impresa sociale sia sottratta alla contribuzione previdenziale obbligatoria; esigenza che manifestamente non esiste quando vi sia già l'assolvimento dell'obbligazione contributiva in correlazione al reale rapporto contrattuale esistente con iscrizione ad altro regime previdenziale (sia esso quello dell'AGO, com'è ovvio; sia esso altro regime valevole per i lavoratori autonomi).

Non è pertanto sufficiente, ad avviso di questo giudice, che i soci di srl commerciali partecipino al lavoro aziendale (nemmeno con carattere di abitualità e prevalenza) per essere iscritti alla gestione commercianti; occorre anche che non sussista altro titolo che obblighi all'iscrizione a diversa gestione ed è necessario pertanto ai fini della legge che l'attività di lavoro venga espletata dal socio in quanto tale.

5. Tutto ciò peraltro risulta espressamente dai commi 202 e 208 dell'art. 1 della l. 662/96 che escludono dall'assicurazione ex l. 613/1996 (gestione previden-

ziale per i soggetti esercenti attività commerciali) i lavoratori autonomi professionisti ed artisti nonché i lavoratori autonomi *"iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente"*.

6. Venendo ora al caso di specie va rilevato che l'obbligo del ricorrente di pagare i contributi alla stessa gestione commercianti consegue pacificamente dal fatto che, come risulta dalle stesse dichiarazioni rilasciate del medesimo ricorrente in sede ispettiva, egli sia l'unico soggetto che non solo eserciti la propria attività di amministratore intesa al funzionamento della società quale autonomo soggetto di diritto; ma anche operi all'interno della stessa attività aziendale nei confronti di clienti e di terzi acquistando e vendendo le macchine usale previa riparazione; la società non ha infatti altri dipendenti o altri collaboratori continuativi sicché ogni attività (negoziale, amministrativa ed accessoria) necessaria alla realizzazione dello scopo proprio della società (sia livello operativo che gestorio) deve essere svolta dal medesimo ricorrente; a nulla rilevando invece che l'attività di riparazione tecnica dei veicoli o l'attività di immatricolazione degli stessi venga affidata a terzi, essendo evidente che è comunque il ricorrente che deve prendere contatto con i terzi, programmarne l'intervento, mantenerne i rapporti, pagarli, recarsi presso le banche, ecc...

7. Come già rilevato, nessun valore può rivestire neppure il fatto che il ricorrente sia già iscritto alla gestione separata come amministratore e paghi i contributi sul compenso percepito. Ad avviso di questo giudice infatti è possibile una doppia iscrizione ed imposizione del socio amministratore presso la gestione separata e presso la gestione commercianti.

La tesi contraria trascura di considerare che un divieto di doppia imposizione potrebbe valere solo quando venisse assoggetta più volte la stessa attività lavorativa; mentre l'attività di lavoro e quella di amministratore sono attività che vanno nettamente distinte sul piano concettuale (anche se in alcune situazioni sono difficilmente scorporabili sul piano probatorio).

Si trascura inoltre di valutare che non si tratta di assoggettare più volle gli stessi redditi, bensì al contrario di assoggettare redditi diversi, cioè aventi una base imponibile differente (in un caso i compensi percepiti dai soci in qualità di amministratori con esclusione di qualsiasi minimale; nell'altro il reddito d'impresa dichiarato dalla srI ai fini fiscali ed attribuito al socio in ragione della quota di partecipazione agli utili; col rispetto del minimale di legge).

Pure si trascura di considerare che ciò normalmente avviene nell'ordinamento quando si esercitano più attività entrambe rilevanti nel sistema previdenziale; tanto più nell'ambito di distinte gestioni: il dipendente o il professionista che abbia anche un rapporto di co.co.co. con un committente (oggi basta anche un rapporto occasionale superiore a € 5000) deve obbligatoriamente iscriversi anche alla gestione co.co.co. e pagare i contributi dovuti.

Soprattutto si trascura di valutare che la stessa legge prevede già espressamente la doppia iscrizione (art. 59, 16° comma l. 449/1997; art. 51, 1° comma l. 488/1999) quando diversifica le aliquote degli iscritti alla gestione separata (10 o 19%) a seconda che "risultano iscritti ad altre forme obbligatorie" oppure o no.

Trattasi di una previsione di indubbio valore sul piano sistematico anche ai fini

dell'interpretazione della normativa che qui riguarda; dal momento che per un verso smentisce la tesi secondo cui la gestione separata rappresenterebbe una forma di assicurazione succedanea, laddove al contrario si tratta di una assicurazione obbligatoria che non cede nemmeno rispetto all'iscrizione ad altra gestione (si riduce soltanto la percentuale dei contributi). Soprattutto la stessa previsione vale a confermare che lo stesso amministratore di srl iscritto alla gestione separata, in caso di attività lavorativa prestata all'interno della società in modo abituale e prevalente, debba (in mancanza di altro titolo) essere iscritto anche alla gestione commercianti non ostandovi alcuna regola di principio.

8. Ad avviso di questo giudice nessuna contraria indicazione potrebbe neppure desumersi dall'art. 1, comma 208 della legge 662/96, il quale pone un principio di prevalenza e di specialità che non può essere riferito al rapporto tra attività lavorativa del socio e attività amministrativa dell'amministratore; la norma si riferisce invece alla "attività professionale" prevalente, e se conferma la possibilità che l'attività operativa possa essere svolta oltre che come socio (in quanto tale) anche come collaboratore coordinato o come lavoratore autonomo, non si riferisce punto all'attività espletata come' amministratore; tra attività amministrativa ed attività di lavoro non si pone neppure un problema di prevalenza, trattandosi di attività differenti, di per se non comparabili.

9. Non si intuisce perciò il valore dell'obiezione secondo cui l'attività di amministratore del ricorrente fosse prevalente rispetto a quella operativa; dato che la prevalenza richiesta dalla legge si riferisce alla partecipazione all'attività commerciale operativa (che deve essere anche continuativa) per un verso; e per altro verso, alla prevalenza del titolo in base al quale la stessa viene espletala rispetto all'attività svolta dal socio in quanto tale.

Neppure rileva l'obiezione secondo cui avendo il ricorrente percepito un unico compenso elevato, egli non dovrebbe pagare nulla alla gestione commercianti ovvero sarebbe necessario districare il compenso percepito come a.u. da quello riferito all'attività lavorativa. Si tratta di un obiezione che non tiene conto anzitutto del fatto che la contribuzione alla gestione commercianti non va assolta sui compensi ma sugli utili, salvo i minimali; sicché l'Inps non deve scindere all'interno del compenso quanto si riferisce all'una o all'altra attività, avendo la legge individuato le relative basi imponibili.

10. Più in generale la stesse obiezioni non tengono conto della natura inderogabile dell'obbligo previdenziale (anche di quello stabilito dalla legge 662/96 a carico dei soci di srl) e sottendono una sorta di pretesa ad un inammissibile "fai da tè previdenziale"; dal momento che il ricorrente, in sostanza, vorrebbe scegliersi il regime contributivo (unico o doppio) a seconda dell'entità e del sistema di determinazione del compenso percepito dalla stessa società di cui è l'unico amministratore.

11. Per le ragioni fin qui esposte la domanda principale va respinta. Va respinta anche la domanda subordinata con la quale si chiede a questo giudice di dichiarare quale sia il corretto regime previdenziale da assolvere da parte del ricorrente, essendo detto regime correttamente già individualo dall'Inps nei propri atti; lo stesso istituto ha pure tenuto correttamente conto della riduzione che ne deriva in relazione ai contributi versati alla gestione separata che vanno quindi richiesti in restituzione all'Inps.

Per quanto attiene le eventuali sanzioni, ad oggi non irrogale, si può solo osservare che secondo l'art. 116 della l. 388/2000 le sanzioni e gli oneri accessori vanno calcolati secondo il nuovo pili favorevole regime introdotto dalla stessa norma e non in base al regime previsto dalla l. 662/96; va pure tenuto conto che si tratta di omissioni e non di evasioni, e di questioni in cui sono implicati anche profili interpretativi controversi in dottrina e giurisprudenza.

Si spiegano così le determinazioni assunte nel dispositivo; le spese si compensano per la natura della controversia.

(Omissis)

Pensioni - Indennità integrativa speciale - Titolare di due o più pensioni - Cumulo - Divieto - Pensione di importo superiore al trattamento minimo – Sussistenza.

Tribunale di Roma, Sez. Lavoro – 07.02.2006 n. 2664 – Dott. Luna - C. (Avv. Fucci) - INPS (Avv. landolo)

La titolare di pensione di reversibilità erogata dall'INPDAP, e sulla quale è corrisposta l'indennità integrativa speciale, non ha diritto a percepire la medesima indennità anche sulla pensione integrativa diretta a carico dell'INPS ove detto trattamento sia di importo superiore al minimo.

FATTO – Con ricorso depositato il 20 giugno 2005, A. M. C. ha esposto che ella gode di pensione diretta n. PI/16766 erogata dall'INPS a decorrere dal novembre 1991; che, inoltre, essendo rimasta vedova il 13.10.1988, è divenuta titolare di pensione di reversibilità erogata dall'INPDAP da allora fino al 23 giugno 2001, quando ha contratto nuovo matrimonio; che unitamente a tale pensione è stata corrisposta l'indennità integrativa speciale; che, invece, nel detto periodo, l'INPS non ha corrisposto sulla pensione diretta anche l'indennità integrativa speciale; che con nota del 5.12.2003 ella ha chiesto all'INPS l'erogazione della indennità integrativa speciale per tutto il periodo in cui. si è protratto il suo stato vedovile; e che l'INPS ha quindi respinto la domanda poiché vi osterebbe il divieto di cumulo di più indennità integrative di cui alla legge n. 324/59, reiterato dalla legge n. 843/78.

La ricorrente sostiene che, per effetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, sono venute meno le norme relative al divieto di cumulo di indennità integrative spettanti su più pensioni, sicché ella ha diritto alla detta indennità sulla pensione diretta erogata dall'INPS nel periodo 1988-2001.

L'INPS, costituitesi, ha eccepito preliminarmente il difetto di giurisdizione, spettando la stessa alla Corte dei Conti competente in materia di pensioni erogate ai pubblici dipendenti in tutto o in parte a carico dello Stato o di altri enti. Ha altre-

sì eccepito la prescrizione. Ha poi contestato la fondatezza nel merito della pretesa poiché, tra l'altro, il divieto di cumulo divenuto inoperante nel caso di percezione di pensione e retribuzione, non opera nel caso di percezione di più pensioni.

Depositate note difensive, all'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo in calce di cui è stata data lettura.

DIRITTO – La domanda è infondata e, come tale, deve essere respinta, escludendosi il difetto di giurisdizione poiché la pensione sulla quale si chiede l'indennità integrativa è erogata dall'INPS e non dallo Stato.

Per quanto riguarda l'eccezione di prescrizione, si rileva che essa sarebbe solo parzialmente fondata giacché le quote di pensione non poste in pagamento si prescrivono nell'ordinario termine decennale e non già nello speciale termine quinquennale previsto dall'art. 129 r.d.l. n. 1827/1935 (v. Cass. S.U. 25.7.2002, n. 10995).

Nella fattispecie la ricorrente ha presentato richiesta nel dicembre del 2003, sicché, in ogni caso, non sarebbero prescritti i ratei dovuti nel decennio precedente, rimanendo prescritti, invece, quelli relativi al periodo ottobre 1988-novembre 1993.

Nel merito, comunque, la domanda non è fondata.

L'art. 99 del d.P.R. 29.12.1973, n. 1092, rubricato "Indennità integrativa speciale", sancisce, al primo comma, la spettanza al titolare di pensione della indennità integrativa speciale, quota del trattamento variabile in dipendenza dell'andamento del costo della vita.

Il secondo comma dell'art. 99 citato dispone testualmente: "Al *titolare di più pensioni o assegni l'indennità integrativa speciale compete a un solo titolo".*

Il quinto comma disponeva, poi, che la corresponsione della indennità integrativa fosse sospesa nei confronti del titolare di pensione o di assegno che prestasse opera retribuita, sotto qualsiasi forma, presso lo Stato, amministrazioni pubbliche o enti pubblici, anche se svolgenti attività lucrativa.

Tali disposizioni riproducono sostanzialmente l'art. 2, sesto e settimo comma, della legge 27.5.1959, n. 324 che disciplinava in origine l'indennità integrativa speciale.

Deve poi rammentarsi quanto previsto dall'art. 17 della legge 21 dicembre 1978, n. 843 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria). Tale articolo ha disposto, al primo comma, il divieto di cumulo della indennità integrativa speciale con la retribuzione percepita in costanza di rapporto di lavoro alle dipendenze di terzi, facendo salvo però, l'importo corrispondente al trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti.

Il successivo art 19 della medesima legge n. 843 del 1987 ha disposto che "a decorrere dal 1° gennaio 1979 ai titolari di più pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti o delle gestioni dei lavoratori autonomi o a carico delle gestioni obbligatorie di previdenza sostitutive o, comunque, integrative dell'assicurazione generale obbligatoria sopra richiamata o che ne comportino l'esclusione o l'esonero, la quota aggiunta di cui al terzo comma dell'articolo 10 della legge 3 giugno 1975, n.

160, l'incremento dell'indennità integrativa speciale di cui all'art. 1 della legge 31 luglio 1975, n. 364, o altro analogo trattamento collegato con le variazioni del costo della vita, sono dovuti una sola volta.

La Corte costituzionale è intervenuta in più occasioni sulle disposizioni sopra riportate di cui all'art. 99 del d.P.R. n. 1092/73 e di cui all'art. 17 l. n. 843/78, ma senza intaccare il principio di divieto di cumulo dell'indennità integrativa in caso di titolarità di più pensioni.

In particolare, con la sentenza n. 566 del 1989 la Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, del d.P.R. 29 dicembre 1973, n. 1092 "nella parte in cui dispone la sospensione dell'indennità integrativa speciale nei confronti dei pensionati che prestino opera retribuita, sotto qualsiasi forma, presso lo Stato, le amministrazioni pubbliche e gli enti pubblici, anche se svolgano attività lucrativa".

La Corte ha ravvisato un parziale contrasto con l'art. 36, primo comma, della Costituzione rammentando che la riduzione del trattamento di pensione, nel caso di concorso con altra prestazione retribuita, di per sé non è illegittima (sentenze n. 275 del 1976, n. 155 del 1969 e n. 105 del 1963), essendo ragionevole che il legislatore tenga conto della maggiorazione di compenso derivante al pensionato a seguito della nuova attività, ma evidenziando che "la diminuzione del trattamento pensionistico complessivo può essere giustificata e compatibile col principio stabilito dall'art. 36, primo comma, della Costituzione, solo ove sia correlata ad una retribuzione della nuova attività lavorativa che ne giustifichi la misura. Ne deriva che non sono legittime norme che, come quella impugnata, implicano una sostanziale decurtazione del complessivo trattamento pensionistico, senza stabilire il limite minimo dell'emolumento dell'attività esplicata, in relazione alla quale tale decurtazione diventa operante". *La Corte costituzionale ha quindi dichiarato illegittimo l'art. 99, 5° comma giacché esso* "non ha stabilito il limite dell'emolumento per le attività alle quali si riferisce, dovendosi ritenere ammissibile, al di sotto di tale limite, il cumulo integrale fra trattamento pensionistico e retribuzione, senza che sia sospesa la corresponsione dell'indennità integrativa".

Con la successiva sentenza n. 172 del 1991 (1) la Corte costituzionale ha esaminato la più generale disposizione del sopra citato art. 17 della legge 21 dicembre 1978, n. 843, che, come detto, sancisce il divieto di cumulo dell'indennità integrativa con la retribuzione percepita per attività lavorativa svolta a favore di terzi.

Il giudice remittente, cioè la Corte dei conti, dubitava, in riferimento agli artt. 3 e 36 della Costituzione, della legittimità di tale disposizione nella parte in cui non prevede, anche in favore del titolare di due pensioni – così come dispone per il titolare di una pensione che presti opera retribuita presso terzi – che oltre all'intera indennità integrativa riferita ad una pensione, gli sia garantito anche il trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti. La Corte ha reputato fondata la questione osservando che, irragionevolmente, in base alla disposizione impugnata, poteva accadere che, un soggetto il quale fosse titolare di una pensione statale di reversibilità e fosse a sua volta impiegato statale, potesse

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 409.

beneficiare della suddetta integrazione finché è in servizio ma non, invece, dal momento del suo collocamento a riposo. *"Il passaggio dalla condizione di lavoratore dipendente a quella di pensionato non può infatti giustificare una minore tutela, in relazione a prestazioni destinate ad assicurare il soddisfacimento dei bisogni fondamentali della vita"*. La norma è stata perciò dichiarata illegittima nella parte in cui non estende al titolare di due pensioni la medesima garanzia prevista per il titolare di pensione che presti altresì lavoro dipendente. Consegue, quindi, che anche il titolare di due pensioni gode della clausola di salvezza prevista per l'ipotesi del pensionato che presta attività di lavoro subordinato nel senso che in ogni caso la pensione non può essere decurtata così da divenire inferiore al trattamento minimo.

La Corte ha quindi annullato la disposizione dell'art. 17 della l. n. 843/78 "nella parte in cui non prevede che anche nei confronti del titolare di due pensioni, pur restando vietato il cumulo delle indennità integrative speciali, debba comunque farsi salvo l'importo corrispondente al trattamento minimo di pensione previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti".

La Corte è poi nuovamente intervenuta sull'art. 17 della l. n. 843/78 ma soltanto con riferimento all'ipotesi di cumulo di retribuzione ed indennità integrativa affermando, con la sentenza n. 204 del 1992 (2), l'illegittimità costituzionale di detta disposizione nonché dell'art. 15 del decreto-legge 30 dicembre 1979, n. 663, conv. nella l. 29 febbraio 1980, n. 33, nella parte in cui non determinano la misura della retribuzione oltre la quale diventano operanti l'esclusione e il congelamento dell'indennità integrativa speciale.

Conseguenza necessaria della pronuncia n. 172 del 1991 (3) è stata la ulteriore pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 99, 2° comma del d.P.R. n. 1092/73, che prevedeva in assoluto il divieto di cumulo di indennità integrative in caso di titolarità di più pensioni. La Corte costituzionale, infatti, con sentenza 31 dicembre 1993, n. 494, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, 2° comma citato, nella parte in cui non prevede che, nei confronti del titolare di due pensioni, pur restando vietato il cumulo delle indennità integrative speciali, debba comunque farsi salvo l'importo corrispondente al trattamento minimo previsto per il Fondo pensioni lavoratori dipendenti, in armonia con quanto risultante dall'art. 17, 1° comma della legge n. 843/78 per effetto della citata dichiarazione di illegittimità di cui alla sentenza n. 172/91.

Deve, infine, ricordarsi la sentenza n. 516 del 2000 con la quale la Corte costituzionale, nell'esaminare una disposizione della legge regionale siciliana 29 ottobre 1985 n. 41, la quale prevedeva un divieto di cumulo di carattere generale senza stabilire un limite minimo della retribuzione di attività o del complessivo trattamento pensionistico, ha affermato chiaramente che *"l'illegitti*mità costituzionale non deriva dal divieto di cumulo, di per sé non incostituzionale in relazione alla originaria funzione della indennità di contingenza (o similare) come elemento aggiuntivo (correlato a percentuale di stipendio o pensione) e separato dalla retribuzione o pensione con finalità di adeguarla ad un livello minimo rispetto alle variazioni del costo

(2) Idem, 1992, p. 684.
(3) Idem, 1991, p. 409.

della vita: ma si verifica in presenza di divieto di cumulo di indennità di contingenza (o similare) generalizzato, cioè senza che sia fissato un limite minimo o trattamento complessivo per le attività alle quali si riferisce al di sotto del quale non debba operare il divieto stesso".

L'art. 19 della l. n. 843/78 non è mai stato ritenuto incostituzionale e l'art. 99, 2° comma del d.P.R. n. 1092/73 è stato dichiarato illegittimo solo perché non prevede che sia comunque fatto salvo il trattamento pensionistico minimo, sicché, come appunto ribadito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 171/91 e 494/93 (4), permane il divieto di cumulo delle indennità integrative speciali, con l'unico limite che nessuna delle due pensioni può essere inferiore al trattamento minimo.

La Corte di cassazione, con la sentenza 28.10.1999, n. 12123 (5) ha ben illustrato quale sia la situazione normativa derivante dagli interventi della Corte costituzionale, in un caso in cui, appunto, come in quello presente, l'originario ricorrente era titolare di due pensioni ed il Tribunale aveva riconosciuto il diritto a percepire l'indennità integrativa speciale sulla sola pensione a carico del Ministero del Tesoro, non risultando l'altra pensione inferiore al trattamento minimo di pensione.

La S.C., rammentato quanto disposto dagli artt. 17 e 19 della l. n. 843 del 1978, ha quindi evidenziato che mentre l'art. 17 disciplina il caso di concorso di pensione con retribuzione, l'art. 19 riguarda l'ipotesi di concorso di due o più pensioni. Nel caso di specie trova applicazione l'art. 19 perché si controverte sul diritto del ricorrente a percepire l'indennità integrativa speciale su entrambe le pensioni delle quali egli è titolare. Ora, l'art. 19 dichiara in modo non equivoco che ai titolari di più pensioni l'indennità integrativa speciale spetta una sola volta. Senonché il ricorrente sostiene che il detto art. 19 è norma inapplicabile, per le seguenti ragioni. La Corte Costituzionale con sentenza n. 204 del 29 aprile 1992 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17, primo comma, della legge n. 843 del 1978, per contrasto con l'art. 36 Cost., nella parte in cui non determina la misura della retribuzione oltre la quale diviene inoperante l'esclusione dell'indennità integrativa speciale. Da questa sentenza, secondo il ricorrente, si ricaverebbe il principio che una norma la quale, incidendo sui diritti del pensionato, non ne indichi anche i limiti, è inapplicabile. In altri termini, la sentenza costituzionale comporterebbe che non si possa andare al di sotto di un trattamento minimo di pensione. Allorquando il testo della norma non garantisce contro questa eventualità, la norma stessa è inoperante. La regola – conclude il ricorrente – dettata dalla sentenza costituzionale per i casi di cumulo di pensione con retribuzione (art. 17), varrebbe anche nei casi di cumulo di pensioni (art. 19). Questa tesi non può essere condivisa, perché la situazione di cumulo di pensione con retribuzione non è comparabile a quella di cumulo di pensioni. Nella prima ipotesi, quella dell'art. 17 dichiarato incostituzionale, la sentenza del Giudice delle leggi viene a colmare un vuoto dell'ordinamento. Invero, l'art. 17 non fissa un trattamento minimo di retribuzione al di là del quale si perde il diritto all'indennità integrativa speciale, sicché il pensionato potrebbe essere privato del beneficio sol che percepisca una retribuzione, sia pur essa di importo mini-

(4) Idem, 1994, p. 61.
(5) Idem, 2000, p. 828.

mo. Di qui l'intervento della Corte Costituzionale, che ha reso necessaria, per la funzionalità della norma limitativa, la fissazione di un livello di retribuzione al di sotto del quale il pensionato conserva il diritto all'indennità integrativa speciale. L'inconveniente derivante dalla lacuna presente nell'art. 17 non si ripropone nell'ipotesi disciplinata dall'art. 19, che riguarda il diverso caso del cumulo di pensioni In questo caso un limite da salvaguardare esiste. ed è dato dal trattamento minimo. Il principio per cui la *norma* limitativa sarebbe inoperante non vale più, perché le pensioni hanno sempre la garanzia del trattamento minimo, e pertanto per esse non vi sono ostacoli alla piena operatività della regola dettata dall'art. 19, secondo cui non è possibile godere due volte del sistema di perequazione".

Non appare, invece, condivisibile quanto affermato dalla S.C. con la sentenza 8.4.2000, n. 4465. Con tale sentenza, invero, il Giudice di legittimità ha affermato che "la disposizione del comma 1 dell'art. 19 l. n. 843 del 1978 (prevedente che ai titolari di più pensioni a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, o a carico di gestioni obbligatorie di previdenza sostitutive o integrative di quella obbligatoria, l'indennità integrativa speciale è dovuta una sola volta) opera solo nei confronti di titolari di più pensioni tutte a carico delle gestioni sopraindicate, onde, nell'ipotesi di titolarità di una pensione a carico dell'Inps e di una pensione a carico dello Stato, l'Inps non può negare l'indennità integrativa speciale sulla pensione a suo carico, senza che, in contrario, sia invocabile l'art. 99 d.P.R. n. 1092 del 1973, prevedente che al titolare di più assegni o pensioni l'indennità "de qua" spetta ad un solo titolo, giacché detta norma legittima soltanto gli organi statali erogatori di forme di previdenza a carico dello Stato a negare l'indennità integrativa speciale sulla pensione statale nell'ipotesi di titolarità di più pensioni (siano esse tutte a carico dello Stato, ovvero parte a carico dello Stato e parte a carico di altre gestioni previdenziali)".

Si osserva, infatti, che, nonostante la formulazione letterale del primo comma dell'art. 19 l. n. 843/78 farebbe pensare che esso non si riferisca al caso di pensioni erogate dallo Stato, il secondo comma della stessa disposizione stabilisce che "ai fini previsti dal precedente comma, qualora su una delle pensioni trovi applicazione la L. 31 luglio 1975, n. 364, continua a corrispondersi l'indennità integrativa speciale di cui alla legge stessa, restando in ogni caso non dovuta la quota aggiuntiva di cui all'art. 10, L. 3 giugno 1975, n. 160, o altro analogo trattamento collegato con le variazioni del costo della *vita".*

La citata legge 31.7.1975, n. 364 riguarda proprio l'indennità integrativa speciale spettante al personale statale in attività di servizio ed in quiescenza, sicché il divieto di cumulo, risultante dalle disposizioni degli artt. 19 l. n. 843/78 e 99 d.P.R. 1092/73, concerne ogni caso di titolarità di più pensioni.

Del resto, apparirebbe contrario allo spirito della legge imporre all'INPS di corrispondere comunque l'indennità integrativa speciale, pur godendo il pensionato di altro trattamento già comprensivo di indennità integrativa, salvo poi eventuale sospensione del pagamento dell'indennità da parte dello Stato, con probabile se non certa corresponsione di indebiti, forse neppure recuperabili data la disciplina di favore per i pensionati sugli indebiti pensionistici.

Effetto questo che il legislatore ha certamente voluto evitare avendo dettato all'art. 19 l. n. 843/78 i criteri per individuare su quale pensione debba essere cor-

risposta l'indennità e prevedendo, in particolare, che l'indennità è a carico della gestione che ha liquidato la pensione avente decorrenza più remota o, in caso di pari decorrenza, della gestione che eroga la pensione di importo più elevato. Tanto, all'evidente fine di lasciar ferma la misura della pensione erogata da epoca più remota.

Nella fattispecie, appunto, la C. è divenuta titolare di pensione diretta erogata dall'INPS (1991) dopo che era già titolare della pensione di reversibilità corrisposta dall'INPDAP (1988). Pertanto, la pensione sulla quale doveva essere corrisposta l'indennità integrativa era appunto quella di reversibilità.

In definitiva, deve escludersi il diritto della ricorrente di percepire l'indennità integrativa speciale sulla pensione di diretta erogata dall'INPS, non essendo stata neppure prospettata la evenienza che la stessa, nel periodo in questione 1988-2001, sia inferiore al trattamento minimo.

Le spese di lite, considerata la complessità della materia e le oscillazioni anche della giurisprudenza di questo Ufficio, possono essere interamente compensate.

(Omissis)

Processo civile - Interesse ad agire - Difetto - Conseguenze - Inammissibilità della domanda.

Pensioni - Pensione in regime internazionale - Liquidazione - Calcolo della pensione virtuale - Importo comprensivo della integrazione al minimo - Ammissibilità - Condizioni - Spettanza di detta integrazione ai sensi della legge italiana.

Tribunale di Roma, Sez. Lavoro – 28.10.2005 n. 29054 – Dott. Nunziata - V. (Avv.ti Ciancaglini, Rossi) - INPS (Avv. Ciriello)

È inammissibile per difetto di interesse la domanda giudiziaria di riliquidazione della pensione ove l'applicazione dei criteri di calcolo invocati dal ricorrente determinino una riduzione del trattamento in essere.
In tema di liquidazione della pensione di vecchiaia in regime internazionale, l'integrazione al trattamento minimo va computata nel calcolo della pensione virtuale – e cioè dell'importo che sarebbe conseguito con l'applicazione della sola legge nazionale – solo se detta integrazione spetti al lavoratore ai sensi della legge italiana.

FATTO – Con ricorso depositato il 22-2-2005 la parte indicata in epigrafe esponeva: di essere titolare di pensione di reversibilità SOS corrisposta dall'Inps con decorrenza 1-5-2001 in base a provvedimento del 5-3-2004; che si era ivi deter-

minato un pro-rata di pensione calcolato sulla base di pensione virtuale non integrata al minimo. Ciò premesso, adiva il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, per sentire dichiarare il proprio diritto a percepire la pensione con prò-rata calcolato sulla base di pensione virtuale integrata al trattamento minimo e per sentire condannare l'Inps a corrisponderle le conseguenti differenze oltre accessoria Instauratosi il contraddittorio, si costituiva il convenuto, che resisteva alla domanda.

All'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo.

DIRITTO – La domanda è inammissibile.

L'Inps ha dedotto preliminarmente che il trattamento pensionistico in pagamento (euro 79,33) è superiore a quello (euro 60,56) che deriverebbe dal ricalcalo del pro-rata invocato dal pensionato. Ha prodotto documentazione da cui risulta la circostanza in questione. La controparte, invitata esplicitamente da questo giudice a prendere posizione sul punto con brevi note da depositare entro il 12-10-2005, non vi ha provveduto a tutt'oggi.

Alla luce delle risultanze della suddetta documentazione e del comportamento processuale della parte, la circostanza deve ritenersi provata.

Ne consegue la carenza di un interesse concreto ed attuale ad agire, richiesto dall'art.100 cpc, come condizione di ammissibilità della domanda.

Solo per ragioni di completezza, si osserva che la domanda è anche infondata per le ragioni che seguono.

L'art. 46 comma 2° lett.a Reg. CEE n. 1408-71 detta disposizioni per il computo della pensione dei lavoratori – come il marito della ricorrente – che hanno effettuato periodi lavorativi sia in Italia che in altri Stati membri dalla Unione Europea. Vige in materia il principio della ed totalizzazione, per cui tutti i periodi lavorativi si cumulano e si calcola il ed importo virtuale della pensione; successivamente ciascuno Stato eroga una quota (cd pro-rata) di detta, pensione virtuale, corrispondente al periodo lavorativo svolto nel suo territorio e secondo la rispettiva legge nazionale. La norma in esame recita dunque: "l'istituzione competente calcola l'importo teorico delle prestazioni cui l'interessato avrebbe diritto se tutti i periodi di assicurazione e-o di residenza, compiuti sotto le legislazioni degli Stati membri alla quali il lavoratore, subordinato o autonomo, è stato soggetto, fossero stati compiuti nello Stato membro in questione e sotto la legislazione che essa applica alla data della liquidazione della prestazione ...". L'Inps, pertanto, doveva calcolare l'importo teorico, cumulando i vari periodi ed applicando la legge nazionale, precedendo al conteggio come se tutta la vita lavorativa del lavoratore si fosse svolta in Italia.

Ebbene, non vi è deduzione ne tantomeno prova che il predetto, se avesse lavorato ininterrottamente in Italia, avrebbe avuto titolo a pensione da liquidare con integrazione al minimo, nulla risultando, in particolare, circa il possesso di redditi inferiori alla soglia prescritta per la concessione del beneficio- Non può infatti pretendersi il diritto alla integrazione sull'importo virtuale della pensione per il solo fatto che questa va poi sottoposta alla procedura del pro-rata, poiché l'art.46 prescrive che il calcolo della prestazione virtuale va fatto alla stregua della legislazione nazionale, senza prevedere alcuna eccezione.

Ne tale interpretazione si pone in contrasto con la sentenza della Corte di Giustizia del 24-9-1998, ma anzi fa pedissequa applicazione dei principi da essa enunciati. Ed infatti nella sentenza C-132-96 la Corte ha affermato che una prestazione minima garantita da uno Stato membro deve essere presa in considerazione nel calcolo dell'importo teorico previsto dal citato art. 46, ma ciò sul presupposto, inespresso, perché nella fattispecie pacifico, che la integrazione spettava ai sensi della normativa nazionale.

È inconferente il richiamo all'art. 10 bis del Regolamento indicato, ove si esclude la esporfcabilità al di fuori dello Stato membro di residenza delle prestazioni a carattere non contributivo, come l'integrazione al minimo. La stessa Corte, nella sentenza in esame, ha infatti affermato che la possibilità di esportare una prestazione come il complemento previsto dalla legge italiana non presenta alcun nesso con la determinazione dell'importo teorico della pensione (Cass. 11068-04 (1)).

Conferma tale orientamento la recente sentenza della Corte di Giustizia del 21-7-2005, resa nel procedimento C-30/04, all'esito dei quale l'art. 46 citato è stato interpretato proprio nel senso che, ai fini della determinazione dell'importo teorico della pensione assunto come base di calcolo del prò-rata stesso, l'ente competente non è obbligato a prendere in considerazione un'integrazione diretta a garantire la pensione minima prevista dalla normativa nazionale, qualora, per effetto del superamento dei limiti di reddito fissati dalla normativa nazionale in relazione all'integrazione medesima, un assicurato che abbia svolto interamente la propria attività lavorativa nello Stato membro interessato non possa avere diritto all'integrazione medesima.

Non va concesso il termine chiesto all'odierna udienza per la produzione di documentazione inerente alla situazione reddituale del pensionato.

Nel rito del lavoro, sia il ricorrente nel ricorso introduttivo che il resistente nella comparsa di risposta tempestivamente depositata devono indicare, a pena di decadenza, specificamente i mezzi di prova dei quali intendono avvalersi ed in particolare i documenti che offrono in comunicazione e che devono contestualmente depositare (artt. 414 e 416 cpc) con perfetta equiparazione processuale della posizione del ricorrente a quella del resistente (Corte Cost. 13-77).

È dunque preclusa la produzione di ulteriori documenti, salvo che essi si siano formati successivamente o vi sia stata una provata difficoltà nel reperirli o che la relativa produzione sia giustificata dallo sviluppo del giudizio (v. Cass. SS UU n. 8202-05).

Il ricorrente ha omesso di formulare nel ricorso introduttivo qualsiasi deduzione, di produrre qualsiasi documentazione e di articolare qualsiasi mezzo di prova sul punto in sede di costituzione in giudizio. Egli pertanto è decaduto dalla prova.

Nè l'intervento di nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla normativa vigente costituiscono "sviluppo del giudizio" nel senso sopra esposto, atteso che la controversia resta incentrata sulle medesime deduzioni di fatto e sulle medesime ragioni di diritto in relazione a normativa preesistente ed immutata (non vi è "ius superveniens"). E comunque la interpretazione giurisprudenziale sopra descritta, al

(1) V. in q. Riv., 2005, p. 458.

momento della instaurazione del giudizio, era già stata fatta propria dalla Corte di Cassazione (v. sopra).

Non va esercitato il potere istruttorie di ufficio del giudice, atteso che, alla stregua della situazione probatoria offerta dalle parti nei limiti temporali prescritti, non vi è alcuna risultanza che offra significativi dati di indagine sul punto in esame (Cass. SS UU citata).

Le spese processuali/ liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

GIUDICE DI PACE
Sezioni Civili

Surrogatoria (Azione) - Surrogazione legale dell'assicuratore - Concorso di colpa fra l'infortunato e terzo responsabile - Diritto dell'ente previdenziale all'intero ammontare delle prestazioni erogate – Sussistenza.

Giudice di Pace di Piacenza – 17.06.2006, n. 589 – Dott. Lignola - INPS (Avv.ti Berloco, Ciarelli) - B. - Royal Sunalliance Assicurazioni

Nel caso di concorso di colpa fra l'infortunato, che abbia usufruito del trattamento di un ente previdenziale, e il terzo responsabile dell'illecito, l'ente che agisce nei confronti di quest'ultimo in surrogazione dell'assistito ha diritto di ottenere l'intero ammontare delle prestazioni erogate, non decurtato della quota riferibile al concorso di colpa.

FATTO – Con atto di citazione regolarmente notificato l'Inps deducendo la responsabilità, anche a titolo concorrente, della sig.ra S. B., proprietaria e conducente dell'autocarro Nissan tg. AA 498 PE assicurato per la rca con la spa Royal Sunalliance ass.ni, conveniva in giudizio i predetti per sentirli condannare, nelle rispettive qualità ed in solido tra loro, al pagamento di € 208,15 – oltre interessi e rivalutazione monetaria – pari alla differenza tra la somma di € 492,34 già corrisposta dalla Royal Sunalliance ass.ni e quella (€ 689,49) erogata dall'Inps a titolo di indennità malattia al proprio assistito S. S. a causa di un incidente stradale avvenuto il 5.12.2004 alle ore 19,15 in Piacenza per colpa della sig.ra S. B.

Si costituivano in giudizio, tardivamente, i convenuti i quali sulla scorta di una perizia di parte rilevavano la corresponsabilità (nella misura del 70%) della B. nella causazione dell'incidente stradale de quo e quindi chiedevano il rigetto della domanda attrice sul presupposto della congruità della somma rimborsata in proporzione al grado di responsabilità della B.

Non essendo necessaria un'attività istruttoria, trattandosi di una questione di puro diritto, all'udienza del 2.5.2006, le parti precisavano le conclusioni e chiedevano che la causa fosse trattenuta per la decisione.

DIRITTO – La domanda è fondata e pertanto merita accoglimento alla luce della consolidata giurisprudenza, a cui questo giudice aderisce, della. S.C. 1. sull'an.

Essendo stato acclarato che la responsabilità dell'incidente stradale, avvenuto il 5.12.2004 alle ore 19,15 in Piacenza, è da addebitarsi nella misura del 70% alla

sig.ra S. B. per l'omessa precedenza al veicolo condotto da S. S. (v. relazione peritale in atti di parte convenuta, relazione non contestata dall'Inps) ne consegue l'integrale liquidazione della somma richiesta (€ 208,15) non incidendo sul diritto di surroga il concorso di colpa del danneggiato assicurato; talché l'Inps ha diritto alla ripetizione dal terzo autore del danno dell'intera indennità erogata a favore del S. non sopportando il credito dell'Inps riduzioni a cagione di detto concorso verificandosi ai sensi dell'art. 1916 cc una successione a titolo particolare tra assicurato ed assicuratore, con l'unico limite della somma effettivamente dovuta a titolo di risarcimento del danno.

Nel nostro caso i convenuti non avendo fornito la prova del versamento del completo massimale alla parte danneggiata v'è da credere che al momento della dazione della somma all'inps il massimale non era ancora del tutto esaurito sempre nei limiti di cui si è detto.

2. Sul quantum debeatur.

L'Inps ha diritto al rimborso della somma quantificata, perché non contestata dai convenuti, e perché la documentazione proveneniente da un ente pubblico costituisce prova idonea del credito, in quanto assistita dalla presunzione di legittimità superabile solo a mezzo di specifica prova contraria (che comunque è mancata); inoltre i dati esposti nell'estratto conto risultano tratti da libri e registri regolarmente tenuti a norma di leggi e regolamenti (v. doc. in atti).

3. sugli interessi e rivalutazione monetaria.

Sulla somma dovuta, a titolo di surrogazione dell'art. 1916 cc, trattandosi di un debito di valore sono dovuti gli interessi e la rivalutazione monetaria dalla data dell'erogazione dell'indennità al saldo.

4. Quanto alle spese di causa: la soccombenza nei confronti dell'Inps comporta la condanna, in solido e nelle rispettive qualità, dei convenuti alle spese che a tale titolo in via equitativa vengono liquidate in dispositivo.

(Omissis)

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Processo Civile – Sentenza del Giudice Ordinario - Esecuzione - Giudizio di ottemperanza – Limiti.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO, 06.11.2006, n. 1540 - Pres. Bianchi - Est. Soricelli - Euroservizi s.r.l. (Avv. Iaboni) - INPS (Avv.ti Petrucciano, Tuminelli)

Poiché in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello affermato con la sentenza da eseguire, deve essere dichiarato inammissibile il ricorso con il quale, a fronte di una sentenza del giudice ordinario che si limita ad accertare il diritto della società ricorrente ad essere inquadrata nel settore industria, venga richiesta la restituzione dei contributi versati, presupponendo, quest'ultima, una sentenza di condanna.

FATTO e DIRITTO – **1**. Con la sentenza indicata in epigrafe – ormai passata in giudicato – il giudice del lavoro di Frosinone – revocato un decreto ingiuntivo che l'I.N.P.S. di Frosinone aveva ottenuto avverso la odierna ricorrente – accertava il diritto di quest'ultima "ad essere inquadrata nel settore industria".

2. Con il ricorso all'esame la ricorrente – premesso che per effetto dell'inquadramento nel settore "industria" in luogo del settore "commercio" essa risulta creditrice nei confronti dell'I.N.P.S. della somma di euro 57.221,87 (relativa a tutto il periodo 4 febbraio 1991/31 dicembre 2005), come risulta da verbale di accertamento in data 8 febbraio 2006 dello stesso istituto – chiede che la sezione fissi a quest'ultimo un termine per provvedere al pagamento di tale somma e nomini sin d'ora un commissario che provveda in via sostitutiva in caso di inerzia.

3. Si è costituito in giudizio l'I.N.P.S. in proprio e quale mandatario della Società di cartolarizzazione dei crediti I.N.P.S. S.C.C.L s.p.a. che resiste al ricorso.

1. Il ricorso è inammissibile.

2. Come persuasivamente eccepito dall'I.N.P.S., la sentenza del giudice del lavoro di Frosinone di cui è chiesta l'esecuzione si limitava a riconoscere il diritto della ricorrente alla iscrizione nella categoria "industria" senza nulla disporre in ordine al diritto al rimborso dei contributi versati e senza pronunciare alcuna condanna in merito.

Poiché, in sede di giudizio di ottemperanza, non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile (Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2001 n. 49; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 agosto 2000, n. 4459,

Consiglio di Stato, sez. IV, Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 247, Consiglio di Stato, sez. IV, 17 aprile 2003, n. 2007, Consiglio di Stato, sez. IV 5 agosto 2003, n. 4449).

Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese della presente fase processuale.

(Omissis)

ELISABETTA BERGAMINI

Ricercatore di diritto internazionale - Università degli studi di Udine

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
4 luglio 2006
«Direttiva 1999/70/CE - Clausole 1, lett. b), e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato - Successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico - Nozioni di "contratti successivi"e di "ragioni obiettive" che giustificano il rinnovo di tali contratti - Misure di prevenzione degli abusi - Sanzioni - Portata dell'obbligo di interpretazione conforme»

Nel procedimento C-212/04,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Monomeles Protodikeio Thessalonikis (Grecia), con decisione 8 aprile 2004, pervenuta in cancelleria il 17 maggio 2004, nella causa tra

Konstantinos Adeneler,

(omissis)

LA CORTE (Grande sezione),

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle clausole 1 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«accordo quadro») che figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43), nonché sull'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme imposto ai giudici degli Stati membri.

(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"*.

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il sig. Adeneler e altri 17 dipendenti e il loro datore di lavoro, l'Ellinikos Organismos Galaktos (Ente ellenico del latte; in prosieguo: l'«ELOG»), avente ad oggetto il mancato rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato che li vincolavano a quest'ultimo.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. La direttiva 1999/70 si basa sull'art. 139, n. 2, CE e ai sensi del suo art. 1 è diretta ad «attuare l'accordo quadro (…), che figura nell'allegato, concluso (…) fra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale (CES, CEEP e UNICE)».

4. Dai 'considerando' terzo, sesto, settimo, dal tredicesimo al quindicesimo e diciassettesimo della detta direttiva nonché dai commi dal primo al terzo del preambolo e dai nn. 3, 5-8 e 10 delle considerazioni generali dell'accordo quadro risulta che:

– la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea mediante il ravvicinamento di tali condizioni, che costituisca un progresso, soprattutto per quanto riguarda le forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo indeterminato, al fine di raggiungere un equilibrio migliore tra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori;

– tali obiettivi non possono essere realizzati in modo sufficiente dagli Stati membri, pertanto è stato ritenuto adeguato il ricorso ad un provvedimento comunitario giuridicamente vincolante elaborato in stretta collaborazione con le parti sociali rappresentative;

– le parti dell'accordo quadro riconoscono che, da un lato, i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro, poiché contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e al miglioramento delle loro prestazioni, ma che, dall'altro, i contratti di lavoro a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, alle necessità sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori;

– l'accordo quadro stabilisce i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato, stabilendo, in particolare, un regime di carattere generale volto a garantire la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato proteggendoli dalle discriminazioni, nonché a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, rimettendo agli Stati membri e alle parti sociali la definizione delle modalità dettagliate di applicazione dei detti principi e disposizioni, al fine di tenere conto delle realtà di situazioni specifiche nazionali, settoriali e stagionali;

– pertanto il Consiglio dell'Unione Europea ha considerato che l'atto adeguato per l'attuazione di tale accordo quadro è una direttiva, in quanto essa vincola gli Stati membri per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ma lascia a questi ultimi la scelta della forma e dei mezzi;

– con riferimento più in particolare ai termini impiegati nell'accordo quadro,

ma che non sono in esso definiti in modo specifico, la direttiva 1999/70/CE lascia agli Stati membri il compito di definirli in conformità alla legislazione e/o alla prassi nazionale, purché tali definizioni rispettino l'accordo quadro;

– secondo le parti firmatarie dell'accordo quadro, l'utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato fondato su ragioni obiettive costituisce un mezzo di prevenzione degli abusi a danno dei lavoratori.

5. Ai sensi della clausola 1 dell'accordo quadro «[l]'obiettivo [di quest'ultimo] è:

a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione;

b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

6. La clausola 2 dell'accordo quadro prevede:

«1. Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai:

a) rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato;

b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».

7. La clausola 3 dello stesso accordo è formulata come segue:

«1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico;

2. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze.

In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali».

8. La clausola 5 dell'accordo quadro enuncia:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati "successivi";

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

9. La clausola 8 dell'accordo quadro stabilisce:

«1. Gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo.

(…)

3. L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

(…)».

10. Ai sensi dell'art. 2, commi primo e secondo, della direttiva 1999/70/CE:

«Gli Stati membri mettono in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 10 luglio 2001 o si assicurano che, entro tale data, le parti sociali introducano le disposizioni necessarie mediante accordi. Gli Stati membri devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente direttiva. Essi ne informano immediatamente la Commissione.

Gli Stati membri possono fruire di un periodo supplementare non superiore ad un anno, ove sia necessario e previa consultazione con le parti sociali, in considerazione di difficoltà particolari o dell'attuazione mediante contratto collettivo. Essi devono informare immediatamente la Commissione di tali circostanze».

11. L'art. 3 della stessa direttiva enuncia quanto segue:

«La presente direttiva entra in vigore il giorno della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee».

La normativa nazionale

12. Secondo le indicazioni della Commissione, il governo ellenico ha informato tale istituzione che esso intendeva fare uso della facoltà, prevista nell'art. 2, secondo comma, della direttiva 1999/70/CE, di disporre di un periodo supplementare per l'adozione delle misure di attuazione di tale direttiva; di conseguenza, in ragione di tale proroga, il termine scadeva soltanto il 10 luglio 2002.

13. Il recepimento della detta direttiva nell'ordinamento giuridico greco è intervenuto nel corso dell'aprile 2003.

14. Infatti, il decreto presidenziale n. 81/2003, recante disposizioni relative ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato (FEK A' 77/2.4.2003), che costituisce la prima misura di attuazione della direttiva 1999/70/CE, è entrato in vigore il 2 aprile 2003.

15. L'art. 2, n. 1, del detto decreto precisa che quest'ultimo è «applicabile a lavoratori con contratto o rapporto di lavoro dipendente a tempo determinato».

16. In seguito, in applicazione dell'art. 1 del decreto presidenziale n. 180/2004

(FEK A' 160/23.8.2004), entrato in vigore il 23 agosto 2004, l'art. 2, n. 1, del detto decreto presidenziale è stato sostituito con il seguente testo:

«Il presente decreto presidenziale si applica ai lavoratori dipendenti del settore privato con contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato (…)».

17. Nella sua versione iniziale l'art. 5 del decreto presidenziale n. 81/2003, intitolato «Disposizioni per la protezione del lavoratore e per la prevenzione di elusioni della legge a suo danno», enunciava che:

«1. Il rinnovo illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato è consentito se giustificato da una ragione obiettiva.

a) Sussiste una ragione obiettiva in particolare:

(…) qualora la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare (…)

b) Salvo prova contraria da parte del lavoratore, l'esistenza di una ragione obiettiva si presume nei settori di attività che vi si prestano in ragione della loro natura o del lavoro in essi svolto (…)

(…)

3. Se la durata dei successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato supera complessivamente i due anni in assenza di una delle ragioni di cui al n. 1 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che essi vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Se nel detto periodo di due anni vi sono stati più di tre rinnovi successivi, ai sensi del n. 4 di questo articolo, in assenza di una delle ragioni di cui al n. 1 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che i contratti corrispondenti vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

In ognuna di tali fattispecie l'onere della prova contraria ricade sul datore di lavoro.

4. Sono considerati "successivi" i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore tra i quali intercorra un periodo non superiore a venti giorni lavorativi.

5. Le disposizioni di questo articolo si applicano ai contratti o ai rinnovi di contratti o ai rapporti di lavoro aventi luogo dopo l'entrata in vigore di questo decreto».

18. Dopo l'entrata in vigore del decreto presidenziale n. 180/2004, il detto art. 5 è formulato come segue:

«1. Il rinnovo illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato è consentito se giustificato da una ragione obiettiva. Una siffatta ragione sussiste in particolare:

se il rinnovo è giustificato dalla forma, dal tipo o dall'attività del datore di lavoro o dell'impresa o da motivi o esigenze particolari, qualora tali circostanze risultino direttamente o indirettamente dal contratto interessato, come ad esempio in caso di sostituzione provvisoria del lavoratore, di esecuzione di lavori provvisori, di temporaneo sovraccarico di lavoro, oppure, nel caso in cui la durata limitata è legata all'istruzione o alla formazione, qualora il rinnovo del contratto avvenga con

lo scopo di facilitare il passaggio del lavoratore ad un'occupazione analoga, o di realizzare un'opera o un programma concreti, o è relativo al raggiungimento di un risultato concreto (…)

(…)

3. Se la durata dei successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato supera complessivamente i due anni, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che essi vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Se nel detto periodo di due anni vi sono stati più di tre rinnovi successivi, ai sensi del n. 4 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che i contratti corrispondenti vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

In ognuna di tali fattispecie l'onere della prova contraria ricade sul datore di lavoro.

4. Sono considerati "successivi" contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, e tra i quali non intercorrano più di quarantacinque giorni, lavorativi o meno.

Qualora si tratti di un gruppo di imprese, l'indicazione "stesso datore di lavoro", ai fini dell'applicazione del precedente comma, deve intendersi riferita anche alle imprese del gruppo.

5. Le disposizioni di questo articolo si applicano ai contratti o ai rinnovi di contratti o ai rapporti di lavoro aventi luogo dopo l'entrata in vigore del presente decreto».

19. L'art. 21 della legge n. 2190/1994, relativo all'istituzione di un'autorità indipendente per la selezione del personale e la gestione amministrativa (FEK A' 28/3.3.1994), stabilisce quanto segue:

«1. Le amministrazioni pubbliche e gli enti morali (…) possono assumere personale con contratto di lavoro di diritto privato a tempo determinato per far fronte a fabbisogni di carattere stagionale o ad altre esigenze di carattere periodico o temporaneo, alle condizioni e secondo la procedura di seguito previste.

2. La durata dell'impiego del personale di cui al n. 1 non può eccedere gli otto mesi nell'ambito di un periodo complessivo di 12 mesi. Quando viene assunto personale a tempo determinato per far fronte, in base alle disposizioni in vigore, ad un fabbisogno urgente, a causa di assenze del personale o di vacanza di impieghi, la durata dell'impiego, per la medesima persona, non può superare i quattro mesi. La proroga di un contratto o la conclusione di un nuovo contratto nel corso dello stesso anno nonché la trasformazione in contratto a tempo indeterminato sono nulle».

20. Il decreto presidenziale n. 164/2004, recante disposizioni riguardanti i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato nel settore pubblico (FEK A'134/19.7.2004), ha recepito la direttiva 1999/70/CE nella legislazione ellenica applicabile al personale statale e del settore pubblico in senso lato. Esso è entrato in vigore il 19 luglio 2004.

21. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, del detto decreto presidenziale:

«Il presente decreto si applica al personale del settore pubblico (…) nonché al

personale delle imprese municipali assunto con un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, o con un contratto d'opera, oppure con un altro contratto o rapporto il quale dissimuli un rapporto di lavoro subordinato».

22. L'art. 5 del decreto presidenziale n. 164/2004 contiene in particolare le seguenti disposizioni:

«1. Sono vietati contratti successivi stipulati ed eseguiti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore nell'ambito dello stesso settore o di un settore simile, con condizioni di lavoro identiche o simili, qualora tra questi contratti intercorra un lasso temporale inferiore ai tre mesi.

2. La stipulazione di tali contratti è eccezionalmente consentita se giustificata da una ragione obiettiva. Una ragione obiettiva sussiste se i contratti successivi al contratto originario sono stipulati per soddisfare bisogni particolari dello stesso tipo, direttamente o indirettamente riconducibili al tipo, alla natura o all'attività dell'impresa.

(…)

4. In nessun caso il numero dei contratti successivi può essere superiore a tre (…)».

23. L'art. 11 del decreto presidenziale n. 164/2004 contiene le seguenti disposizioni transitorie:

«1. I contratti successivi ai sensi dell'art. 5, n. 1, [di questo decreto] stipulati prima della sua entrata in vigore e validi sino a tale data divengono d'ora in poi contratti di lavoro a tempo indeterminato se sussistono cumulativamente le seguenti condizioni:

a) durata complessiva dei contratti successivi di almeno 24 mesi fino all'entrata in vigore del decreto, indipendentemente dal numero dei rinnovi contrattuali, oppure al minimo 3 rinnovi successivi al contratto originario ai sensi dell'art. 5, n. 1, [di questo decreto] con una durata totale dell'attività lavorativa di almeno 18 mesi nell'ambito di un periodo complessivo di 24 mesi, calcolati a partire dal contratto originario;

b) L'attività lavorativa dev'essere effettivamente svolta per la sua durata complessiva, ai sensi della lett. a), presso la stessa istituzione, con la stessa o con un'analoga qualifica professionale e con condizioni di lavoro identiche o analoghe a quelle indicate nel contratto originario (…);

c) Oggetto dei contratti devono essere attività direttamente ed immediatamente riconducibili ad un fabbisogno permanente e durevole dell'istituzione interessata, così come definito dal pubblico interesse che tale istituzione serve;

d) L'attività lavorativa complessiva, ai sensi delle lettere precedenti, dev'essere stata svolta a tempo pieno o a tempo parziale e in funzioni identiche o simili a quelle indicate nel contratto originario (…)

4. Le disposizioni di questo articolo si applicano ai lavoratori del settore pubblico (…) nonché ai lavoratori delle aziende municipali (…)

5. Le disposizioni del n. 1 di questo articolo si applicano anche ai contratti scaduti nei tre mesi precedenti all'entrata in vigore del presente decreto; tali contratti sono considerati contratti successivi validi fino all'entrata in vigore di questo decreto. La condizione indicata nel n. 1, lett. a), di questo articolo deve risultare soddisfatta alla scadenza del contratto.

(…)».

La causa principale e le questioni pregiudiziali

24. Dal fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio risulta che i ricorrenti nella causa principale, che esercitano le professioni di addetti al prelievo di campioni, di segretari, di tecnici e di veterinari, hanno stipulato, a partire dal maggio 2001 e prima del termine ultimo entro il quale la direttiva 1999/70/CE avrebbe dovuto essere recepita nell'ordinamento giuridico ellenico, vale a dire il 10 luglio 2002, con l'ELOG, persona giuridica di diritto privato appartenente al settore pubblico con sede a Salonicco, diversi contratti di lavoro a tempo determinato successivi, gli ultimi dei quali sono scaduti tra il giugno e il settembre 2003 senza essere rinnovati (in prosieguo: i «contratti controversi»). Ciascuno di tali contratti, sia il contratto iniziale sia ogni contratto successivo, era stipulato per una durata di 8 mesi e tra i diversi contratti intercorrevano periodi di durata variabile tra un minimo di 22 giorni e un massimo di 10 mesi e 26 giorni. I ricorrenti nella causa principale venivano ogni volta riassunti per occupare lo stesso posto di lavoro per il quale era stato stipulato il contratto originario. Tutti i lavoratori interessati erano titolari di un siffatto contratto a tempo determinato alla data di entrata in vigore del decreto presidenziale n. 81/2003.

25. A seguito del mancato rinnovo dei loro contratti di lavoro gli interessati risultano disoccupati ovvero provvisoriamente occupati presso l'ELOG a seguito di provvedimenti giudiziari d'urgenza.

26. I ricorrenti nella causa principale hanno pertanto adito il Monomeles Protodikeio Thessalonikis al fine di far dichiarare che i contratti controversi devono essere considerati come contratti di lavoro a tempo indeterminato, in conformità all'accordo quadro. A tale effetto essi rilevano di aver fornito all'ELOG prestazioni regolari corrispondenti a «fabbisogni permanenti e durevoli», ai sensi della normativa nazionale, di sorta che la conclusione successiva di contratti di lavoro a tempo determinato con il loro datore di lavoro era abusiva, poiché nessuna ragione obiettiva giustificava il divieto, previsto nell'art. 21, n. 2, della legge n. 2190/1994, di trasformare i rapporti di lavoro controversi in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

27. Secondo il giudice del rinvio, una siffatta riqualificazione dei contratti controversi costituisce condizione necessaria alla decisione in merito ad ulteriori domande dei ricorrenti della causa principale, quali la loro reintegrazione e il pagamento dei loro arretrati salariali.

28. Il giudice del rinvio, ritenendo che la clausola 5 dell'accordo quadro conferisca agli Stati membri un ampio potere discrezionale per il suo recepimento nell'ordinamento giuridico interno di questi ultimi e non abbia carattere sufficientemente preciso e incondizionato per avere un'efficacia diretta, si chiede innanzitutto a partire da quale data, in caso di tardiva attuazione della direttiva 1999/70/CE, il diritto nazionale debba essere interpretato in conformità a quest'ultima. Egli indica a tal proposito diverse date, vale a dire quella della pubblicazione della detta direttiva nella G*azzetta ufficiale delle Comunità europee*, che corrisponde alla data di entrata in vigore di quest'ultima, quella della scadenza del termine di attuazione e quella di entrata in vigore del decreto presidenziale n. 81/2003.

29. Egli si interroga inoltre sulla portata della nozione «ragioni obiettive» ai

sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, che possono giustificare il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato, tenuto conto dell'art. 5, n. 1, lett. a), del decreto presidenziale n. 81/2003 che consente il rinnovo illimitato dei contratti di lavoro a tempo determinato, in particolare quando la durata determinata sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare.

30. Il giudice del rinvio si chiede altresì se le condizioni di rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato, quali risultanti dal combinato disposto dei nn. 3 e 4 dell'art. 5 del decreto presidenziale n. 81/2003, siano conformi al principio di proporzionalità e all'effetto utile della direttiva 1999/70/CE.

31. Infine, dopo aver constatato che il ricorso, nella prassi, all'art. 21 della legge n. 2190/1994 per giustificare la conclusione di contratti di lavoro di diritto privato a tempo determinato quando tali contratti hanno la finalità di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» è abusivo, il giudice del rinvio si chiede se in un'ipotesi siffatta il divieto enunciato al n. 2, ultima frase, del detto art. 21 di trasformare contratti conclusi a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, pregiudichi l'effetto utile del diritto comunitario e se esso sia conforme alla finalità enunciata nella clausola 1, lett. b), dell'accordo quadro, che mira a prevenire gli abusi risultanti dal ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

32. In tale contesto, il Monomeles Protodikeio Thessalonikis ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, nella versione rettificata dalla decisione di quest'ultimo in data 5 luglio 2004:

«1) Se il giudice nazionale debba interpretare il proprio diritto nazionale – nei limiti del possibile – in modo conforme ad una direttiva tardivamente recepita nell'ordinamento giuridico interno

a) dal momento in cui la direttiva sia entrata in vigore, oppure

b) dal momento in cui il termine per recepire la direttiva nell'ordinamento interno sia scaduto senza che tale recepimento sia avvenuto, o

c) dal momento in cui il provvedimento nazionale di recepimento sia entrato in vigore.

2) Se la clausola 5, n. 1, lett. a) dell'accordo quadro (…) debba essere interpretata nel senso che una ragione obiettiva per il ripetuto rinnovo o per la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, al di là dei motivi che dipendono dalla natura, dal tipo, dalle caratteristiche del lavoro prestato e da altre ragioni analoghe, sia rappresentata dal semplice fatto che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare

3) a) Se una disposizione nazionale come l'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003, la quale precisa che contratti di lavoro successivi sono quelli stipulati tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore con condizioni di lavoro identiche o simili e intervallati da un lasso temporale non superiore a 20 giorni, sia conforme alla clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro (…).

b) Se la clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro (…) possa essere interpretata nel senso che la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e il suo datore di lavoro possa presumersi soltanto quando sia soddi-

sfatta la condizione stabilita dalla disposizione di diritto interno di cui all'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003;

4) Se il divieto di conversione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratti a tempo indeterminato previsto dalla disposizione di diritto interno di cui all'art. 21 della legge n. 2190/1994, sia compatibile con il principio dell'effettività del diritto comunitario e con la finalità del combinato disposto dalle clausole 5, nn. 1 e 2, e 1 dell'accordo quadro (…), qualora tali contratti vengano sì stipulati a tempo determinato per soddisfare un bisogno straordinario o stagionale del datore di lavoro, ma con il fine di far fronte ad un suo fabbisogno permanente e durevole».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

(omissis)

Giudizio della Corte

39. Al riguardo, si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 234 CE, quando una questione sull'interpretazione del Trattato CE o degli atti derivati adottati dalle istituzioni della Comunità è sollevata dinanzi ad un giudice di uno Stato membro, tale giudice può, ovvero, nel caso, deve, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla detta questione (v., in particolare, sentenze 21 marzo 2002, causa C-451/99, Cura Anlagen, Racc. pag. I-3193, punto 22, e 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold, Racc. pag I-9981, punto 33).

40. Come risulta da una giurisprudenza costante, il procedimento previsto dall'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario di cui essi necessitano per risolvere le controversie che sono chiamati a risolvere (v., in particolare, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 30 e giurisprudenza ivi cit.).

41. Nell'ambito di tale cooperazione, il giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia, che è il solo ad avere una conoscenza diretta dei fatti da cui essa ha origine e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, è, alla luce delle particolari circostanze della causa, colui che meglio può valutare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, ai fini della propria decisione, sia la rilevanza delle questioni che propone alla Corte. Di conseguenza, dal momento che queste ultime vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (v., segnatamente, sentenze citate Schmidberger, punto 31, e Mangold, punti 34 e 35).

42. Tuttavia, la Corte considera che le spetta esaminare le condizioni in cui è stata adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza. Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere al funzionamento del rinvio pregiudiziale implica che, dal canto suo, il giudice nazionale tenga presente la funzione assegnata alla Corte, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali

o ipotetiche (v., in particolare, sentenza Mangold, cit., punto 36 e giurisprudenza ivi cit.).

43. In considerazione di questo compito la Corte ha ritenuto di non poter statuire su una questione pregiudiziale sollevata dinanzi ad un giudice nazionale, quando risulti manifesto che l'interpretazione del diritto comunitario non ha alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto della causa principale (v. sentenza Mangold, cit., punto 37).

44. Nella specie, si deve tuttavia constatare che non risulta manifesto che le questioni sollevate dal giudice ad quo rientrino nell'ambito di una siffatta fattispecie.

45. Così, con riferimento in primo luogo ai dubbi espressi dalla Commissione riguardo alla rilevanza della prima questione, dal fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice del rinvio risulta che, per un numero non trascurabile di ricorrenti della causa principale il primo contratto di lavoro di 8 mesi è stato concluso da questi ultimi con l'ELOG prima del 10 luglio 2002, data ultima stabilita per l'attuazione della direttiva 1999/70/CE, se non addirittura prima del 10 luglio 2001, data normalmente prevista ai fini dell'attuazione di tale direttiva negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Risulta peraltro dal detto fascicolo che per alcuni di loro i contratti di lavoro a tempo determinato successivi con lo stesso datore di lavoro siano stati conclusi soltanto 22 giorni dopo la scadenza del contratto precedente.

46. Inoltre, anche presumendo che la Repubblica ellenica abbia rispettato le formalità richieste per fare valido uso della facoltà di proroga sino al 10 luglio 2002 del termine di attuazione della direttiva 1999/70/CE, tale attuazione è in ogni caso intervenuta tardivamente, come lo stesso governo ellenico ha riconosciuto, poiché il primo provvedimento attuativo è entrato in vigore in questo Stato membro soltanto nell'aprile 2003 (v. punti 13 e 14 della presente sentenza). Del resto la prima questione è chiaramente posta in considerazione di una siffatta attuazione tardiva della detta direttiva nell'ordinamento giuridico nazionale. Inoltre, le disposizioni dell'art. 5 del decreto presidenziale n. 81/2003 non si applicano ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore di tale decreto.

47. Pertanto il giudice del rinvio può fondatamente porsi la questione di quale sia la data a partire dalla quale sorge a carico dei giudici degli Stati membri l'obbligo d'interpretazione del diritto interno in conformità ad una direttiva e, in particolare, se un siffatto obbligo sussista a decorrere dalla data di entrata in vigore di quest'ultima o, perlomeno, a decorrere dalla scadenza del termine imposto agli Stati membri per il suo recepimento.

48. Nondimeno la questione relativa alla portata dell'obbligo d'interpretazione conforme che incombe ai giudici nazionali potrà essere oggetto di esame utile soltanto qualora la risposta fornita dalla Corte ad una o più delle altre questioni proposte possa condurre il giudice del rinvio ad esaminare la conformità di una norma di diritto interno alle prescrizioni del diritto comunitario. Pertanto la prima questione dovrà, nel caso, essere esaminata per ultima.

49. In secondo luogo, riguardo alle questioni seconda e terza, si deve rilevare che la questione di quale dei decreti presidenziali n. 81/2003, n. 164/2004 e n. 180/2004 debba applicarsi alla situazione dei ricorrenti nella causa principale rimane in discussione dinanzi al giudice del rinvio e spetta soltanto a quest'ultimo pronunciarsi sul punto.

50. Inoltre, è incontestato il fatto che non tutti i ricorrenti nella causa principale possono trarre vantaggio dalle disposizioni transitorie che figurano nella regolamentazione adottata nel 2004 dalla Repubblica ellenica per disciplinare specificamente il settore pubblico.

51. Tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, non può validamente sostenersi che, nella presente fattispecie, la Corte sarebbe chiamata a pronunciarsi su questioni prive di rilevanza rispetto alla decisione che il giudice del rinvio è chiamato a rendere.

52. Infatti la decisione di rinvio, nonché il fascicolo trasmesso alla Corte dal giudice nazionale, non contengono alcun elemento che possa porre in dubbio la concretezza della controversia della causa principale e la valutazione operata da quest'ultimo della necessità di una pronuncia pregiudiziale per consentirgli di risolvere tale controversia sulla base delle risposte della Corte alle questioni poste.

53. La domanda di pronuncia pregiudiziale dev'essere pertanto considerata ricevibile.

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

54. Al fine di rispondere utilmente alle questioni proposte, si deve anzitutto precisare che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro si applicano altresì ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico.

55. Infatti le disposizioni di questi due atti non contengono alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che il loro campo di applicazione si limiterebbe ai contratti a tempo determinato conclusi dai lavoratori con datori di lavoro del solo settore privato.

56. Al contrario, da un lato, come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, n. 1, dell'accordo quadro, il campo di applicazione di quest'ultimo viene inteso in senso lato, riguardando in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratori a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella clausola 3, n. 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro.

57. Dall'altro, la clausola 2, n. 2, dello stesso accordo quadro, lungi dal prevedere l'esclusione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con un datore di lavoro del settore pubblico, si limita a offrire agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato», nonché i contratti e rapporti di lavoro «definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».

Sulla seconda questione

58. Tale questione riguarda l'interpretazione della nozione «ragioni obiettive» le quali, ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, giustificano il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

59. In tale contesto il giudice del rinvio chiede più in particolare se, come nel caso di una disciplina nazionale quale quella che figura nell'art. 5, n. 1, lett. a), del decreto presidenziale n. 81/2003, nella sua versione iniziale, una siffatta ragione obiettiva possa essere rappresentata dalla sola circostanza che la conclusione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro.

60. Tenuto conto del fatto che tale nozione di «ragioni obiettive» non è definita dall'accordo quadro, il suo senso e la sua portata devono essere determinati considerando lo scopo perseguito da quest'ultimo nonché il contesto in cui la detta clausola 5, n. 1, lett. a) si inserisce (v. in tal senso, in particolare, sentenze 7 giugno 2005, causa C-17/03, VEMW e a., Racc. pag. I-4983, punto 41 e giurisprudenza ivi cit., nonché 9 marzo 2006, causa C-323/03, Commissione/Spagna, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 23).

61. Al riguardo, l'accordo quadro parte dalla premessa secondo la quale i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori e per determinate occupazioni e attività (v. nn. 6 e 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro).

62. Di conseguenza, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v. sentenza Mangold, cit., punto 64), mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (v. secondo comma del preambolo e n. 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro).

63. In tale ottica l'accordo quadro intende delimitare il ripetuto ricorso a quest'ultima categoria di rapporti di lavoro, considerata come potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima volte ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti.

64. Così, la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro è volta specificamente a «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

65. A tal fine la detta clausola impone agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico una o più delle misure elencate nel suo n. 1, lett. da a) a c), qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzazione abusiva di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

66. Tra le dette misure la clausola 5, n. 1, lett. a), prevede le «ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti».

67. Le parti firmatarie dell'accordo quadro hanno infatti considerato che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni obiettive è un modo di prevenire gli abusi (v. n. 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro).

68. Vero è che l'accordo quadro rinvia agli Stati membri nonché alle parti sociali per la definizione delle modalità dettagliate di applicazione dei principi e delle prescrizioni che esso enuncia, al fine di garantire la loro conformità al diritto e/o alle prassi nazionali e la debita considerazione delle particolarità delle situazioni concrete (v. n. 10 delle considerazioni generali dell'accordo quadro). Pur se gli Stati membri beneficiano pertanto di un potere discrezionale in materia, nondimeno essi restano tenuti a garantire il risultato imposto da diritto comunitario, così come risulta non solo dall'art. 249, terzo comma, CE, ma altresì dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70/CE, letto alla luce del diciassettesimo 'considerando' di quest'ultima.

69. Tenuto conto di quanto sopra, la nozione di «ragioni obiettive», ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in tale particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

70. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

71. Di contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti.

72. Infatti, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l'esistenza di fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell'attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro.

73. Così, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro.

74. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto.

75. Di conseguenza, alla seconda questione si deve rispondere che la clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di «ragioni

obiettive» ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio.

Sulla terza questione

76. Con la sua terza questione, suddivisa in due parti strettamente connesse tra loro e che è opportuno, pertanto, esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio intende ottenere precisazioni sulla nozione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato «successivi», ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro.

77. Dalla motivazione della decisione di rinvio risulta che la detta questione riguarda sostanzialmente la condizione, enunciata nell'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003, nella sua versione iniziale, secondo la quale contratti di lavoro a tempo determinato possono essere considerati successivi se tra di essi intercorra un lasso temporale non superiore a 20 giorni lavorativi.

78. Al riguardo il giudice del rinvio chiede più particolare se una definizione così limitativa del carattere successivo dei rapporti di lavoro intercorrenti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, caratterizzati da condizioni di lavoro identiche o simili, non possa pregiudicare lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro, soprattutto dal momento che la detta condizione costituisce una condizione preliminare necessaria affinché il detto lavoratore possa beneficiare, ai sensi dell'art. 5, n. 3, dello stesso decreto presidenziale, della trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato che superino complessivamente i due anni, nel corso dei quali essi siano stati rinnovati più di tre volte.

79. Al fine di decidere in ordine a tale questione, si deve ricordare che, come risulta dalle clausole 1, lett. b), e 5, n. 1, dell'accordo quadro, quest'ultimo ha il fine di creare un contesto normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a rapporti di lavoro a tempo determinato.

80. A tale effetto l'accordo quadro elenca, in particolare nella sua clausola 5, n. 1, lett. da a) a c), diverse misure dirette a prevenire i detti abusi, e gli Stati membri sono tenuti ad introdurre almeno una di tali misure nel loro ordinamento interno.

81. Per il resto il n. 2 della detta clausola lascia in linea di principio agli Stati membri la cura di stabilire quali siano le condizioni alle quali contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato vengano considerati, da un lato, come successivi e, dall'altro, come conclusi a tempo indeterminato.

82. Anche se un siffatto rinvio alle autorità nazionali per la definizione delle modalità concrete di applicazione dei termini «successivi» e «a tempo indeterminato» ai sensi dell'accordo quadro si spiega con la volontà di salvaguardare la diversità delle normative nazionali in materia, è comunque importante ricordare che il potere discrezionale così lasciato agli Stati membri non è illimitato, poiché esso non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo quadro (v. punto 68 della presente sentenza). In particolare, tale potere discrezionale non deve essere esercitato dalle autorità nazionali in modo tale da condurre ad una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo.

83. Una siffatta interpretazione si impone in particolare con riferimento ad una nozione chiave, quale quella del carattere successivo dei rapporti di lavoro, che è determinante per la definizione del campo di applicazione altresì delle disposizioni nazionali volte ad attuare l'accordo quadro.

84. Orbene, si deve constatare al riguardo che una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi dev'essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'accordo quadro.

85. Infatti, come hanno rilevato sia il giudice del rinvio sia la Commissione, nonché l'avvocato generale nei paragrafi 67-69 delle sue conclusioni, una definizione così rigida e restrittiva del carattere successivo di diversi contratti di lavoro che si susseguono consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni, poiché, nella pratica, il lavoratore non avrebbe nella maggior parte dei casi altra scelta che quella di accettare interruzioni dell'ordine di 20 giorni lavorativi nel contesto di una serie di contratti con il suo datore di lavoro.

86. Inoltre, una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale rischia di avere non solo l'effetto di escludere di fatto un gran numero di rapporti di lavoro a tempo determinato dal beneficio della tutela dei lavoratori perseguito dalla direttiva 1999/70/CE e dall'accordo quadro, svuotando di gran parte del suo significato l'obiettivo perseguito da questi ultimi, ma altresì quello di permettere l'utilizzazione abusiva di siffatti rapporti da parte dei datori di lavoro.

87. Nella causa principale, una siffatta normativa può addirittura comportare conseguenze ancora più gravi per i lavoratori dipendenti, tenuto conto del fatto che essa rende praticamente inoperante la misura nazionale che le autorità elleniche hanno scelto di adottare al fine specifico di dare attuazione alla clausola 5 dell'accordo quadro, misura secondo la quale alcuni contratti di lavoro a tempo determinato si presumono stipulati a tempo indeterminato a condizione, in particolare, che essi siano da considerare successivi ai sensi del decreto presidenziale n. 81/2003.

88. Al datore di lavoro sarebbe quindi sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario «permanenti e durevoli». Pertanto, la tutela dei lavoratori contro l'utilizzazione abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell'accordo quadro, viene rimessa in discussione.

89. Tenuto conto delle argomentazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione che la clausola 5 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola.

Sulla quarta questione

90. Con la sua quarta questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta, nel settore pubblico, di convertire in contratto a tempo indeterminato una successione di contratti di lavoro a tempo determinato intesi, di fatto, a soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro.

91. In primo luogo si deve rilevare al riguardo che l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come esso nemmeno stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi.

92. Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da a) a c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

93. Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C—112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Gallotti e a., Racc. pag. I-4345, punto 14).

94. Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro.

95. Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, e giurisprudenza ivi cit.).

(omissis)

101. Orbene, come è stato già esposto nei punti 91-95 della presente sentenza, l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma il n. 1 della sua clausola 5 impone l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure elencate in tale disposizione e volte a prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, allorché il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti.

102. Peraltro, quando una siffatta utilizzazione abusiva abbia comunque avuto luogo, una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore deve poter essere applicata al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70/CE, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva».

103. La Corte non è competente per pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi ricordati al punto precedente siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante.

104. Se il detto giudice dovesse riscontrare che ciò non si verifica, si dovrebbe concludere che l'accordo quadro osta all'applicazione di tale normativa nazionale.

105. Alla quarta questione si deve di conseguenza rispondere che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi.

Sulla prima questione

106. Considerate le risposte fornite alle ultime tre questioni sollevate dal giudice del rinvio, dalle quali risulta che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale tale giudice potrà eventualmente essere portato a esaminare la conformità di determinate disposizioni della normativa nazionale rilevante alle prescrizioni della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro, occorre altresì statuire sulla prima questione.

107. Come risulta dalla motivazione della decisione di rinvio, tale questione è diretta in sostanza a determinare, nel caso del tardivo recepimento nell'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato di una direttiva nonché in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni rilevanti di quest'ultima, a partire da quale momento i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare le norme di diritto interno in modo conforme a tali disposizioni. Il giudice del rinvio si chiede in tale contesto, in particolare, se sia rilevante la data in cui la direttiva in parola è stata pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e che corrisponde alla data della sua entrata in vigore nei confronti degli Stati membri destinatari, la data di scadenza del termine di attuazione della direttiva o quella di entrata in vigore delle disposizioni nazionali di attuazione di quest'ultima.

108. Si deve ricordare che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della

direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v., segnatamente, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 113, e giurisprudenza ivi cit.). Tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva di cui trattasi (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag. I-4135, punto 8, e Pfeiffer e a., cit., punto 115).

109. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in particolare, sentenza Pfeiffer e a., cit., punto 114).

110. Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47).

111. Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena effettività della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e a., cit., punti 115, 116, 118 e 119).

112. Peraltro, nel caso in cui il risultato prescritto dalla direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre ricordare che, secondo la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e a. (Racc. pag. I-5357, punto 39), il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di tale direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Anzitutto la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della detta direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro e il danno subito (v., in tal senso, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. I-3325, punto 27).

113. Al fine di determinare con maggiore precisione a partire da quale data i giudici nazionali devono applicare il principio di interpretazione conforme, occorre sottolineare che tale obbligo, derivante dagli artt. 10, secondo comma, CE e 249, terzo comma, CE nonché dalla stessa direttiva interessata, è stato imposto in particolare nel caso di mancanza di efficacia diretta di una disposizione di una direttiva, sia che la disposizione rilevante non sia sufficientemente chiara, precisa e incondizionata per esplicare una tale efficacia, sia che si tratti di una controversia esclusivamente tra singoli.

114. Si deve aggiungere che, prima della scadenza del termine di attuazione di una direttiva, non si può contestare agli Stati membri di non aver ancora adottato i

provvedimenti di recepimento di quest'ultima nel loro ordinamento giuridico (v. sentenza 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Racc. pag. I-7411, punto 43).

115. Ne consegue che, nel caso di tardiva attuazione di una direttiva, l'obbligo generale che incombe ai giudici nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alla direttiva esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima.

116. Consegue necessariamente da quanto precede che, nell'ipotesi di attuazione tardiva di una direttiva, la data – indicata dal giudice del rinvio nella sua prima questione, lett. c) – alla quale le misure nazionali di attuazione entrano effettivamente in vigore nello Stato membro interessato non costituisce il riferimento pertinente. Infatti, una siffatta soluzione comprometterebbe gravemente la piena efficacia del diritto comunitario nonché l'applicazione uniforme di tale diritto attraverso, in particolare, le direttive.

117. Peraltro, riguardo alla data considerata della prima questione, lett. a), e al fine di statuire in modo completo su quest'ultima, si deve precisare che risulta già dalla giurisprudenza della Corte che l'obbligo di uno Stato membro, ai sensi degli artt. 10, secondo comma, CE e 249, terzo comma, CE nonché della stessa direttiva considerata, di adottare tutti i provvedimenti necessari per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima, si impone a tutti gli organi nazionali, compresi, nell'ambito delle loro competenze, quelli giurisdizionali (v., in particolare, sentenze citate Inter-Environnement Wallonie, punto 40, e Pfeiffer e a., punto 110, e giurisprudenza ivi cit.).

118. Inoltre, in conformità all'art. 254, n. 1, CE, le direttive sono o pubblicate nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* e, in tal caso esse entrano in vigore nella data da esse stabilita, ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione, o notificate ai loro destinatari ed acquistano allora efficacia in virtù di tale notificazione, ai sensi del n. 3 del detto articolo.

119. Da quanto precede risulta che una direttiva produce effetti giuridici nei confronti dello Stato membro destinatario – e pertanto di tutti gli organi nazionali –, a seconda dei casi, a seguito della sua pubblicazione o dalla data della sua notifica.

120. Nel caso di specie, la direttiva 1999/70/CE precisa, nel suo art. 3, che essa entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, vale a dire il 10 luglio 1999.

121. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte, dal combinato disposto degli artt. 10, secondo comma, CE e 249, terzo comma, CE e della stessa direttiva interessata, risulta che in pendenza del termine di attuazione di una direttiva, gli Stati membri destinatari di quest'ultima devono astenersi dall'adottare disposizioni che possono compromettere gravemente la realizzazione del risultato prescritto da tale direttiva (sentenze Inter-Environnement Wallonie, cit., punto 45; 8 maggio 2003, causa C-14/02, ATRAL, Racc. pag. I-4431, punto 58, e Mangold, cit., punto 67). A questo proposito poco rileva il fatto che la norma di diritto nazionale in parola, adottata dopo l'entrata in vigore della direttiva di cui trattasi, sia o meno finalizzata al recepimento di tale direttiva (sentenze citate ATRAL, punto 59, e Mangold, punto 68).

122. Tenuto conto che tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario (v. sentenze Francovich e a., cit., punto 32; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz, Racc. pag. I-837, punto 20, nonché Pfeiffer e a., cit., punto 111), l'obbligo di astensione quale enunciato nel punto precedente si impone altrettanto ai giudici nazionali.

123. Ne consegue che, dalla data in cui la direttiva è entrata in vigore, i giudici degli Stati membri devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva.

124. Tenuto conto delle argomentazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione che, nell'ipotesi di tardiva attuazione nell'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato di una direttiva e in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni rilevanti di quest'ultima, i giudici nazionali devono nella misura del possibile interpretare il diritto interno, a partire dalla scadenza del termine di attuazione, alla luce del testo e della finalità della direttiva di cui trattasi al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sono maggiormente conformi a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva.

(omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) **La clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio.**

2) **La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo indeterminato deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola.**

3) **In circostanze quali quelle di cui alla causa principale, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, san-**

zionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi.

4) **Nell'ipotesi di tardiva attuazione nell'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato di una direttiva e in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni rilevanti di quest'ultima, i giudici nazionali devono nella misura del possibile interpretare il diritto interno, a partire dalla scadenza del termine di attuazione, alla luce del testo e della finalità della direttiva di cui trattasi al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sono maggiormente conformi a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva.**

Nel quadro giuridico della Comunità europea operano degli organi rappresentativi che hanno svolto una forte influenza sull'elaborazione e sviluppo del diritto comunitario del lavoro. In particolare i datori di lavoro hanno una rappresentanza per il settore privato, l'Unione delle industrie della Comunità europea (UNICE), a cui appartiene l'italiana Confindustria e una per il settore pubblico, il Centro europeo delle imprese pubblico (CEEP). A queste si aggiunge la CES, Confederazione europea dei sindacati.

La direttiva n. 99/70, (in *GUCE,* L 175 del 10 luglio 1999, p. 43 ss.) sul lavoro a tempo determinato, così come la direttiva n. 97/81 (in *GUCE,* L 14 del 20 gennaio 1998, p. 9 ss.) sul lavoro a tempo parziale, e la direttiva n. 96/34 (in *GUCE,* L 145 del 19 giugno 1996, p. 4 ss.) sul congedo parentale, ha la particolare caratteristica di dare attuazione proprio ad accordi-quadro conclusi dalle organizzazioni di categoria CES, UNICE e CEEP.

Le prime due direttive hanno come finalità quella di assicurare ai lavoratori "atipici" il diritto alla non discriminazione rispetto ai lavoratori a tempi pieno e a tempo indeterminato. In particolare per quanto riguarda i contratti di lavoro a tempo determinato, la direttiva 99/70 afferma che il lavoro a tempo indeterminato continua ad essere "la forma comune di rapporto di lavoro", e che il lavoro a tempo determinato risponde ad esigenze di imprese e lavoratori "solo in alcune circostanze". L'obiettivo è quello di evitare il perpetuarsi di situazioni di abuso connesse alla reiterazione di assunzioni con contratti a tempo determinato. A tal fine sarà possibile ricorrere a queste tipologie di contratti flessibili solo ove risulti giustificato dalla sussistenza di necessità oggettive (sul punto cfr. Zanobetti A.I., Sull'attuazione della direttiva in Italia, v. Passarelli S. (a cura di*), Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (d.leg. 6 settembre 2001 n. 368)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 25 ss.).

Nella causa in esame un gruppo di lavoratori (cittadini greci) era stato assunto più volte con successivi contratti a tempo determinato da parte di un ente operante nel settore pubblico in Grecia. A seguito della scadenza dei loro ultimi con-

tratti, questi hanno deciso di adire il giudice nazionale affinché dichiarasse che i loro contratti dovevano ritenersi convertiti in contratti a tempo indeterminato.

La tutela prevista dalla direttiva, che prevede in queste ipotesi di "abuso" la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, non poteva trovare applicazione in questo caso perché la legge di attuazione greca aveva previsto regole particolari per i contratti conclusi nel settore pubblico. In base a questa era possibile un rinnovo illimitato ogni qualvolta questo fosse giustificato da ragioni obiettive e precise, fra le quali rientrava l'espressa previsione legislativa o regolamentare. Inoltre era tassativamente esclusa la possibilità di convertire un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

La Corte di giustizia ha ritenuto che la previsione normativa di ipotesi di rinnovo illimitato non fosse conforme agli obiettivi di tutela previsti dalla direttiva comunitaria (e quindi dall'Accordo quadro); ciò perché l'esistenza di ragioni obiettive può dirsi verificata solo nel caso esistano degli elementi concreti che possano giustificare la deroga al principio generale di *favor* verso i contratti di lavoro a tempo indeterminato. Quanto poi alla previsione per il settore pubblico di un divieto assoluto di conversione dei successivi contratti a tempo determinato in un rapporto contrattuale a tempo indeterminato, questa finirebbe col consentire l'aggiramento delle previsioni della direttiva a tutela del lavoratore.

Per ovviare, seppure parzialmente, ai problemi derivanti dalla mancanza di efficacia diretta della direttiva 99/70, la Corte suggerisce al giudice di applicare il principio di interpretazione conforme in base al quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare la normativa nazionale, per quanto possibile, alla luce della direttiva non attuata. Tale principio, affermato per la prima volta nel caso *Marleasing,* può essere definito come un'applicazione del principio di leale cooperazione, previsto dall'art. 5 del Trattato, in base al quale gli Stati, e di conseguenza i loro organi interni quali i giudici, si impegnano a cooperare fra di loro al fine di garantire il rispetto del diritto comunitario (sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing, Racc.* pag I-4135. Per approfondimenti si rinvia a Mengozzi P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea,* Padova, 2006; su questi aspetti cfr. anche la scheda relativa al caso Pfeiffer, pubblicata nel presente osservatorio sul numero di settembre-ottobre del 2004).

SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE
A cura dell'Avv. Antonino Sgroi

I) M. Balloriani – R. De Rosa – S. Mezzanotte
Manuale Breve Diritto Civile
Giuffrè, 2006

La collana della Giuffré "Percorsi" si arricchisce di un altro volume, il "Manuale breve di diritto civile".

L'opera, al pari degli altri volumi della collana riguardanti diverse materie, consente di avere il quadro aggiornato e lineare del diritto civile, ponendolo in parallelismo continuo con il diritto comunitario e con l'opera, continua e costante, della giurisprudenza, nel rispetto dei principi costituzionali.

Il *ponte* intellettuale così costruito - che gli autori pongono in essere, fra la materia civilistica (intesa latamente e quindi comprendente tutti gli aggiornamenti rinvenientesi in testi legislativi posti *a latere* al codice), così come scaturente dalla lettura del codice e dalla ricostruzione che della stessa ha fatto la dottrina, e la giurisprudenza domestica chiamata ad applicare *in corpore* le regole, nonché delle norme di diritto comunitario - consente al lettore di avere una prima esaustiva informazione di ciascuno degli argomenti trattati, informazione che potrà, se vorrà, approfondire, utilizzando i richiami, di dottrina e di giurisprudenza, che si rinvengono nel medesimo volume.

Esemplare di tale modello espositivo è il capitolo dedicato all'equilibrio economico e giuridico nei contratti d'impresa.

Altri moduli didattici degni di menzione e che, al pari del precedente, facilitano, ancora una volta, l'approccio alla materia, sono rappresentati, in seno a ciascuno dei capitoli, dalle concrete esemplificazioni (graficamente evidenziate), che permettono di comprendere come la regola vive nel tessuto sociale e, in conclusione alla maggior parte dei capitoli, dagli "Schemi".

Schemi, questi ultimi, la cui lettura facilita la comprensione, per linee essenziali, dell'argomento trattato nel capitolo.

A mò di esempio si menziona lo schema contraddistinto con il numero 33, con il quale si offrono al lettore le linee essenziali in materia di negozi a titolo gratuito, prendendo le mosse dallo spirito di liberalità e giungendo, per passaggi progressivi, sino alla donazione remuneratoria e alle condizioni tipiche della stessa.

L'ultimo dei moduli didattici degno di menzione è costituito da tutta la parte decima, parte dove si rinvengono per ciascun capitolo una serie di domande e risposte commentate, facenti parte del programma d'esame così come evidenziato nella prima di copertina del volume, che permettono, in ogni caso, al lettore di verificare il proprio livello di apprendimento della materia e di comprendere come centrare e affinare la propria preparazione.

Su questi aspetti, costituenti il *Know-how* del volume, si incardina l'esposizione che gli autori fanno, capitolo per capitolo, degli argomenti oggetto di trattazione.

Il volume segue nell'esposizione la consueta tradizione in materia di Istituzioni di diritto privato, prendendo le mosse dalla norma giuridica, concludendosi con la parte dedicata alla successione, passando attraverso l'illustrazione, a titolo esemplificativo, della famiglia, del negozio giuridico, della responsabilità aquiliana, dei diritti reali.

All'interno di ciascun capitolo si rinviene pertanto lo stretto collegamento fra le disposizioni contenute nel codice civile, le novelle legislative operate dal legislatore nazionale e che modificano e/o integrano la disciplina del codice, la lettura che la giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha fatto di ciascun tema e, *last but not least*, l'influsso delle disciplina comunitaria oltre che della disciplina internazionale, al quale si connettono le decisioni della Corte di giustizia.

Conclusivamente può dirsi raggiunto l'obiettivo postosi dagli autori, di avere un manuale che rappresenti un utile e aggiornato strumento di navigazione nella materia del diritto civile, non solo per chi si avvicina per la prima volta alla stessa, ma anche per chi, pur conoscendola, desidera essere costantemente e per linee essenziali aggiornato sulle ultime novità.

II) M. Morino – G. Bobbio – D. Morello Di Giovanni
Diritto dei servizi sociali
Carocci Faber, 2006

Il volume, pur nella sua concisione, affronta per la prima volta un tema alquanto negletto nel panorama delle opere riguardanti il rapporto fra diritto e servizi sociali, rivenendosi, per lo più, contributi in materia di servizio sanitario nazionale, al cui interno si affronta anche il nostro tema.

Il volume, diviso in quindici capitoli, inizia con una disamina storica della materia, prendendo le mosse dalle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB), proseguendo con l'ente comunale di assistenza (ECA), giungendo sino alla legge n. 388 del 2000 (capitoli 1 e 2).

Si prosegue con la disamina delle relazioni fra la legislazione nazionale e regionale in materia di servizi sociale (cap. 3), delle funzioni assegnate allo Stato, alle Regioni, alle Province e ai Comuni (cap. 4).

Nei successivi capitoli si ha la disamina dei diversi modelli di pianificazione dei servizi sociali (cap. 5), dei procedimenti di formazione e adozione dei piani sociali (capp. 6 e 7).

Al nodo cruciale del finanziamento dei servizi sociali è dedicato il capitolo ottavo.

Capitolo al cui interno si suddivide fra risorse finanziarie e risorse umane e si individua il procedimento di gestione della spesa.

I capitoli dal nono al tredicesimo sono dedicati alla individuazione ed esposizione dei modelli tramite i quali i servizi sociali sono resi ai beneficiari, termine questo preferibile al termine aziendalistico utenza (capp. 9 e 12).

Servizi che sono resi non solo da operatori pubblici, ma anche tramite le organizzazioni facenti parte del cd. terzo settore (cap. 10), nonché tramite soggetti privati, con fine di lucro (cap. 11).

Di rilievo il capitolo dedicato alle modalità di tutela dei cittadini destinatari del servizio sociale, sia esso reso da soggetti pubblici, da onlus, da privati.

Gli ultimi due capitoli sono dedicati agli assistenti sociali, al loro ruolo all'interno dei servizi sociali e a particolari aree di intervento soggettivo degli stessi, quali gli anziani e i minori.

Ciascun capitolo del volume, finalizzato a uno scopo didattico, è corredato da una scheda di sintesi e da una serie di domande di verifica.

Il lettore, rispondendo a queste domande, potrà verificare il proprio livello di comprensione della materia trattata, prima ancora che questa verifica avvenga in sede di esami.

III) A. Gaspari – A. Guadagnino
Le ispezioni in azienda: obblighi, poteri e tutele dopo il D. Lgs. 124/2004
Iuridica Editrice, 2005

Si è davanti all'ultimo dei volumi dedicati alle ispezioni del lavoro, dopo l'opera di rifondazione compiuta dal legislatore con la legge delega n. 30 del 2003 e il successivo decreto legislativo n. 124 del 2004.

Gli autori, l'una ispettrice del lavoro e l'altro avvocato dell'Inps, in forza dell'attività dagli stessi svolta, hanno la possibilità, non solo di compiere una disamina approfondita e compiuta della materia, ma anche quella di prefigurare quali possano essere i risvolti positivi e negativi di ciascuna delle disposizioni introdotte sia dal legislatore delegante, sia dal legislatore delegato.

Il volume è diviso in due parti: la prima dedicata alle ispezioni del Ministero del lavoro, la seconda dedicata alle ispezioni degli Enti previdenziali.

La prima parte, a sua volta, si suddivide in tre capitoli: il primo dedicato, rispettivamente, a un inquadramento storico delle ispezioni in materia del lavoro, alla disamina dell'apparato organizzativo nascente dalla riforma.

In questo capitolo di rilievo la disamina del principio di coordinamento delle attività ispettive svolte non solo dal servizio ispettivo del Ministero, ma anche dai servizi ispettivi degli enti previdenziali.

Il secondo dei capitoli analizza il procedimento ispettivo, dedicando un'attenzione particolare alla conciliazione monocratica e alla diffida.

Il terzo e ultimo capitolo di questa prima parte è specificamente dedicato agli strumenti di tutela, paragiudiziale e giudiziale, apprestati dall'ordinamento nei confronti delle ispezioni.

La seconda parte dedicata alle ispezioni svolte dagli enti previdenziali prende le mosse dalla disamina del dato legislativo, evidenziando la natura giuridica dell'attività ispettiva e l'effetto che su questa ha avuto la legge costituzionale n. 3 del 2001.

I capitoli dal secondo al quinto sono dedicati ad un'analisi dell'attività ispettiva, prendendosi le mosse dall'individuazione dei poteri riconosciuti dall'ordinamento al personale ispettivo degli enti previdenziali.

Il capitolo terzo, al pari di quel che è avvenuto nella prima parte del volume per gli ispettori del lavoro, è dedicato al procedimento ispettivo, ovverosia alla disamina delle modalità attraverso le quali si svolge un accesso ispettivo e lo stesso, infine, si formalizza con un verbale.

I successivi capitoli, quarto e quinto, affrontano le novità che nella materia sono state apportate dal decreto delegato n. 124, in tema di organizzazione dei servizi ispettivi e di competenze.

I modelli di tutela avverso i verbali ispettivi degli enti previdenziali sono esaminati nel settimo capitolo, bipartendosi fra tutela in sede amministrativa e tutela in sede giudiziaria.

Di rilievo, compiendo un passo indietro, è il capitolo ove, nell'esaminare istituti quali la certificazione, la conciliazione monocratica e la diffida accertativa, si pone mente locale al principio di automatismo e ai riflessi che sullo stesso derivano dai succitati istituti.

Il volume si conclude con una serie di considerazioni degli autori tese a verificare la compatibilità delle regole introdotte dal decreto legislativo con la legge delega.

IV) AA. VV.
La previdenza complementare, a cura di M. Messori
Il Mulino, 2006

Il volume vede la luce mentre il legislatore e le parti sociali hanno deciso, da un verso di anticipare al gennaio 2007 la riforma in tema di previdenza complementare introdotta dalla legge delega n. 252 del 2005 e, da altro verso, di creare un nuovo fondo residuo, anch'esso gestito dall'Inps al pari di quello residuale ordinario previsto e disciplinato nella summenzionata legge delega, dove destinare il trattamento di fine rapporto.

La diversa competenza di ciascuno degli autori dei contributi permette di avere uno sguardo multidisciplinare della materia, con lo scopo di evidenziare quali siano, per ciascun versante, gli aspetti bisognosi di aggiustamenti.

Lo sguardo d'insieme della materia, con riguardo in specie alla previdenza obbligatoria, è offerto dal contributo del curatore del volume.

Dopodichè il volume si suddivide in cinque parti destinate ad analizzare rispettivamente: il profilo comunitario, le modalità di adesione e finanziamento ai fondi, il rapporto fra previdenza complementare e mercato, i modelli di gestione finanziaria dei fondi nonché il faticoso tema della fiscalità, le prestazioni offerte dalla previdenza complementare.

Di rilievo, nella seconda parte, sono i contributi dedicati al tema del trattamento del fine rapporto e al suo conferimento alla previdenza complementare. Tema che coinvolge non solo scelte legislative finalizzate a far divenire il tfr provvista necessaria della previdenza complementare (Sandulli), ma che passa anche, data la volontarietà di adesione alla previdenza in questione, come evidenziato nel contributo di Fornero e Teppa, tramite la scelta volontaria di ciascun lavoratore.

Nella parte terza, ove si affronta anche il tema della regolamentazione del mer-

cato "previdenza complementare", vi è, fra l'altro, un contributo sulla Covip opera del suo Presidente, nonché un contributo di Boeri e Brugiavini, ove si compie una di-samina di tipo economico dei vantaggi e svantaggi scaturenti dall'adesione ai p.i.p. o ai fondi collettivi chiusi o aperti, verificandosi i costi di ciascun modello di previdenza complementare.

Francario e Messori affrontano il tema della governance dei Fondi e delle altre forme previdenziali.

Da segnalare, nella successiva parte quarta:

– il contributo di De Felice e Moriconi dedicato alle garanzie di rendimento e di valore nella previdenza complementare;

– il contributo di Giannini e Guerra sulla disciplina fiscale per la previdenza complementare.

La quinta è ultima parte, dedicata alle rendite vitalizie erogate dalla previdenza complementare, si chiude con un contributo di Vitali in cui si pone la domanda di reinventare la rendita vitalizia in Italia.