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

NUMERO SPECIALE

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

ATTI

dell'incontro di studio organizzato congiuntamente dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Avvocatura Generale dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale sul tema:

"Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatorie"

Roma, 5 e 7 dicembre 2005

INPS ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

5-6

SETTEMBRE-DICEMBRE 2005

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Redattori:
ANTONIO TODARO
FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI

Comitato di redazione:
PIETRO CAPURSO
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
MAURO NORI
SERGIO PREDEN
COSIMO PUNZI
ANTONINO SGROI
STEFANIA SOTGIA
SIMONA TERSIGNI

Segreteria di redazione:
VALERIA MASUTTI
LUCIA COLANTONIO
RICCARDO MEZZETTI

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

5-6

SETTEMBRE-DICEMBRE 2005

GRAF 3 - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: 13 ottobre 2006

NUOVI TEMI
E QUESTIONI CONTROVERSE
IN MATERIA DI PREVIDENZA
E CONTRIBUZIONE
OBBLIGATORIE

PREFAZIONE

L'incontro di studi tenutosi nello scorso dicembre conferma l'utilità, già sperimentata nella precedente edizione, di permettere a magistrati e avvocati dell'Istituto di affrontare e approfondire insieme, nel confronto delle rispettive opinioni, alcuni tra i temi più nuovi o controversi della complessa disciplina previdenziale, quali il trattamento in presenza dei lavori atipici, delle situazioni di crisi aziendale, del lavoro in agricoltura, nonché le questioni di diritto sostanziale e processuale maggiormente controverse dinanzi ai giudici del merito e alla Corte di Cassazione.

Le relazioni e gli interventi raccolti nel volume costituiscono un documento significativo sullo stato delle idee e sugli orientamenti espressi dagli studiosi e dagli operatori del settore ed una guida sicura nell'esercizio dell'attività giudiziaria e della professione forense.

Come responsabile, in qualche misura, dell'iniziativa desidero esprimere la mia gratitudine al Consiglio Superiore della Magistratura per l'apprezzamento e la considerazione ancora una volta manifestati in favore dell'Avvocatura dell'Istituto. Ancora un grazie particolare desidero rivolgere al Presidente Titolare della Sezione lavoro della Cassazione dott. Giuseppe Ianniruberto e al Consigliere dott. Pietro Curzio, prezioso animatore e moderatore del convegno.

Avv. Antonio Todaro

SOMMARIO

"NUOVI TEMI E QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA DI PREVIDENZA E CONTRIBUZIONE OBBLIGATORIE"

I SESSIONE

Sulla disciplina contributiva delle nuove tipologie di rapporto di lavoro
Relazione del Prof. Maurizio Cinelli
Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Perugia Pag. 743

Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatoria
Relazione del Prof. Antonio Vallebona
Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Roma "Tor Vergata Pag. 756

II SESSIONE

Totalizzazione, ricongiunzione, riscatto e integrazione
Relazione dell'Avv. Antonio Todaro
Coordinatore Generale Avvocatura dell'INPS, Roma Pag. 771

III SESSIONE

Recenti orientamenti della Cassazione sul processo previdenziale (e civile in genere)
Relazione del Dott. Giuseppe Ianniruberto
Presidente Titolare della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione Pag. 793

Prestazioni previdenziali e indennità: CIG, CIGS, mobilità, compensi per lavori socialmente utili e prestazioni di gravidanza
Relazione del Dott. Sebastiano L. Gentile
Consigliere della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Bari Pag. 799

Interventi a sostegno del reddito in agricoltura
Relazione dell'Avv. Cosimo Nicola Punzi
Avvocato dell'Avvocatura INPS Pag. 860

IV SESSIONE

Profili delle opposizioni a cartella esattoriale, con particolare riferimento alle opposizioni a cartella previdenziale
Relazione del Prof. Avv. Francesco De Santis
Ordinario di Diritto Processuale Civile presso l'Università di Salerno Pag. 901

Le opposizioni a cartelle esattoriali: rapporti con procedimenti di opposizione a verbale di accertamento, accertamento parziale del credito ed effetti sulla cartella, annullamento della cartella per vizi formali e poteri del giudice
Relazione della Dott.ssa Clotilde Parise
Giudice del Lavoro del Tribunale di Treviso Pag. 925

INTERVENTI

Avv. Pietro Capurso (Avvocatura INPS):
"Elementi per uno studio sulle opposizioni alle iscrizioni a ruolo dei crediti contributivi" Pag. 947

Avv. Antonio Cimmino (Avvocatura INPS):
"Totalizzazione multipla ed esportabilità delle prestazioni speciali pecuniarie a carattere non contributivo nel recente dibattito giurisprudenziale" Pag. 971

Avv. Patrizia De Luca (Avvocatura INPS):
"Trasformazione del titolo pensionistico" Pag. 989

Avv. Angelo Guadagnino (Avvocatura INPS):
"I mezzi di tutela cautelare nel sistema di riscossione a mezzo ruolo dei crediti previdenziali" Pag. 995

Avv. Angela Laganà (Avvocatura INPS):
"Invalidità civile e cittadini stranieri privi della carta di soggiorno" Pag. 1006

Avv. Gino Madonia (Avvocatura INPS):
"La tutela della maternità nel parto prematuro" Pag. 1016

Avv. Chiara Marras (Avvocatura INPS):
"La posizione contributiva del socio lavoratore" Pag. 1041

Avv. Mirella Mogavero (Avvocatura INPS):
"Brevi note sulla motivazione della cartella di pagamento in materia contributiva. Profili processuali" Pag. 1045

Avv. Italo Pierdominici (Avvocatura INPS):
"Il processo previdenziale come verifica dei problemi dell'Ente" Pag. 1063

Iª SESSIONE

MAURIZIO CINELLI

Ordinario di Diritto del Lavoro
nell'Università di Perugia

SULLA DISCIPLINA CONTRIBUTIVA DELLE NUOVE TIPOLOGIE DI RAPPORTO DI LAVORO (*)

1. — Alla regolamentazione di nuove tipologie di lavoro non si accompagna, nella recente legislazione di riforma del mercato del lavoro (d.lgs n. 276/2003 e successive integrazioni) una correlata, specifica disciplina della contribuzione previdenziale. Anzi, conclamato è il difetto, in detta legislazione, di misure atte a controbilanciare le maggiori flessibilità della complessiva disciplina dei rapporti di lavoro, dalla stessa determinate.

D'altra parte, l'astensione da interventi sugli aspetti previdenziali dei "nuovi lavori" — ed anche questo è un rilievo ampiamente condiviso — discende da una trasparente scelta assunta dallo stesso legislatore delegante (legge n. 30/2003).

Le opinioni hanno motivo di dividersi, piuttosto, sulla giustificazione, e, comunque, sulle ragioni di tale ritrarsi della mano pubblica da un aspetto così delicato. Ma hanno motivo di dividersi, quelle opinioni, anche su conseguenze ed eventuali rimedi.

Chi tende a giustificare tale scelta astensiva la imputa sostanzialmente alle stesse esigenze che hanno indotto il recente legislatore ad accentuare le flessibilità di regolamentazione delle attività lavorative e ad introdurre nuovi modelli di rapporto di lavoro.

Infatti, come si può leggere nella stessa relazione al decreto delegato, si è trattato di favorire un clima imprenditoriale più dinamico. Ed è sembrato giusto, conseguentemente, che alle nuove flessibilità delle discipline del lavoro dovesse accompagnarsi, nei fatti, un contenimento del costo degli oneri correlati alla tutela sociale dei lavoratori: contenimento che, ben difficilmente avrebbe potuto essere realizzato se ci si fosse preoccupati di introdurre dei correttivi compensatori.

(*) *Relazione svolta nell'incontro di studio sul tema* "Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatoria", *promosso dal Consiglio Superiore della Magistratura, e svoltosi a Roma nei giorni 5-7 dicembre 2005. Per alcuni aspetti, lo scritto ricalca parte della relazione per il Convegno di studi promosso dalla Scuola superiore dell'Università di Catania sul tema* "I nuovi modelli di lavoro flessibile tra previdenza e profili assicurativi", *svoltosi a Catania nei giorni 4 e 5 novembre 2005.*

Seguendo tale impostazione, tuttavia, la "responsabilità" del *deficit* di tutela previdenziale correlato ai nuovi lavori di fatto finisce per essere imputata ad un fattore per così dire "esterno" alla riforma stessa e al disegno che la sostiene: le caratteristiche strutturali del vigente sistema previdenziale.

Ed, in effetti, un primo aspetto della vicenda normativa in esame, che richiede attenta considerazione, risulta essere proprio quello che attiene al raccordo, o, se vogliamo, al livello di compatibilità dei nuovi lavori con le caratteristiche strutturali dell'ordinamento previdenziale vigente.

2. — Indiscutibilmente l'elemento comune di tutti i "nuovi lavori", quali configurati dalla riforma del 2003, è la discontinuità dell'attività lavorativa. Ed è proprio detta discontinuità che rende più difficile o, quanto meno, tende a differire nel tempo la maturazione dei requisiti assicurativi e contributivi che la legge richiede per il pensionamento.

Dunque, l'implementazione della tipologia di lavori discontinui di fatto implica una riduzione del grado di effettività della tutela pensionistica stessa. Si può conseguentemente affermare che, a carico dei destinatari della nuova disciplina, alla condizione di precarietà lavorativa che caratterizza l'attualità si accompagna la prospettiva di una futura precarietà pensionistica.

Tale pregiudiziale situazione, tuttavia, piuttosto che conseguenza della riforma in sé, appare imputabile, appunto, alla struttura del vigente sistema previdenziale. Questo, infatti, nei suoi tratti generali è esemplato, come sappiamo, sul modello tradizionale di lavoro subordinato, a tempo pieno, continuativo e di lunga durata: modello che, però, nella realtà fattuale odierna non ha più il carattere di centralità e prevalenza che una volta poteva essergli comunque riconosciuto.

D'altra parte — salve alcune eccezioni ed alcuni correttivi, di fatto collocati alla periferia del sistema — (1), la vigente disciplina pensionistica continua a raccordarsi a tale modello sulla base di criteri rispondenti in massima parte a logiche "di scambio", o, se si preferisce, "retributive". Basti ricordare, a tale proposito, regole basilari del sistema che, per un verso, subordinano il diritto a pensione ad una durata minima — in realtà, piuttosto lunga — del rapporto assicurativo (o requisito di anzianità contributiva), solo occasionalmente calibrata su determinate specificità dell'attività lavorativa); e che, per un altro verso, pongono l'entità del trattamento pensionistico in istituzionale relazione al trattamento retributivo goduto durante la vita attiva: quindi, pur sempre in relazione all'apporto di lavoro e contributivo dell'interessato.

Conseguenza intuitiva di tale risalente e perdurante impostazione meritocratica è il fatto che attività di lavoro intermittenti o di breve durata, specie se soggette a trattamenti retributivi modesti — quali potevano configurarsi, come è evidente, già prima della riforma del 2003, ma tanto più oggi — hanno ridotte possibilità di tutela pensionistica o, addirittura, non ne hanno alcuna.

E ciò — si badi bene — vale tanto nel caso in cui l'importo della pensione debba essere determinato sulla base del tradizionale criterio retributivo di calcolo, quanto nel caso in cui la medesima operazione debba avvenire sulla base del criterio contributivo, di più recente adozione. Il livello del trattamento pensionistico in entrambi i casi resta condizionato dalla durata dell'attività lavorativa prestata, da un lato, e dal livello delle

retribuzioni assoggettate a contribuzione, dall'altro lato: cioè, da realtà fattuali che, nella sostanza, sono sovrapponibili.

E tanto più la discontinuità dell'attività lavorativa pone a rischio la stessa tutela pensionistica, in quei casi in cui la norma, in aggiunta ai requisiti di anzianità assicurativa e contributiva, selettivamente richieda anche quello dell'attualità contributiva — cioè, di una determinata prossimità temporale tra ultimo periodo assicurato e sopraggiungere dell'evento protetto — come sappiamo avvenire, in particolare, nell'assicurazione contro l'invalidità.

Non può disconoscersi, dunque, la sussistenza di un incontestabile tratto di "continuità", che lega il livello di protezione sociale riservato ai nuovi modelli di lavoro a logiche ed impostazioni risalenti e finora del tutto pacificamente accettate, nonostante le suaccennate limitazioni.

3. — Invero, da epoca altrettanto risalente, l'ordinamento si è fatto carico di predisporre rimedi: cioè, di predisporre strumenti di conservazione della garanzia assicurativa, astrattamente suscettibili di "governare" gli effetti negativi delle situazioni di discontinuità che qui si considerano.

Alludo, come è ovvio, ai riscatti, alla prosecuzione volontaria, alla neutralizzazione ai fini assicurativi di particolari periodi di inattività, alla contribuzione figurativa (2): istituti i cui rispettivi ruoli sono troppo noti, perché sia necessario soffermarcisi in questa sede.

Piuttosto, va ricordato che, di recente, a favore di chi cambia lavoro (o lo perde prima di aver maturato i requisiti per la pensione), o di chi intende recuperare periodi della vita produttiva che non danno titolo all'assicurazione, oppure vuol porre rimedio assicurativo ai periodi di trattamento retributivo modesto o irregolare, il legislatore — sulla linea già tracciata dalla legge di riforma del 1995 — ha accordato una ulteriore valorizzazione dell'istituto della prosecuzione volontaria, così come di quello del riscatto, predisponendo in eventuali casi condizioni di accesso notevolmente più elastiche di quelle precedentemente in vigore (3).

---

(1) Tipici i casi dei lavoratori dello spettacolo e da braccianti agricoli: cfr. M. PERSIANI, *La tutela previdenziale nella riforma del mercato del lavoro,* in *Prev. e ass. pubblica e priv.,* 2004, I, 995.

(2) Potrebbero essere ricordate anche le ipotesi in cui il legislatore, facendosi carico delle conseguenze di discontinuità lavorative di lungo periodo o caratterizzanti particolari attività (come, in particolare, quelle dl settore agricolo) prevede, a fini pensionistici, ridotti requisiti di anzianità e contribuzione (può farsi riferimento, esemplificativamente, a quanto stabilito dall'art. 2, lett. b, d.lgs. n. 503/1992, o dall'art. 7, legge n. 638/1983).

(3) E così, tanto per ricordare i casi principali, coloro che svolgono attività da lavoro dipendente in forma stagionale, temporanea, discontinua, a tempo parziale di tipo verticale, orizzontale o ciclico, possono riscattare i periodi non coperti da contribuzione, o, in alternativa, essere autorizzati alla prosecuzione volontaria (art. 7 e 8, d. lgs. n. 564/1996); analogo rimedio è stato previsto per i periodi con retribuzione di misura ridotta rispetto a quella convenzionale, o compensati con la semplice indennità di disponibilità (art. 9, comma 3, legge n. 196/1997 e art. 36, comma 7, d.lgs. n. 276/2003), come è stato originariamente stabilito per il lavoro interinale, ed, ora, anche per il lavoro intermittente (peraltro, lasciando fuori inspiegabilmente — lo si ricorda per inciso — la medesima situazione che si verifichi in un rapporto di lavoro somministrato): cfr. d.m. lavoro 30 dicembre 2004.

In siffatte situazioni, tuttavia, gli oneri economici dell'operazione sono posti a totale carico degli interessati.

Anzi, situazioni di sostanziale disoccupazione, che in altri tempi verosimilmente sarebbero state regolate tramite l'intervento della contribuzione figurativa, e dunque, tramite l'intervento della finanza erariale, vengono ora fronteggiate proprio tramite i riscatti o la prosecuzione volontaria. Cioè, vengono fronteggiate non solo evocando l'impegno finanziario dei diretti interessati, ma anche sottoponendo detti "strumenti" ad una sorta di "torsione" rispetto alla loro originaria, istituzionale funzione.

Il fatto è che la legislazione della "flessibilità" risulta essere sempre più spesso espressione di una tendenza a scaricare (in tutto o in parte) sui singoli titolari di rapporti di lavoro non *standard* gli oneri della relativa tutela pensionistica e previdenziale in genere.

4. — Va dato atto che anche la propensione del legislatore a dilatare gli spazi del "fai da te" previdenziale non è cosa nuova; e che, d'altronde, non è atteggiamento limitato ai lavori *non standard.*

Anzi, tale propensione ha avuto motivo di manifestarsi anche in ipotesi ulteriori, e, forse, ancor più ricche di contrastanti implicazioni di quelle qui in esame. Tali appaiono, in particolare, le ipotesi in cui ai lavoratori interessati vengono accollati — ancora una volta, sotto forma di "riscatto" — gli oneri della copertura assicurativa dei periodi di formazione professionale, di studio o di ricerca; e ciò non solo per quelli tra detti periodi che siano finalizzati all'acquisizione di titoli richiesti per l'assunzione al lavoro, ma anche per quei periodi che siano finalizzati all'acquisizione delle "competenze professionali" richieste "per la progressione di carriera" (4).

Si tratta di impostazione che ha trovato da ultimo generalizzata conferma in occasione della disciplina dei congedi formativi (art. 5, legge n. 53/2000); ma che risulta tanto più "singolare" e sconcertante, se si considera l'unanime e giustificatissimo riconoscimento del fatto che, per il futuro dell'economia e della società italiane, obiettivi fondamentali — di rilevanza pubblicistica e, quindi, di elettivo carico, anche finanziario, della mano pubblica — sono proprio la promozione della formazione professionale, da un lato, e il sostegno dell'istruzione, dall'altro.

Non manca, invero, anche in tal caso, l'episodica predisposizione da parte del legislatore di misure finalizzate al sostegno economico di coloro che si vengano a trovare nella condizione che astrattamente giustifica il ricorso a detti istituti, e, dunque, nella condizione di affrontare le relative spese. Emblematica, al proposito, è la casistica dei fondi di solidarietà (ad esempio, art. 5, legge n. 196/1997, art. 69, legge n. 388/2000): si tratta, tuttavia, di rimedi occasionali o, appunto, episodici, e la cui presenza, comunque sia, non vale a superare il fatto che la protezione sociale, anziché essere "effettiva", tende in siffatti casi a farsi "facoltativa".

In sostanza, lo Stato predispone lo strumento di protezione sociale, ma lascia "liberi" gli interessati di avvalersene o meno; e, posto che chi di tali strumenti pensi

(4) Si vedano, ad esempio, l'art. 6, d.lgs. n. 564/1996, e, per i docenti e dirigenti scolastici, l'art. 26, comma 14, legge n. 448/1998.

di avvalersi deve prima fare i conti con i relativi costi, è assai verosimile che, proprio in ragione di questi ultimi, l'esito finisca per essere la rinuncia alla protezione "promessa".

5. — La legislazione del lavoro del 2003-2004 non è sfuggita a tale impostazione; anzi, a quanto sembra, si tratta di impostazione che tende ormai a generalizzarsi, come già una veloce scorsa della casistica consente di riscontrare.

Innanzitutto, va considerato come il d.lgs. n. 276 ponga carico dei soggetti occupati con rapporti di lavoro intermittente (5) l'onere corrispondente alla differenza contributiva per i periodi di retribuzione inferiore a quella convenzionale, o di godimento dell'indennità di disponibilità, fino a concorrenza delle relative misure.

Altrettanto quella legislazione dispone, nella sostanza — come meglio dirò tra poco —, per i collaboratori coordinati e continuativi, "a progetto" e non (così come per tutti gli iscritti, in genere, alla c.d. quarta gestione dell'INPS), i quali, infatti, fermo restando l'obbligo contributivo a favore della gestione speciale (c.d. quarta gestione), possono ottenere – dopo la legge di riforma pensionistica del 2004 (un segmento del medesimo disegno riformatore, del quale il d.lgs. n. 276/2003 è espressione) (6) — l'autorizzazione alla "prosecuzione volontaria" presso la forma di previdenza obbligatoria alla quale siano stati precedente iscritti, al fine di conseguire (anche) presso di essa il requisito contributivo per il diritto a pensione (art. 1, comma 2, lett. t, legge n. 243/2004). Il che, come è evidente, implica, oltre che una palese deroga ai principi dell'istituto della "prosecuzione volontaria" (già costruita come prosecuzione di assicurazione obbligatoria, non più attuale per venir meno dei presupposti dell'obbligo), anche una implicita, clamorosa ammissione da parte del legislatore della insufficiente redditività pensionistica di detta gestione speciale; "quarta gestione" che — la circostanza non va dimenticata — è il "contenitore" previdenziale elettivo di gran parte dei lavori che, pur non avendo natura subordinata, condividono con i nuovi modelli di subordinazione i caratteri della discontinuità e della precarietà.

La riproposizione e la sostanziale generalizzazione da parte del decreto del 2003 di forme di penalizzazione (o di discriminazione) (7) sul piano previdenziale del lavoro discontinuo rispetto al lavoro *standard* — occasionalmente già presenti nell'ordinamento previdenziale — inoltre, è particolarmente evidente nel criterio di "riproporzionamento" di contributi e prestazioni, applicabile in ragione dell'attività effettivamente svolta, anziché del programma negoziale: riproporzionamento, invero, ispirato, come testé accennato, a regole risalenti (art. 7, commi 1, 2 e 4, legge n. 638/1983), ma che, comunque, applicato ai rapporti di lavoro somministrato, condiviso, a tempo parziale, a chiamata, provoca la riduzione dell'entità delle prestazioni previdenziali, e senza garantirne la soglia minima:

(5) Invero, parimenti a quanto, già in precedenza, valeva per quelli con rapporti di lavoro interinale.

(6) Per un primo commento, cfr. M. CINELLI e P. SANDULLI, *Prime note sulla riforma pensionistica 2004,* in *Riv. dir. sic. soc.,* 2004, 587.

(7) Cfr. S. RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavori,* in *Lav. e dir.* 2005, 53.

dunque, con la possibilità (molto concreta) di porre a rischio, come è stato osservato (8), lo stesso principio costituzionalmente garantito di adeguatezza della tutela.

Infine, analoghe considerazioni valgono — sia pure giustificando, forse, un livello di "allarme" inferiore — per la condizione di dipendenza della forma di tutela previdenziale del lavoratore dall'inquadramento previdenziale del datore di lavoro, anziché dal tipo di attività lavorativa concretamente svolta: dipendenza che, nel caso di lavoro somministrato ad impresa utilizzatrice destinataria di un inquadramento diverso di quello dell'impresa di somministrazione, può far sì che il trattamento previdenziale del lavoratore somministrato (per quanto riguarda le pensioni, ma anche per quanto riguarda la tutela del reddito in caso di sospensione o di interruzione del lavoro) venga determinato sulla base di assetti meno favorevoli di quelli validi per i compagni di lavoro di pari inquadramento e mansioni, ma dipendenti dell'impresa utilizzatrice.

6. — Il legislatore del 2003, comunque, aggiunge qualcosa di specifico agli elementi penalizzanti suddetti, ulteriormente incupendo, dunque, tinte del quadro che appaiono già alquanto fosche.

Ed, invero, disciplina che sconta elementi regolatori improntati a criteri peggiorativi rispetto al passato, per quanto riguarda la condizione dei lavoratori, è certamente quella dettata per l'indennità di disponibilità (artt. 22, comma 3, 25, comma 1, e 36, d.lgs. n. 276/2003) (9). Detta prestazione, infatti, quanto a regime contributivo, viene sottratta al rispetto del minimale di legge, con le conseguenti, intuitive implicazioni negative sul piano della disciplina sia del trattamento pensionistico, sia delle prestazioni antinfortunistiche (10); e, comunque, in deroga a quanto avverrebbe in caso di (conclamata) disoccupazione, il relativo godimento non attribuisce il beneficio della contribuzione figurativa (la quale, come è noto, non solo è ad intero carico dell'erario, ma è anche commisurata alla retribuzione precedentemente goduta) (11).

Ma anche sul piano della prevenzione è avvertibile una impostazione "al ribasso". Basti considerare che, quanto a tutela della salute del lavoratore, nel contratto di somministrazione l'obbligo di informazione e formazione in via di principio viene posto a carico del somministratore (art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003): il quale, però, come è intuitivo, non può che svolgere un'attività del tutto generica e necessariamente non puntuale rispetto all'attività che si svolgerà presso l'impresa utilizzatrice. Dipende esclusivamente da una scelta insindacabile delle stesse imprese contraenti la possibilità che detto obbligo venga direttamente — e, propriamente, va aggiunto — assunta da chi concretamente utilizza il lavoro.

---

(8) A. TODARO, *Profili previdenziali della riforma del mercato del lavoro,* in *Riv. dir. sic. soc.* 2004, 653; G. MATTAROLO, *Principio di non discriminazione e riproporzionamento dei trattamenti,* in *Comm. al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276,* a cura di F. CARINCI, IPSOA, Milano, III, 60.

(9) Cfr. circolare INPS n. 18 del 1° febbraio 2005.

(10) Cfr. G. CORSALINI, *I nuovi modelli di lavoro flessibile e l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni,* dattiloscritto dell'intervento al Convegno di Catania ricordato nella nota di apertura del presente scritto.

(11) Cfr. P. SANDULLI, *Tutela previdenziale e assistenziale dei lavori atipici nell'ordinamento giuridico italiano,* in *Lav. e dir.* 2003, 249.

D'altra parte, non può sfuggire che carriere lavorative discontinue o intermittenti, quali quelle "incentivate" dalla nuova disciplina, possono comportare una sostanziale esclusione da alcune, basilari forme di tutela: *in primis*, quella rappresentata dalla previdenza complementare, atteso che carriere lavorative siffatte implicano una situazione di materiale "frazionamento", oggettivamente non compatibile (in via di principio) con lo sviluppo di tale, particolare forma di tutela pensionistica.

In qualche caso, infine, può essere messa in forse anche la tutela contro la disoccupazione, come sembra poter avvenire nel contratto di lavoro a tempo parziale "verticale", sia pure per effetto di un discutibile orientamento giurisprudenziale (Cass. sez. un. n. 1732/2003), quando l'assoggettamento alla discontinuità lavorativa possa essere ritenuta frutto di una "scelta" dell'interessato.

7. — In sostanza, va preso atto che il recente intervento di riforma dei lavori, quanto ad implicazioni di protezione sociale, presenta, sì, connotati di continuità con logiche preesistenti; esso, tuttavia, nell'incentivare la diffusione del lavoro c.d. non *standard,* drammaticamente radicalizza ed, insieme, definitivamente sanziona il già evidente divario tra modello previdenziale di (prevalente) riferimento e realtà fattuale del mercato del lavoro: oltretutto, per alcuni aspetti, aggiungendovi del suo, quanto a precarizzazione dei risvolti previdenziali.

Considerazioni diverse valgono soltanto per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nella quale il principio di automaticità delle prestazioni trova incondizionata applicazione, e che, comunque, non subordina la tutela a requisiti di anzianità assicurativa di sorta. D'altra parte, detta assicurazione è l'unica forma di tutela previdenziale riferibile ai lavoratori occasionali (*ex* art. 61, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), quando non superino (per effetto del susseguirsi di una pluralità di rapporti con più committenti) i limiti annui di reddito e di durata di attività, fissati dal decreto.

Paradossalmente, dunque, la più "assicurativa" (cioè, la più "privatistica") delle assicurazioni sociali in tal contesto di fatto si propone, oggi, come la più rappresentativa delle connotazioni solidaristiche che tradizionalmente caratterizzano il modello del quale quelle assicurazioni, nel loro complesso, sono espressione. E ciò tanto più ove si consideri che il decreto n. 276 sembra introdurre un miglioramento nella specifica disciplina, quale potrebbe essere ravvisato nella estensione delle "norme di tutela contro gli infortuni e le malattie professionali... ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo" (art. 66, comma 4), e, dunque, a tutte le collaborazioni coordinate, che, ai sensi della vigente disciplina tributaria (artt. 50, comma 1, lett. c *bis* e 53 t.u.i.r.), sono attratte nel regime fiscale e previdenziale del lavoro autonomo in senso stretto (12).

(12) Cfr. C.A. NICOLINI, *Problematiche inerenti la nozione fiscal-previdenziale di collaborazione continuativa e coordinata,* in *Mass. giur. lav.,* 2005, 64; nonchè, in una prospettiva più generale, P. SANDULLI, *Il lavoro coordinato tra disciplina civilistica e regime fiscale e previdenziale,* in *Arg. dir. lav.,* 2001, 42'. Un ulteriore fattispecie di ampliamento della tutela è quella che riguarda gli associati in partecipazione, realizzata, peraltro, non dal decreto n. 276 bensì dalla legge n. 326/2003.

8. — Dunque, salvo il suddetto caso dell'assicurazione contro gli infortuni, la situazione appare scontare — ed, anzi, accentuare — la possibilità di una pesante riduzione del grado di effettività della tutela previdenziale per una porzione consistente e sicuramente in crescita del mondo dei lavori.

Ed è, questa, una situazione che, se non altro per ragioni "quantitative", può intaccare alla radice il sistema stesso delle assicurazioni sociali; e, dunque, per la prima volta nella loro lunga e fortunata storia, mettere in discussione lo stesso ruolo primario di queste nel contesto generale degli strumenti di protezione sociale.

Il suddescritto *deficit* di effettività — nell'attualità e, tanto più, in prospettiva è motivo non solo di giustificate preoccupazioni, ma anche di profondo sconcerto, se è vero che, per altri versi, quel medesimo sistema da tempo si è venuto facendo carico della estensione delle tutele oltre i confini della subordinazione (fino ad abbracciare addirittura i lavori non destinati al mercato, in una sostanziale prospettiva universalistica); e se è vero, inoltre, che quello stesso sistema si è fatto carico anche di una più effettiva tutela nei confronti della frammentazione previdenziale cui sono esposti i lavoratori particolarmente soggetti a mobilità professionale, attraverso l'apprestamento degli strumenti, dapprima, della "ricongiunzione" dei periodi assicurativi frazionati, e, poi (seppur con un processo ancora *in fieri*), della c.d. "totalizzazione" di quei medesimi periodi.

Va preso atto, dunque, che, allo stato, il contesto ordinamentale si rivela caratterizzato da due fenomeni in sostanziale contrapposizione: da un lato, da un processo legislativo di estensione delle tutele (13), che prescinde dalla qualificazione giuridica dei rapporti e segna un cammino, che ormai appare obbligato e non più reversibile, verso forme di "inclusione" generalizzata nell'area della protezione sociale e verso la realizzazione della garanzia di cui all'art. 35, comma 1, Cost.; da un altro, da una impostazione rinunciataria nei confronti delle nuove forme di lavoro e del lavoro periferico in genere, che sostanzialmente implica un opposto effetto di "esclusione" per sempre più ampie categorie di lavoratori, e, nel contempo, sconfessa nei fatti il ruolo basilare e potenzialmente aggregante, che, nel panorama delle tutele, tradizionalmente svolgono gli istituti previdenziali.

9. — A questo punto possono essere svolte alcune considerazioni di dettaglio, per quanto specificamente riguarda la disciplina contributiva relativa ai "nuovi lavori".

Peraltro, va subito osservato che, dei nuovi modelli di rapporto, partitamente considerati, meritano particolare attenzione (per quanto specificamente concerne l'oggetto del presente incontro) il lavoro a progetto e il lavoro somministrato, parimenti emblematici, il primo, perché, in un contesto caratterizzato dalla "flessibilità", presenta, al confronto, il massimo apporto di rigidità; il secondo, perché, sul limitare opposto,

(13) In realtà, proprio il d.lgs. n. 276/2003 parrebbe rappresentare una battuta di arresto, se si considera l'esclusione della tutela previdenziale (eccettuata l'assicurazione infortuni del lavoro) del lavoro occasionale (art. 61, comma 2).

appare raccogliere e rappresentare, più di altri, l'essenza di quell'innovativo contesto (14).

Gli altri modelli, invero, o richiamano, essenzialmente, schemi noti, come avviene per l'appalto (art. 29, commi 2 e 3 *bis*), i contratti a contenuto formativo (artt. 47-53), il contratto di inserimento (artt. 54-59), il lavoro a tempo parziale (art. 9, d.lgs. n. 61/2000) e il distacco (art. 30): salvo, per quest'ultimo, il fatto che, per la copertura antifortunistica, rileva, ai fini della determinazione del premio, la tariffa del settore di attività dell'azienda distaccataria; o, come avviene per il lavoro intermittente (art. 36, commi 2 e 7), il lavoro ripartito (art. 45), il lavoro occasionale (art. 61), implicano effetti già precedentemente considerati: quali il riproporzionamento (per i primi), l'esenzione dal minimale contributivo (per l'indennità di disponibilità), l'esclusione dall'ombrello della tutela previdenziale (per il lavoro occasionale).

Una considerazione a parte merita, semmai, per il lavoro accessorio (artt. 71-74), per il quale il legislatore ha mantenuto fermo l'obbligo di iscrizione alla quarta gestione INPS; l'iscrizione a detta gestione fa sì che ai lavoratori interessati siano applicabili l'assicurazione per invalidità, vecchiaia e superstiti, per gli eventi malattia e maternità, e che gli stessi possano disporre degli assegni per il nucleo familiare, nonché della copertura assicurativa contro gli infortuni sul lavoro e malattie professionali, secondo le regole proprie di tale Gestione. Ma ciò, nel contempo, mette in evidenza il diverso atteggiamento che il legislatore delegato ha assunto nei confronti del lavoro svolto in famiglia; questo, infatti, per effetto del correttivo di cui al d.lgs. n. 251/2004, "sopporta" il lavoro accessorio reso anche nell'ambito dell'impresa familiare (art. 230 *bis*, c.c.), sia pur limitatamente al commercio, turismo e servizi (art. 70, comma 2°, *lett. e bis,* d.lgs. n. 276/2003); a ciò fa riscontro (art. 743) l'irrilevanza a fini previdenziali delle attività agricole svolte da parenti ed affini sino al terzo grado, in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi.

10. — Passando, dunque, ad una veloce considerazione, innanzitutto, della disciplina previdenziale del contratto di somministrazione di lavoro (artt. 20-28, d.lgs. n. 276/2003), va come prima cosa rilevato come questa ricalchi quella del (soppresso) lavoro temporaneo (art. 9, d.lgs. n. 196/1997).

Ed, infatti, l'obbligazione contributiva grava sì, sul somministratore (art. 21, comma 1°, *lett. h,* d.lgs. n. 276/2003), ma l'utilizzatore è responsabile solidale in caso di inadempimento del primo (art. 21, comma 1°, *lett. k* e art. 23, comma 3°, d.lgs. n. 276/2003).

L'aliquota contributiva continua ad essere quella del settore terziario, quale settore di inquadramento delle imprese somministratrici, ai sensi dell'art. 49, L. n. 88/1989 (art. 25, comma 1°, d.lgs. n. 276/2003). Fa, però, eccezione la somministrazione di lavoro a favore di datori di lavoro agricoli o per attività di collaborazione domestica,

(14) Cfr. M. CINELLI, *Riforma del mercato del lavoro e tutela sociale tra ombre e luci,* in *Riv. inf. e mal. prof.,* 2005, 1.

per la quale vale la disciplina (sia per i contributi che le prestazioni) dei relativi settori di impiego (art. 25, comma 4°, d.lgs. n. 276/2003).

Detta regolamentazione, tuttavia, presuppone la regolarità del contratto di somministrazione (art. 27, comma 1°, d.lgs.n. 276/2003), nonché la forma scritta (art. 21, comma 4°, d.lgs. n. 276/2003); in difetto, si determina la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione. Nella prima ipotesi, peraltro, ciò si verifica solo su iniziativa del lavoratore (art. 27, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003); nella seconda, invece, su iniziativa di chiunque abbia interesse a far valere il vizio (art. 21, comma 4°, d.lgs. n. 276/2003; art. 1421, c.c.). L'obbligo contributivo viene quindi traslato, in tal caso, sull'utilizzatore, che, peraltro viene liberato dal debito fino a concorrenza delle somme effettivamente versate dal somministratore (art. 27, comma 2°, primo inciso, d.lgs. n. 276/2003).

Ad incentivo dell'assunzione di lavoratori svantaggiati (art. 2, *lett. k,* d.lgs. n. 276/2003), la legge consente all'agenzia di somministrazione di operare in deroga al regime generale della somministrazione (art. 13, comma 1°, *lett. a,* d.lgs. n. 276/2003), e di detrarre dal compenso dovuto ai lavoratori svantaggiati, assunti con contratto non inferiore a nove mesi, quanto eventualmente da essi percepito a titolo di indennità di mobilità, disoccupazione ordinaria o speciale o altra indennità o sussidio la cui corresponsione sia collegata allo stato di disoccupazione o inoccupazione, nonché l'ammontare dei contributi figurativi nel caso di trattamenti di mobilità e di indennità di disoccupazione ordinaria o speciale (art. 13, comma 1°, *lett. b,* d.lgs. n. 276/2003).

La tutela previdenziale dei lavoratori somministrati risente dell'inquadramento del somministratore nel settore terziario, in riferimento sia all' *an*, sia al *quantum* delle prestazioni; con la conseguente esclusione dal campo di applicazione delle integrazioni salariali, dell'indennità di mobilità, e, quindi, della correlata disciplina contributiva.

A favore dei lavoratori somministrati, tuttavia, possono operare appositi "Fondi" (art. 12, d.lgs. n. 276/2003), diretti a garantire, ai lavoratori somministrati a tempo indeterminato "misure di carattere previdenziale" (art. 12, comma 1°), e, a quelli a tempo determinato, "iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito (…) in caso di fine lavori" (art. 12, comma 2°, *lett. a);* ma anche a promuovere, tanto per gli uni, quanto per gli altri, "percorsi di qualificazione e riqualificazione" (art. 12, comma 1°, ultimo inciso; comma 2°, *lett. d,* d.lgs. n. 276/2003).

La tutela antinfortunistica è calibrata, come già ricordato, sull' "effettività": infatti, a differenza di quella pensionistica, è modulata, sia per quanto riguarda il tasso dei premi, sia per quanto riguarda l'*an* ed il *quantum* delle prestazioni, sul rischio che comportano le attività svolte dalle imprese utilizzatrici (art. 25, commi 1 e 2, d.lgs. n. 276/2003).

11. — Quanto al lavoro a progetto, la nuova disciplina non altera, in via di principio, l'assetto previdenziale, già dettato per il lavoro parasubordinato (né la relativa regolamentazione fiscale: art. 50, comma 1°, *lett. c-bis,* già art. 47, comma 1°, *lett. c-bis,* TUIR): salva la espressa previsione (art. 66 d.lgs. n. 276/2003) della sospensione e della proroga della durata del contratto, per i casi di gravidanza, malattia ed infortunio; e comunque, con applicazione ai lavoratori a progetto della tutela per l'evento maternità, malattia per degenza ospedaliera e gli assegni per il nucleo familiare (art. 64,

d.lgs. n. 151/2001), e dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Per il resto — e, cioè, per quanto riguarda le prestazioni maggiori e l'obbligazione contributiva in genere — deve assumersi come implicito il rinvio alla disciplina valida in generale per i collaboratori coordinati e continuativi.

In particolare, l'obbligazione contributiva del lavoro a progetto grava, *pro quota,* sul lavoratore (nella misura di un terzo dell'obbligo contributivo totale) e sul committente (onerato per i residui due terzi), e quanto ai requisiti di accesso ed alle modalità di calcolo dei trattamenti pensionistici, si applicano le regole introdotte dalla legge n. 335/1995 in tema di calcolo contributivo.

I lavoratori a progetto sono, dunque, assicurati contro invalidità, vecchiaia e superstiti; sono protetti per l'evento maternità, secondo le modalità individuate da un decreto interministeriale (in attuazione dell'art. 59, comma 16, legge n. 449/1997), decreto che disciplina anche i presupposti per la concessione dell'assegno per il nucleo familiare e la misura dello stesso. Detti lavoratori dispongono, altresì, della tutela relativa alla malattia per i periodi di degenza ospedaliera e di quella dell'assicurazione (art. 66, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), sono assicurati contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (15).

Va considerato, però, che — come è stato giustamente sottolineato (16) — un rapporto qualificabile come collaborazione coordinata e continuativa nell'ambito del diritto del lavoro — e, cioè, sussumibile negli artt. 61 e ss. d.lgs. 276/2003, ovvero nell'art. 409 c.p.c., se si tratta di rapporto instaurato da esercente professione intellettuale protetta o esonerato, comunque, dall'applicazione della disciplina del lavoro a progetto — non possiede necessariamente la medesima qualificazione nell'ambito del diritto della previdenza sociale.

Il fatto è che il legislatore utilizza, a fini previdenziali, la stessa tecnica normativa utilizzata dalla legge fiscale. Ed, invero, l'art. 2, comma 26, legge n. 335/1995 distingue, ai fini della iscrizione nella gestione separata INPS, o quarta gestione, tra i "lavoratori parasubordinati" (e, cioè, coloro che percepiscono redditi da collaborazione continuativa e coordinata, quali definiti oggi dall'art. 50, comma 1, lett. c) bis, t.u.i.r. nel testo introdotto dall'art. 34, legge n. 342/2000) e i "lavoratori autonomi in senso stretto" (cioè, coloro che, ai sensi dell'art. 53 t.u.i.r. godono di redditi derivanti da attività di lavoro autonomo, svolta come "professione abituale", ancorché non esclusiva), altrimenti detti "popolo delle partite iva".

Dunque, nel campo fiscal-previdenziale la collaborazione, anche quando presenti gli elementi della continuatività, della coordinazione e del carattere prevalentemente personale della prestazione, non è riconoscibile come tale, se "rientra nell'oggetto del-

(15) In tema, si rinvia a R. PERSI, *Tutele previdenziali e assicurative sullo scenario dei nuovi modelli negoziali,* testo dattiloscritto della relazione al Convegno di Catania ricordato nella nota di apertura del presente scritto.

(16) Si fa rinvio, qui e appresso, alle osservazioni di C.A. NICOLINI, *op. cit.,* p. 64 e ss.; ma si veda anche G. FERRARO, *Collaborazioni non subordinate e riflessi previdenziali,* in *Riv. dir. sic. soc.* 2001, 109.

l'arte o della professione (…) concernente attività di lavoro autonomo esercitate dal contribuente"; l'esercizio di un'attività di lavoro autonomo come "professione abituale" determina l'attrazione della prestazione d'opera continuativa e coordinata nell'area del lavoro autonomo, e, di conseguenza, anche la sua sottrazione dalla disciplina delle collaborazione coordinate e continuative in senso proprio.

In sostanza, le collaborazioni coordinate e continuative quali identificabili sulla scorta della legislazione del lavoro di fatto subiscono una sorta di bipartizione, quando si tratta di considerarne la disciplina previdenziale e fiscale (17), per ciò che concerne i relativi effetti.

Ed, invero, solo per i soggetti qualificabili come collaboratori coordinati e continuativi ai fini fiscali responsabile per l'adempimento delle obbligazioni contributive è il committente (sulla base di un meccanismo analogo a quello che riguarda il lavoro subordinato), cui è attribuito il diritto di rivalsa sul collaboratore nei limiti di un terzo dell'importo (art. 1, d.m. n. 281/1996). Invece, i lavoratori autonomi in senso stretto sono direttamente responsabili del pagamento della contribuzione, salvo riaddebito al cliente di un importo limitato (art. 1, comma 212, legge n. 662/1996).

Di rilievo sono, d'altra parte, anche i riflessi sugli effetti della estinzione dell'obbligazione contributiva per intervenuta prescrizione. Mentre per i lavoratori autonomi in senso stretto detta prescrizione comporta, sì, l'estinzione dell'obbligazione contributiva, ma anche un danno pensionistico irrimediabile, il lavoratore parasubordinato, a fronte della medesima causa estintiva, ha la possibilità di intentare una azione risarcitoria nei confronti del committente entro il termine decennale di prescrizione, decorrente dal compimento dell'età pensionabile (18).

Infine, nel caso in cui l'attività *de qua* rientri nell'oggetto della professione si realizza una attrazione nel regime previdenziale di categoria (19); altrimenti, si rende necessaria l'iscrizione del medesimo soggetto a due distinti regimi previdenziali, con conseguente assoggettamento a due distinte e parallele contribuzioni.

Unica situazione che comporta un incremento reale di tutela previdenziale, peraltro, è quella che riguarda, come già accennato, l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, rispetto alla quale la recente disciplina, appare determinare, effettivamente, un allargamento dell'ambito soggettivo di intervento (20).

Infatti, mentre precedentemente, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 38/2000, destinatari della relativa tutela potevano ritenersi soltanto i collaboratori coordinati e continuativi, qualificabili come tali ai sensi della vigente disciplina delle imposte dirette, ora, atteso che il decreto in esame (art. 66, comma 4) afferma che ai "rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo" si applicano (tra l'altro) "le norme di tutela contro gli infortuni e le malattie professionali", appare giustificato assumere che detta disposizione abbia carattere precettivo e che, pertanto, il legislatore delegato abbia di fatto esteso l'ambito protettivo dell'assicurazione a tutte le collaborazioni attratte nel regime fiscale e pensionistico del lavoro autonomo in senso stretto.

(17) Così C.A. NICOLINI, *op. cit.*.
(18) Cfr. ancora C.A. NICOLINI, *op. cit.*.
(19) Cfr. G. FERRARO, *op. cit.*.
(20) Cfr. G. CORSALINI, *op. cit.*.

12. — Già tali schematici riscontri appaiono sufficienti ad evidenziare come la vigente struttura del sistema previdenziale e degli istituti che ne fanno parte — nonostante gli indubbi sforzi di omogeneizzazione e universalizzazione intrapresi dal legislatore negli ultimi due lustri — manifesti preoccupanti segni di obsolescenza, o, comunque, di progressiva inadeguatezza rispetto all'esigenza di governo delle principali emergenze che l'attualità propone.

Si è fatta urgente, in altre parole — come è stato giustamente osservato —, l'esigenza di "ripensare" quantomeno il rapporto tra la funzione protettiva tradizionale dello storico, meritevole strumento delle assicurazioni sociali ed una sua più moderna funzione di sostegno e promozione.

Ed, in effetti, oggi appare richiedersi — ed essere richiesta non ulteriormente eludibile – un grande impegno progettuale, affinché la "flessibilità" — che, pure, risulta essere ormai condizione non più evitabile (anzi, ambita) dei modi di lavorare e produrre, e alla quale, comunque, allo stato, il processo regolativo del lavoro ben difficilmente potrebbe sottrarsi — non si traduca in inammissibile fattore di precarietà e degrado sociali.

Ma qui, come è evidente, si entra a vele spiegate in territori nei quali, prima che il giurista, è chiamata a misurarsi la politica.

(21) T. TREU, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie,* in *Prev. e ass. pubb. e priv.,* 2004, I, 1.

ANTONIO VALLEBONA

Ordinario di Diritto del Lavoro
nell'Università di Roma "Tor Vergata"

NUOVI TEMI E QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA DI PREVIDENZA E CONTRIBUZIONE OBBLIGATORIA

Sommario: 1. - Interposizione vietata, appalti leciti, somministrazione. 2. - Lavoro in cooperativa. 3. - Associazione in partecipazione. 4. - Lavoro a domicilio. 5. - Certificazione dei contratti.

1. — Interposizione vietata, appalti leciti, somministrazione.

A) Il divieto "di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario" era sancito dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960.

Questa legge è stata ora abrogata dall'art. 85, c. 1, del d. lgs n. 276 del 2003, ma è stato confermato il divieto di "interposizione illecita" (art. 84, c. 2), appunto distinto dall' "appalto genuino" (art. 84, c. 2) e dalla "somministrazione di lavoro" (art. 24, c.1).

I caratteri distintivi dell'appalto vero non sono cambiati, poiché consistono ancora nella organizzazione dei mezzi necessari, nell'assunzione del rischio e nell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore (artt. 29 c. 1 e 84, c. 2). Non è stata, invece, riprodotta la presunzione assoluta di cui all'art. 1, c. 3, legge n. 1369/60, peraltro già applicata con una certa elasticità se i capitali e le attrezzature fornite dal committente erano solo marginali rispetto alla complessiva organizzazione dell'appaltatore (Cass. 15337/02, 1979/94, 13015/93, 1191/93). Del resto la conferma che il regime vigente non è molto diverso da quello abrogato, con secca smentita delle false idee circa una asserita destrutturazione delle tutele, viene dall'orientamento della Cassazione che ritiene ancora punibili le vecchie interposizioni essendosi verificata non una *abolitio criminis,* ma una *abrogatio sine abolitione* (Cass. 3° pen. 2583/04, 25726/04, 34922/04; Cass. sez. lav. 16146/04).

La conseguenza della interposizione illecita è la medesima rigorosissima già prevista nel vecchio regime (art. 1, c. 5, legge n. 1369 del 1960), essendo anche ora prevista la costituzione *ex tunc* di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 29, c. 3 bis, d. lgs. n. 276/03 introdotto dal d. lgs. n. 251/04; per la somministrazione priva di forma scritta cfr. art. 21, c. 4; per la somministrazione irregolare cfr. art. 27, c. 1).

Tuttavia la relativa azione è, ora, espressamente riservata al lavoratore sia per l'interposizione illecita (art. 29, c. 3 bis, cit.), sia per la somministrazione irregolare (art. 27, c.1, cit.).

B) Nel quadro qui accennato si pongono i problemi relativi all'obbligazione contributiva previdenziale.

Questa obbligazione grava sul soggetto riconosciuto effettivo datore di lavoro (committente o interponente).

Ora l'ente previdenziale, salvo il caso del contratto di somministrazione privo di forma scritta, non è più titolare della speciale azione di conversione legale nei confronti dell'interponente, che deve essere prevista espressamente, non essendo mai costituzionalmente necessitata (Corte cost. 283/05), ed è qui riservata al lavoratore, sicché l'ente può, tutt'al più, intervenire tempestivamente nel giudizio promosso dal lavoratore e far valere la sua pretesa contributiva nello stesso giudizio.

Tuttavia dal combinato disposto dei citati artt. 29 e 84, completati dalla rilevanza penale dell'interposizione *ex* art. 18, c. 5 *bis,* d. lgs. cit., si ricava la nullità virtuale del contratto di lavoro con l'interposto invocabile da chiunque vi abbia interesse, compreso l'ente previdenziale. Mentre per la affermazione del contratto di lavoro con l'effettivo utilizzatore della prestazione quale presupposto della pretesa contributiva, l'ente, di solito nella posizione di convenuto in opposizione a cartella di pagamento e quindi di attore sostanziale, può esperire l'ordinaria azione di accertamento assolvendo tutti i relativi oneri di allegazione e di prova.

C) I pagamenti effettuati dall'interposto all'ente previdenziale valgono ad estinguere l'obbligazione, sia nell'ipotesi in cui l'interposto sia considerato coobbligato (Cass. 1041/82, 3066/87, 10556/95. *Contra* Cass. 5901799), sia nell'ipotesi in cui sia considerato estraneo all'obbligazione dell'interponente, applicandosi in tal caso la regola dell'adempimento del terzo di cui all'art. 1180, c. 1, cod. civ. (Cass. 10556/95, 5915/04, 12509/04).

Questo principio trova, ora, conferma nella espressa disposizione per cui i pagamenti, anche previdenziali, effettuati dal somministratore irregolare valgono a liberare l'utilizzatore nei limiti di quanto pagato (art. 27, c. 2, d. lgs. n. 276/03).

Pertanto l'ente previdenziale non può pretendere dall'interponente, con l'aggiunta delle sanzioni per il ritardo, i contributi già versati dall'interposto.

D) Nell'ipotesi di appalto lecito il committente e l'appaltatore erano (art. 3 legge n. 1369/00) e sono (art. 29, c. 2, d. lgs. c. 276/03 come sostituito dal d. lgs. n. 251/04) obbligati in solido anche per la contribuzione previdenziale.

Sono state soppresse le precedenti eccezioni a questo principio (art. 5 legge 1369/60), ma la norma è divenuta derogabile dai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (art. 27, c. 2, d. lgs n. 276/03).

Per l'azione contro il committente era (art. 4 legge n. 1369/60) ed è (art. 29, c. 2,

d. lgs. 276/03) previsto il termine di decadenza di un anno dalla effettiva cessazione dell'appalto (Cass. 1924/98, 3410/98).

Questo termine non è, invece, previsto per far valere la responsabilità solidale dell'utilizzatore in caso di legittimo contratto di somministrazione, anch'essa estesa ai contributi previdenziali (art. 23, c. 3, d. lgs. n. 276/03). Tuttavia l'ente previdenziale, al pari del lavoratore, può rivolgersi all'utilizzatore solo dopo l'inadempimento del somministratore (art. 21, c. 1, lett k, d. lgs. 276/03).

2. — Lavoro in cooperativa.

A) I lavoratori soci di cooperative sono da tempo equiparati ai lavoratori dipendenti dal punto di vista previdenziale in forza della disposizione dell'art. 2, c. 3, r.d. n. 1422 del 1924 per l'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti e della disposizione dell'art. 9 del TU n. 1124 del 1965 per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Entrambe queste disposizioni utilizzano la semplice tecnica di definire come datori di lavoro, ai limitati fini previdenziali, le società cooperative (parlano di *fictio* legale, Cass. 10319/02, 17915/02, 3053/03, 3491/03, 18538/04).

Ne consegue ogni effetto, tra cui anche la determinazione dell'imponibile contributivo minimo mediante il riferimento alle retribuzioni previste dai contratti collettivi per i lavoratori subordinati del corrispondente settore *ex* art. 1, c. 1, legge n. 389 del 1989 (Cass. n. 3491/03 considera irrilevante un accordo *ad hoc* per i lavoratori della cooperativa).

B) Tuttavia per particolari tipi di cooperative (facchinaggio, trasporto, vigilanza, ecc.) il d.p.r. n. 602 del 1970 prevedeva la possibilità di effettuare la contribuzione su di un imponibile convenzionale, diversificato *ex* d.m. 3 dicembre 1999 rispettivamente per i contributi pensionistici e per i contributi c.d. minori (Cass. 10319/02). Nei casi in cui tale imponibile convenzionale era inferiore al trattamento economico effettivo erogato al socio, la cooperativa che decideva di avvalersi della possibilità di commisurare la contribuzione a detto imponibile godeva di una riduzione del complessivo costo del lavoro.

Ora la legge n. 142 del 2001 prevede, in linea generale, che dall'instaurazione degli imposti rapporti di lavoro, subordinato o no, con i soci "derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale" (art. 1, c. 3) e che "ai fini della contribuzione previdenziale ed assicurativa si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporto di lavoro" (art. 4, c. 1), precisando che tutte le erogazioni effettuate ai soci lavoratori subordinati rientrano nell'imponibile previdenziale quale reddito da lavoro dipendente ad eccezione dei soli "ristorni" (art. 4, c. 2).

Inoltre, mediante delega al Governo (art. 4, c. 3), esercitata con d. lgs. n. 423 del 2001, è stato soppresso, a partire dal 1° gennaio 2007, il ricordato sistema dell' imponibile convenzionale previsto dal d.p.r. n. 602 del 1970.

La gradualità imposta dalla norma delegante è stata realizzata dal decreto delegato (cfr. anche circ. INPS n. 33 del 2002) disponendo un progressivo incremento anno per anno fino al 2006 dell'imponibile convenzionale giornaliero e, per i territori del Mezzogiorno, anche del periodo di occupazione media mensile gradualmente portato alle normali 26 giornate lavorative.

È confermata, nel periodo transitorio, la facoltà delle cooperative in esame di optare per il versamento dei contributi pensionistici sulle retribuzioni effettive, purché non inferiori all'imponibile convenzionale.

Alla fine del periodo transitorio sarà completa l'equiparazione di tutte le cooperative alle altre imprese dal punto di vista degli oneri previdenziali, realizzandosi, così, il fine del legislatore di eliminare alterazioni della concorrenza derivanti dal diverso costo del lavoro.

C) Alle società cooperative, senza distinzione tra lavoratori soci e non soci, si applica anche la disciplina della integrazione salariale e della indennità di mobilità in caso di licenziamento collettivo (art. 8 legge n. 236/93).

Si applicano, altresì, la tutela contro la disoccupazione (art. 24 legge 196/97) e la disciplina della previdenza complementare (art. 4 legge 335/95; art. 64 legge 144/99).

3. — Associazione in partecipazione.

A) L'associato in partecipazione che apporti la propria attività lavorativa, al quale si riferiscono i requisiti della "effettiva partecipazione" e delle "adeguate erogazioni" (art. 86, c. 2, d. lgs 276/03), deve essere assicurato contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali (Corte cost. 332/92), coerentemente all'ampio campo di applicazione di questa tutela, che spetta anche ai soci d'opera nelle società di persone, ai soci di cooperative di lavoro e perfino ad alcune categorie di lavoratori autonomi (coltivatori diretti, artigiani).

È prevista anche l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti con contribuzione pari a quella dei lavoratori parasubordinati e con obbligo di versamento sull'associante anche per la quota (45%) di contribuzione a carico dell'associato (art. 43 d. l. n. 269 del 2003, conv. con legge n. 326 del 2003).

Si applica anche l'assicurazione contro la disoccupazione (art. 8 r.d.l. 2270/24).

B) L'associazione in partecipazione è il contratto mediante il quale "l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto" (art. 2549 cod. civ.), che può consistere anche in un'attività lavorativa. L'associato partecipa, salvo patto contrario, anche alle perdite nei limiti del valore del suo apporto (art. 2553 cod. civ.).

La gestione spetta all'associante (art. 2552, c. 1, cod. civ.), ma l'associato può, se previsto dal contratto, esercitare un controllo (art. 2552, c. 2, cod. civ.) ed ha sempre diritto al rendiconto (art. 2552, c. 3, cod. civ.).

La distinzione dal lavoro subordinato, con ogni conseguenza anche sul piano previdenziale, si fonda proprio sull'effettivo esercizio di questo diritto dell'associato, non-

ché sulla partecipazione del medesimo al rischio di impresa (Cass. 20002/04, 13013/03, 19475/03, 2795/01, 8578/99, 11222/98, 3936/97, 12052/92, 6750/81, 2960/75), il cui andamento negativo legittimamente priva di ogni utile il suo apporto lavorativo, mentre il lavoratore subordinato conserva il diritto alla retribuzione sufficiente *ex* art. 36 Cost. anche quando risulti in concreto inadeguata la pattuita retribuzione con partecipazione agli utili.

Se il contratto esclude il controllo del lavoratore associato sulla gestione e la partecipazione del medesimo alle perdite (Cass. 11222/98, 5759/85, 6750/81), garantendogli perfino un guadagno certo (Cass. 4235/88, 197/82) anche sotto forma di partecipazione ai ricavi anzi che agli utili (Cass. 11222/98, 3936/97, 5759/85. *Contra* Cass. 1420/02), è ancora configurabile un'associazione in partecipazione, ma solo se manca l'eterodirezione dell'attività dell'associato da parte dell'associante (Cass. 11222/98, 4235/88, 5759/85, 197/82), essendo, altrimenti, inevitabile il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato nonostante il diverso *nomen iuris* utilizzato dalle parti. Tuttavia l'eterodirezione propria del lavoro subordinato non va confusa con il generico potere dell'associante di impartire direttive all'associato (Cass. 20002/04, 13013/03).

Ora la disposizione dell'art. 86, c. 2, d. lgs. n. 276 del 2003, con finalità dichiaratamente antifraudolenta ("al fine di evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo"), esclude la configurabilità di una associazione in partecipazione laddove manchi una "effettiva partecipazione" dell'associato lavoratore e questi non consegua "adeguate erogazioni".

Il requisito della effettiva partecipazione è ripetitivo della disciplina esistente, sia nel profilo relativo alla partecipazione agli utili, sia nel profilo relativo al controllo e rendiconto della gestione.

Invece il requisito delle adeguate erogazioni è decisamente innovativo, imponendo un giudizio di congruità tra i proventi dell'associato e il valore dell'apporto lavorativo, che in precedenza rilevava solo come limite della partecipazione alle perdite. Tuttavia, in considerazione della natura del contratto, la valutazione di adeguatezza non può prescindere dall'andamento della gestione, che può essere tale da imporre sacrifici anche al lavoratore associato. Sicché la modestia delle erogazioni equivale ad inadeguatezza attestante la frode solo laddove il risultato gestionale avrebbe consentito l'attribuzione di proventi più congrui. Piuttosto la nuova disposizione legittima definitivamente il patto di partecipazione ai ricavi anzi che agli utili proprio in funzione di garanzia del reddito dell'associato.

La mancanza degli indicati elementi essenziali esclude la configurabilità di un contratto di associazione in partecipazione e, conseguentemente, conduce all'accertamento di un contratto di scambio, che la stessa disposizione in esame indica in una delle varie tipologie di lavoro subordinato o autonomo a seconda delle reali modalità di svolgimento del rapporto, con previsione analoga a quella relativa al lavoro a progetto.

Non si tratta di un effetto legale sostitutivo invasivo dell'autonomia privata, bensì del normale accertamento giurisdizionale della effettiva volontà delle parti come realizzatasi in concreto. E nell'ambito di questo accertamento è naturale che l'onere della prova degli elementi necessari alla classificazione del rapporto in un tipo diverso dall'ordinario lavoro subordinato gravi sulla parte a tanto interessata, che la disposizione

in esame individua nel datore di lavoro o committente proprio perché a quest'ultimo normalmente spetta comprovare le condizioni legittimanti tali tipologie negoziali.

4. — Lavoro a domicilio.

A) Ai lavoratori a domicilio spettano tutte le tutele previdenziali, ad eccezione della integrazione salariale (art. 9, c. 1, legge 877/73).

Il datore di lavoro è, conseguentemente, obbligato a versare la relative contribuzioni.

È stata ritenuta applicabile anche l'indennità di mobilità (e quindi è dovuto il relativo contributo) in caso di licenziamento collettivo, essendo all'uopo condizione sufficiente che l'azienda rientri nel campo di applicazione della CIGS, anche se, come si è detto, il lavoratore ne è soggettivamente escluso (Cass. SU n. 196/01, componendo il contrasto tra la conforme Cass. 2917/99 e la difforme Cass. 6726/99).

È applicabile il trattamento di maternità, ivi compreso il periodo di eventuale interdizione anticipata (Corte cost. n. 360/00).

Spetta anche l'indennità di disoccupazione, in caso di riduzione del volume delle commesse al di sotto di un determinato importo, quindi con funzione simile ad una integrazione guadagni per disoccupazione parziale.

B) Quando il lavoratore svolge l'attività "nel proprio domicilio o in locale di cui abbia la disponibilità" (art. 1, c. 1, legge n. 877 del 1973) si configura il lavoro a domicilio, la cui qualificazione non è, però, agevole.

Se, infatti, appartiene sicuramente al lavoro autonomo il lavoro a domicilio svolto per un consumatore, i problemi sorgono allorché il committente sia un'impresa, che in tal modo decentra parte del proprio ciclo produttivo. In questa seconda ipotesi il lavoro a domicilio rischia di diventare uno strumento di evasione delle tutele proprie del lavoro subordinato, sicché risulta decisiva la qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato.

La disposizione dell'art. 2128 cod. civ. non affronta la questione, riferendosi, evidentemente, al solo lavoro a domicilio subordinato, al quale estende la disciplina del lavoro nell'impresa in quanto compatibile con la specialità del rapporto. Già in precedenza, del resto, ai lavoratori a domicilio subordinati era stata attribuita la tutela previdenziale contro l'invalidità e la vecchiaia.

Solo con la legge n. 264 del 1958 si è tentata una prima compiuta disciplina del fenomeno, ma senza successo per la difficoltà di riconoscere nel lavoro a domicilio la vera e propria subordinazione *ex* art. 2094 cod. civ., oltretutto spesso con l'ostacolo, di valore almeno presuntivo, consistente nella iscrizione del lavoratore all'Albo degli artigiani.

È intervenuta, così, la legge n. 877 del 1973, tuttora vigente, che ha abrogato (art. 14) la precedente legge n. 264 del 1958 e contiene una precisa definizione ed un'ampia regolazione del lavoro a domicilio subordinato.

Gli elementi della fattispecie legale sono: l'esecuzione dell'attività nel domicilio del lavoratore o in un locale di cui questi abbia la disponibilità (art. 1, c. 1), purché non si tratti di locale fornito, anche dietro compenso, dall'imprenditore committente, poiché in tal caso si costituirebbe un normale rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 1, c. 3); la facoltà del lavoratore di utilizzare l'aiuto "accessorio" di membri della sua famiglia conviventi e a carico, ma non di dipendenti o apprendisti (art. 1, c. 1); la facoltà del lavoratore di svolgere attività anche in proprio e per più imprenditori committenti (art. 1, c. 1), salvo il divieto di concorrenza nei confronti dell'imprenditore che gli affidi una quantità di lavoro idonea ad assicurargli una prestazione continuativa a tempo pieno (art. 11, c. 2); l'indifferenza della appartenenza di materie prime e attrezzature al lavoratore o all'imprenditore (art. 1, c. 1); il "vincolo di subordinazione" (art. 1, c. 1) che, "in deroga a quanto stabilito dall'art. 2094 del codice civile", si verifica in presenza dell'obbligo del lavoratore a domicilio di "osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere" in relazione a "prodotti oggetto dell'attività dell'imprenditore committente" (art. 1, c. 2; art. 11, c. 1).

Pertanto, per la configurabilità del lavoro a domicilio subordinato, non basta che lo stesso concerna lavorazioni appartenenti al ciclo produttivo dell'impresa committente, ma occorre anche il vincolo di subordinazione, da intendersi, peraltro, in base alla espressa deroga all'art. 2094 cod. civ., come sottoposizione del prestatore a direttive sulle modalità di esecuzione e sui requisiti del lavoro compatibili con l'assenza dell'imprenditore dal luogo di svolgimento dell'attività, quindi insuscettibile di quel rigoroso controllo contestuale tipico del lavoro nell'impresa (Cass. 4144/99; 9516/98).

Si spiega, così, l'affermata compatibilità del lavoro a domicilio subordinato con: direttive impartite non continuativamente, ma una volta per tutte (Cass. 9168/03, 6405/02, 5840/02, 14120/99, 9516/98, 1676/98, 1433/97, 11431/95, 5096/83); un controllo non continuo, ma limitato ad una verifica *ex post* sul prodotto (Cass. 1676/98, 1433/97, 5438/86, 5096/83); un patto di nuova esecuzione del prodotto non conforme al modello (Cass. 11431/97, 151/95); l'addebito al lavoratore del materiale perduto nel manufatto imperfetto (Cass. 5096/83); una pluralità di committenti (Cass. 5840/02, 1676/98, 1433/97); l'iscrizione all'Albo degli artigiani e la fatturazione (Cass. 5840/02, 9516/98, 1676/98, 1433/97, 11431/95, 151/95).

Mentre la subordinazione va esclusa quando il lavoratore può rifiutare il lavoro affidatogli (Cass. 6803/02, 11796/95. *Contra* Cass. 12458/03) oppure può scegliere liberamente i tempi di consegna (Cass. 6803/02, 11796/95) oppure si avvale di una collaborazione non accessoria dei familiari evincibile dall'elevatezza del fatturato (Cass. 2750/85) oppure utilizza dipendenti o apprendisti (Cass. 22429/04, 4144/99) oppure fornisce un lavoro altamente creativo tipico dell'artigiano.

Il timore della evasione delle tutele mediante prestanome spiega il divieto di avvalersi di intermediari, con sanzione rigorosissima consistente nella costituzione per intermediari e lavoratori di normali rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze del reale committente (art. 2, c. 4), in conformità al generale divieto di interposizione.

Dalla fattispecie del lavoro a domicilio viene distinto il recente fenomeno del telelavoro, disciplinato, se subordinato, dapprima dall'accordo interconfederale 20 giugno 1997 per il settore terziario e dal d.p.r. n. 70 del 1999 (emanato in attuazione del-

l'art. 4, c. 1 e 3, legge n. 191 del 1998) e dall'accordo quadro 23 marzo 2000 per il settore pubblico e, poi, dall'accordo quadro europeo 16 luglio 2002 recepito in Italia con l'accordo interconfederale 8 giugno 2004 per il settore privato.

Il datore di lavoro è tenuto a garantire il rispetto della personalità e della libertà morale degli addetti al telelavoro (art. 115, c. 1, d. lgs. n. 196 del 2003).

5. — Certificazione dei contratti.

Volontà assistita

A) L'esigenza di superare la deleteria situazione di incertezza derivante dalle norme inderogabili a precetto generico e di redistribuire equamente le tutele in funzione delle effettive condizioni del singolo lavoratore può essere soddisfatta soltanto realizzando un sistema di volontà assistita.

Purtroppo questo modello, pur accolto nel Libro bianco del 2001, non è stato attuato, a causa della miope resistenza di sindacati che ritengono di poter sopravvivere solo concordando e gestendo discipline inderogabili uniformi con il conseguente elefantiaco contenzioso applicativo, senza comprendere che il loro ruolo sarebbe potenziato dalla facoltà aggiuntiva di assistere i singoli lavoratori nella regolamentazione adeguata e certa di ciascun concreto rapporto anche in deroga ad una parte della normativa legale e collettiva.

Proliferazione di sottotipi negoziali

Pertanto l'ordinamento si è continuato ad evolvere mediante una irragionevole moltiplicazione dei sottotipi negoziali, sbandierati come strumenti di flessibilità, mentre costituiscono soltanto una mostruosa complicazione del sistema, che accresce il contenzioso sulla qualificazione delle fattispecie aumentando l'incertezza e non risolvendo il problema della graduazione delle tutele.

Certificazione

B) Proprio in questa situazione di incertezza culminante il legislatore ha finalmente preso atto della sua insostenibilità, introducendo conseguentemente il nuovo istituto della certificazione al dichiarato "fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro" (art. 75, c. 1, d. lgs. n. 276 del 2003).

L'istituto, come si vedrà, è di limitata utilità, ma costituisce un importante segnale sistematico, attestante la, per ora timida e contrastata, penetrazione nell'ordinamento del valore della certezza.

Si tratta di una "procedura volontaria", mediante la quale le parti, presentando

una "istanza scritta comune", "possono ottenere la certificazione del contratto" (art. 75, c. 1; art. 78, c. 1).

A tanto provvedono apposite "commissioni di certificazione", istituite presso enti bilaterali, Direzioni provinciali del lavoro, Province e Università (art. 76).

La costituzione e il funzionamento delle commissioni presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province sono stati disciplinati con decreto Min. lav. 21 luglio 2004 e circolare Min. lav. 15 dicembre 2004 n. 48, contenente anche bozze di regolamento interno e di provvedimenti e linee guida per la certificazione di ciascun tipo di contratto.

L'albo nazionale delle commissioni di certificazione presso le Università è stato istituito con decreto interministeriale 14 giugno 2004.

La certificazione, in origine prevista solo per alcuni contratti di lavoro subordinato (intermittente, ripartito, a tempo parziale), autonomo parasubordinato (a progetto) e associativo (associazione in partecipazione), è ora consentita per tutti i "contratti di lavoro" (art. 75, c. 1, come sostituito dal d. lgs. n. 251 del 2004).

Può riguardare, altresì, il regolamento interno delle cooperative di lavoro nella parte relativa ai contratti di lavoro con i soci (art. 83), nonché i contratti di appalto ai fini della distinzione dalla somministrazione di lavoro (art. 84).

Infine può riguardare le rinunzie e transazioni dei lavoratori, anche parasubordinati a progetto, relative a diritti derivanti da norme inderogabili di legge e collettive (artt. 68 e 82), da non confondere con la derogabilità assistita nella fase di disciplina del rapporto, che non potrebbe mai essere prevista utilizzando i termini "rinunzia" e "transazione" riguardanti tipicamente la disposizione di diritti già acquisiti.

C) L'atto di certificazione è una dichiarazione valutativa (parere) sulla "qualificazione" del contratto (artt. 75 e 80, c. 1 e 2), munita di adeguata motivazione (art. 78, c. 2, lett. c).

Si tratta di una valutazione di puro diritto, consistente nella sussunzione della fattispecie concreta (il contratto) nella fattispecie astratta ritenuta corrispondente.

È palese la abissale differenza rispetto al sistema della volontà assistita, in cui non viene qualificata una fattispecie, ma viene convenuta dalle parti la disciplina del rapporto, anche in deroga alla normativa legale e collettiva in virtù dell'assistenza di un soggetto imparziale considerata dal legislatore sufficiente ed insindacabile garanzia di equità, come già accade per le rinunzie e transazioni concluse nelle sedi previste dall'art. 2113 cod. civ.

D) La certificazione, proprio per la sua natura qualificatoria, è destinata a cedere di fronte ad una eventuale successiva diversa valutazione del giudice, al quale, in virtù del principio dell'art. 24, c. 1, Cost., non potrebbe mai essere sottratta la qualificazione funzionale al riconoscimento dei diritti che ne conseguono.

Non a caso è previsto che gli effetti della certificazione tra le parti e verso i terzi vengano travolti *ab origine* ("fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale") dalla sentenza di merito, anche di primo grado, resa dal giudice del lavoro che accerti l'erroneità della qualificazione contenuta nell'atto di certificazione (artt. 79 e 80, c. 1 e 2). Pertanto i rapporti tra le parti e di queste con i terzi sono regolati fin dall'inizio in base alla qualificazione accolta dalla sentenza sopravvenuta.

Tuttavia rimane ferma, come si vedrà, la nullità di precedenti provvedimenti

amministrativi o giurisdizionali in contrasto con la certificazione, con la sola eccezione dei provvedimenti cautelari (art. 79).

E) Del tutto diversa dalla impugnazione per errore della certificazione è quella, sempre innanzi al Tribunale del lavoro, per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua attuazione (art. 80, c. 1 e 2).

Qui la certificazione è inefficace perché il rapporto effettivamente realizzato dalle parti non è mai stato certificato, essendo in concreto diverso da quello oggetto della certificazione.

Pertanto, a differenza della impugnazione per erroneità, la questione sottoposta al giudice non è di diritto, ma di fatto, dovendo la parte ricorrente comprovare la ricordata difformità.

E non a caso qui la certificazione è travolta non necessariamente dall'origine, bensì solo dal momento "in cui ha avuto inizio la difformità stessa" (art. 80, c. 2).

Nell'ipotesi in esame la certificazione conserva comunque una sua utilità, poiché semplifica il contenzioso, riducendolo all'accertamento degli eventuali scostamenti tra programma certificato e programma effettivamente attuato, salva la successiva questione di diritto relativa alla qualificazione del rapporto reale.

Solo laddove la difformità in fatto sia accertata, si apre una questione di diritto relativa alla qualificazione del rapporto reale. Ed in proposito una indicazione per il giudice potrebbe venire dalle risultanze del tentativo di conciliazione svoltosi innanzi all'organo certificatore, che potrebbe aver valutato lo scostamento in fatto denunziato dall'istante come poco rilevante ai fini della qualificazione, confermando, nonostante tale scostamento, la certificazione originaria.

F) È previsto che la certificazione possa essere impugnata innanzi al giudice del lavoro anche "per vizi del consenso" (art. 80, c. 1), ma la formulazione è impropria, in quanto l'oggetto di questa impugnazione non è l'atto certificatorio, ma il contratto certificato, il cui annullamento ai sensi degli artt. 1427 e ss. cod. civ. non può essere impedito dalla certificazione, che, anzi, ne resta travolta.

Del resto la certificazione, per ora, non è una manifestazione di volontà, bensì un parere, sicché non è configurabile nella stessa alcun "consenso" in ipotesi affetto da vizi.

La certificazione può essere impugnata anche per vizi procedimentali o per eccesso di potere innanzi al Tribunale amministrativo regionale nella cui giurisdizione ha sede la commissione di certificazione (art. 80, c. 5).

Dal che si ricava che la certificazione costituisce un atto amministrativo anche quando la commissione è costituita presso i privati enti bilaterali.

Non si può escludere, peraltro, il generale potere del giudice ordinario del lavoro di disapplicare l'atto viziato.

G) La realizzazione del fine di creare certezza riducendo il contenzioso in materia di qualificazione è, dunque, affidata essenzialmente all'autorevolezza dell'organo certificatore, che può scoraggiare le impugnazioni per erroneità.

Per accrescere la resistenza della certificazione è previsto che il tentativo obbligatorio preventivo di conciliazione *ex* art. 410 cod. proc. civ. debba svolgersi innanzi al medesimo certificatore (art. 80, c. 4), il quale, ove non riconosca il proprio errore, ha, così, occasione di ribadire e precisare la precedente motivazione alla luce delle doglianze della parte istante.

La tenuta della certificazione è rafforzata dalla applicazione di appositi "moduli e formulari" predisposti con decreto del ministro del lavoro in conformità agli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto (art. 78, c. 5).

Infine la serietà della procedura di certificazione è garantita anche dalla attribuzione di rilevanza alla condotta tenuta dalle parti in sede di certificazione e di conciliazione ai fini della condanna alle spese e al risarcimento per lite temeraria nel successivo giudizio avverso la certificazione (art. 80, c. 3).

Questo apparato normativo, insieme alla imprescindibile personale autorevolezza dei certificatori, tende non solo a dissuadere l'impugnazione per errore della certificazione, ma anche a ridurre le probabilità di accoglimento di tale impugnazione da parte di un giudice che, pur formalmente libero nella sua valutazione, è oggettivamente indotto a rispettare e confermare una qualificazione di fonte autorevole ed imparziale, motivata in conformità ai prevalenti orientamenti giurisprudenziali incorporati nei formulari ministeriali e ribadita in sede di conciliazione.

Il che non è molto, ma è già qualcosa in termini di certezza, specie per i datori di lavoro onesti e prudenti, che eviteranno la diversa impugnazione per difformità presentando al certificatore un programma negoziale corrispondente alle esigenze aziendali e, quindi, alle effettive modalità con cui sarà attuato il rapporto.

H) La certificazione produce effetti non solo tra le parti, ma anche verso i terzi (enti previdenziali, pubblica amministrazione, fisco) (art. 79), ove richiesto dalle parti (art. 78, c. 2, lett. d) e previa comunicazione ai terzi interessati ed eventuali osservazioni degli stessi (art. 78, c. 2, lett. a).

L'effetto consiste nella nullità di qualsiasi atto che presupponga una qualificazione del contratto diversa da quella certificata fino a quando la certificazione non sia rimossa con sentenza di merito. Pertanto sono nulli i precedenti provvedimenti amministrativi o giurisdizionali in contrasto con la certificazione (ad es. ordinanze ingiunzioni, cartelle di pagamento, decreti ingiuntivi, diffide anche accertative di crediti, disposizioni, prescrizioni), con la sola eccezione dei provvedimenti cautelari (art. 79). Invero le conseguenze anche per il passato della qualificazione giudiziale difforme da quella erroneamente certificata devono essere fatte valere dalle parti e dai terzi nello stesso giudizio di impugnazione della certificazione oppure con iniziative successive alla relativa sentenza.

Da questo punto di vista la certificazione non riduce il contenzioso, ma determina una utile coincidenza della posizione formale e sostanziale di ciascuna parte del processo, poiché l'aggressore in senso sostanziale (ente previdenziale; direzione provinciale del lavoro) è costretto ad assumere anche la posizione di attore in senso formale per rimuovere la certificazione, mentre in assenza di questa sarebbe l'aggredito datore di lavoro, nell'azione di opposizione o di accertamento negativo, a ricoprire la posizione di attore in senso formale, pur essendo convenuto in senso sostanziale e quindi, comunque, non onerato.

La certificazione costituisce, dunque, per il datore di lavoro un formidabile baluardo preclusivo di ingiunzioni giudiziali o amministrative fondate su una qualificazione diversa da quella certificata.

Rimane, comunque, la ricordata abissale differenza della certificazione rispetto al sistema della volontà o derogabilità assistita.

I) Tuttavia, nella disciplina della certificazione si rinvengono un paio di disposizioni estranee alla descritta funzione qualificatoria del tipo negoziale, che inaugurano timidamente il modello della derogabilità assistita.

Infatti le commissioni di certificazione svolgono anche compiti di "consulenza ed assistenza" alle parti per la definizione e la modificazione del programma negoziale "con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti", indicata espressamente in aggiunta alla "esatta qualificazione del rapporto" (art. 81).

È previsto, poi, un decreto del ministro del lavoro "per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi", decreto che deve recepire "ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali" (art. 78, c. 4).

È chiaro il riferimento ad una certificazione non del tipo contrattuale, ma della disciplina concordata dalle parti con l'assistenza del certificatore, in quanto tale autorizzata, per ora, a derogare le "clausole" dei contratti collettivi non dichiarate "indisponibili" dal decreto ministeriale.

Ciò in piena legittimità, ben potendo il legislatore modificare il principio di inderogabilità del contratto collettivo da parte dell'autonomia individuale (art. 2077 cod. civ.), ammettendo una possibilità di deroga nell'ambito di un procedimento di garanzia e limitatamente alle clausole non rafforzate da un provvedimento amministrativo.

Il principale limite di questa iniziale apertura alla volontà assistita era l'esclusione dall'ambito del procedimento certificatorio del normale contratto di lavoro subordinato, ma ora tale limite è superato dalla estensione della certificazione a tutti i "contratti di lavoro" (art. 75, c. 1, come sostituito dal d. lgs. n. 251 del 2004). Tuttavia il sistema di derogabilità assistita non potrà funzionare fino a quando non sarà emanato il ricordato decreto del Ministro del lavoro, osteggiato dai fautori della uniformità a tutti i costi.

IIª SESSIONE

ANTONIO TODARO

Coordinatore Generale Avvocatura dell'INPS

TOTALIZZAZIONE, RICONGIUNZIONE, RISCATTO E INTEGRAZIONE (*)

***Sommario:** 1. - La totalizzazione nell'ordinamento internazionale. 2. - Natura di criterio generale. 3. - Caratteri. 4. - La totalizzazione nell'ordinamento interno. 5. - La sentenza della Corte Costituzionale 5 marzo 1999, n. 61. 6. - La sentenza della Corte Costituzionale 16 maggio 2002, n. 198. 7. - Considerazioni sulle sentenze della Corte Costituzionale. 8. - Conclusioni. 9. - L'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. 10. - Segue: Considerazioni. 11. - Il decreto attuativo 7 febbraio 2003, n. 57. 12. - La legge 23 agosto 2004, n. 243. 13. - Il disegno di decreto legislativo. 14. - La ricongiunzione. 15. - La ricongiunzione parziale. 16. - La rinunzia e la irrevocabilità. 17. - Contiguità fra ricongiunzione e totalizzazione. 18. - La ricongiunzione in favore dei liberi professionisti. 19. - Forme speciali di ricongiunzione. 20. - Il riscatto; nozione. 21. - Forme speciali di riscatto. 22. - Applicazione del riscatto ai lavori flessibili. 23. - L'integrazione: nozione. 24. - Segue: ambito di applicazione. 25. - Contribuzione e indennità di disponibilità.*

1. — La totalizzazione nell'ordinamento internazionale (1).

È una forma di cumulo di varie posizioni e gestioni assicurative costituite a favore di uno stesso soggetto nell'ordinamento interno ed in quello comunitario e,

* La relazione è integrata da un breve commento al D.lvo 2 febbraio 2006, n. 42.

(1) E. Ghera, *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi,* in Giur. Cost., 1999, pag. 2320 e segg.; *idem, Sicurezza Sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti,* in Dir. Lav., 1999, pag. 121 e segg; P. Sandulli, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di Sicurezza Sociale nelle prospettive di revisione nel Regolamento n. 1408/71,* in Dir. Lav. 1999 pag. 131 e segg.; G. Ferraro, *La flessibilità previdenziale nell'evoluzione del lavoro e delle professioni,* in Dir. Lav., 2002, pag. 365 e segg.; M. Persiani, *Diritto della Previdenza Sociale,* Padova, 2005, pag. 217 e segg.; M. Cinelli, *Diritto della Previdenza Sociale,* Torino, 2005, pag. 187 e segg.;

più in generale, internazionale, che consente di dar luogo a distinte prestazioni proporzionate alla durata e all'ammontare dei contributi versati in ciascuna delle singole gestioni.

Non costituisce una pensione unica uniformata al regime dell'ente erogatore.

L'art. 42 del Trattato sulla Comunità Europea stabilisce: "il Consiglio…adotta in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando in particolare un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti e ai loro aventi diritto":

il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni, sia per il calcolo di queste;

Il Regolamento CE 574/72 contiene regole generali relative alla totalizzazione dei periodi assicurativi in punto di sovrapposizione, coincidenza, e modalità di calcolo dei diversi segmenti (art.15).

Il Regolamento CE 1408/71 detta norme sulla liquidazione delle prestazioni (artt. 46-51 *bis)*.

Infine gli accordi internazionali si aggiungono alle norme del trattato e dei regolamenti CE in materia di cumulo dei periodi assicurativi ai fini del diritto e della misura delle prestazioni (2).

(segue nota 1) L. Foglia, *Il principio comunitario della "totalizzazione dei periodi assicurativi e contributivi" nella legge 388/2000: verso una maggiore flessibilità previdenziale,* in Dir. Lav., 2001, pagg. 221-231; *idem, Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali, ibidem,* 2003, pagg. 115-180; M. Cinelli, C.A. Nicolini, *Osservatorio Previdenziale,* in Riv. It. Dir. Lav., 2003, pt. III, pag. 103 e segg. p.9; P. Bozzao, *Totalizzazione dei periodi contributivi e adeguatezza della prestazione,* in Giur. It, 1999, pag. 2233 e segg.; M. De Luca, Totalizzazione, *Cumulo e ricongiunzione. L'Odissea dei trasferimenti contributivi,* in Sistema Previdenza, 1999 pag. 46 e segg.; *idem, Relazione sulla ricongiunzione e sulla totalizzazione delle posizioni contributive,* in Foro It. 2000, pag. 22 e segg.; A. Talia, *Totalizzazione e ricongiunzione di posizioni assicurative: attualità e prospettive dopo l'intervento della Corte Costituzionale,* in Giust. Civ., 1999, pag. 1961 e segg.; M. Persiani, *Diritto della Previdenza Sociale,* Padova, 2005, pag. 218; P. Boer, *Il contributo della Corte Costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale,* in Riv. Giur. Lav., 1999, II, pag. 813 e segg.

(2) Si ricordano in particolare: l'accordo fra l'Italia e gli Stati Uniti d' America del 23 maggio 1973, ratificato con legge 24 febbraio 1975, n. 86; l'accordo fra l'Italia e l'Australia del 23 aprile 1986, ratificato con legge 7 giugno 1988, n. 225; la convenzione fra l'Italia e l'Argentina del 12 aprile 1961, ratificato con legge 3 dicembre 1962, n. 1759 e la successiva convenzione del 3 novembre 1981, ratificata con legge 18 gennaio 1983 n. 32; l'accordo fra l'Italia e il Brasile del 9 dicembre 1960, ratificato con legge 2 marzo 1963, n. 509 e il protocollo aggiuntivo del 30 gennaio 1974 ratificato con legge 6 aprile 1977, n. 236, l'accordo tra l'Italia e il Canada del 7 novembre 1977, ratificato con legge 21 dicembre 1978, n. 869; la convenzione fra l'Italia e la Yugoslavia del 14 novembre 1957, ratificata con legge 11 giugno 1960, n. 885 e il Trattato di Osimo del 10 novembre 1975, ratificato con legge 14 marzo 1977, n. 73; la convenzione tra l'Italia e la Confederazione Svizzera del 14 dicembre 1962, ratificata con legge 31 ottobre 1963, n. 1781, seguita da successivi accordi aggiuntivi.

Si segnalano, poi, gli accordi dell'Italia con Capoverde, Croazia, Jersey – Isole del Canale, Israele, Messico, Monaco, San Marino, Tunisia, Uruguay, Vaticano e Venezuela.

2. — Natura di criterio generale.

Il sistema della Comunità Europea giustifica l'opinione che la totalizzazione sia criterio generale (3).

Il titolo al quale appartiene e le espressioni usate dall'art. 42 del Trattato sono univoci nell'indicarla come misura necessaria alla libera circolazione dei lavoratori.

Tuttavia, con una più appropriata riflessione, si può convenire che attraverso tale misura si intende evitare la frammentazione dei periodi assicurativi e la inidoneità di essi a fondare il diritto alle prestazioni previdenziali (4).

In tal maniera la totalizzazione risponde alla esigenza di tutela riconosciuta come priorità nell'ordinamento internazionale e comunitario e in particolare all'obbiettivo perseguito di realizzare un elevato livello di protezione sociale (art. 2 del Trattato).

3. — Caratteri.

In particolare essa:

a) opera ai fini del diritto e della misura della prestazione pensionistica (art. 42 del trattato CEE: "sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni sia per il calcolo"), mediante la somma di singole quote *(pro rata),* in ragione dei periodi lavorativi svolti presso ciascuno Stato membro (art. 45, Reg., cit.) (5);

b) impedisce che i singoli periodi assicurativi siano perduti (art. 45 del Regolamento CEE);

c) realizza l'unificazione teorica, perché non riunisce materialmente, come avviene con la ricongiunzione, i vari periodi in una unica posizione (art. 46, n. 2 lett. A) Reg. cit);

d) comporta che ciascuna quota (pro rata) sia disciplinata dalla legge dello Stato cui appartiene l'ente tenuto a corrisponderla (art. 46, par. 3, Reg. cit.) (6);

---

(3) Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 198.

(4) Per una puntuale descrizione della totalizzazione nel sistema comunitario, da ultimo: Cass. 1 dicembre 2004, n. 22558.

(5) G. Ferraro, *op. cit.;* P. Boer *op. cit.*

(6) Corte di Giustizia Europea, 24 settembre 1998, in causa C- 132/96 Stinco c/INPS, secondo cui l'ente competente deve prendere in considerazione, per determinare l'importo teorico del pro rata, un complemento destinato a raggiungere il trattamento minimo previsto dalla normativa nazionale; e Corte di Giustizia Europea in causa C-34/04 21 luglio 2005, in causa Koschitzki c/INPS, secondo cui l'Ente competente non è obbligato a garantire la pensione minima qualora, per effetto del superamento dei limiti di reddito fissati dalla normativa nazionale, l'assicurato non abbia diritto alla integrazione.

e) consente che alla quota di pensione si applichi l'eventuale disciplina più favorevole (7) di uno Stato membro. (art. 46 n. 3 del regolamento);

f) è efficace nell'ambito della Comunità Europea ma può estendersi oltre tale ambito se esistono convenzioni tra Paesi terzi e l'Italia o altri Stati membri della Comunità Europea (8);

g) è multipla tutte le volte in cui sono cumulati periodi contributivi maturati fuori dell'ordinamento comunitario presso Stati terzi vincolati all'Italia o ad altri Stati membri della Comunità da apposite convenzioni bilaterali (9);

h) appare uniformata al criterio del riconoscimento relativo della totalità (10) nel senso che i singoli segmenti assumono rilievo per sé e sono produttivi di effetti secondo gli ordinamenti cui appartengono gli enti tenuti ad erogare i *pro rata,* come è il caso della integrazione al minimo, che si applica o meno in base all'ordinamento nazionale (11), mentre la somma dei segmenti rileva distintamente, come è il caso della perequazione automatica (12), della maturazione dei

(7) Corte di Giustizia Europea, 28 novembre 1991, nella causa C-186/90 Durighello c/INPS e Cass. S. U. 19 gennaio 1993, n. 635.

(8) Corte di Giustizia Europea, 15 gennaio 2002, in causa C-55/00 Gottardo c/INPS e Cass. 28 giugno 2003, n. 10305.

(9) In proposito, secondo Cass. 10 settembre 2003, n. 13273, la circostanza che la totalizzazione trae fondamento dalla legislazione comunitaria piuttosto che dalle convenzioni internazionali bilaterali, esclude che essa operi per i periodi c.d. convenzionati; mentre, secondo Cass. 28 giugno 2003, n. 10305, nulla impedirebbe allo Stato membro di essere vincolato pure da una convenzione bilaterale, sicché i lavoratori appartenenti a tale Stato e comunque alla Comunità Europea possono cumulare i periodi contributivi previsti da convenzioni bilaterali.

Opinione questa preferibile (in relazione al valore giuridico degli accordi, all'inesistenza di un esplicito divieto contenuto nella normativa comunitaria, alle maggiori garanzie che derivano per i lavoratori) e pure confermata dalla Corte di Giustizia Europea, in causa C-55/00 Gottardo c/INPS cit., secondo la quale "quando uno Stato membro conclude con un Paese terzo una convenzione internazionale bilaterale sulla previdenza sociale, ai sensi della quale i periodi contributivi maturati nel detto Paese sono presi in considerazione ai fini dell'acquisizione del diritto a prestazioni di vecchiaia, il principio fondamentale della parità di trattamento impone a tale Stato membro di concedere ai cittadini degli altri Stati membri gli stessi vantaggi di cui godono i suoi cittadini grazie alla detta convenzione, a meno che esso non sia in grado di addurre una giustificazione oggettiva di rifiuto". "Ne risulta che l'interpretazione fornita dalla Corte della nozione di legislazione di cui all'art. 1, lettera j) del Regolamento n. 1408/71 non può produrre l'effetto di incidere sull'obbligo di ogni Stato membro di rispettare il principio della parità di trattamento fissato dall'art. 39 CE".

In apparente difformità Corte di Giustizia Europea 2 agosto 1993, in causa C- 23/92 Grana Novoa contro Landesversicherungsanstalt Hessen.

Sul punto v. pure, A. Sgroi, *Tutela della posizione previdenziale del lavoratore migrante e ambito di applicazione dell'istituto della totalizzazione,* in Riv. Giur. Lav. e della Prev. Soc., 2003, pag. 627 e segg.

(10) Sul criterio del riconoscimento relativo in materia di universalità, D. Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano,* Torino, 1955, I, pag. 238.

(11) Corte di Giustizia Europea 24 settembre 1998, in causa C- 132/96 Stinco c/INPS, cit. e Corte di Giustizia Europea 21 luglio 2005, in causa C- 34/04 Koschitzki c/INPS, cit.

(12) Cass. 23 gennaio 2003, n. 1001, secondo cui la perequazione automatica prevista dall'art. 10 della legge n. 160/75 compete anche a colui che fruisce di pensione superiore al minimo per effetto della somma della quota italiana, integrata al minimo, col *pro-rata* corrisposto da un istituto assicuratore estero… atteso il carattere unitario della pensione costituita dai due *pro rata,* coerente con il principio del cumulo da totalizzazione… di tutti i periodi assicurativi e contributivi.

requisiti per la c.d. mobilità lunga (13), del diritto al pensionamento di vecchiaia anticipato anche in favore dei soggetti che abbiano lavorato, oltre che in Italia, nei paesi europei (14);

i) è compatibile con il diritto a pensione maturato in alcuna delle varie gestioni (15);

l) non è una pensione, per così dire, comunitaria, in quanto i regolamenti relativi alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti non hanno istituito un regime comune di sicurezza sociale, ma hanno lasciato sussistere regimi distinti nei confronti di enti distinti, contro i quali il destinatario della prestazione possiede diritti a norma, vuoi del solo diritto nazionale, che del diritto nazionale completato, se del caso, dal diritto comunitario (16).

m) non è suscettiva di analogia o di interpretazione estensiva (17).

4. — La totalizzazione nell'ordinamento interno (18).

Nell'ordinamento interno non esiste una norma assimilabile all'art. 42 del Trattato.

---

(13) Cass. 5 giugno 2003, n. 9007, Cass. 20 gennaio 2003, n. 771, secondo le quali, ai fini del conseguimento del diritto alla c.d. mobilità lunga di cui all'art. 7, 7 comma, della legge n. 223/91 il requisito dell'anzianità contributiva di ventotto anni nell'assicurazione generale obbligatoria può essere raggiunto anche mediante il computo di periodi di contribuzione versata presso le gestioni speciali dei lavoratori autonomi, ben potendo il lavoratore… raggiungere i trentacinque anni di contribuzione necessari per il pensionamento nella gestione speciale previo cumulo *"pro quota"* dei contributi versati nelle due diverse gestioni, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 233/90 senza necessità di dovere domandare la ricongiunzione della posizione contributiva presso la gestione dei lavoratori dipendenti.

(14) Cass. 20 giugno 1997, n. 5513.

(15) Corte di Giustizia Europea, nella ripetuta causa C-55/00 Gottardo c/INPS, dove si controverteva sul diritto di cumulo ai fini della pensione italiana in favore di un soggetto titolare di una pensione di vecchiaia svizzera e di una francese.

(16) Corte di Giustizia Europea 28 novembre 1991, nel procedimento C- 186/90 Durighello c/INPS.

(17) Cass. 5 aprile 2004, n. 6637 e 1 dicembre 2004, n. 22558.

(18) M. De Luca, *Relazione sulla ricongiunzione e sulla totalizzazione delle posizioni contributive,* in *Foro It. 2000 cit.;* P. Boer, *Il contributo della Corte Costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale,* in *Riv. Giur. Lav.,* 1999, cit. A. Nicolini *Tra cumulo e ricongiunzione, la Corte Costituzionale apre un percorso di "flessibilità previdenziale",* in *Mass. Giur. Lav.* 1999 pag. 661 e segg.

Si rinvengono tuttavia alcune disposizioni sul cumulo relative ad altrettante forme assicurative (19).

5. — La sentenza della Corte Costituzionale 5 marzo 1999, n. 61.

La Corte Costituzionale, con decisione 5 marzo 1999, n. 61 (20) e, con riguardo agli artt. 1 e 2 della legge 5 marzo 1990, n. 45 in punto di ricongiunzione dei periodi assicurativi per i liberi professionisti, ha affermato che il criterio della totalizzazione si pone in favore di questi ultimi come alternativo alla eccessiva onerosità della ricongiunzione, dichiarando "incostituzionali gli art. 1 e 2 l. 5 marzo 1990 n. 45, nella parte in cui non prevedono, in favore dell'assicurato che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali è, o è stato, iscritto, in alternativa alla ricongiunzione, il diritto di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi nei limiti e secondo i principi indicati in motivazione". Ed ha aggiunto: "la disciplina della totalizzazione… può variare, per quanto concerne taluni aspetti di dettaglio, sotto più di un profilo, specie per quanto riguarda la determinazione del reddito pensionabile ai fini del calcolo della (quota di) pensione e più in generale l'adattamento del principio di cui si tratta alle particolarità dei diversi regimi previdenziali. Potrà naturalmente il legislatore disciplinare la materia in maniera diversa purchè venga comunque evitato che, a causa della eccessiva onerosità del sistema, risulti di fatto vanificato il diritto dell'assicurato di avvalersi dei periodi assicurativi pregressi".

---

(19) In particolare:

a) L'art. 21 della legge 22 luglio 1966, n. 613 attribuisce agli iscritti in più forme di assicurazione obbligatoria per le attività autonome la pensione mediante il cumulo, ai fini del diritto e della misura di essa, di tutti i contributi versati e accreditati;

b) L'art. 35, lett. C) della legge 30 aprile 1969, n. 153 conferisce una delega legislativa per "attuare il principio della pensione unica determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione… mediante l'applicazione del criterio del *pro rata"*. Delega peraltro mai esercitata;

c) L'art. 17 della legge 25 novembre 1971, n. 1079, prevede la totalizzazione dei periodi assicurativi per i dirigenti dell'Enel e delle aziende private;

d) L'art. 16, commi 1 e 2, della legge 2 agosto 1990, n. 233, attribuisce ai lavoratori autonomi la facoltà di optare per la totalizzazione dei periodi contributivi in alternativa alla ricongiunzione;

e) L'art. 1, comma 39, della legge 8 agosto 1995 n. 335, prevede la totalizzazione dei contributi assicurativi ed il *pro rata;*

f) L'art. 1, commi 1 e 3, del D. Lgs. 3 aprile 1997, n. 184, regola la totalizzazione in favore dei lavoratori i cui trattamenti pensionistici sono liquidati secondo il sistema contributivo (sul punto v. Corte Cost. n. 325/03);

g) L'art. 1, comma 70, lett. C) della legge 28 dicembre 1995, n. 549, e l'art. 3 del D.Lgs. 29 giugno 1996, n. 414 prevedono il criterio della totalizzazione e del pro rata per le pensioni del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto.

(20) La decisione si legge, in *Foro It.,* 1999, I, 1097.

6. — La sentenza della Corte Costituzionale 16 maggio 2002, n. 198.

Con la successiva decisione 16 maggio 2002, n. 198, la Corte ha osservato che, mentre nell'ordinamento comunitario la totalizzazione risponde ad un criterio generale connesso alla mobilità dei lavoratori, detto criterio non è rinvenibile nell'ordinamento interno, in relazione alla molteplicità dei regimi obbligatori di previdenza. Ed ha puntualizzato: "nella prospettiva dell'ordinamento nazionale, la totalizzazione risponderebbe, piuttosto, ad una esigenza di politica sociale legata alla crescente flessibilità dei rapporti di lavoro, consentendo al lavoratore di cumulare, anche ai fini della misura della pensione, i contributi che, in ragione dei percorsi lavorativi intrapresi, sono stati versati a diverse istituzioni previdenziali. Resta, tuttavia, nella discrezionalità del legislatore la scelta circa l'estensione del principio della totalizzazione al di là dell'ipotesi della sentenza n. 61/99, del lavoratore che non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni alle quali è stato iscritto" (21).

7. — Considerazioni sulle sentenze della Corte Costituzionale.

Le pronunzie della Corte Costituzionale sollecitano alcune riflessioni.

La prima è che la totalizzazione, come si è osservato, non è tanto fondata sulla mobilità, la quale non è prerogativa dell'ordinamento comunitario o internazionale ma pure dell'ordinamento interno (a seguito delle innovazioni introdotte nel mercato del lavoro), quanto sulla frammentazione dei periodi assicurativi e sulla esigenza di evitarne l'inidoneità a garantire una adeguata tutela sociale (art. 38 Cost.).

La seconda è che la totalizzazione non è incompatibile con la molteplicità delle forme previdenziali obbligatorie, dato che la molteplicità caratterizza l'ordinamento comunitario e internazionale e non supera l'esigenza che il cumulo dei vari segmenti assicurativi sia utilizzato ai fini del diritto alla pensione.

La terza è che il suo valore di principio generale non è escluso dalla previsione in una o più norme positive, dato che i principi informatori dell'ordinamento risultano talvolta persino non espressi in specifiche disposizioni, pur essendone il fondamento.

8. — Conclusioni.

La verità è che la Corte Costituzionale con la prima decisione richiamata e superando la sua stessa motivazione, ha enunciato un principio generale: quello della totalizzazione intesa come misura per una adeguata tutela sociale (22).

---

(21) La decisione si legge in *Foro It.,* 2004, I, 47

(22) C. A. Nicolini, *Tra Cumulo e ricongiunzione, la Corte costituzionale apre un percorso di flessibilità previdenziale,* in *Mass. Giur. Lav.* 1999, pag. 667.

Si tratta di un principio che presuppone, da un lato, l'insussistenza del diritto a pensione sulla base dei singoli segmenti assicurativi e, dall'altro, l'eccessiva onerosità della ricongiunzione, da misurare, anche alla stregua del notorio, sul reddito degli assicurati.

Il principio in questione non è il risultato di un procedimento di astrazione ma è piuttosto fondamento della Costituzione in materia di sicurezza sociale (art. 38, secondo comma cit.).

La circostanza, poi, che sia stato enunciato dalla Corte Costituzionale ne conferma la validità, essendo compito della giurisprudenza identificare i principi informatori dell'ordinamento (23).

Ad esso non può opporsi, come pure ha osservato la Corte, la eventuale onerosità per le gestioni interessate, non solo perché essa è compensata dal maggiore importo che nel lungo periodo esse sarebbero tenute a corrispondere ma pure è superata dall'esigenza posta dalla Costituzione (art. 38, secondo comma) di garantire al lavoratore il diritto alla prestazione, realizzando la c.d. "soglia bassa della flessibilità" previdenziale (24).

A detto principio il giudice può attingere nell'esercizio della sua funzione di interpretazione e di applicazione del diritto, pure in attesa e persino in assenza di un intervento normativo. Con salvezza della facoltà del legislatore di individuare ulteriori rimedi che consentano il migliore utilizzo del cumulo dei vari periodi contributivi (25). Dunque il principio va oltre l'ambito di applicazione degli artt. 1 e 2 della legge 5 marzo 1990, n. 45, cit.

In questo senso la decisione si colloca fra quelle "additive di principio", quelle cioè di accoglimento in cui la dichiarazione di illegittimità è accompagnata dall'esigenza che il legislatore introduca i meccanismi legislativi necessari alla piena operatività della sentenza stessa (26), ma nel contempo ha una immediata operatività, che non deriva dalla autoapplicabilità della decisione *(self executing)* (27) quanto dall'efficacia del principio nell'ordinamento.

9. — L'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

A seguito della prima delle decisioni richiamate, il legislatore è intervenuto con l'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, stabilendo che: *"1 - Al lavoratore, che*

(23) In proposito, E. Betti, *Teoria Generale della Interpretazione,* II, Milano, 1990, pag. 844 e segg..

(24) A. Nicolini, *Tra cumulo e ricongiunzione* cit., pag. 667.

(25) Corte Costituzionale 5 marzo 1999, n. 61 cit.

(26) R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto Costituzionale,* Torino, 2004, pag. 438. M. De Luca, *Relazione,* cit., pag. 26; A. Celotto, *Un'additiva di principio ad efficacia dispositiva,* in Mass. Giur. Lav., 1999, pag. 671 e segg.

(27) In tal senso invece, C. A. Nicolini, *Cumulo dei periodi assicurativi: la stessa Corte Costituzionale conferma il carattere self-executing della sentenza n. 61/99,* in *Mass. Giur. Lav.,* 2000, pag. 943 e segg. in senso contrario, E. Ghera, *Sul diritto alla totalizzazione dei periodi assicurativi,* citato, pag. 2330.

non abbia maturato il diritto a pensione in alcuna delle forme pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative della medesima… è data facoltà di utilizzare, cumulandoli per il perfezionamento dei requisiti per il conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, i periodi assicurativi non coincidenti… qualora tali periodi, separatamente considerati, non soddisfino i requisiti minimi stabiliti dagli ordinamenti delle singole gestioni la predetta facoltà opera in favore di superstiti di assicurato, ancorché quest'ultimo sia deceduto prima del compimento dell'età pensionabile. 2 - … Qualora il lavoratore abbia diritto al cumulo dei periodi assicurativi di cui al comma primo e si sia avvalso della facoltà di ricongiunzione dei periodi contributivi, il medesimo può optare, fino alla conclusione del relativo procedimento, per la totalizzazione dei periodi stessi. In caso di esercizio dell'opzione la gestione previdenziale competente provvederà alla restituzione degli importi già versati per la ricongiunzione maggiorati degli interessi legali… 3 - Con uno o più decreti del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale di concerto con il Ministro del Tesoro sono stabilite le modalità di attuazione del presente articolo".

10. — Segue: Considerazioni.

Secondo la formulazione dell'art. 71, la totalizzazione opera nell'ambito dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive, esclusive ed esonerative di esse. Quindi non riguarda le forme pensionistiche integrative, quali sono, ad esempio, quelle aziendali.

È finalizzata non alla misura (28) ma al diritto alla pensione di vecchiaia (esclusa quella di anzianità), per inabilità e per i superstiti; è sottoposta alle condizioni negative: dell'insussistenza del diritto a pensione in alcuna delle forme pensionistiche; della non coincidenza dei vari periodi assicurativi (29).

(28) Per una applicazione del principio alla gestione dei lavoratori autonomi, Corte Cost. 30 ottobre 2003, n. 325, secondo cui non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, comma 1, lett. a) della legge 2 agosto 1990 n. 233, nella parte in cui non prevede che i contributi versati nelle diverse gestioni siano considerati come riferibili ad una unica gestione ai fini della misurazione della pensione.

(29) Secondo Cass. 5 novembre 2003, n. 16645: "il sistema della totalizzazione dei contributi versati a gestioni previdenziali diverse introdotto dall'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 61/99, presuppone che, in mancanza di tale totalizzazione l'assicurato non consegua alcun trattamento pensionistico in nessuna delle gestioni in cui ebbe a versare la contribuzione nel corso della sua vita lavorativa ed è applicabile nel concorso di tali presupposti, esclusivamente ai fini del conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, e non anche per ottenere la pensione di anzianità" .

Sull'art. 71 citato si segnala la circolare n. 73 del 29 aprile 2004 dell'INPS, secondo la quale va esclusa la totalizzazione dei periodi assicurativi posseduti nel soppresso fondo degli spedizionieri doganali in quanto la legge 16 luglio 1997, n. 230, ha definito tutti i rapporti previdenziali al momento della soppressione del fondo.

La preoccupazione espressa da qualcuno sulla possibile incostituzionalità della norma per effetto della mancata previsione della copertura finanziaria è superata, come è stato osservato, dalla esigenza di tutela previdenziale contenuta nella Carta fondamentale (30).

11. — Il decreto attuativo 7 febbraio 2003, n. 57.

Il decreto ministeriale di attuazione 7 febbraio 2003, n. 57 sembra tuttavia modificare il contenuto della norma: la domanda di ricongiunzione, prima della conclusione del relativo procedimento, preclude la totalizzazione; i requisiti di anzianità, di iscrizione e di contribuzione minima debbono essere quelli previsti dagli ordinamenti di tutte le gestioni interessate; la pensione di inabilità è subordinata ad ulteriori condizioni non previste dalla legge; fra i vari periodi assicurativi e contributivi le interruzioni non debbono essere superiori a ventiquattro mesi.

Si tratta, all'evidenza, di un regolamento in qualche modo restrittivo della norma primaria e pertanto, a sensi dell'art. 4 delle preleggi, perplesso sul piano della legittimità (31).

12. — La legge 23 agosto 2004, n. 243.

Infine, l'art. 1, comma primo, lettera d) della legge delega 23 agosto 2004, n. 243, manda al Governo di adottare decreti legislativi contenenti norme intese a rivedere il principio della totalizzazione dei periodi assicurativi "estendendone l'operatività anche alle ipotesi in cui si raggiungono i requisiti minimi" per il diritto alla pensione in uno dei fondi presso cui sono accreditati i contributi.

Il successivo comma 2, lettera o) manda al Governo di ridefinire la disciplina della totalizzazione al fine di ampliare le possibilità di sommare i periodi assicurativi, in favore del lavoratore che abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età, o che abbia complessivamente maturato almeno 40 anni di anzianità contributiva.

Coerentemente il recente decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 42 prevede:

• che il cumulo comprende tutti e per intero i periodi assicurativi non coincidenti che abbiano una durata non inferiore a sei anni, ivi compresi quelli della gestione sepa-

(30) A. Daniele, *La totalizzazione dei periodi contributivi,* in *Informazione Previdenziale,* 2001, pag. 672 e segg.; G. Ferraro, *op. cit.,* p. 384 e segg.

(31) Per un'analisi critica del decreto di attuazione, M. Cinelli - C.A. Nicolini, in *Osservatorio Previdenziale, cit.,* pagg 112 e segg.

rata dell'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 e di fondo di previdenza del clero e delle confessioni religiose diverse;

• che l'assicurato deve aver compiuto il 65° anno di età e un'anzianità assicurativa non inferiore a 20 anni o, in alternativa, un'anzianità contributiva non inferiore a 40 anni;

• che debbono sussistere gli ulteriori requisiti, diversi da quelli di età e di anzianità contributiva, per l'accesso alla pensione di vecchiaia;

• che la totalizzazione è estesa ai trattamenti pensionistici di inabilità assoluta e dei superstiti;

• che la totalizzazione deve essere domandata dal lavoratore (o dal suo avente causa) all'ente gestore in cui da ultimo risulta iscritto;

• che la richiesta di restituzione dei contributi dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, preclude la totalizzazione;

• che la domanda di ricongiunzione, perfezionata mediante accettazione dell'interessato, ha lo stesso effetto preclusivo;

• che la domanda di ricongiunzione, presentata anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo e il cui procedimento non sia stato concluso con il pagamento integrale delle rate, può formare oggetto di recesso non oltre il termine di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo;

• che le gestioni interessate debbono determinare il trattamento pro-quota in rapporto ai rispettivi periodi di contribuzione;

• che il relativo onere è a carico delle singole gestioni;

• che il pagamento degli importi liquidati dalle singole gestioni è eseguito dall'Inps.

Dunque, risulta superata la condizione dell'insussistenza del diritto a pensione in ciascuna delle forme pensionistiche, dato che il lavoratore può aver maturato il diritto alla pensione di vecchiaia in una gestione (a condizione che non ne abbia percepito il trattamento) e tuttavia può cumulare i periodi assicurativi non inferiori a sei anni maturati in altre gestioni;

• è esteso il beneficio alla pensione di anzianità attraverso il riferimento all'anzianità contributiva non inferiore a 40 anni;

• è confermato il carattere residuale del rimedio che è limitato a periodi assicurativi non inferiori a sei anni ed è circoscritto a soggetti in particolari condizioni di età (65 anni) o di anzianità assicurativa (40 anni);

• non è precisato se l'Inps, quale soggetto pagatore, possa essere chiamato a rispondere degli eventuali errori di calcolo operati dalle singole gestioni, tuttavia tale legittimazione sembra giustificata dalla esigenza di dare uno strumento efficace agli assicurati, fatta salva la rivalsa dello stesso Inps nei confronti delle singole gestioni.

In ogni caso, i limiti posti dal decreto legislativo 26 febbraio 2006, n. 42 non sembrano uniformati al criterio generale indicato nella ripetuta sentenza della Corte Costituzionale 5 marzo 1999, n. 61, secondo cui il beneficio deve applicarsi in caso di insussistenza del diritto a pensione nei singoli segmenti assicurativi e di eccessiva onerosità della ricongiunzione.

In conclusione, la totalizzazione non può essere considerata il rimedio ottimale a fronte della precarietà del mercato del lavoro. Infatti opera sul presupposto che

sussistano i requisiti per la pensione di vecchiaia o di anzianità e quindi che vi siano livelli occupazionali duraturi, idonei a formare un'adeguata copertura assicurativa.

14. — La ricongiunzione (32).

Costituisce il rimedio generale per realizzare una pensione unica e per determinarne la misura in ragione dei vari periodi assicurativi accentrati in un'unica posizione (33).

Presuppone la domanda dell'assicurato (34), da presentare prima che sia concluso il procedimento di erogazione della pensione (35), riguarda le forme obbliga-

(32) E. Ghera, *Sul diritto alla totalizzazione,* cit., pag. 2323; A. Nicolini, *tra cumulo e ricongiunzione cit.,* pag. 658; P. Boer, *Il contributo della Corte Costituzionale alla unificazione del sistema previdenziale,* in Riv. Giur. Lav. , 1999, II, pagg. 813 e segg.

Sulla ricongiunzione si segnalano le circolari dell'INPS 22 novembre 1979, n. 505 RCV- n. 131221 O.-n. 181 B. e 4 aprile 1980, n. 524 RCV. – n. 5087 O. – n. 196B./74.

(33) L'art. 1, primo comma, della legge 7 febbraio 1979, n. 29, recita: "Al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che sia o sia stato iscritto a forme obbligatorie di previdenza sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti gestiti dall'INPS o che abbiano dato luogo all'esclusione o all'esonero da detta assicurazione è data facoltà, ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione di chiedere, in qualsiasi momento, la ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa presso le sopra citate forme previdenziali mediante la iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria e la costituzione in quest'ultima delle corrispondenti posizioni assicurative…."

Il secondo comma stabilisce: "Qualora il trasferimento debba avvenire a carico dell'ordinamento statale, ivi compreso quello delle aziende autonome, i contributi di pertinenza del datore di lavoro sono calcolati con riferimento alle aliquote vigenti nell'assicurazione generale obbligatoria…"

Il terzo comma prevede: "Coloro (lavoratori dipendenti, pubblici o privati) che possono far valere periodi di assicurazione nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'INPS e chiedono di avvalersi della facoltà di cui al primo comma, sono tenuti al versamento di una somma pari al 50 % della differenza tra l'ammontare dei contributi trasferiti e l'importo della riserva matematica calcolata in base ai criteri e alle tabelle di cui all'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338".

Il quarto comma detta: "La facoltà di cui al primo comma può essere esercitata dai lavoratori autonomi di cui al comma precedente che possano far valere, all'atto della domanda, un periodo di contribuzione di almeno 5 anni immediatamente antecedente nell'assicurazione generale obbligatoria oppure in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria".

L'art. 2 detta: "In alternativa all'esercizio della facoltà di cui all'art. 1, primo comma, il lavoratore (dipendente, pubblico o privato) che possa far valere periodi di iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria…ovvero in forme obbligatorie di previdenza sostitutive… o che abbiano dato luogo all'esclusione o all'esonero da detta assicurazione, ovvero nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi gestite dall'INPS, può chiedere in qualsiasi momento, ai fini del diritto e della misura di una unica pensione, la ricongiunzione presso la gestione in cui risulti iscritto all'atto della domanda ovvero presso una gestione nella quale possa far valere almeno 8 anni di contribuzione versata in costanza di effettiva attività lavorativa, di tutti i periodi di contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa di cui sia titolare. Per i lavoratori autonomi restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, quarto comma".

(34) Cass. 21 dicembre 1999, n. 14398.

(35) Cass. 22 ottobre 1997, n. 10389.

torie di assicurazione, opera ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione; è gratuita se riguarda i lavoratori dipendenti e realizza il trasferimento dei contributi presso l'a.g.o; è onerosa se riguarda i lavoratori subordinati già iscritti nelle gestioni speciali per i lavoratori autonomi dell'INPS e ne trasferisce i contributi nell'a.g.o; è onerosa se riguarda i lavoratori autonomi iscritti nelle gestioni INPS e ne trasferisce i contributi nell'a.g.o. a condizione che siano in possesso di una anzianità assicurativa di almeno cinque anni nell'assicurazione generale obbligatoria o in due gestioni diverse; ancora è onerosa se riguarda i contributi dell'a.g.o. o di forme sostitutive, esclusive o esonerative (con esclusione di quelle integrative), (36) ovvero di gestioni speciali di lavoratori autonomi da trasferire presso la gestione in cui il lavoratore subordinato risulti attualmente iscritto o nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione (37).

15. — La ricongiunzione parziale.

Il riferimento a tutti i periodi di contribuzione sembra escludere la ricongiunzione parziale, anche se la Corte regolatrice (38) ha osservato che la legge ha inteso conferire a ciascuna categoria di contribuzione una propria autonomia, al fine di consentire la trasferibilità anche della sola contribuzione figurativa, qualora, in forza di altro provvedimento, intervenuto in precedenza, la contribuzione obbligatoria sia già stata trasferita ad altra forma di previdenza (39).

Ancora, secondo la Cassazione, l'operatività della disciplina in vigore nella gestione di accesso è esclusa nella parte in cui subordini il diritto alla pensione ad un determinato periodo di iscrizione e contribuzione nella gestione stessa (40), mentre la immediata efficacia della ricongiunzione non è impedita dalla rateazione (41).

---

(36) Cass. 25 ottobre 2003, n. 16062.

(37) Secondo Cass. 6 marzo 2004, n. 4633, secondo cui la facoltà di ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nella gestione artigiani può essere esercitata, ai sensi dell'art. 2, comma 1, legge 7 febbraio 1979, n. 29, quando il lavoratore possa far valere presso detta gestione almeno otto anni di contribuzione in costanza di effettiva attività lavorativa.

Non è richiesto invece l'ulteriore requisito di almeno cinque anni di contribuzione nell'a.g.o nel periodo immediatamente antecedente la domanda, perché tale requisito, previsto dall'ultimo comma dell'art. 1 della stessa legge, è imposto soltanto per la ricongiunzione di tutti i periodi di assicurazione nell'a.g.o.

(38) Cass. 30 maggio 1989, n. 2616, con nota adesiva di P. Boer, in *Informazione Previdenziale,* 1989, pag. 1492.

(39) Con nota adesiva di P. Boer, in *Informazione Previdenziale,* 1989, pag. 1492 e segg..

(40) Cass. 16 luglio 1992, n. 8605.

(41) Cass. 13 dicembre 1999, n. 13987.

16. — La rinunzia e la irrevocabilità.

Sempre in tema di ricongiunzione l'art. 5 attribuisce valore di presunzione assoluta (42) di rinunzia al mancato versamento o al versamento inferiore a tre rate, e l'effetto della irrevocabilità della domanda al pagamento parziale (in qualsiasi misura).

Come appare evidente, risulta perplesso il coordinamento tra rinunzia e irrevocabilità.

Invero, in presenza di un versamento parziale superiore a tre rate, è possibile domandarsi se la ricongiunzione non sia rinunziata ma sia tuttavia irrevocabile e quali siano le conseguenze di tale irrevocabilità (43).

In ogni caso la giurisprudenza ritiene l'irrevocabilità operante solo "a parte debitoris" ma compatibile con la risoluzione per inadempimento o per mutuo consenso (44).

17. — Contiguità fra ricongiunzione e totalizzazione.

Una singolare area di contiguità fra ricongiunzione e totalizzazione risulta individuata per il caso in cui "la totalizzazione diventa necessaria per creare i presupposti contributivi minimi per l'operatività della ricongiunzione, consentendo attraverso il calcolo fittizio per sommatoria di soddisfare i requisiti di contribuzione richiesti dalla normativa nazionale sul ricongiungimento.

In particolare, essendo la facoltà di ricongiunzione subordinata all'esistenza di un periodo contributivo almeno quinquennale immediatamente precedente nell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti, tale periodo può essere effettuato e fatto valere mediante l'utilizzazione dei contributi totalizzati versati in assicurazioni estere" (45).

18. — La ricongiunzione in favore dei liberi professionisti.

Alla ricongiunzione va ricondotta poi la legge 5 marzo 1990, n. 45, recante norme per la ricongiunzione dei periodi assicurativi per i liberi professionisti, la quale ha colmato una lacuna della legge 7 febbraio 1979, n. 29, attribuendo al lavoratore dipendente o autonomo, ai fini del diritto e della misura di un'unica pensione, la

(42) Cass. 22 luglio 1996, n. 6533.

(43) Sul punto V. Trevisi, *La legge sulla ricongiunzione dei periodi contributivi: ancora una svolta solo parziale del sistema previdenziale,* in *Riv. It. Prev. Soc.,* 1979, pag. 588.

(44) Cass. 22 novembre 1999, n. 12935.

(45) Cass. 2 marzo 2004, n. 4248.

facoltà di chiedere onerosamente la ricongiunzione di tutti i contributi versati in qualità di libero professionista.

Analoga facoltà ha riconosciuto al libero professionista che sia stato iscritto a forme obbligatorie di previdenza per i lavoratori dipendenti pubblici o privati o per i lavoratori autonomi ovvero presso diverse gestioni di liberi professionisti, ai fini della ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nella gestione in cui il professionista risulta iscritto.

La legge è stata sottoposta a scrutinio sotto vari profili: e in particolare, sul punto della immediata operatività della ricongiunzione in presenza di rateazione (46) e su quello della irretrattabilità dei contributi versati in eccedenza, a meno che non coincidenti con altri e per periodi coperti da contribuzione (47).

La eccessiva onerosità degli oneri di ricongiunzione ha dato luogo alla decisione della Corte Costituzionale prima richiamata (48).

19. — Forme speciali di ricongiunzione.

Alla ricongiunzione appartengono infine alcune forme speciali di materiale unificazione di vari periodi contributivi in una sola gestione ai fini del diritto e della misura della pensione. Con la specificità che la riunione è eseguita d'ufficio e che i relativi oneri sono a carico del datore e non dell'assicurato (49).

Il carattere obbligatorio di tali riunioni persuade che debbano prevalere sulle domande di ricongiunzione eventualmente presentate a sensi della legge 7 febbraio 1979, n. 29 e non ancora perfezionate (50).

In proposito va osservato che la tecnica legislativa non sempre appare adeguata allo scopo di evitare situazioni controverse. Come è accaduto per le aziende telefoni-

(46) Cass. 13 dicembre 1999, n. 13987 e 12 settembre 2000 n. 12142

(47) Cass. 29 ottobre 2001, n. 13382.

(48) Su questa forma di ricongiunzione v. le Circolari dell'INPS n. 208 del 5 agosto 1991 e n. 179 del 26 luglio 1990.

(49) Vedi: l'art. 1 della legge 2 aprile 1958, n. 322, secondo cui è costituita la posizione assicurativa nell'a.g.o. mediante versamento dei contributi, quando viene a cessare il rapporto di lavoro dei lavoratori iscritti a forme obbligatorie di previdenza sostitutive dell'a.g.o; l'art. 15 della legge 20 febbraio 1958, n. 55, secondo cui deve eseguirsi il versamento della riserva matematica all'INPS da parte dei Fondi e delle Casse aziendali da parte degli iscritti che lasciano il servizio senza avere conseguito il diritto alla pensione nei predetti fondi o casse; l'art. 6 della legge 7 febbraio 1979, n. 29, secondo cui la ricongiunzione avviene d'ufficio e senza oneri a carico dei lavoratori in ordine ai periodi assicurativi connessi al servizio prestato presso enti pubblici, dei quali la legge abbia disposto o disponga la soppressione e il trasferimento del personale ad altri enti pubblici; l'art. 5 della legge 29 gennaio 1992, n. 58, secondo cui le aziende del settore telefonico debbono procedere alla ricongiunzione nello specifico fondo di tutti i periodi assicurativi senza oneri per i lavoratori e a carico delle aziende medesime.

(50) Sul punto, Circ. 4 aprile 1980, n. 524 R.C.V. - n. 50870 - n. 196 B/74, I, punto 8.

che, tenute alla unificazione d'ufficio in base all'art. 5 della legge 29 gennaio 1992, n. 58 e tuttavia interessate a far valere le domande di ricongiunzione dei dipendenti per sottrarsi agli oneri di ricongiunzione (51).

20. — Il riscatto; nozione.

È una forma di copertura assicurativa di periodi non lavorati o di interruzione del rapporto di lavoro, è a carico dell'assicurato, è adoperato ai fini del diritto e della misura delle prestazioni.

Secondo alcuni è utilizzata "ora per allora" con riferimento a periodi pregressi ovvero a periodi durante i quali l'interessato si è trovato in particolari condizioni che la legge parifica alla condizione di lavoratore da assicurare (ad esempio, periodo di studi universitari, di servizio militare, ecc.) (52).

Al riguardo le norme più recenti sono (53):

a) l'art. 1, comma trentanove, lettera c, della legge 8 agosto 1995, n. 335, che prevede: "la copertura assicurativa, senza oneri a carico dello Stato e secondo criteri attuariali dei periodi di interruzione del rapporto di lavoro, consentiti da apposite disposizioni per la durata massima di 3 anni; nei casi di formazione, studio e ricerca e per le tipologie di inserimento nel mercato del lavoro, ove non comportanti rapporti di lavoro assistiti da obblighi assicurativi, nei casi di lavori discontinui, saltuari, precari e stagionali per i periodi intercorrenti non coperti da tali obblighi assicurativi".

b) L'art. 6 D.lvo 16 settembre 1996, n. 564 che recita: "per i periodi di formazione professionale, studio, ricerca e inserimento nel mercato del lavoro in favore degli iscritti alla assicurazione generale obbligatoria e alle forme sostitutive esclusive, i periodi successivi al 31 dicembre 1996 di formazione, studio e ricerca privi di copertura assicurativa possono essere riscattati a domanda mediante il versamento della riserva matematica, secondo le modalità di cui all'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 e successive modificazioni e integrazioni".

B1) L'art. 7, D.lvo cit., che stabilisce: "in favore degli iscritti alla assicurazione generale obbligatoria e alle forme sostitutive ed esclusive che svolgono attività di lavoro dipendente in forma stagionale, temporanea o discontinua, i periodi intercorrenti, successivi al 31 dicembre 1996 non coperti da contribuzione obbligatoria o figurativa, possono essere riscattati a domanda mediante il versamento della riserva matematica di

(51) Cass. 22 novembre 1999, n. 12935, cit..

(52) Sulla nozione di riscatto, R. Campopiano - E. Vigli, *La Previdenza Sociale,* Roma, 1976, pag. 132.

(53) Sul riscatto, vedi gli artt. 50 e 51 della legge 30 aprile 1969, n. 153, rispettivamente, per il periodo corrispondente ad un corso di laurea e per i periodi di lavoro all'estero.

cui all'art. 13 della legge12 agosto 1962, n. 1338 e successive modificazioni e integrazioni".

B2) Il successivo art. 8, che prevede analoga facoltà in favore dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale o ciclico (54).

c) Ancora, l'art. 69 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, che istituisce un fondo per garantire la continuità della copertura assicurativa dei lavoratori discontinui e la estende ai lavoratori parasubordinati iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335. Con conseguente esclusione dei lavoratori autonomi.

In ogni caso, il riferimento alle forme sostitutive ed esclusive impedisce di estendere il riscatto alle gestioni integrative e ai lavoratori autonomi.

21. — Forme speciali di riscatto.

Il rimedio riguarda poi eccezionalmente periodi lavorativi che non sarebbero altrimenti utilizzati (analogamente a quelli non lavorati), come è il caso dei lavoratori addetti ai servizi telefonici per gli anni di servizio in ruolo prestati alle dipendenze dello Stato (anteriormente al 1 luglio 1926) e presso le società telefoniche (anteriormente al 1 ottobre 1919) (55), dei lavoratori dipendenti dell'ENEL e delle aziende elettriche private (56), dei lavoratori delle imposte di consumo (57), dei lavoratori esattoriali (58).

22. — Applicazione del riscatto ai lavori flessibili.

Ancora il rimedio in questione si adatta ad alcune forme di lavoro flessibile ed è applicabile alla somministrazione a termine, sempre che ricorrano i caratteri della temporaneità, della stagionalità o della discontinuità delle prestazioni; è applicabile al lavoro a chiamata, che è per sua natura discontinuo; è estensibile, a sensi dell'art. 8 del D.lvo 16 settembre 1996, n. 564, al lavoro ripartito, in quanto a termine ed omologabile al lavoro parziale verticale.

---

(54) Sul riscatto, in applicazione della legge 8 agosto 1995, n. 335 e del Dlvo 16 settembre 1996, n. 564, vedi Circolare dell'INPS 14 novembre 1996, n. 220.

(55) Art. 10 della legge 4 dicembre 1956, n. 1450.

(56) Art. 4 della legge 25 novembre 1971, n. 1079.

(57) Art. 8 RD 20 ottobre 1939, n. 1863.

(58) Art. 9 RD 3 maggio 1937, n. 1021.

23. — L'integrazione: nozione.

È una forma di completamento della copertura assicurativa per i periodi in cui il livello retributivo non consente una contribuzione sufficiente ovvero per i periodi in cui il lavoratore attende di essere utilizzato.

Risulta introdotta dall'art. 9, comma terzo, della legge 24 giugno 1997, n. 196 (abrogata) sul lavoro interinale, secondo cui: "al fine di garantire la copertura assicurativa per i lavoratori impegnati in iniziative formative… nonché per i periodi intercorrenti fra i contratti per prestazioni di lavoro temporaneo stipulati a tempo determinato, … viene stabilita la possibilità di concorso agli oneri contributivi a carico del lavoratore previsti dagli artt. 6 e 7 del D.lvo 16 settembre 1996, n. 564 (in pratica mediante il riscatto). E ancora (i lavoratori)… possono versare la differenza contributiva per i periodi in cui abbiano percepito una retribuzione inferiore rispetto a quella convenzionale ovvero abbiano usufruito dell'indennità di disponibilità di cui all'art. 4, comma terzo, e fino a concorrenza della medesima misura".

L'art. 4, comma terzo, prevede che: "Nel caso in cui il prestatore di lavoro temporaneo sia assunto con contratto stipulato a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura dell'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dall'impresa fornitrice per i periodi nei quali il lavoratore rimane in attesa di assegnazione. La misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale. La predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale".

Il successivo comma quarto stabilisce che: "Nel caso in cui la retribuzione percepita dal lavoratore per l'attività prestata presso l'impresa utilizzatrice, nel periodo di riferimento mensile, sia inferiore all'importo della indennità di disponibilità di cui al comma 3, è al medesimo corrisposta la differenza dalla impresa fornitrice fino a concorrenza del predetto importo".

Con il risultato di consentire l'integrazione retributiva e contributiva senza oneri a carico del lavoratore.

Come è stato osservato, le disposizioni richiamate sono state abrogate dal D.lvo 10 settembre 2003 n. 276.

24. — Segue: ambito di applicazione.

L'art. 36, comma settimo, del D.lvo ultimo citato prevede l'integrazione contributiva sull'indennità di disponibilità o sulla retribuzione inferiore a quella convenzionale (ma non pure della indennità sulla detta retribuzione inferiore per il lavoro intermittente), ma non pure per il lavoro somministrato.

Peraltro la mancata previsione del riequilibrio delle retribuzioni mediante l'indennità comporta che l'onere di integrazione sia a totale carico del lavoratore.

In conclusione, nel contesto dei lavori flessibili, l'assetto contributivo fa riferimento pure alla c.d. indennità di disponibilità, la quale da una parte, altera il tradizionale rapporto retribuzione- contributi, in quanto non è retribuzione (59), non essendo corrispettivo di una prestazione lavorativa, non essendo commisurata alla quantità e qualità del lavoro, (art. 36 Cost.); d'altra parte non risulta modificata per effetto della copertura previdenziale così come non sono modificati dalla contribuzione figurativa i periodi non lavorati.

(59) R. Romei, *Il nuovo mercato del lavoro, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* Commentario di L. Montuschi e AA.VV., Bologna, 2004, pag. 427; in senso difforme C. Lagala, *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali,* in *Lavoro e diritti dopo il dlvo n. 276/2003,* Bari, 2003, pag. 397 e segg.

III^{a} SESSIONE

GIUSEPPE IANNIRUBERTO

Presidente Titolare della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CASSAZIONE SUL PROCESSO PREVIDENZIALE (E CIVILE IN GENERE)

Alcune sentenze delle sezioni unite della Cassazione in tema di esibizione di documenti in appello, nel rito ordinario ed in quello del lavoro, hanno suscitato ampi commenti — favorevoli e non — tra gli operatori del diritto. Più in particolare, le reazioni critiche hanno trovato il loro fondamento nel rilievo che, precludendo la possibilità di siffatta esibizione, verrebbe ad essere impedito l'accertamento della verità, nella misura in cui, solo attraverso l'acquisizione di quelle prove, sarebbe possibile fare una vera giustizia nel caso concreto.

Questa preoccupazione, motivata dall'esigenza che la decisione del giudice non si discosti dalla realtà dei fatti rilevanti, e la sorpresa per un repentino cambio di rotta nella giurisprudenza di legittimità, per anni orientata in senso opposto, probabilmente non hanno tenuto conto di una linea di tendenza, sempre più accentuata nell'ultimo decennio, che ad una complessiva lettura fa comprendere che il carattere dirompente delle richiamate decisioni è molto minore rispetto a quanto da alcuni si ritiene.

Nell'intento di rintracciare il filo conduttore del pensiero del giudice di legittimità, è opportuno valutare nel loro insieme le più significative pronunce delle sezioni unite, perché alla luce di un tale esame si potrà cogliere la idea di fondo che motiva queste decisioni.

Il punto di partenza di questa ricognizione è costituito dalla sentenza 3 febbraio 1998 n. 1099, nella quale *in nuce* erano già presenti nella motivazione alcuni momenti logici, che sono poi stati le premesse dei successivi sviluppi della giurisprudenza delle sezioni unite.

Con tale decisione la Corte ha affrontato il tema della distinzione tra eccezioni in senso stretto e non e della rispettiva loro rilevabilità e, dopo aver ricordato che le prime ricorrono quando la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, ha ritenuto che il giudice deve tener conto dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito, senza che, peraltro, ciò comporti un superamento del divieto di utilizzare la sua scienza privata o delle preclusioni e decadenze previste, atteso che il generale potere-dovere di rilievo d'ufficio delle

eccezioni facente capo al giudice si traduce solo nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti, sempre che la richiesta della parte in tal senso non sia strutturalmente necessaria o espressamente prevista; ha quindi precisato che, in entrambi i casi, è necessario che i predetti fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultino legittimamente acquisiti al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile. In altre parole, con estrema chiarezza la Corte non solo ha distinto tra allegazione dei fatti e loro rilevazione, ma ha precisato che alla prima non solo deve necessariamente provvedere la parte, ma che la stessa deve provvedere alla loro acquisizione-allegazione nel rispetto dei tempi processuali previsti dalla legge, per cui, con singolare forza ha ribadito che, per essere valutati dal giudice, quei fatti devono essere dedotti *rite et recte,* ossia nella prima difesa utile rispetto al momento della conoscenza-disponibilità dei fatti stessi ovvero dal loro emergere come processualmente rilevanti.

Con questa decisione, forse sotto qualche aspetto passata inosservata, in realtà le sezioni unite hanno colto l'occasione per affermare che è onere delle parti allegare i fatti rilevanti per la decisione nel rispetto dei tempi fissati dagli artt. 414, 416 e 420 c.p.c., venendo così precluso alle parti stesse la possibilità di allegare ad libitum e nel tempo ritenuto più congruo ciò che invece è necessario acquisire al processo perché esso possa svolgersi secondo i tempi previsti dalla legge.

La decisione non venne subito "metabolizzata" nella stessa giurisprudenza delle sezioni unite, se è vero che, nella motivazione della sentenza 25 maggio 2001 n. 266/SU, si legge testualmente che "il collegio non ritiene di poter aderire alla tesi sostenuta dalla più volte richiamata sentenza" (appunto la 1099 del 1998), ma l' affermazione - per la verità a differenza dalla precedente non sostenuta da argomentazioni - risulta irrilevante al fine della decisione finale, perché, trattandosi del problema della rilevabilità di ufficio del giudicato esterno, la Corte ha dichiarato di aderire a quella teoria, secondo la quale il giudicato in oggetto "è da assimilarsi" agli elementi normativi, dal che discende la conseguenza che il relativo esame prescinde dalla tempestività della allegazione.

La problematica è riemersa in una successiva decisione — sempre delle sezioni unite — sul tema del principio di non contestazione.

Con la sentenza 23 gennaio 2002 n. 761 si è affermato che i fatti non contestati sono sottratti al controllo probatorio del giudice e devono essere ritenuti sussistenti senza necessità di apposito accertamento e che la contestazione del convenuto, tale da impedire in suo danno conseguenze pregiudizievoli, deve riguardare i fatti da accertare nel processo — e non già la determinazione della loro dimensione giuridica — da formularsi in maniera non generica, né in formule di stile, in espressioni apodittiche o in asserzioni puramente negative, ma deve concretizzarsi in una difesa puntuale, circostanziata, dettagliata e onnicomprensiva di tutte le circostanze in relazione alle quali si avanza l'ammissione delle prove. E si è infine precisato che la tendenziale irreversibilità della non contestazione del fatto costitutivo del diritto, che vale a sottrarre tale fatto ad ogni indagine istruttoria, si pone in coerenza con la struttura nel processo che, per quanto attiene al rito del lavoro, è finalizzata a far sì che nell'udienza di discussione la causa sia delimitata in modo compiuto nell'oggetto e nelle difese istruttorie in modo da permetterne nella stessa udienza anche la definizione (art. 420 c.p.c.) e, per

quanto attiene al processo ordinario, consente che si pervenga ad una chiara individuazione dei termini della controversia, negli spazi temporali delimitati dalla prima udienza istruttoria e da quella (eventuale) ad essa successiva per le deduzioni istruttorie (artt. 183 e 184 c.p.c., ora riformulati dal decreto legge 14 marzo 2005 n. 35, convertito, con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005 n. 80 e dalla successiva legge 28 dicembre 2005 n. 263). In tale sentenza, la soluzione accolta viene ancorata al rilievo che il processo del lavoro "trova il suo punto di forza, cruciale per la funzionalità dell'intero rito, nel sistema di preclusioni e decadenze di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c., attinenti in primo luogo alle allegazioni di una parte, e alle contestazioni in fatto dell'altra, sistema che trova la piena legittimazione costituzionale nel suo carattere di reciprocità". Appare, quindi, evidente la continuità logica con il precedente del 1998.

Proseguendo nella stessa linea e nell'ottica volta a sollecitare la decisione ed a evitare, nel rispetto dell'economia processuale, dilatazione dei tempi, nell'esaminare la problematica della nullità degli atti introduttivi nel rito del lavoro — le sezioni unite (17 giugno 2004 n. 11353) hanno statuito che il ricorrente debba — come pure stabilito per il giudizio ordinario dal disposto dell'art. 163 n. 4 c.p.c. — indicare ai sensi dell'art. 414 n. 4 c.p.c. nell'atto iniziale della controversia gli elementi di fatto e di diritto posti a base della domanda perché in caso contrario ne consegue la nullità del ricorso, sanabile però ai sensi dell'art. 164, comma 5, c.p.c.. Ed infatti, sul presupposto che quest'ultima norma debba essere estesa anche al giudizio del lavoro, in assenza di una previsione specifica al riguardo, ha poi precisato — e sempre con un richiamo alle generali disposizioni dell'ordinario processo di cognizione considerate compatibili con il rito del lavoro — che la mancata fissazione di un termine perentorio da parte del giudice per la rinnovazione del ricorso o per l'integrazione della domanda e la non tempestiva eccezione di nullità da parte del convenuto *ex* art. 157 c.p.c. del vizio dell'atto, comportano la sanatoria della nullità del ricorso, per aver raggiunto lo scopo *ex* art. 156, comma 3, c.p.c.

La Corte ha però precisato che la sanatoria della nullità del ricorso non vale a rimettere il ricorrente in termini quanto all'allegazione dei fatti ed ai mezzi di prova in esso non indicati né specificati, così che il convenuto può eccepire, in ogni tempo ed in ogni grado di giudizio, il mancato rispetto da parte dell'attore della norma sull'onere di allegazione e di prova, in quanto la decadenza dai mezzi di prova riguarda tanto il convenuto che l'attore, dato che ambedue le parti, in una situazione istituzionale di parità, sono tenute ad esternare sin dall'inizio tutto ciò che attiene alla loro difesa e specificare il materiale posto a base delle reciproche istanze.

A questo punto va segnalato che la stessa sentenza ha poi ribadito che i poteri d'ufficio del giudice nel processo del lavoro possono essere esercitati — nonostante già verificatesi decadenze o preclusioni, e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti — nella logica di contemperamento del principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale; ed, a dimostrazione di una costante lettura delle norme processuali in un ottica volta a privilegiare un processo celere, ha messo poi in luce — con affermazioni valide per il processo civile in genere — che la regola della circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri di prova ha valore determinante, perché la prescrizione di una completa esposizione degli elementi posti a fondamento delle pretese (delle contrapposti parti) e delle misure probatorie a loro sostegno

(art. 414 e 416 c.p.c.) ha lo scopo — con la tempestiva delimitazione del *thema decidendum* — di impedire, oltre i termini preclusivi stabiliti dal codice di rito, contestazioni o richieste non ritualmente avanzate e di inibire ogni tentativo di ampliare (con protrazione dei tempi decisori) l'oggetto della controversia attraverso non giustificabili comportamenti tardivi.

A questo punto possono prendersi in esame le due sentenze, alle quali si è fatto cenno all'inizio.

Con un procedimento logico, che ora appare naturale sviluppo delle statuizioni già scrutinate per i valori di riferimento, la giurisprudenza con tali decisioni — la prima relativa al rito del lavoro e la seconda al rito ordinario — ha composto i contrasti sorti sull'ammissibilità dei documenti in appello, ribaltando un indirizzo per molti anni apparso granitico.

In particolare, la prima decisione (Cass. 20 aprile 2005 n. 8202), dopo avere negato ogni diversità ontologica tra "prove costituite" e "prove costituende" e, per l'effetto, ogni differenza tra le stesse con riferimento alla normativa delle decadenze e preclusioni, ha enunciato il principio di diritto per il quale "l'omessa indicazione nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado dei documenti e l'omesso deposito degli stessi contestualmente a tale atto, determinano la decadenza del diritto alla produzione dei documenti stessi, salvo che la produzione non sia giustificata dal tempo della loro formazione o dall'evoluzione della vicenda processuale successivamente al ricorso ed alla memoria di costituzione (ad esempio, a seguito di riconvenzionale o di intervento o di chiamata del terzo)".

L'altra decisione (n. 8203 emessa in pari data), dopo aver ribadito con identiche argomentazioni l'equiparazione tra "prove costituite" e "prove costituende", ha affermato che il divieto di ammissione di nuovi mezzi in appello, stabilito dall'art. 345, comma 3, c.p.c. (nel testo sostituito dall'art. 52 l. n. 353 del 1990), riguarda anche le prove c.d. precostituite, quali i documenti, la cui produzione, pertanto, è subordinata, al pari delle prove c.d. costituende, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile, che abbia impedito alla parte di produrle in primo grado, ovvero alla valutazione della loro "indispensabilità", nel qual caso l'ammissione delle prove, nonostante le verificatesi preclusioni, è giustificata dalla loro incisiva influenza causale sulla decisione finale della controversia.

L'ultima decisione, che in questa logica ricostruttiva merita di essere ricordata, riguarda il problema se l'eccezione di interruzione della prescrizione debba considerarsi eccezione in senso lato rilevabile di ufficio. Al riguardo la Corte (Cass. 27 luglio 2005 n. 15661) non ha condiviso l'indirizzo secondo il quale tra l'eccezione di prescrizione (ascritta al novero delle eccezioni in senso stretto) e la controeccezione di interruzione ex art. 2943-2945 c.c. (di natura non definita dal legislatore) sussiste una somiglianza, tale da consentirne la stessa disciplina processuale e, conseguentemente, la non rilevabilità d'ufficio anche della suddetta controeccezione e la sua assoggettabilità, nel processo del lavoro, alle preclusioni disposte nei capoversi dell'art. 416 e 437 c.p.c. (e nel processo ordinario nell'art. 345, secondo comma, c.p.c.).

La negazione di una tale equiparazione è fondata sul rilievo che, mentre con la prescrizione per il decorso del tempo, il debitore acquista una posizione di vantaggio potendo (con l'eccepire in giudizio la prescrizione) liberarsi dall'obbligazione a

seguito di una sentenza costitutiva, l'attore di fronte all'eccezione di prescrizione non può considerarsi titolare di alcuna posizione soggettiva diversa da quella già dedotta in giudizio, essendo in grado di contrapporre all'eccipiente un fatto dotato di efficacia interruttiva e facendo valere con questo atto un interesse già compreso in quello sottostante il diritto azionato. In base a tale premessa, la deduzione dell'esistenza di un fatto interruttivo non amplia i termini della controversia, ma concorre a realizzare l'ordinamento giuridico nell'orbita della domanda, su cui il giudice deve pronunziarsi *tota re perspecta,* ossia prendendo in considerazione d'ufficio gli atti interruttivi.

Con riguardo a questa decisione è il caso di segnalare che in alcuni commenti si è ritenuto che le sezioni unite avrebbero implicitamente, ma inequivocabilmente, superato il proprio precedente orientamento, nel senso che unica condizione per il rilievo di ufficio della eccezione in senso lato è rappresentato dal fatto che essa risulti ritualmente provata, senza che rilevi il momento in cui la circostanza sarebbe stata acquisita al processo.

Al di là del dubbio che la motivazione della richiamata sentenza può aver generato, sta di fatto però che un'affermazione di contrarietà al precedente indirizzo non si legge nella motivazione stessa, per cui non pare possibile che, nel momento di composizione di un contrasto — sia pure per una specifica e diversa problematica — le sezioni unite, in maniera criptica e senza essere nuovamente investite della questione dei termini per l'allegazione delle eccezioni in senso lato, possano aver superato una tesi che, alla luce dei precedenti richiamati, denota un orientamento ben radicato sulla necessità che, pure per le eccezioni in senso lato, occorre che la relativa allegazione avvenga *rite et recte.* Ed è appena il caso di aggiungere che il problema, in relazione alla fattispecie concreta, non aveva ragion di porsi, dato che il documento — sul quale si fondava la controeccezione — risultava comunque ritualmente depositato. Del resto, in una recente decisione della sezione lavoro (Cass. 30 gennaio 2006 n. 2035), è stato posto in evidenza che "la sottolineatura nella decisione n. 15661 del 2005 che i poteri del giudice possono esercitarsi solo in presenza di prove acquisite in giudizio ritualmente, attesta una indubbia continuità con i *dicta* della sentenza delle stesse sezioni unite 3 febbraio 1998 n. 1099, cui essa fa ripetuto riferimento, mostrando di volerne recepire *in toto* i relativi enunciati". Facendo perciò applicazione dei precedenti testé richiamati, la sezione lavoro ha affermato che pure per l'eccezione di interruzione della prescrizione, per essere rilevata di ufficio dal giudice, deve essere acquisita e provata nei fatti a suo fondamento nel rispetto del c.d. principio di tempestività di allegazione della sopravvenienza, ossia non oltre la prima udienza successiva a quella in cui sia stata sollevata l'eccezione di prescrizione.

Volendo a questo punto tirare le fila dei rilievi svolti, possono trarsi le seguenti conclusioni.

L'interrogativo di fondo, che si pone all'interprete delle leggi processuali, è se il processo debba ad ogni costo tendere all'accertamento della verità, ovvero se questa esigenza possa essere in qualche modo sacrificata sull'altare del rispetto dei tempi e modi di svolgimento del processo. Orbene, non vi è dubbio che questa seconda finalità in epoca recente abbia subito un'accentuazione, per una scelta di campo del legislatore ma anche nella convinzione che la ricerca della verità non possa protrarsi all'infinito.

Il nuovo testo dell'art. 111 Cost., secondo comma, nell'affermare che la legge deve assicurare la ragionevole durata del processo, chiaramente impone una chiave di lettura delle regole, con una prospettiva diversa da quella che forse tradizionalmente è stata data. Si aggiunga che la ben nota legge Pinto (l. 24 gennaio 2001 n. 89) sta creando, da un lato, un contenzioso parallelo per ogni processo non definito in tempi ragionevoli, dall'altro un costo per la collettività non si sa fino a quale punto sopportabile. È comprensibile, allora, che in una situazione del genere l'opzione interpretativa della Cassazione tenda sempre più a privilegiare la celerità del processo, cadenzando l'attività delle parti secondo quei tempi ormai chiaramente scanditi dal legislatore.

Vi è certamente il pericolo che in un sistema rigido possa aversi l'inconveniente che la verità sfugga all'accertamento del giudice, ma è un pericolo che, secondo quanto emerge dalle richiamate sentenze delle sezioni unite, certamente non riguarda la parte diligente: come si è detto, ognuno può far valere le sue ragioni, allegando fatti a sé favorevoli, nella prima difesa utile per contrastare un'allegazione della controparte, ovvero quando abbia la disponibilità-conoscenza del fatto utile per la propria difesa (si pensi a quanto afferma Cass. 1099 del 1998 a proposito della conoscenza dell'*aliud perceptum* per ridurre la pretesa risarcitoria a seguito del licenziamento illegittimo, circostanza che può essere dedotta allorquando il datore di lavoro ne sia venuta a conoscenza). Significativo al riguardo è anche il richiamo ai poteri istruttori di ufficio, che abilitano il giudice ad ammettere mezzi di prova, dai quali le parti siano decadute, nonché il richiamo all'acquisizione di prove in appello se indispensabili per la decisione, mezzi tutti che, nel rispetto dei termini previsti, consentono di non pregiudicare la parte diligente nell'allegazione dei fatti rilevanti.

Una scelta, quella della Cassazione (alla quale, è il caso di ricordarlo, è affidato il compito istituzionale dell'esatta interpretazione della legge, funzione nomofilattica oggi ancor più marcata a seguito della legge 14 maggio 2005 n. 50 e del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40), che risponde ad una logica complessiva, che la società chiede che venga rispettata, non da oggi, dato che già in passato un'autorevole dottrina ricordava che la funzione del processo è quella di conciliare il "presto" ed il "bene", in quanto la soluzione di ogni controversia deve tendere ad un giusto equilibrio tra l'accertamento della verità materiale e la tempestività del giudizio, che valga ad impedire che la domanda di giustizia abbia elevati costi umani oltre che economici per la collettività tutta.

Una scelta che può dare maggiore dignità al processo previdenziale — talora caratterizzato da una gestione alquanto approssimativa — e, per quanto riguarda gli enti previdenziali, richiedere una difesa che tenga conto del verificarsi di possibili preclusioni e decadenze.

In questa prospettiva, allora, alcune rigidità volte a sanzionare comportamenti dilatori o, quanto meno, negligenti, potrebbero anche essere condivise dagli osservatori critici.

SEBASTIANO L. GENTILE

Consigliere della Sezione Lavoro della Corte di Appello di Bari

PRESTAZIONI PREVIDENZIALI E INDENNITÀ: CIG, CIGS, MOBILITÀ, COMPENSI PER LAVORI SOCIALMENTE UTILI E PRESTAZIONI DI GRAVIDANZA

PREMESSA

LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI

(I) ***Il più antico e utilizzato fra i c.d. ammortizzatori sociali.***
(II) ***Provvedimento di ammissione.***
(III) ***Omessa o tardiva presentazione della domanda.***
(IV) ***Criteri di scelta dei dipendenti da sospendere.***
(V) ***Anzianità lavorativa.***
(VI) ***Pagamento dell'integrazione salariale.***
(VII) ***Metodo di calcolo dell'importo.***
(VIII) ***Quote del trattamento di fine rapporto.***
(IX) ***Assegno per il nucleo familiare.***
(X) ***Svolgimento di un'attività lavorativa sostitutiva.***

L'INDENNITÀ DI MOBILITÀ

(I) ***Eccedenza di personale.***
(II) ***Licenziamento collettivo e dichiarazione di mobilità.***
(III) ***Caratteristiche del trattamento.***
(IV) ***Iscrizione nelle liste.***
(V) ***Adeguamento ISTAT.***
(VI) ***Mensilità di febbraio.***
(VII) ***Inderogabilità della disciplina - Aliunde perceptum - Indebito.***

I LAVORI SOCIALMENTE UTILI

(I) ***Obbligazione di disponibilità personale.***
(II) ***Art. 8 D.Lgs. n. 468 del 1997, disciplina dell'utilizzo (testo).***
(III) ***Lavori di pubblica utilità e borse di lavoro.***

(IV) Diritti soggettivi.
(V) Non instaurazione di un rapporto di lavoro.
(VI) Prepensionamento.

LE PRESTAZIONI DI GRAVIDANZA

(I) Guida I.N.P.S. sulla maternità: addizioni e precisazioni.
(II) Istanza - prescrizione - decadenza.
(III) Interventi recenti della Consulta.

PREMESSA

Per il numero e l'ampiezza dei temi da trattare, in questa relazione è consentito dedicare soltanto alcuni cenni alla presentazione degli istituti giuridici secondo il consueto schema che, muovendo dalla loro genesi, dà conto dell'evoluzione storica della disciplina e ne consente l'inquadramento nel sistema normativo vigente.

Il rischio dell'inadeguatezza incombe, pertanto, su tali introduzioni semplificate, che, tuttavia, sembra opportuno anteporre al contenuto prevalentemente giurisprudenziale di questa indagine, al fine di integrarne le componenti e dare amalgama a un discorso altrimenti frammentato come la casistica.

Rinviando, quindi, per gli approfondimenti, alle pubblicazioni di settore, lo scopo è soprattutto di riferire delle principali indicazioni desumibili dalle sentenze rese ogni anno, il cui contributo è fondamentale alla conoscenza e alla stessa conformazione della materia, in primo luogo, per noi operatori della pratica giuridica.

Le ulteriori limitazioni necessarie concernono: a) la selezione dei temi trattati, che dà conto soltanto di alcune questioni; b) la prevalenza nella disamina delle decisioni della Corte di legittimità, che sono copiose e sovrastano il panorama variegato delle pronunce dei giudici di merito; c) l'attenzione focalizzata sulle sentenze degli ultimi anni, al fine di fornire dati aggiornati, suscettibili di applicazione attuale; d) l'accantonamento dei profili lavoristici delle fattispecie a vantaggio di quelli previdenziali, come impone l'oggetto di questo incontro di studi e il coinvolgimento dell'I.N.P.S. nella sua organizzazione.

LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI

(I) — Il più antico e utilizzato fra i c.d. ammortizzatori sociali.

La crisi dell'attività ausiliata è il presupposto che accomuna gli istituti della

cassa integrazione e della mobilità, con riflessi pure sul c.d. impiego sociale della manodopera.

La prima costituisce il più antico e utilizzato fra i c.d. ammortizzatori sociali e consiste in una prestazione previdenziale parzialmente sostitutiva della retribuzione, erogata nel caso di involontaria sospensione o contrazione dell'attività aziendale.

Si parla, pertanto, di un rimedio contro la disoccupazione parziale, che, però, non tutela il singolo lavoratore senza impiego, bensì l'insieme dei dipendenti di un'impresa in sofferenza economica.

Dopo la sua introduzione, nel 1941, ad opera della contrattazione collettiva corporativa (che aveva natura pubblicistica ed efficacia categoriale) e allo scopo di sostenere il processo di riduzione e di conversione industriale imposto dalla vicenda bellica in corso, la prima regolamentazione per legge, nell'immediato dopoguerra, venne con il D. Lgs. Lgt. 9 novembre 1945, n. 788 *(Istituzione della Cassa per l'integrazione dei guadagni degli operai dell'industria e disposizioni transitorie a favore dei lavoratori dell'industria dell'Alta Italia),* cui fece seguito il D. Lgs. C.P.S. 12 agosto 1947, n. 869 *(Nuove disposizioni sulle integrazioni salariali).*

Negli anni successivi la cassa integrazione è diventata uno strumento essenziale della politica socio-economica, in funzione di tutela non soltanto dei lavoratori, come è istintivo pensare, ma anche delle imprese, che rappresentano un fattore di ricchezza per la collettività e, giusta la prescrizione dell'art. 41 della Costituzione, non devono agire in contrasto con l'utilità sociale.

Non vi è dubbio, comunque, che titolare della prestazione assicurativa sia il lavoratore, sebbene innegabilmente se ne giovi anche il datore di lavoro, che si vede sgravato, in tutto o in parte, dall'obbligo retributivo.

Parimenti certo è che assicurante sia il datore di lavoro, sul quale grava l'obbligo contributivo.

Trattasi, peraltro, di un rapporto che presenta almeno due anomalie rispetto alle altre forme di assicurazione sociale: 1) la domanda va proposta dall'assicurante anziché dall'assicurato; 2) la situazione da accertare, quale presupposto del diritto alla prestazione, attiene alla sfera giuridica dell'assicurante (una difficoltà economico-produttiva dell'impresa) invece che a quella dell'assicurato (normalmente, uno stato di bisogno del lavoratore assicurato).

Le tendenze e le modalità dell'intervento integrativo dello Stato sono cambiate molte volte, secondo le contingenze economiche e l'orientamento politico dominante, all'esito degli eventi e delle trasformazioni vissute dal Paese, in una continua ricombinazione degli interessi in conflitto delle parti sociali e delle risorse disponibili.

Pertanto, la legislazione in materia è particolarmente abbondante e ha segnato un percorso tutt'altro che lineare.

Capisaldi possono individuarsi nell'estensione del beneficio dal settore industriale a quello dell'edilizia e affini, a partire dalla legge 3 febbraio 1963, n. 77 *(Disposizioni in favore degli operai dipendenti dalle aziende industriali dell'edilizia e affini in materia di integrazione guadagni),* e all'agricoltura, mediante la legge 8 agosto 1972, n. 457 *(Miglioramenti ai trattamenti previdenziali ed assistenziali nonché disposizioni per la integrazione del salario in favore dei lavoratori agricoli).*

Un distinguo che si è delineato con l'avvento della legge 5 novembre 1968, n. 1115

(Estensione, in favore dei lavoratori, degli interventi della Cassa integrazione guadagni, della gestione dell'assicurazione contro la disoccupazione e della Cassa assegni familiari e provvidenze in favore dei lavoratori anziani licenziati), e persiste tuttora, sebbene attenuato, è quello fra cassa integrazione guadagni ordinaria (C.I.G.), mirata a fronteggiare gli scompensi temporanei del ciclo produttivo, e cassa integrazione guadagni straordinaria (C.I.G.S.), vero e proprio mezzo di conservazione della pace sociale siccome svincolata da una previsione di ripristino del livello occupazionale, dopo la crisi aziendale di particolare rilevanza, la ristrutturazione, riorganizzazione o conversione degli impianti o l'assoggettamento dell'impresa a una procedura concorsuale.

Con particolare riguardo agli eventi transitori e non imputabili, il cui verificarsi abilita l'intervento della C.I.G., si riconosce in tale evenienza un malfunzionamento del sinallagma del contratto di lavoro, ma con caratteristiche diverse rispetto all'impossibilità della prestazione che libera il debitore ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., perchè l'inevitabilità non riguarda tanto le cause scatenanti quanto piuttosto le conseguenze negative sulla capacità produttiva dell'azienda.

Dalla c.d. vertenza d'autunno del 1974 e dall'intesa interconfederale del 21 gennaio 1975 scaturì la complessiva ridefinizione che si deve alle leggi 20 maggio 1975, n. 164 *(Provvedimenti per la garanzia del salario),* e 6 agosto 1975, n. 427 *(Norme in materia di garanzia del salario e di disoccupazione speciale in favore dei lavoratori dell'edilizia e affini),* i cui tratti peculiari sono l'aumento della misura e della durata dei sussidi nonché il controllo sindacale sulle procedure di richiesta e ammissione.

Sotto la pressione dei conti pubblici in affanno, l'articolo unico della legge 13 agosto 1980, n. 427 *(Modifica della disciplina dell'integrazione salariale straordinaria relativa alle categorie operaie e impiegatizie),* introdusse un massimale mensile e l'art. 8 della legge 20 maggio 1988, n. 160 (di conversione del D.L. 21 marzo 1988, n. 86, *Norme in materia previdenziale, di occupazione giovanile e di mercato del lavoro, nonché per il potenziamento del sistema informatico del Ministero del lavoro e della previdenza sociale),* incrementò sino al 4,5% del trattamento il disincentivante contributo addizionale a carico delle imprese fruitici della C.I.G.S.

Modifiche consistenti si devono alla legge 23 luglio 1991, n. 223 *(Norme in materia di Cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro),* per effetto della quale ha preso foggia l'attuale assetto delle misure di sostegno del lavoro riconducibili al nostro tema.

Accanto a disposizioni cautelative per frenare l'eccesso di spesa (come il divieto di reiterazione dell'intervento della Cassa senza intervalli e di consecutivo godimento prima della C.I.G. e poi della C.I.G.S. per le stesse unità produttive, il raddoppio del contributo addizionale durante le proroghe del trattamento, l'imposizione di un massimale anche alla prestazione ordinaria se ultrasemetrale), la L. 223/91, in controtendenza, ha ampliato il novero dei beneficiari del trattamento ordinario di integrazione salariale, includendovi gli impiegati e i quadri (art. 14).

L'apporto di maggior rilievo della L. 223/91, tuttavia, consiste nel ridimensionamento del ruolo della C.I.G.S., come conseguenza del nuovo istituto della collocazione in mobilità, previo esperimento di un'articolata e garantistica procedura per il licenzia-

mento collettivo dei lavoratori cassintegrati c.d. eccedentari, destinati, cioè, a non rientrare in azienda perché definitivamente in esubero.

La C.I.G.S. funge, quindi, da via di transito fra l'occupazione e la mobilità le molte volte in cui la crisi datoriale non è reversibile.

In epoca più recente, si è registrato un allargamento dell'ambito di applicazione della cassa integrazione straordinaria alle imprese con più di 50 addetti operanti nei comparti del commercio, viaggio e turismo, vigilanza, spedizione e trasporto (art. 7 del D.L. 20 maggio 1993, n. 148, *Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione,* convertito, con modificazioni, nella L. 19 luglio 1993, n. 236), nonché ai dipendenti delle imprese appaltatrici dei servizi di pulizia, anche se costituite in forma cooperativa (art. 1 del D.L. 16 maggio 1994, n. 299, *Disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali,* convertito, con modificazioni, nella L. 19 luglio 1994, n. 451).

Il quadro composito delle disposizioni individuanti i beneficiari assume contorni più definiti con l'indicazione dei soggetti esclusi.

Quanto alla C.I.G., tradizionalmente (norma di riferimento è l'art. 4 della legge 12 luglio 1988, n. 270, *Attuazione del contratto collettivo nazionale di lavoro del personale autoferrotranviario ed internavigatore per il triennio 1985-1987, agevolazioni dell'esodo del personale inidoneo ed altre misure),* non ne godono le imprese di navigazione, ferroviarie, tranviarie, dello spettacolo, della pesca, di facchinaggio, portuali, artigiane, appartenenti agli enti pubblici e allo Stato (ma le recenti numerose privatizzazioni stanno ponendo le questioni cui è dedicata la circolare I.N.P.S. n. 63 del 6/5/2005) e, in relazione alla qualifica dei lavoratori, gli apprendisti.

Con riferimento alla C.I.G.S., essenziale è la soglia di accesso rappresentata dal numero dei dipendenti mediamente superiore a quindici nel semestre precedente la data di presentazione della richiesta (art. 1 L. 223/91).

La scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione straordinaria deve essere effettuata in base al criterio della rotazione tra coloro che svolgono le stesse mansioni, ma tale regola è derogabile (cfr. par. IV).

Sotto il profilo territoriale, la cassa integrazione assiste le aziende che operano sul territorio nazionale nonché le aziende italiane in attività in ambito comunitario ovvero in Stati terzi legati da accordi in materia di sicurezza sociale, se applicano il regime previdenziale italiano.

Va segnalato, inoltre, lo speciale intervento di sostegno di natura temporanea e straordinaria, erogabile in un'unica soluzione, a favore delle iniziative produttive industriali inserite in piani di recupero dell'occupazione, totale o parziale, relativi alla cessazione di attività o riorganizzazione di unità produttive del settore industriale che coinvolgono oltre 500 dipendenti (art. 2 del D.L. 26 novembre 1993, n. 478, *Proroga di trattamenti straordinari di integrazione salariale,* convertito con modificazioni, nella L. 26 gennaio 1994, n. 56).

Il D.P.R. 10 giugno 2000, n. 218 *(Regolamento recante norme per la semplificazione del procedimento per la concessione del trattamento di cassa integrazione guadagni straordinaria e di integrazione salariale a seguito della stipula dei contratti di solidarietà, ai sensi dell'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 — allegato 1, numeri 90 e 91),* ha razionalizzato la procedura di ammissione ai benefici.

Premesso che la gestione è affidata all'I.N.P.S., che vi provvede mediante tre casse (agricoltura, industria, edilizia), autonome fra loro, preposte ai trattamenti integrativi nei diversi settori, le imprese devono presentare la domanda di C.I.G. alla sede locale dell'ente previdenziale entro 25 giorni dalla fine del periodo di paga in corso nella settimana in cui è iniziata la sospensione o la riduzione dell'orario di lavoro; la concessione viene disposta dal Comitato provinciale della cassa integrazione guadagni; nel caso in cui la richiesta sia respinta l'interessato può presentare ricorso al Comitato prestazioni temporanee della direzione generale dell'I.N.P.S., entro 30 giorni dalla data di ricezione della lettera con la quale si comunica il rifiuto.

L'istanza di C.I.G.S., previa consultazione sindacale ai sensi dell'art. 2 D.P.R. 218/00, deve essere presentata al Centro per l'impiego territorialmente competente, nel medesimo termine suddetto, e deve contenere il programma di risanamento che l'impresa intende attuare, il progetto di ristrutturazione o riconversione aziendale, il conto economico e la situazione patrimoniale dell'ultimo triennio.

Nel caso di sottomissione dell'impresa ad una procedura concorsuale, l'iniziativa incombe al commissario, al curatore o al liquidatore.

La Direzione degli ammortizzatori sociali e incentivi all'occupazione è l'ufficio del Ministero del Lavoro preposto all'istruttoria delle istanze.

L'approvazione è di competenza del Ministero del lavoro e avviene con un decreto, che è pubblicato mediante inserimento nella Gazzetta Ufficiale.

Sono previsti accertamenti ispettivi per la verifica dell'andamento del programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, da effettuare decorso almeno un trimestre dall'inizio del trattamento straordinario di integrazione salariale e prima della scadenza del primo semestre.

A far tempo dal D.L. 30 ottobre 1984, n. 726 *(Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali),* convertito, con modificazioni, nella L. 19 dicembre 1984, n. 863, disposizioni differenziate vigono per le imprese che abbiano stipulato contratti di solidarietà, comportanti una riduzione stabile dell'orario di lavoro e della retribuzione a salvaguardia dei livelli occupazionali.

La C.I.G. può essere concessa per un massimo di 13 settimane, più eventuali proroghe fino a 12 mesi; in determinate aree territoriali il limite è elevato a 24 mesi.

Per le imprese edili e per quelle del settore lapideo la durata massima, in caso di sospensione del lavoro, è di 13 settimane; è di 52 settimane quando deriva da una riduzione dell'orario di lavoro.

La C.I.G.S. dura al massimo 12 mesi per le crisi aziendali, 24 mesi per la riorganizzazione, ristrutturazione e riconversione aziendale, 18 mesi per i casi di procedure esecutive concorsuali.

Come regola generale, gli interventi ordinari e straordinari non possono nel complesso superare 36 mesi in un quinquennio, ma si contano varie disposizioni derogatorie, anche a carattere transitorio, che hanno modificato questi limiti temporali.

Sia il trattamento ordinario sia quello straordinario corrispondono all'80% della retribuzione globale che sarebbe spettata per le ore di lavoro non prestate; l'importo non può però superare un limite massimo mensile stabilito di anno in anno (per il 2005 è di € 819,62 ed è elevato a € 985,10 in caso di retribuzione mensile superiore a € 1.773,19), peraltro, con riduzione di un'aliquota che attualmente è pari al 5,54%.

Nel settore edile e lapideo, quando la C.I.G. è stata determinata da eventi metereologici, il limite è incrementato del 20%.

Se il lavoratore in C.I.G. o C.I.G.S. svolge contemporaneamente attività retribuita senza averlo prima comunicato alla propria sede I.N.P.S., decade dal diritto alla prestazione; in caso di comunicazione preventiva la prestazione è sospesa per la durata dell'attività lavorativa.

Il lavoratore sospeso cessa dal beneficio quando rifiuti di frequentare i corsi di qualificazione o riqualificazione professionale organizzati nei casi di integrazione salariale straordinaria.

I periodi di C.I.G. e di C.I.G.S. sono utili per il diritto e per la misura della pensione.

In linea di principio, il finanziamento della C.I.G. si realizza mediante contributi (ordinari e addizionali, questi ultimi dovuti salvo che l'autorizzazione del trattamento avvenga per eventi c.d. oggettivamente non evitabili) a carico dei datori di lavoro, mentre l'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88 *(Ristrutturazione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro),* sancisce che sia lo Stato ad assumere l'onere della integrazione salariale straordinaria.

Tuttavia, anche la disciplina di tale prestazione contempla il contributo addizionale dianzi menzionato e ha conosciuto contributi transitori applicabili *pro tempore* (art. 7 L. 223/91) e di solidarietà (parzialmente a carico dei lavoratori: art. 9 della legge 29 dicembre 1990, n. 407, *Disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991 - 1993*).

È in cantiere da tempo il ripensamento dell'intero sistema di tutele sociali cui la cassa integrazione guadagni appartiene, rinvenendosi già nell'art. 2, comma 28, della L. 23 dicembre 1996, n. 662 *(Misure di razionalizzazione della finanza pubblica),* un accenno di progetto così formulato: a) costituzione da parte della contrattazione collettiva nazionale di appositi fondi finanziati mediante un contributo sulla retribuzione non inferiore allo 0,50 per cento; b) definizione da parte della contrattazione medesima di specifici trattamenti e dei relativi criteri, entità, modalità concessivi, entro i limiti delle risorse costituite, con determinazione dei trattamenti al lordo dei correlati contributi figurativi; c) eventuale partecipazione dei lavoratori al finanziamento con una quota non superiore al 25 per cento del contributo; d) in caso di ricorso ai trattamenti, previsione della obbligatorietà della contribuzione con applicazione di una misura addizionale non superiore a tre volte quella della contribuzione stessa; e) istituzione presso l'I.N.P.S. dei fondi, gestiti con il concorso delle parti sociali.

Sui criteri direttivi della riforma annunciata è poi intervenuta la legge 17 maggio 1999, n. 144 *(Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'Inail, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali),* con l'art. 45, evidenziando anche la necessità di rispettare gli indirizzi dell'Unione europea, di eliminare duplicazioni e sovrapposizioni, di estendere gli istituti di integrazione salariale a tutte le categorie escluse, di monitorare i risultati conseguiti.

Sopravvenuto più di tre anni dopo, l'art. 41 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 *(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge*

finanziaria 2003) ha, però, confermato la disciplina vigente in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali.

Tale disposizione, fissando il limite della complessiva spesa — spesa prevista — in 376.433.539 euro per l'anno 2003, ha pure dato la misura di quanto oneroso per la finanza pubblica resti l'esborso nel settore che ci occupa.

Ad oggi la riforma, in particolare, della cassa integrazione non c'è stata, per cui avviene che alle trasformazioni della disciplina lavoristica, apportate dalla c.d. legge Biagi nel senso della maggior flessibilità e precarietà delle occupazioni, non corrisponde un complesso di tutele sociali concepito di conserva.

Da ultimo, l'art. 1, comma 155, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 *(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2005),* come modificato dall'art. 13, comma 2, lettera b), del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 *(Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile, in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali),* convertito, con modificazioni, nella legge 14 maggio 2005, n. 80 (c.d. sulla competitività), ha disposto, tra l'altro, che, in attesa della riforma degli ammortizzatori sociali, nel caso di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionali ovvero miranti al reimpiego di lavoratori coinvolti in detti programmi, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, può disporre, entro il 31 dicembre 2005, proroghe di trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale, già previsti da disposizioni di legge, anche in deroga alla normativa vigente in materia.

Si procede, insomma, con navigazione a vista, ricorrendo, in particolare, alla C.I.G.S. per tamponare situazioni contingenti la cui meritevolezza viene valutata con criterio non sempre costante, nei meandri di una normativa segmentata e, quindi, permissiva, talvolta persino in deroga alla stessa.

La mancanza di un programma unitario di interventi previdenziali a sostegno del reddito complica il compito di ricucitura svolto dalla giurisprudenza, il cui ruolo, di riflesso, assume maggior rilievo.

(II) — Provvedimento di ammissione.

Il provvedimento di ammissione alla cassa integrazione guadagni configura un atto discrezionale e di portata costitutiva (avente natura *lato sensu* concessoria, secondo Cass., sez. lav., 19 maggio 1995, n. 5517), prima del quale il datore di lavoro e il lavoratore sono portatori di meri interessi legittimi rispetto ai benefici previsti dalla legge (Cass., sez. un., 10 ottobre 1994, n. 8275, resa in una vicenda in cui la commissione provinciale della cassa integrazione guadagni aveva autorizzato il pagamento della C.I.G., ma, su ricorso del direttore della sede I.N.P.S. del luogo, il comitato provinciale, decidendo in via definitiva, l'aveva negato).

Cass., sez. un., 20 giugno 1987 n. 5454 (Pres. Brancaccio, Est. Fanelli), premesso che il diritto alla prestazione assicurativa non si riconnette direttamente al verificarsi dell'evento, bensì all'apprezzamento di questo da parte di una autorità amministrativa, ha sottolineato, in tema di C.I.G.S., che la valutazione dell'esistenza di situazioni economiche settoriali o locali delle attività industriali, ovvero dei casi di ristrutturazione e riorganizzazione o conversione aziendale, è fondato non solo su considerazioni tecniche, ma presuppone scelte politiche, vale a dire la considerazione e la ponderazione dell'interesse pubblico che presiede al governo dell'economia, in tutti i suoi riflessi sociali, occupazionali, produttivi.

Ugualmente orientata, la giurisprudenza amministrativa rimarca la centralità dell'interesse pubblico consistente nell'esigenza di alleviare le difficoltà delle imprese senza farne ricadere il peso sui lavoratori in esse occupati (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1844).

Nonostante la diversa complessità dei due casi, può dirsi, in definitiva, che è unico il modello interpretativo utilizzato dai giudici per spiegare il rapporto fra disciplina del contratto di lavoro e disciplina delle integrazioni salariali, ordinaria e straordinaria.

Se, dunque, è il provvedimento ammissivo che fa nascere il rapporto di prestazione previdenziale e le relative posizioni di diritto soggettivo:

A) l'impugnazione del provvedimento che nega il beneficio della cassa integrazione guadagni, ad iniziativa del datore di lavoro ovvero dei lavoratori, va proposta al tribunale amministrativo regionale individuato in relazione alla circoscrizione territoriale dove ha sede lo stabilimento in cui hanno trovato occupazione i dipendenti interessati (senza che l'eventuale interposizione di ricorso amministrativo e della relativa decisione producano l'effetto di spostare la competenza: Cons. Stato, sez. sesta, 16 settembre 2002, n. 4661, in tema di C.I.G.);

B) fino all'emanazione del provvedimento di ammissione al trattamento di integrazione salariale, come pure dopo l'emanazione del provvedimento di diniego, i rapporti fra datore di lavoro e lavoratori sospesi, inerendo a posizioni di diritto soggettivo non incise dalla normativa speciale in materia di cassa integrazione guadagni, sono definiti dal giudice del lavoro in base alle regole comuni, con la conseguenza, in particolare, che la legittimità o meno delle sospensioni dal lavoro unilateralmente disposte dall'imprenditore deve essere valutata alla stregua delle norme in tema di sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa (che esentano il datore di lavoro dal corrispondere la retribuzione soltanto nel caso di inutilizzabilità della prestazione stessa non nell'aspetto economico o per deficienze di programmazione, di previsione o di organizzazione aziendale, bensì per un fatto sopravvenuto non prevedibile: Cass., sez. lav., 16 giugno 2003, n. 9635; con salvezza, peraltro, dell'ulteriore ipotesi di accordo aziendale con cui l'imprenditore e le organizzazioni sindacali pattuiscano, ai fini del ricorso alla cassa integrazione guadagni, una sospensione temporanea del rapporto di lavoro, che preveda la mancata prestazione lavorativa per un certo periodo, con inequivoco contestuale esonero del datore di lavoro dall'obbligazione retributiva, indipendentemente dall'esito della richiesta di concessione dell'integrazione salariale: Cass., sez. lav., 19 agosto 2003, n. 12130);

C) dopo l'intervento del provvedimento di ammissione, le dispute fra le tre componenti soggettive della fattispecie sono ugualmente devolute al giudice del

lavoro, ma questi deve applicare le speciali disposizioni in tema di integrazione salariale.

Ciò avviene anche quando la pretesa del datore di lavoro alla concreta erogazione delle provvidenze economiche già riconosciutegli in sede di provvedimento amministrativo è contrastata dalla pubblica amministrazione (non già sulla base di provvedimenti amministrativi di ritiro, in via di autotutela o comunque di nuova valutazione dell'interesse pubblico, del provvedimento attributivo del beneficio, ma) mediante atti che, in qualsiasi modo definiti (revoca, decadenza, risoluzione, diniego dell'autorizzazione per il periodo successivo), sono conseguenti all'asserita violazione della normativa che regola il rapporto (Cass., sez. un., n. 30 del 5 febbraio 1999, resa in un caso in cui il trattamento di integrazione salariale straordinaria era stato riconosciuto dal Ministro del lavoro per sei mesi, mentre per il successivo semestre era stato riconosciuto solo in parte, essendosi eccepito il mancato rispetto da parte del datore di lavoro, in sede di richiesta di proroga, del termine di cui all'art. 7 legge n. 164/1975).

Bisogna tener conto, infatti, che pure nella nostra materia al giudice ordinario è permessa la disapplicazione in via incidentale dell'atto amministrativo, sotto il profilo dei vizi di legittimità dello stesso (incompetenza, violazione di legge e eccesso di potere), mentre è escluso il potere di sostituirsi all'amministrazione negli accertamenti e nelle valutazioni di merito (Cass., sez. lav., 14 gennaio 2002, n. 332, emessa in una controversia nella quale assumeva rilievo la verifica della regolarità di un provvedimento dell'I.N.P.S. di autorizzazione alla cassa integrazione guadagni ordinaria, successivamente annullato di ufficio).

Una eccezione a tale impianto, tuttavia, è rappresentata dalla disciplina dell'indennità prevista dal D.L. 21 giugno 1993, n. 199, recante *interventi in favore dei dipendenti dalle imprese di spedizione internazionale, dai magazzini generali e dagli spedizionieri doganali* assoggettati a sospensione dal lavoro e riduzione di orario oppure a licenziamento in conseguenza dell'abolizione delle frontiere fiscali e dei controlli doganali nell'ambito comunitario (convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 1993, n. 293), perché tale ipotesi normativa non è assimilabile all'integrazione salariale ordinaria o straordinaria (come si evince dalla previsione della inapplicabilità sia delle disposizioni del medesimo decreto in caso di imprese rientranti nella disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale e mobilità sia delle regole procedurali *ex* art. 1 della legge 223/91); pertanto, non sussiste un potere discrezionale del Ministero del lavoro o dell'I.N.P.S. in merito all'ammissione al beneficio, la posizione soggettiva del lavoratore licenziato, rispetto all'erogazione dell'indennità, è qualificabile come diritto soggettivo e il giudice ordinario ha giurisdizione per le relative controversie (Cass., sez. un., 12 novembre 1999, n. 760).

Conseguenze interessanti derivano dalle suddette regole spartiacque concernenti la giurisdizione e da quella che (con l'eccezione dei casi specifici in cui sia autorizzato il pagamento diretto da parte dell'ente previdenziale) impone al datore di lavoro, il quale ottenga l'intervento della cassa integrazione guadagni, di anticipare la prestazione ai dipendenti, salvo successivo conguaglio sul versante contributivo nel rapporto con l'I.N.P.S., sicchè egli assume la veste di *adiectus solutionis causa* o, secondo altre diffuse interpretazioni, di mandatario *ex lege* dell'istituto di previdenza sociale ovvero di suo delegato.

Prima, però, è opportuno precisare, a proposito del funzionamento del sistema, che l'obbligo di anticipazione del trattamento di cassa integrazione gravante sul datore di lavoro, altro non è che il persistente obbligo retributivo, anche se da ritenersi limitato, quanto alla misura, a quella della integrazione salariale; per cui, se poi il provvedimento di integrazione salariale viene annullato, l'obbligo retributivo riprende vigore nella sua interezza accompagnato da quello risarcitorio; mentre, se l'ammissione al beneficio resta confermata, l'obbligo datoriale è qualificabile *ex post* come vera e propria anticipazione del trattamento previdenziale e conferisce al datore di lavoro il diritto al rimborso da parte dell'I.N.P.S. (Cass., sez. lav., 13 novembre 2000, n. 14670).

Poiché, dunque, il provvedimento amministrativo di ammissione alla cassa integrazione guadagni obbliga il datore di lavoro, con effetto sin dal momento della disposta sospensione del lavoro e nei confronti dell'I.N.P.S., a provvedere alle anticipazioni salariali in favore dei lavoratori, l'inadempimento di quest'ultimo obbligo comporta responsabilità del datore di lavoro nei confronti dell'ente previdenziale, a sua volta responsabile, nei confronti dei lavoratori, direttamente, per l'esecuzione della prestazione e tenuto a sopportarne il costo in via definitiva.

Pertanto, sul piano processuale, l'I.N.P.S. è legittimato passivamente nel giudizio promosso dai lavoratori per il pagamento del trattamento previdenziale (Cass., sez. lav., 22 febbraio 2003, n. 2760), senza che i medesimi lavoratori possano agire nei confronti del datore di lavoro inadempiente (Cass., sez. lav., 18 aprile 2002, n. 5608).

In coerenza, la prescrizione quinquennale del diritto del lavoratore subordinato alla integrazione salariale non è interrotta dalla domanda giudiziale proposta nei confronti del datore di lavoro (Cass., sez. lav., 11 dicembre 2002, n. 17675).

Ove, invece, il datore di lavoro abbia visto rigettata la propria domanda di intervento della cassa integrazione, i pagamenti compiuti in favore dei lavoratori nelle more della pronuncia del provvedimento negativo costituiscono normale adempimento dell'obbligazione retributiva e non consentono la detrazione dei relativi importi dall'ammontare della contribuzione dovuta all'istituto assicuratore, la cui azione per il recupero delle somme non versategli per effetto di illegittima compensazione operata dallo stesso datore fa valere null'altro che il diritto soggettivo al pagamento dei contributi, nascente dal rapporto assicurativo e tutelabile davanti al giudice ordinario, senza che ne risulti coinvolta la cognizione sulla legittimità del discrezionale provvedimento amministrativo di negazione dell'ammissione al trattamento di cassa integrazione (Cass. 8275/94, cit.).

Nell'ipotesi, infine, di ripristino *ex tunc* del rapporto di lavoro per effetto di decadenza del lavoratore dal diritto alla prestazione, l'I.N.P.S. è l'unico soggetto legittimato ad agire nei confronti del medesimo per la ripetizione delle somme indebitamente percepite come integrazione salariale (essendo venuto meno tale titolo giuridico del pagamento) e alla controversia resta estraneo il datore di lavoro, il cui obbligo di anticipazione dell'integrazione concerne esclusivamente il rapporto interno con l'istituto previdenziale (Cass., sez. terza, 10 febbraio 2003, n. 1932, che, tuttavia, risulta severa in danno del datore di lavoro, avendo negato a quest'ultimo la legittimazione ad esperire nei confronti del dipendente un'azione finalizzata al rimborso delle somme anticipate a titolo di cassa integrazione, nonostante l'I.N.P.S. avesse rigettato, relativamente alla posizione del lavoratore decaduto, l'istanza datoriale di conguaglio in sede contributiva).

(III) — Omessa o tardiva presentazione della domanda.

Alcuni richiami contenuti nel materiale sin qui esaminato, suggeriscono di segnalare subito che, alla stregua degli artt. art. 7, terzo comma, L. 164/75 e 3, sesto comma, D.P.R. 218/00, rispettivamente, per la C.I.G. e per la C.I.G.S., qualora dall'**omessa o tardiva presentazione della domanda** derivi a danno dei lavoratori dipendenti la perdita totale o parziale del diritto all'integrazione salariale, l'imprenditore è tenuto a corrispondere ai lavoratori stessi una somma d'importo equivalente all'indennità non percepita.

Risultano poche applicazioni delle disposizioni in commento, a proposito delle quali, peraltro, è stata sancita l'estraneità dell'I.N.P.S., nel senso che, collocandosi la lite in una fase in cui non è sorto il rapporto previdenziale di cassa integrazione e non sono maturate le relative posizioni soggettive, deve escludersi ogni responsabilità dell'istituto assicuratore, diretta o in via di rivalsa, nei confronti del datore di lavoro, che, quindi, resta il solo soggetto tenuto al ristoro del pregiudizio subito dai lavoratori (Cass., sez. lav., 29 dicembre 1998, n. 12867, che ha addebitato al datore di lavoro la mancata presentazione dell'istanza di integrazione salariale per alcuni lavoratori, avendo egli addotto, contro la realtà, che il loro rapporto lavorativo dovesse inquadrarsi nei contratti di formazione e lavoro laddove esso era a tempo indeterminato, come si era accertato in sede giudiziale).

Una estensione dello specifico criterio legale di responsabilità a carico del datore di lavoro, sul presupposto della sua natura contrattuale, si rinviene in Cass. n. 6434 del 1° luglio 1998, che, in tema di C.I.G.S., vi ha ricompreso, siccome contrario ai doveri generali di correttezza e buona fede, il comportamento del datore di lavoro il quale, dopo essersi attivato per il provvedimento concessivo dell'integrazione, presentando la relativa istanza con la documentazione di sostegno, rifiuti successivamente di compiere gli atti inerenti alla fase (meramente esecutiva e contabile ma pur sempre necessaria) della predisposizione della documentazione, rilevabile soltanto in base agli atti in suo possesso, che renda possibile la concreta determinazione e la successiva erogazione da parte dell'I.N.P.S. delle diverse misure dell'indennità in favore dei singoli beneficiari.

L'alternativa, sotto il profilo della quantificazione del risarcimento, poteva essere la maggior misura della retribuzione non corrisposta; scelta che, ove attuata dal legislatore, avrebbe meglio corrisposto alla ferma regola giurisprudenziale, dianzi indicata, secondo cui, in mancanza del provvedimento concessorio, i rapporti fra i soggetti interessati trovano disciplina nel diritto comune.

Una mediazione e un parziale correttivo si rinvengono nella configurazione dell'onere probatorio che Cass., sez. un., 20 giugno 1987, n. 5456 (coeva alla pronuncia n. 5454 sopra citata e ugualmente ricca di spunti), ha riferito, peraltro come *obiter dictum,* al datore di lavoro, nel senso che questi, per limitare il risarcimento alla misura ragguagliata *ex lege* all'importo dell'integrazione salariale perduta dai lavoratori, deve far risultare che, se la domanda di cassa integrazione non fosse stasa omessa o ritardata, vi erano le condizioni di ammissibilità al trattamento, essendo altrimenti tenuto a

pagare la retribuzione per intero, oltre agli interessi e alla rivalutazione (ma ognuno vede come tale giudizio prognostico sia complicato per il giudice, il quale deve sostituirsi all'autorità amministrativa, sia pure ai soli fini della pronuncia sul danno subito dai lavoratori, valutando fatti e applicando norme che, per opinione generale, consentono interventi altamente discrezionali).

(IV) — Criteri di scelta dei dipendenti da sospendere.

I criteri di scelta dei dipendenti da sospendere e porre in cassa integrazione straordinaria devono essere, allo stesso tempo, generali, in quanto rivolti ad una collettività di lavoratori, e specifici, siccome idonei ad operare la selezione e nel contempo a consentirne la verifica sotto il profilo della coerente attuazione; la mancata comunicazione di tali criteri alle organizzazioni sindacali, ai fini del prescritto esame congiunto *ex* art. 2 D.P.R. 218/2000, vizia il provvedimento datoriale di sospensione dall'attività lavorativa (Cass., sez. lav., 23 aprile 2004, n. 7720).

La comunicazione può legittimamente essere omessa qualora sia già intervenuto un accordo sul punto tra datore di lavoro e sindacato, mentre, se mediante l'intesa sindacale si pongono solo alcuni limiti alla scelta discrezionale del datore di lavoro, che rimane tuttavia espressione del suo unilaterale potere direttivo, è necessario comunque, per la piena realizzazione dell'esigenza informativa ad essa sottesa, che il datore di lavoro effettui la comunicazione stessa (Cass., sez. lav., 3 maggio 2004, n. 8353).

In ogni caso, la sussistenza di vizi procedimentali e la conseguente inefficacia dei provvedimenti aziendali può essere fatta valere giudizialmente dai lavoratori, in quanto la regolamentazione della materia è finalizzata alla tutela, oltre che degli interessi pubblici e collettivi, soprattutto di quelli dei singoli lavoratori (Cass., sez. lav., 19 agosto 2003, n. 12137).

La disamina, sotto il profilo sostanziale, deve necessariamente muovere, quanto meno, dall'avallo che Corte Cost. 23 giugno 1988, n. 694, diede al ventaglio di soluzioni giurisprudenziali all'epoca riscontrabili.

Ritenne la Consulta che non fosse sindacabile la mancanza di una disciplina generale circa la rotazione o la ripartizione delle ore di sospensione fra tutti i dipendenti, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore, cui compete di realizzare le finalità di politica economico-sociale.

A siffatta statuizione, peraltro, il giudice della legge pervenne dando atto della compartecipazione gestionale del sindacato, soprattutto di fabbrica, in funzione di temperamento del potere imprenditoriale (giusta, allora, la legittimazione derivante dall'art. 5 L. n. 164 del 1975), nonché della complessiva efficacia del controllo giurisprudenziale *ex post* sull'operato del datore di lavoro, tenuto ad osservare: a) il limite interno consistente nella necessaria coerenza fra le sue scelte imprenditoriali e le finalità specifiche da soddisfare mediante la cassa integrazione, idoneo a scongiurare valutazioni arbitrarie e a consentire verifiche *a posteriori;* b) il limite generale desumibile dai doveri di correttezza e di buona fede oggettiva, imposti dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ.; c) il

limite esterno rappresentato dal divieto di discriminazione per motivi sindacali, per ragioni di età, sesso, invalidità, capacità lavorativa, ai sensi dell'art. 15 dello statuto dei lavoratori.

Per evitare l'artificiosità o la dissimulazione di finalità illecite, dunque, non era indispensabile — osservò la Corte Costituzionale — applicare il metodo della rotazione, talvolta contemplato dalla contrattazione aziendale.

Tale criterio, oltretutto, deve fare i conti — si legge ancora nella sentenza in esame — con la situazione da sanare, non sempre compatibile con la rotazione; postula la fungibilità tra i lavoratori cassintegrandi; può comportare una lievitazione dei costi.

Individuata l'area di intervento della cassa integrazione in base al criterio prioritario e oggettivo dettato dalla crisi produttiva, con individuazione delle maestranze interessate dalla congiuntura secondo le sedi e i reparti di appartenenza ovvero alla stregua delle mansioni svolte, i principali criteri di scelta dei singoli lavoratori da sospendere erano: il rendimento soggettivo e l'assiduità al lavoro-assenteismo (venuti alla ribalta, con alterna fortuna, nel caso degli stabilimenti Alfa Romeo); il possesso dei requisiti per il pensionamento anticipato; quelli ricalcati in via analogica dagli accordi interconfederali in materia di licenziamenti per riduzione di personale, come l'anzianità, la situazione economica del lavoratore, i carichi di famiglia.

Quanto alla ripartizione dell'onere della prova, si faceva gravare sul datore di lavoro la dimostrazione del nesso causale tra la sospensione del singolo lavoratore e le ragioni per le quali la legge riconosce al datore medesimo il potere di sospensione, mentre, accertata la sussistenza di tale collegamento, era onere del lavoratore-destinatario fornire il riscontro del carattere discriminatorio del provvedimento di sospensione nonchè della lesione della propria situazione giuridica tutelata (Cass., sez. lav., 4 maggio 1990, n. 3689).

Come si è detto, l'art. 1, comma 8, della L. 223/91 ha invertito la rotta, conferendo supremazia al criterio della rotazione, che, quindi, è diventato la regola, dalla quale il datore di lavoro può discostarsi soltanto per ragioni di ordine tecnico-organizzativo connesse al mantenimento dei normali livelli di efficienza e previa illustrazione della sua diversa scelta nel programma da attuare di cui all'art. 2 L. cit..

Segue il vaglio dell'autorità amministrativa, che, se negativo, porta al confronto sul punto con i sindacati e ad un accordo ovvero, in mancanza, ad un decreto che stabilisce l'adozione di meccanismi di rotazione.

In altre parole, il criterio *ex lege* 223/91 è obbligatorio ma derogabile su base pattizia in sede di contrattazione collettiva.

Un esempio significativo di intesa sindacale sul punto è stato l'accordo FIAT del febbraio 1994, che adottò il principio selettivo della maggiore anzianità anagrafica e contributiva, ricevendo l'avallo della giurisprudenza siccome razionalmente giustificato (Cass., sez. lav., 10 maggio 2002, n. 6765).

In ordine al passaggio dal vecchio sistema a quello attuale, Cass., sez. lav., n. 7625 del 21 aprile 2004 ha ritenuto la perdurante applicabilità del primo in una vicenda in cui la sospensione dal lavoro dei ricorrenti in data successiva alla entrata in vigore della legge 223/91 trovava titolo nelle proroghe dell'originario provvedimento di autorizzazione a fruire della cassa integrazione, risalente ad epoca precedente la riforma.

Sebbene l'applicazione sia ormai obbligatoria siccome imposta dalla legge (salvo le eccezioni di cui sopra), il criterio della rotazione può effettivamente comportare le difficoltà attuative evidenziate da Corte Cost. 694/88.

Questi problemi possono persino avere un effetto esimente per il datore di lavore, come nel caso (deciso in tal senso da Cass., sez. lav., 7 novembre 2000, n. 14470) dell'impiegato amministrativo da preporre all'ufficio del personale, nel nuovo assetto aziendale, ma privo dei requisiti di professionalità necessari e, quindi, legittimamente pretermesso, in quanto per la sua riassunzione in servizio sarebbe stata necessaria la frequenza di corsi di qualificazione pluriennali.

Più di recente, Cass., sez. lav., 27 marzo 2004, n. 6177, ha riconosciuto la correttezza della scelta imprenditoriale di escludere dalla riassunzione nei posti disponibili un ingegnere che aveva svolto mansioni di dirigente venendo utilizzato presso la direzione di coordinamento ed indirizzo della progettazione della società datrice, essendo detta scelta motivata dal sostanziale esaurimento delle competenze affidategli e dalla mancanza di altri lavoratori svolgenti le medesime funzioni con i quali avrebbe potuto effettuare la rotazione.

Nella controversia intrapresa dal lavoratore per far valere il diritto di rientrare in azienda, la sussistenza di ostacoli, ricollegabili alle esigenze tecnico-organizzative e professionali, che impediscano l'attuazione della rotazione, costituisce l'oggetto di un'eccezione in senso stretto che deve essere sollevata dal datore di lavoro, sul quale incombe la relativa prova (Cass., sez. lav., 8 giugno 1998, n. 5629).

L'eventuale violazione della rotazione da parte del datore di lavoro è sanzionata, nel rapporto con l'ente previdenziale, mediante sensibili incrementi del contributo addizionale.

Se, invece, l'inadempienza datoriale venga acclarata nel contraddittorio con i lavoratori danneggiati, da tale illecito contrattuale sorge il diritto del prestatore al risarcimento ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.; un diritto che, pure quando sia quantificato in base alle retribuzioni non percepite, è assoggettato alla prescrizione ordinaria e non alla prescrizione breve di cui all'art. 2948 n. 4 cod. civ. (Cass., sez. lav., 9 novembre 2001, n. 13926, riferentesi ad un accordo sindacale del 5 maggio 1984).

La natura soltanto risarcitoria della tutela è confermata da Cass., sez. lav., 4 marzo 2000, n. 2468 (in relazione ad una fattispecie verificatasi nella vigenza della L. 223/91), che l'ha ragguagliata almeno all'entità dei compensi retributivi maturati durante l'intero periodo di inadempimento, compreso il trattamento economico relativo alle ferie, giusta la concorrenza di perdita e mancato guadagno ai sensi dell'art. 1223 cod. civ.

È, quindi, in declino la tesi forte della reintegrazione nel posto di lavoro messa in pratica da alcuni giudici di merito soprattutto negli anni ottanta.

Si intende perchè l'adozione *ex lege* del criterio della rotazione ha fatto ombra alle c.d. clausole di rientro, spesso incluse nelle intese sindacali stipulate nel regime precedente, non riconducibili, quanto alla natura giuridica, allo schema del contratto a favore di terzi *ex* art. 1411 cod. civ. per carenza in capo al sindacato dell'interesse alla stipulazione *iure proprio* previsto dal primo comma di detto articolo (Cass., sez. lav., 17 dicembre 1998, n. 12646).

Clausole che obbligano il datore di lavoro a riammettere in servizio, dopo un certo

tempo, i dipendenti sospesi e collocati in cassa integrazione, con il conseguente diritto soggettivo dei medesimi ad essere rioccupati (Cass., sez. lav., 28 ottobre 1995, n. 11243), anche se — è opinione comune — senza garanzia di continuità nel caso di successive ed effettive crisi aziendali.

Dalla violazione di questi patti, consistente nella protratta illecita sospensione del rapporto, alla scadenza del termine fissato per il rientro *(dies interpellat pro homine),* scaturisce a carico del datore di lavoro un'obbligazione risarcitoria (Cass., sez. lav., 24 gennaio 1991, n. 670).

(V) — Anzianità lavorativa.

Ancor prima dei criteri di scelta dei lavoratori da sospendere, si colloca e opera, per la cassa integrazione straordinaria, il requisito occupazionale soggettivo fissato dall'art. 8, terzo comma, D.L. n. 86 del 1988, cit., che ammette al beneficio soltanto i lavoratori con un'**anzianità lavorativa** presso l'impresa di almeno novanta giorni alla data della richiesta del trattamento.

Disattendendo l'interpretazione restrittiva sostenuta dall'I.N.P.S. oltre il tenore letterale della disposizione, che giunge a configurare un requisito contributivo minimo di cui la legge nulla dice, Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16173, ha rimarcato che la *ratio* della norma è di prevenire operazioni fraudolente, realizzate attraverso assunzioni funzionali esclusivamente ad assicurare la fruizione del trattamento di cassa integrazione salariale, sicchè unica circostanza rilevante è il tempo trascorso dalla assunzione presso l'impresa in questione, senza necessità di ulteriori accertamenti.

Non sono ostativi, quindi, i trasferimenti che abbiano interessato l'azienda datrice di lavoro, i quali, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. (sia nella formulazione precedente che in quella successiva alla riforma della disposizione introdotta dalla legge 29 dicembre 1990, n. 428, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee — legge comunitaria per il 1990),* integrano semplici mutamenti dalla parte datoriale e non frazionano il rapporto di lavoro, per cui, ai nostri fini, non incidono sulla durata dell'effettiva prestazione lavorativa (Cass., sez. lav., 2 settembre 1999, n. 8024).

(VI) — Pagamento dell'integrazione salariale.

Il pagamento dell'integrazione salariale, come si è detto, grava sull'I.N.P.S., tuttavia, è rimasta per anni una residuale competenza del Fondo per la mobilità della manodopera, istituito dall'art. 28 della legge 12 agosto 1977, n. 675 *(Provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore),* presso il Ministero del lavoro.

Nonostante l'abrogazione (ad opera dell'art. 8 D.L. n. 86 del 1988, cit.) dei commi quinto e sesto dell'art. 21 L. 675/77, che prevedevano detta competenza, il distinguo è stato conservato per le domande di cassa integrazione presentate prima del 23 marzo 1988 (giorno di entrata in vigore del menzionato decreto legge), restando irrilevanti il periodo di riferimento e l'eventuale proroga del beneficio, che non equivale a nuova concessione (Cass., sez. lav., 10 marzo 2004 n. 4922; Cass., sez. lav., 27 ottobre 2003, n. 16117).

Quella del Fondo per la mobilità della manodopera, peraltro, è una competenza che, riguardando gli anni fra il 1977 e il 1988, è sopravvissuta per lungo tempo, nei limiti suddetti, soltanto per effetto della durata delle controversie e che ormai deve considerarsi in via di esaurimento.

(VII) — Metodo di calcolo dell'importo.

Si è discusso circa il **metodo di calcolo dell'importo** dell'integrazione salariale, in particolare, sotto due profili, dei quali uno concerne l'eventuale spettanza di un tredicesimo rateo del trattamento e l'altro consiste nel quesito se fra le "voci" retributive da inserire nel conteggio debba essere ricompresa la tredicesima.

Sono due questioni distinte sulle quali, per la loro contiguità, talvolta si registra qualche confusione.

Ricordato che norma di riferimento è l'articolo unico della legge 427/80, cit., il primo problema trova agevole soluzione alla stregua dell'art. 44, comma 6, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269 *(Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici),* convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326), di interpretazione della suddetta disposizione nel senso che, nel corso di un anno solare, il trattamento di integrazione salariale compete, nei limiti dei massimali ivi previsti, per un massimo di dodici mensilità, comprensive dei ratei di mensilità aggiuntive.

Il significato univoco e la legittimità di tale combinazione di norme sono stati confermati, a proposito della cassa integrazione straordinaria, da Cass., sez. lav., 1° aprile 2004, n. 6459, e Cass., sez. lav., 24 aprile 2004, n. 7870, che hanno pure dissipato i dubbi di costituzionalità affacciati in relazione alla retroattività della sopravvenuta disposizione interpretativa (che non si pone in contrasto con il principio di ragionevolezza o con altri valori ed interessi costituzionali specificamente protetti), all'esercizio della *potestas iudicandi* (avendo il legislatore agito sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo), alla disparità di trattamento nei confronti di cassintegrati vittoriosi in precedenti controversie (poiché questo effetto deriva dall'esigenza di rispettare il giudicato già formatosi in ordine a singoli rapporti), ai canoni costituzionali di adeguatezza delle retribuzioni e delle prestazioni previdenziali.

Alla categoria della retribuzione globale, utilizzata per il calcolo dell'integrazione salariale dall'art. 2 L. 1115/68, cit., ha conferito pienezza Cass., sez. lav., 22 maggio 2000, n. 6665, stabilendo, ancora in tema di C.I.G.S., che vanno computati anche que-

gli emolumenti che, pur facendo parte della retribuzione complessiva, non corrispondano a specifici periodi lavorati, quali le tredicesime mensilità annuali, tanto più che il credito avente ad oggetto l'integrazione ha natura previdenziale o anche di garanzia del salario, sicché l'interpretazione della suddetta disposizione non può discostarsi dai dettati degli art. 36 e 38 Costituzione.

Una segnalazione, dettata dalla pratica giudiziaria, va aggiunta circa l'impostazione dei ricorsi introduttivi di controversie concernenti tale questione.

In particolare, la parte istante non può limitarsi a chiedere che sia accertato il suo diritto di percepire il trattamento previdenziale calcolato in base anche alla tredicesima che avrebbe ricevuto rimanendo in servizio, poiché una simile domanda si risolverebbe, inammissibilmente, nella mera ricognizione in astratto di un principio desumibile dalla legge; né la situazione processuale cambierebbe se l'attore formulasse anche la richiesta di condanna generica dell'I.N.P.S. senza altro aggiungere.

Con il criterio di calcolo in esame, infatti, interagisce il massimale, che non può essere superato in nessun caso, per cui l'interesse ad agire deve essere negato al lavoratore che già abbia ricevuto a titolo di integrazione salariale l'importo-tetto, ciò assorbendo in concreto ogni altra discussione relativa al conteggio.

Pertanto, il cassintegrato deve dedurre specificamente e provare che la prestazione ricevuta è inferiore al massimale e di quanto, entro il limite di quest'ultimo, doveva essere maggiore per effetto dell'inserimento anche della tredicesima nella base di calcolo; l'accoglimento della domanda potendo avere come oggetto esclusivamente la somma differenziale così conteggiata.

(VIII) — Quote del trattamento di fine rapporto.

Riguarda il *quantum* della prestazione anche la questione se vi rientrino le **quote del trattamento di fine rapporto** che maturano a favore del cassintegrato durante la sospensione del rapporto di lavoro.

Di ciò si occupa l'art. 2120, terzo comma, del codice civile, nel testo introdotto dall'art. 1 legge 29 maggio 1982, n. 297 *(Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica),* che fissa come parametro l'equivalente della retribuzione a cui il cassintegrato avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro.

In conformità a tale disposizione, la tesi più garantistica per i beneficiari (dei quali posto di lavoro e spettanze — conviene ricordare — sono spesso a rischio in conseguenza della crisi aziendale e del pericolo di insolvenza datoriale che ne deriva) è stata adottata da Cass., sez. lav., 10 marzo 2004, n. 4922, e da Cass., sez. lav., 27 ottobre 2003, n. 16117.

Secondo tali pronunce, la disciplina in materia si è evoluta verso una vera e propria unificazione, frutto della tendenza ad un progressivo affiancamento delle quote di T.F.R. maturate nel periodo di intervento della cassa allo stesso trattamento di integrazione salariale, in quanto di quest'ultimo le prime finiscono per mutuare la natura pre-

videnziale-assistenziale, così come il T.F.R. partecipa della natura retributiva dell'ordinario trattamento economico spettante al lavoratore.

A tale assetto, peraltro, la normativa è approdata partendo dalla regola, di minor portata, inizialmente posta dall'art. 2, secondo comma, della legge 8 agosto 1972, n. 464 *(Modifiche ed integrazioni alla L. 5 novembre 1968, n. 1115, in materia di integrazione salariale e di trattamento speciale di disoccupazione),* che riconobbe, nell'ipotesi di licenziamento al termine del periodo di integrazione salariale, il diritto delle aziende di chiedere alla cassa integrazione il rimborso delle quote dell'allora indennità di anzianità corrisposte agli interessati.

Dopo questa prima fase, è stato introdotto l'obbligo (non già di rimborso, bensì) di erogazione diretta da parte del Fondo per la mobilità della manodopera istituito mediante la L. 675/77, competente a pagare le quote di indennità di anzianità maturate durante il periodo di integrazione salariale per ristrutturazione o riconversione aziendale dei lavoratori non rioccupati nella stessa azienda al termine di detto periodo per l'impossibilità di mantenere il livello occupazionale (art. 21, quinto comma).

Infine, è arrivata la suddetta regola codicistica, più ampia siccome riferita alle quote del T.F.R. maturate in ogni caso di sospensione totale o parziale per la quale sia prevista l'integrazione salariale.

Pure per il pagamento di tale componente della complessiva prestazione previdenziale si è posto il problema del subentro dell'I.N.P.S. al soppresso Fondo per la mobilità della manodopera, con soluzione identica a quella dianzi già riferita in relazione al pagamento dell'integrazione salariale in genere (Cass., sez. lav., 7 luglio 2001, n. 9236).

Ritornando al tema principale, deve, tuttavia, registrarsi anche l'opposta lettura adottata da Cass., sez. lav., 23 marzo 2002, n. 4171, secondo cui, fermo restando il diritto dei cassintegrati alle quote di T.F.R., in mancanza di una specifica deroga da parte della legge, tenuto al pagamento è il datore di lavoro e non l'I.N.P.S., senza che determini la legittimazione processuale passiva di quest'ultimo la circostanza che sia stato autorizzato il pagamento diretto ai lavoratori, da parte del medesimo ente, delle prestazioni di cassa integrazione guadagni straordinaria, *ex* art. 5, primo comma, D.L. 30 marzo 1978, n. 80 *(Norme per agevolare la mobilità dei lavoratori e norme in materia di Cassa integrazione guadagni),* convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 1978, n. 215.

Questa opzione interpretativa (nella scia di Cass., sez. lav., 2 dicembre 1991, n. 12908) fa leva proprio sulla predetta circostanza dell'uscita di scena del Fondo per la mobilità della manodopera, "a carico" del quale l'art. 21, quinto comma, L. 675/77 poneva il pagamento, nonché sul contestuale espresso ripristino della disciplina dell'art. 2, secondo comma, L. 464/72 ad opera dell'art. 8, secondo comma, D.L. 86/88, cui si deve tale modifica.

Rimane, quindi, un contrasto di opinioni, che, peraltro, concerne soltanto la regolarità del contraddittorio nelle controversie in materia (come è confermato dall'ulteriore statuizione resa da Cass. n. 4171 del 2002 circa la scindibilità delle domande e delle cause proposte in funzione meramente cautelativa nei confronti dei vari possibili soggetti tenuti a corrispondere ai cassintegrati le quote del T.F.R.), non essendo dubitabile, sotto il profilo sostanziale, che, pure alla stregua della tesi del ritorno al

sistema del pagamento da parte del datore di lavoro con successivo rimborso, è l'ente previdenziale, cioè attualmente l'I.N.P.S., che deve sostenere il costo dell'erogazione in via definitiva.

(IX) — Assegno per il nucleo familiare.

Al contrario, non spetta ai cassintegrati l'erogazione dell'**assegno per il nucleo familiare** previsto dall'art. 2 del D.L. 13 marzo 1988, n. 69 *(Norme in materia previdenziale per il miglioramento delle gestioni degli Enti portuali ed altre disposizioni urgenti),* convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988, n. 153.

Infatti, tale emolumento — sostitutivo, nel settore privato, degli assegni familiari per i lavoratori subordinati in attività e delle quote di maggiorazione per i pensionati, nonché di ogni altro trattamento di famiglia comunque denominato (permanendo la prestazione denominata "assegni familiari" con riferimento a limitate e specifiche categorie di lavoratori autonomi, cui gli assegni sono stati estesi con particolari disposizioni di legge), e, nel settore pubblico, delle quote di aggiunta di famiglia — presuppone l'effettivo svolgimento di attività lavorativa.

Ciò si evince dalla disciplina generale sugli assegni familiari di cui al D.P.R. 30 maggio 1955, n. 797 *(Testo unico delle norme concernenti gli assegni familiari),* e successive modificazioni ed integrazioni, richiamata dal terzo comma del predetto art. 2, la quale — ad eccezione di alcune particolari situazioni specificamente indicate (malattia, infortunio etc.) — commisura l'entità degli assegni relativi a ciascun periodo di paga alle "giornate prestate" e ad un numero minimo di ore lavorate.

Così Cass., sez. lav., n. 6155 del 27 marzo 2004, che, sul presupposto della diversità delle menzionate situazioni, ha escluso un apprezzabile dubbio di illegittimità della normativa in riferimento all'art. 3 Cost. Nonostante tale netto e autorevole precedente, la questione rimane problematica perché: a) l'art. 5, primo comma, D.L. 80/78, menzionato nel paragrafo che precede, è norma la quale, in tutti i casi di interventi ordinari e straordinari della cassa integrazione guadagni, abilita il comitato speciale per la cassa medesima, la commissione centrale per l'edilizia ed il Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, in base alle rispettive competenze, a disporre il pagamento diretto ai lavoratori da parte dell'Istituto nazionale della previdenza sociale delle relative prestazioni "con i connessi assegni familiari ove spettanti"; b) la circolare I.N.P.S. 13 maggio 1999, n. 106, impartendo disposizioni circa il significato da attribuire al requisito dell'effettività della prestazione lavorativa ex art. 59 del T.U.A.F., informa della decisione del Comitato di amministrazione di riconoscere il diritto all'assegno per il nucleo familiare al lavoratore che si è dovuto assentare dal lavoro per eventi impeditivi, purchè le giornate di assenza siano retribuite o indennizzate; c) la stessa Suprema Corte avverte che l'eventuale ammissione al passivo fallimentare dei crediti retributivi relativi al periodo in contestazione finirebbe con il vincolare l'I.N.P.S., ancorché come Fondo di garanzia ai sensi del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 80 *(Attuazione della direttiva 80/987/CEE in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro).*

(X) — Svolgimento di un'attività lavorativa sostitutiva.

Il principio di alternatività fra retribuzione e cassa integrazione, che è immanente alla funzione stessa di quest'ultima, trova disciplina positiva nell'art. 8, quinto comma, D.L. n. 86 del 1988, cit., la cui *ratio* è di evitare l'erogazione del trattamento previdenziale in concomitanza con lo **svolgimento di un'attività lavorativa sostitutiva** di quella, sospesa del tutto o ridotta, in ragione della quale l'indennità viene corrisposta, sanzionando con la decadenza l'omessa preventiva comunicazione della nuova occupazione alla sede provinciale dell'I.N.P.S.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità ha reso pronunce che pongono al centro della questione la natura economica dell'attività lavorativa incompatibile, nel senso della sua redditività, mentre è irrilevante che la stessa non sia prevalente o non sia retribuita.

In applicazione di questo criterio, è stata punita la condotta del cassintegrato il quale si dedicava clandestinamente alla coltivazione del proprio fondo rustico (Cass., sez. lav., 28 maggio 2003, n. 8490).

Nell'ipotesi di rituale segnalazione del nuovo impiego all'I.N.P.S., cioè in una fattispecie non patologica, invece, il quarto comma dell'art. 8 D.L. 86/88 pone una regola meno severa siccome ispirata al principio di esclusione relativa fra retribuzione e cassa integrazione, disponendo che il beneficiario non ha diritto al trattamento per le giornate di lavoro effettuate.

Alla stregua di una lettura complessiva e unitaria della disciplina, tale divieto di cumulo di redditi viene applicato in continuità con l'analogo sbarramento posto sin dagli albori dall'art. 3, secondo comma, D. Lgs. Lgt. n. 788 del 1945, cit., anche se questa risalente disposizione dice genericamente dei cassintegrati i quali si dedicano ad altre attività remunerate durante le giornate di riduzione del lavoro, mentre è stato l'art. 8 D.L. 86/88 a definire espressamente inconciliabili vuoi i lavori subordinati vuoi quelli svolti in regime di autonomia (ancorchè non rientranti nello schema contrattuale di cui agli artt. 2222 e 2230 cod. civ. e sebbene privi di contestuale tutela previdenziale di natura obbligatoria: Cass., sez. lav., n. 11679 del 1° giugno 2005).

Sia prima che dopo la modifica apportata dalla legge 160/88, quindi, non integra un'esimente la preesistenza e nemmeno la collocazione cronologica marginale dell'attività incompatibile, cioè non conta che essa fosse svolta già in costanza del rapporto di lavoro prima dell'inizio del trattamento di integrazione salariale, né rileva che venga effettuata in altre ore rispetto a quelle ordinarie della prestazione lavorativa sospesa (Cass., sez. lav., 14 giugno 1995, n. 6712).

La coerenza logica e sistematica che anima questo orientamento è palese, tuttavia, appare ingiusto che il cassintegrato, il quale già subisce una decurtazione del reddito pari almeno al 20% per effetto della sospensione del rapporto di lavoro, debba astenersi pure dall'esercitare le occupazioni secondarie dalle quali prima traeva abitualmente una parte delle sue entrate, con l'effetto di un ulteriore peggioramento del tenore di vita.

Bisogna mettere nel conto, peraltro, anche il rilievo secondo cui la soluzione più tollerante sarebbe censurabile ai sensi del canone fondamentale dell'art. 3 Cost., atteso

che non si giustificherebbe in alcun modo la disparità di trattamento, obiettivamente esistente, fra la fattispecie in esame e quella dell'inizio di attività retribuita subito dopo il collocamento del lavoratore in cassa integrazione.

Non si ravvisa un contrasto, comunque, fra la tesi in commento e la soluzione del caso, che è diverso, di cassa integrazione spettante in dipendenza della sospensione di un rapporto di lavoro *part time* e di percezione, nella medesima giornata, della retribuzione per altri rapporti di lavoro parimenti *part time*.

Una contesa di tal genere è stata definita da Cass., sez. lav. 13 ottobre 1992, n. 11150, con la conservazione della prestazione previdenziale, in particolare, sul presupposto che non vi era un vincolo di dipendenza fra la sospensione del lavoro a tempo parziale assistita dalla cassa integrazione e lo svolgimento degli altri analoghi lavori.

La giurisprudenza è rigorosa pure nell'individuazione del momento in cui la comunicazione deve intervenire, avendo Cass., sez. lav., 4 maggio 2001, n. 6296, statuito l'insufficienza dell'inoltro prima dell'erogazione del trattamento, perché l'obbligo comunicativo, che concorre all'emanazione di un provvedimento concessorio il più possibile rispondente all'effettivo bisogno di intervento del sistema previdenziale, deve considerarsi attuale e vincolante anche prima della decisione incombente all'autorità amministrativa.

Inoltre, il compito spetta direttamente al lavoratore sospeso, dovendosi escludere l'equipollenza di analoga comunicazione rivolta all'I.N.P.S. dal datore di lavoro con finalità diverse o della notizia comunque e genericamente pervenuta all'istituto di previdenza (Cass., sez. lav., 20 marzo 2001, n. 3949).

Sul piano degli effetti dell'inadempimento del lavoratore, per il chiaro contenuto sanzionatorio della norma (Cass., sez. lav., 14 marzo 2001, n. 3690), la decadenza opera all'interno di ciascun periodo di cassa integrazione nel quale si sia verificata l'omissione, che, pure nei casi di proroga del trattamento in corso, è distinto e separato dai periodi successivi e ha rilevanza giuridica autonoma rispetto agli altri per quanto attiene ai diritti e agli obblighi connessi al godimento del beneficio (Cass., sez. lav., 22 giugno 1999, n. 6338).

Se quest'ultima interpretazione, limitando nel tempo le conseguenze della violazione comunicativa incombente ai cassintegrati, risulta finalizzata a mitigare il rigore della disciplina, una vera e propria insidia deriva dalla pacifica opinione secondo cui dei decreti ministeriali di ammissione dell'impresa alla cassa integrazione straordinaria è sufficiente la conoscibilità assicurata dalla loro pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, senza la necessità che l'I.N.P.S. ne informi i singoli lavoratori beneficiari del trattamento di integrazione salariale.

La tenuta di siffatto impianto ermeneutico, peraltro, è garantita dall'intervento che nella materia ha fatto la Corte Costituzionale con la sentenza 26 maggio 1995, n. 195.

Infatti, con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 D.L. 86/88, convertito nella L. 160/88 in relazione agli artt. 3 e 38 Cost., sul presupposto che non possa distinguersi tra omissione e ritardo della comunicazione obbligatoria per i lavoratori e precisando che il diritto al trattamento previdenziale spetta in quanto sussistano tutte le condizioni previste dalla legge.

Un chiarimento è venuto dal giudice della legge anche in ordine al rapporto fra l'attività lavorativa sospesa e le possibili occupazioni alternative: la decadenza dal diritto

all'integrazione salariale, per il lavoratore collocato in cassa integrazione che non abbia provveduto a dare preventiva comunicazione all'I.N.P.S. dello svolgimento di attività lavorativa, si attaglia esclusivamente all'ipotesi di occupazione temporanea o saltuaria, che è la sola compatibile con la continuazione dello stato di sospensione dell'originario rapporto di lavoro, cioè del presupposto del trattamento di integrazione salariale.

Invece, ha spiegato la Corte costituzionale, in caso di nuovo impiego a tempo pieno e senza prefissione di termine, alle dipendenze di un diverso datore di lavoro, si ha la risoluzione del rapporto precedente e quindi, non già la sanzione della decadenza comminata dal quinto comma dell'art. 8 D.L. 86/88, bensì la perdita del diritto al trattamento di integrazione salariale per cessazione del rapporto che ne costituiva il fondamento.

Tanto che il sesto comma del medesimo articolo di legge commina sanzioni a carico del datore di lavoro il quale occupi un cassintegrato senza darne comunicazione all'I.N.P.S.

L'INDENNITÀ DI MOBILITÀ

(I) — Eccedenza di personale.

Quando, nel corso di attuazione del programma di risanamento dell'impresa ammessa al trattamento straordinario di integrazione salariale, quest'ultima ritenga di non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative, sicchè diviene manifesta una definitiva situazione di **eccedenza di personale** (giusta l'espressione usata nel titolo I della L. 223/91), il trattamento di mobilità si sostituisce a rapporti di lavoro che altrimenti sarebbero fittiziamente tenuti in vita mediante l'inutile protrarsi della cassa integrazione straordinaria.

Il fulcro della procedura per la dichiarazione di mobilità, che interessa per definizione una pluralità di cassintegrati, si rinviene nel nono comma dell'art. 4 L. cit. e consiste nel licenziamento collettivo delle maestranze-impiegati, operai e quadri — in esubero, cui l'impresa ha facoltà di comunicare il recesso dal rapporto di lavoro, per iscritto e nel rispetto del termine di preavviso, all'esito del confronto con le rappresentanze sindacali aziendali e con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

L'istituto costituisce, quindi, un intervento di politica sociale funzionale al sostegno, sul piano economico, della personale condizione di disoccupazione del lavoratore, già licenziato, nel periodo di ricerca di una nuova occupazione (Cass., sez. un., 30 maggio 2005, n. 11326).

La fase propedeutica mira a consentire una seria verifica dell'effettiva necessità di porre fine ad una serie di rapporti di lavoro in situazioni di sofferenza dell'impresa, e, proprio in vista di tale risultato, il terzo comma del citato art. 4 individua con estrema ampiezza i contenuti della comunicazione che il datore di lavoro è tenuto a fornire alle organizzazioni sindacali, emergendo, in particolare, che l'ambito della verifica congiunta abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche a posizioni lavorative che, al momento, non risultano comprese nel trattamento di integrazione salariale, con la conseguenza che la prospettiva di mobilità, rimettendo in discussione gli equilibri complessivi dell'azienda, chiama necessariamente in discussione tutte le posizioni lavorative.

Se, pertanto, non è configurabile una necessaria coincidenza tra collocandi in mobilità e lavoratori sospesi in C.I.G.S. (coincidenza che neppure è imposta dall'art. 1, terzo comma, del D.L. 478/93, cit.), la Suprema Corte avverte che il coinvolgimento di dipendenti non cassintegrati, vale a dire il loro licenziamento, è condizionato al verificarsi di sopravvenienze rispetto alle situazioni che determinarono l'esubero del personale sospeso e alla presenza di lavoratori rimasti in servizio con mansioni fungibili rispetto alle professionalità dei cassintegrati.

Ciò perché — può concludersi — la procedura di mobilità, ai sensi del primo comma dell'art. 4 cit., opera innanzitutto, ma non soltanto, per i lavoratori sospesi (Cass., sez. lav., 19 maggio 2005, n. 10591).

Sul rapporto C.I.G.S./licenziamento/mobilità bisogna però aggiungere alcune precisazioni che individuano altrettante ipotesi di diverso tipo: 1) può aversi mobilità senza preventiva cassa integrazione straordinaria nel caso, di cui all'art. 24 L. 223/91, di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro autonomamente decise dall'imprenditore, se ne derivano almeno cinque licenziamenti in centoventi giorni in ciascuna unità produttiva ovvero in più unità produttive nella stessa provincia; 2) una scissione analoga fra i due trattamenti previdenziali può verificarsi altresì quando la mobilità faccia seguito direttamente alla totale cessazione dell'attività da parte dell'azienda per effetto di sopravvenienze improvvise e impedienti, che precludano di sicuro la ripresa produttiva (la distruzione dell'opificio a causa di un incendio, per esempio; non il fallimento, invece); 3) d'altro canto, dalla procedura per la dichiarazione di mobilità non sempre deriva il pagamento della relativa indennità, atteso che, nell'ipotesi di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro (cioè la prima di questo elenco), non tutte le aziende tenute a rispettare l'iter procedimentale (quelle con più di 15 dipendenti, ex art. 24 L. cit.) rientrano, per tipologia, nel novero di quelle che possono beneficiare della C.I.G.S. e, di riflesso (come precisa l'art. 16, primo comma, L. cit.), del trattamento di mobilità (Cass., sez. un., 10 dicembre 2004, n. 23078, sulla sorte dei dipendenti delle imprese radiotelevisive private, esclusi dal beneficio, al contrario dei giornalisti; anche se una deroga — meglio trattata al paragrafo IV — potrebbe ravvisarsi nell'accesso individuale alle liste ex art. 4, primo comma, L. 236/93, cit.); 4) infine, dal punto di vista dei lavoratori licenziati, bisogna considerare la presenza di selettivi requisiti personali (paragrafo III) per il godimento dell'indennità di mobilità.

(II) — Licenziamento collettivo e dichiarazione di mobilità.

Ribadita la medesimezza dei fatti che, nel caso più frequente e problematico, costituiscono il presupposto del **licenziamento collettivo e** insieme della **dichiarazione di mobilità,** la disciplina legale individua un nesso inscindibile fra il presupposto della contrazione della forza-lavoro e l'individuazione dei lavoratori da estromettere e affidare all'assistenza dell'ente previdenziale, che deve avvenire innanzitutto in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative del complesso aziendale (art. 5 L. 223/91).

Non si tratta di un'operazione acausale, ha precisato Cass., sez. lav., n. 6385 del 19 aprile 2003, richiamando la direttiva CEE 17 febbraio 1975 n. 129, di cui la L. 223/1991 costituisce attuazione, e chiarendo espressamente che in tal senso si devono intendere le precedenti pronunce di legittimità della medesima sezione 8 giugno 1999, n. 5662, e 12 ottobre 1999, n. 11455, talvolta male interpretate al riguardo.

Questo, tanto semplice e giusto quanto complesso da amministrare, è il principio-cardine, rispetto al quale si collocano in posizione logicamente e cronologicamente subordinata sia il successivo richiamo ai criteri di scelta dei lavoratori previsti dai contratti collettivi eventualmente stipulati con i sindacati più rappresentativi (la cui supremazia è legittima: Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268), sia, in mancanza, il riferimento al concorso fra carichi di famiglia, anzianità e — di nuovo — esigenze tecnico-produttive ed organizzative, sia, infine, i rinvii alle vincolanti disposizioni di tutela delle quote di invalidi e di manodopera femminile (art. 5 L. cit.).

L'equità e la logicità di tale impianto normativo, che, nel consentire alle aziende di darsi una struttura conforme alle cangianti esigenze della produzione, mira a imporre alle maestranze esclusivamente i sacrifici che tali trasformazioni rendono necessari, comporta che dalle esigenze tecniche, produttive e organizzative del complesso aziendale non si può prescindere per accertare, ove insorgano contestazioni e liti, se il licenziamento collettivo e la dichiarazione di mobilità siano legittimi nella sostanza, nonchè quanti dipendenti ne restano coinvolti e in quali sedi e reparti e con quali mansioni.

Ciò è reso evidente dal contenuto obbligatorio della comunicazione di inizio della procedura *ex* art. 4, terzo comma, L. 223/91, consistente non solo nei motivi che hanno dato luogo all'esubero, ma comprensivo pure del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente, nella prospettiva di offrire, innanzitutto agli uffici pubblici competenti e alle organizzazioni sindacali (e indirettamente ai singoli lavoratori, i quali hanno diritto soltanto alla comunicazione del recesso: Cass., sez. lav., 26 settembre 2000, n. 12711), significativi elementi di riscontro circa la genuinità dell'operazione intrapresa dal datore di lavoro.

In altre parole, quest'ultimo non può procedere al licenziamento collettivo ove non abbia effettivamente un progetto di risistemazione dell'azienda, anche soltanto nel senso della contrazione dell'attività esercitata; non deve allontanare più dipendenti di quanti in concreto risultano inutilizzabili alla stregua del programma modificativo dell'assetto aziendale; non può licenziare lavoratori la cui collocazione o specializzazione non rientrino nel processo di trasformazione del ciclo produttivo.

Procedendo alle verifiche successive così configurate, gli altri criteri e i limiti pure

indicati dall'art. 5 L. cit., direttamente o mediante rinvii alla contrattazione collettiva e ad altre leggi, sono destinati ad avere incidenza soltanto ai fini della graduatoria che (dovesse rendersi necessario e) di solito serve formare per la scelta conclusiva fra più lavoratori individuati come licenziabili siccome aventi residenze o compiti interessati dalla ristrutturazione.

In tale seconda fase del concorso fra i lavoratori a rischio, in precedenza delimitati per categorie, l'applicazione dei criteri di scelta, negoziali ovvero, in subordine, legali, va di regola riferita all'intero complesso aziendale (come vuole la prima parte del primo comma dell'art. 5), anche se, per via dell'ulteriore richiamo alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative (di cui alla seconda parte dello stesso comma, lett. "c"), possono talvolta trovare attuazione in un più ristretto ambito di selezione, come un reparto, uno stabilimento e/o singole lavorazioni o settori produttivi (Cass., sez. lav., 24 gennaio 2002, n. 809, 3 aprile 2002, n. 4736 e 9 settembre 2003, n. 13182).

E la verifica in sede giudiziale, ove richiesta, va condotta tenendo conto che grava sul datore di lavoro l'onere di provare tutte le componenti della fattispecie risolutoria (Cass., sez. lav., 29 luglio 2003, n. 11651), che, sotto il profilo del vaglio (non del contraddittorio), è plurisoggettiva (vale a dire, riguarda più persone) sino al punto in cui individua il lavoratore il quale abbia impugnato il licenziamento collettivo, per farsi poi bilaterale quando si giunga a discutere della cernita finale, cioè del diritto al proprio posto di lavoro azionato dall'attore.

Il controllo, infine, ove ciò sia sollecitato dalla parte istante e reso possibile dal concreto andamento della controversia, deve estendersi all'attuazione secondo buona fede del programma di ristrutturazione enunciato e provato dal datore di lavoro recedente.

Non si discute il primato dell'imprenditore nella configurazione dell'assetto aziendale, con esclusione di qualsiasi rettifica in sede giudiziale, pure se il progetto economico sia sbagliato all'evidenza; tuttavia, il vaglio del giudice è consentito e si impone circa l'effettività della situazione nuova prospettata dal datore di lavoro e in ordine al nesso eziologico fra la stessa, il disposto licenziamento e la dichiarazione di mobilità.

(III) — Caratteristiche del trattamento.

La fitta procedimentalizzazione della trattativa fra le parti sociali, destinata a sfociare nel licenziamento collettivo entro 75 giorni dalla comunicazione datoriale ai sindacati, e le molte questioni che l'applicazione di tali regole ha portato all'esame della giurisprudenza, peraltro, attengono piuttosto al profilo lavoristico della fattispecie, della quale qui viene in rilievo soprattutto la componente previdenziale.

Si può, quindi, proseguire nella disamina rimarcando senz'altro che il trattamento di mobilità si colloca sempre a valle della risoluzione di plurimi rapporti di lavoro, cioè dopo il mutamento in disoccupati dello *status* dei lavoratori normalmente impegnati ovvero sospesi.

Non si tratta, tuttavia, di soggetti semplicemente privi di un'occupazione, bensì di lavoratori appena estromessi da posti la cui perdita è maturata per effetto dell'involu-

zione di una rilevante vicenda imprenditoriale, per di più, iniziata spesso con un intervento pubblico di sostegno e salvaguardia del salario, qual è la C.I.G.S.

Di qui la struttura assai più articolata e comunque diversa della prestazione di mobilità rispetto all'indennità di disoccupazione, della quale, peraltro, la prima costituisce una variante privilegiata e sostitutiva (art. 7, ottavo comma, L. 223/91, cui *adde,* per le imprese industriali, l'abrogazione, ad opera del quarto comma dell'art. 16 L. cit., dei commi secondo e terzo dell'art. 8 nonchè dell'intero articolo 9 della legge 1115/68).

In sintesi, le **caratteristiche del trattamento,** al cui statuto concorre la legge 236/93, cit., sono le seguenti.

I lavoratori con contratto a tempo indeterminato, operai, impiegati e quadri, i quali siano inseriti nelle liste di mobilità compilate dai Centri per l'impiego, acquisiscono il diritto all'indennità nel caso in cui abbiano un'anzianità aziendale di almeno dodici mesi e abbiano prestato almeno sei mesi di effettivo lavoro, comprese ferie, festività e assenze per infortuni (art. 16, primo comma, L. 223/91).

Nel caso in cui la domanda di pagamento dell'indennità sia respinta, l'interessato può presentare ricorso al Comitato provinciale dell'I.N.P.S. entro 90 giorni dalla data di ricezione della lettera con la quale si comunica il rifiuto.

La durata del trattamento varia in relazione all'età del lavoratore al momento del licenziamento e all'ubicazione dell'azienda: è di 12 mesi ma nel caso di lavoratori, rispettivamente, quarantenni e cinquantenni, è di 24 e 36 mesi; nel Mezzogiorno e nelle aree svantaggiate, la durata massima viene elevata a 24, 36 e 48 mesi.

Conviene precisare al riguardo che è irrilevante la sede altrove dell'impresa datrice, bastando, invece, che l'attività lavorativa si svolga in una delle zone svantaggiate (Cass., sez. lav., 22 ottobre 2003, n. 15822, che ha riconosciuto l'indennità di mobilità nella misura di ventiquattro mesi ad un lavoratore il quale aveva svolto a Brindisi l'attività di vendita "porta a porta" dei prodotti dell'azienda, corrente in Grosseto, ritenendo sufficiente il fatto che egli avesse ivi svolto quella attività e fosse inserito nelle liste di mobilità della medesima città).

L'anzianità lavorativa aziendale funge, peraltro, anche da limite massimo di durata dell'erogazione del beneficio (art. 7, quarto comma, L. cit.).

La c.d. mobilità lunga, che si protrae sino alla maturazione dei requisiti contributivi per la pensione di vecchiaia o di anzianità, è regolata dall'art. 7, sesto comma, L. 223/91, alle condizioni specifiche di età e di contribuzione ivi indicate, soltanto per i lavoratori delle regioni nelle quali il tasso di disoccupazione è superiore alla media nazionale.

Per i primi dodici mesi spetta il 100% del trattamento di cassa integrazione straordinaria percepito o che sarebbe spettato nel periodo immediatamente precedente il licenziamento, mentre per i periodi successivi il predetto importo si riduce del 20%.

Il massimale, determinato annualmente, dal 1° gennaio 2005 è di € 819,62 lordi mensili (netto € 774,21), elevato a € 985,10 lordi mensili (netto € 930,53) per i lavoratori che possano far valere una retribuzione lorda mensile superiore a € 1.773,19.

L'indennità è pagata ogni mese dall'I.N.P.S. direttamente al lavoratore.

Un unico versamento in conto capitale è possibile ad istanza dei lavoratori in mobilità che intendano intraprendere un'attività autonoma ovvero vogliano associarsi in

cooperativa (art. 7, quinto comma, L. cit.).

Oltre che ogni prestazione di disoccupazione, l'indennità di mobilità sostituisce quella di malattia e quella di maternità eventualmente spettanti.

È compatibile, invece, con l'assegno per il nucleo familiare (art. 7, decimo comma, L. cit.).

Premesso che l'occupazione dei lavoratori in mobilità è incentivata attraverso precedenze nel collocamento e agevolazioni contributive, il trattamento resta sospeso quando l'interessato è assunto con contratto a tempo determinato o a tempo parziale.

Invece, il lavoratore viene cancellato dalle liste di mobilità e il trattamento cessa qualora venga assunto con contratto a tempo indeterminato, rifiuti l'iscrizione a un corso di formazione professionale, un lavoro equivalente al precedente con una retribuzione non inferiore del 10% (confronto che va fatto con le mansioni svolte al momento del collocamento in mobilità e non con quelle svolte in occasione di eventuali successivi rapporti a tempo determinato o parziale: Cass., sez. lav., 10 novembre 1999, n. 12498) o un impiego di pubblica utilità oppure se non comunichi all'ente previdenziale un impiego a tempo parziale o a tempo determinato.

Corollario giurisprudenziale è che il rifiuto di un lavoro a tempo parziale, pur con le caratteristiche suddette, non comporta la perdita del diritto al trattamento economico di mobilità (in quanto l'esercizio o il mancato esercizio di una facoltà non può dare luogo all'applicazione di sanzioni previste dalla legge per la diversa ipotesi di lavoro a tempo indeterminato: Cass., sez. lav., 6 luglio 2002, n. 9854).

La cancellazione dalle liste viene disposta anche nel caso, dianzi citato, di liquidazione anticipata dell'indennità a chi intraprenda un lavoro autonomo (art. 9, sesto comma, lett. "b" L. 223/91; Cass., sez. lav., 27 febbraio 2001, n. 2854).

In relazione a tale ipotesi, si deve ancora aggiungere che, argomentando *a contrario* dalle disposizioni appena enunciate circa la sospensione, la perdita e le modalità di erogazione del sussidio, Cass., sez. lav., 1° aprile 2004, n. 6463, ha fissato la regola secondo cui la facoltà di scegliere il pagamento della prestazione capitalizzata in un'unica soluzione è riservata a chi abbia intrapreso attività di lavoro autonomo dopo l'iscrizione nelle liste, mentre chi, in costanza di lavoro subordinato, svolgesse anche lavoro autonomo e abbia continuato a svolgerlo dopo il collocamento in mobilità, ha diritto (se un diritto si ritenga configurabile, come sta per dirsi) di beneficiare dell'indennità soltanto secondo l'ordinaria periodicità mensile.

Il *favor* legislativo per i lavoratori in mobilità — talvolta criticato per le disarmonie che ne derivano nella complessiva disciplina del sostegno pubblico ai dipendenti da aziende in crisi e ai disoccupati — si coglie con evidenza alla stregua della disposizione contenuta nel quinto comma dell'art. 9 L. 223/91, che, a vantaggio dei lavoratori rioccupati in attività subordinate meno pagate nel predetto limite del 10%, conserva per dodici mesi l'indennità di mobilità in funzione integrativa della minor retribuzione, sino alla concorrenza del livello salariale fissato dalla contrattazione collettiva.

La questione della compatibilità fra indennità di mobilità e svolgimento di un lavoro autonomo, invece, è un vero e proprio rompicapo, dovendosi registrare in proposito almeno tre indicazioni fra loro difficilmente conciliabili: l'interpretazione più tollerante è quella di Cass. 6463/04, cit., secondo cui, in caso di svolgimento di attività in autonomia, mancando divieti espressi, il lavoratore conserva il diritto all'iscrizione

nella lista di mobilità e pure il diritto di percepire la relativa indennità; c'è poi l'art. 9, nono comma, L. 223/91, che consente il cumulo fra attività autonoma e indennità di mobilità soltanto ai lavoratori operanti nelle aree svantaggiate ed esclusivamente nei limiti in cui l'addizione sia utile a garantire il mantenimento di un reddito pari alla retribuzione spettante al momento della messa in mobilità; infine, Cass., sez. lav., 1° settembre 2003, n. 12757, decidendo la disputa di un lavoratore in mobilità il quale aveva intrapreso l'attività di amministratore di società a responsabilità limitata, ha ammonito che, al di fuori delle speciali ipotesi di cumulo, vige il regime dell'incompatibilità previsto dalla normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria.

Un altro aspetto di favore della normativa consiste nella regola, meno rigorosa di quella dianzi esaminata in tema di cassa integrazione, dettata dall'art. 9, primo comma, lett. d), L. 223/91 in ordine all'obbligo di rendere nota all'I.N.P.S. la nuova occupazione a tempo parziale o determinato, che è soddisfatto da una comunicazione tempestiva, cioè effettuata in tempi ragionevoli (cinque giorni dall'assunzione: art. 4, comma 38, D.L. 1° ottobre 1996, n. 510, *Disposizioni urgenti in materia di lavori socialmente utili, di interventi a sostegno del reddito e nel settore previdenziale,* convertito, con modificazioni, in L. 28 novembre 1996, n. 608), ma non necessariamente precedente l'inizio del lavoro (Cass., sez. lav., 11 marzo 2004, n. 5019).

Le risorse necessarie a finanziare la mobilità sono messe a disposizione dallo Stato, che però contiene gli esborsi a suo carico gravando le imprese ausiliate del pagamento di contributi, appunto, di mobilità (una quota deve essere anticipata già nel momento di avvio della procedura) e aggiuntivi (relativamente ai lavoratori che accedono alla prestazione dopo oltre dodici mesi di integrazione salariale straordinaria), nonché del versamento di contributi transitori tutte le aziende ricomprese nell'ambito di applicazione della C.I.G.S.

(IV) — Iscrizione nelle liste.

Il godimento dell'indennità di mobilità dipende dall'**iscrizione nelle liste**, effettuata sulla base di schede, contenenti tutte le informazioni utili per individuare la professionalità, la preferenza per una mansione diversa da quella originaria, la disponibilità al trasferimento sul territorio (art. 6 L. 223/91).

Quanto alla compilazione di tali specifici elenchi, Corte Cost. 27 luglio 1995, n. 413, in un primo approccio al problema, ha statuito che non è illegittimo, in riferimento all'art. 38 Cost., l'art. 7 primo comma, L. 223/91 nella parte in cui prevede che l'indennità competa soltanto agli iscritti nelle liste stesse e non pure a chi non vi sia stato inserito per omessa attivazione o per mancato esaurimento da parte del datore di lavoro della prescritta procedura.

Ha ritenuto la Consulta che la condotta inadempiente del datore, ancorché l'art. 4 L. 223/91 affidi solamente a tale soggetto l'iniziativa della comunicazione degli elenchi dei lavoratori da collocare in mobilità ai competenti uffici del lavoro, è semplicemente

una causa indiretta della perdita del diritto alla percezione dell'indennità, il quale, d'altro canto, rappresenta solo una tra le molteplici conseguenze dello status che i lavoratori acquisiscono con l'iscrizione nelle liste di mobilità; dall'iscrizione, in altre parole, deriverebbe un complesso di rapporti interconnessi, dei quali quello avente ad oggetto l'erogazione dell'indennità di mobilità costituisce il principale ma non l'unico e, quindi, non può essere enucleato prescindendo dall'inserimento del lavoratore nelle liste.

Questa prima interpretazione della disciplina, peraltro, è stata successivamente rimeditata e comunque ricondotta ad un assetto meno penalizzante per i lavoratori, facendo leva, in particolare, sulla via di accesso diretto alle liste, aperta (sino al 31 dicembre 1994, ma tale scadenza poi è stata prorogata) dall'art. 4, primo comma, L. 236/93, cit., che consente ai dipendenti da aziende che non rientrino nella disciplina della mobilità, licenziati per giustificato motivo oggettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro, di richiedere essi l'iscrizione alla sezione circoscrizionale per l'impiego, entro sessanta giorni dalla comunicazione del recesso datoriale.

Si deve a Corte Cost. 18 gennaio 1999, n. 6, la configurazione di questa possibilità come un complemento delle disposizioni di cui agli artt. 4, 6 e 7 della legge n. 223 del 1991, utile per meglio intendere *a posteriori* gli elementi su cui si fonda il diritto all'indennità di mobilità, anche perché, nel caso di accertamento positivo, la commissione per l'impiego, in ragione del carattere tecnico e quindi vincolato del controllo che le è demandato, è tenuta all'approvazione della lista.

Nonostante la sua imperfezione, l'ordito normativo è stato, quindi, salvato pure da Corte Cost. 6/99, ma previo riconoscimento del diritto dei lavoratori di sopperire, in ogni caso, all'eventuale inerzia del datore, ottenendo l'iscrizione nelle liste, con le connesse agevolazioni del collocamento nonché, ove ne sussistano i requisiti, della percezione dell'indennità.

Di pari passo è stato superato l'ostacolo derivante da una inadeguata lettura della disciplina nel senso che l'interesse dei lavoratori nella procedura di mobilità potrebbe esprimersi soltanto attraverso le organizzazioni sindacali, portatrici della dimensione collettiva degli interessi in gioco e di una visione di insieme del mercato del lavoro.

Si è così giunti all'identificazione di un vero e proprio diritto soggettivo del singolo lavoratore all'iscrizione nelle liste di mobilità, ove ne ricorrano i presupposti di legge (Cass., sez. un., 8 luglio 1998, n. 6624), con la conseguenza che, nella causa nei confronti dell'I.N.P.S. avente come oggetto il pagamento della prestazione negata dall'ente previdenziale, il giudice deve accertare la fondatezza della pretesa attorea senza essere in ciò condizionato da eventuali atti amministrativi di iscrizione o di cancellazione, la cui legittimità, ove contestata, trattandosi di atti solo tecnicamente discrezionali, può essere accertata *incidenter tantum* secondo le regole proprie dell'onere probatorio (Cass., sez. lav., 27 maggio 2004, n. 10219).

Potendo ottenere *ex se* l'iscrizione nelle liste e il pagamento dell'indennità, di conseguenza, il lavoratore è carente di interesse ad agire per ottenere il mero accertamento dell'obbligo del datore di lavoro di provvedere alle comunicazioni prescritte dall'art. 4, commi quarto e nono, L. 223/91 (Cass., sez. lav., 19 agosto 2003, n. 12143).

Una sequenza di iscrizione-cancellazione-reiscrizione nelle liste di mobilità si verifica, ai sensi dell'art. 9, settimo comma, L. 223/91, se l'assunzione del beneficiario avvenga a tempo indeterminato ma con patto di prova e quest'ultima abbia esito negativo.

In ipotesi di tal genere la reiscrizione è consentita al massimo per due volte, salva la concessione di un terzo reinserimento in casi eccezionali, ma non se il lavoratore, dimettendosi, dimostri la volontà di non proseguire la prova, rifiutando in tal modo il possibile rapporto di lavoro che si sarebbe potuto instaurare all'esito della prova stessa (Cass., sez. lav., 1° settembre 2003, n. 12741).

(V) — Adeguamento ISTAT.

Una questione che ha rapidamente alimentato un contenzioso seriale, investendo numerosi uffici giudiziari, è se i lavoratori in mobilità abbiano diritto all'**adeguamento** della prestazione, con effetto dal 1° gennaio dell'anno successivo alla decorrenza, in relazione alla variazione annuale dell'indice **ISTAT** dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e impiegati.

Proprio a questo fa riferimento il terzo comma, prima parte, dell'art. 7 L. 223/91, secondo cui l'indennità di mobilità è adeguata, con effetto dal 1° gennaio di ciascun anno, in misura pari all'aumento dell'indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti.

Tale rinvio ha comportato inizialmente l'assimilazione, sotto il profilo in esame, del trattamento di mobilità e della C.I.G.S., per la quale l'articolo unico della legge 427/80, cit., prevedeva, nel suo testo originario, che l'integrazione salariale fosse aggiornata annualmente, a partire dal 1° gennaio 1981, in misura pari all'80% dell'aumento della indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti maturato nell'anno precedente.

A seguito di note vicende economiche nazionali culminate nel protocollo d'intesa del 31 luglio 1992, con il quale il Governo e le parti sociali presero atto dell'intervenuta cessazione del sistema dell'indennità di contingenza come strumento di rivalutazione degli emolumenti (c.d. scala mobile), il meccanismo di cui all'art. 7, terzo comma, L. 223/91 è divenuto inoperativo, sicchè l'indennità di mobilità è stata privata della possibilità di aggiornamento annuale.

La divaricazione rispetto al trattamento straordinario di integrazione salariale, anch'esso congelato negli anni 1992 e 1993, si è verificata nel 1994, quando il secondo comma del citato articolo unico della legge 427/80 è stato modificato dall'art. 1, quinto comma, del D.L. 299/94, convertito in L. 451/94, cit., prevedendosi che (solo) il trattamento di integrazione salariale straordinaria sia adeguato, a decorrere dal 1° gennaio 1995, nella misura dell'80% dell'aumento derivante dalla variazione annuale dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo.

Nonostante la ricognizione di questa anomalia, Corte Cost. 9 giugno 2000, n. 184, ha statuito che non sono fondati i dubbi di illegittimità della disciplina così manipolata, sollevati dal Tribunale di Torino e dal Pretore di Trieste con le ordinanze di rimessione.

Ha ritenuto la Consulta che non è violato l'art. 3 Cost., poiché il trattamento di integrazione salariale straordinaria non costituisce un idoneo *tertium comparationis,* stante la diversità strutturale dei due istituti; infatti, anche se in entrambi i casi si parla di ammortizzatori sociali (Corte Cost. 15 luglio 1992, n. 337), la posizione del cassinte-

grato è giuridicamente diversa da quella del lavoratore collocato in mobilità: l'uno mantiene ancora il posto di lavoro e ha la prospettiva di una ripresa dell'impiego, mentre l'altro è già, in sostanza, un disoccupato, con diritto di precedenza nell'eventuale ricollocamento; la scelta del legislatore, quindi, appare non irrazionale.

Ha opinato, inoltre, il giudice delle leggi che nemmeno risulta infranto il criterio di adeguatezza delle prestazioni previdenziali *ex* art. 38 Cost.: vuoi perché da questa affermazione di principio non può discendere, come conseguenza costituzionalmente necessitata, l'adeguamento costante di un emolumento finalizzato a dare un aiuto (maggiore dell'indennità di disoccupazione) al lavoratore in un momento di difficoltà e in vista di una nuova occupazione, perciò per un tempo limitato (salvo l'ipotesi della c.d. mobilità lunga, che è uno strumento di accompagnamento alla pensione), in relazione al quale sono meno pressanti le esigenze di incremento dell'importo originario; vuoi perché quest'ultimo è certamente adeguato al momento della concessione, siccome calcolato, ai sensi dell'art. 7, primo comma, L. 223/91, in misura percentuale del trattamento straordinario di integrazione salariale che i lavoratori hanno percepito ovvero sarebbe loro spettato nel periodo immediatamente precedente la risoluzione del rapporto di lavoro, con la conseguenza che gli aumenti applicabili alla C.I.G.S. vanno a riflettersi, sia pure indirettamente, sull'indennità di mobilità.

L'effetto dell'intervento della Consulta non è stato di orientare la successiva giurisprudenza di merito tutta nel senso di disattendere le domande proposte dai lavoratori in mobilità ai fini dell'adeguamento ISTAT della prestazione (ha accolto tale istanza, per esempio, Trib. Milano 2 settembre 2002, estensore Martello; l'ha rigettata Trib. Potenza 10 giugno 2003, estensore Marotta).

Molte perplessità, invero, sono residuate e vi sono anche stati ripensamenti in seno agli uffici giudiziari.

Emblematico è l'esame della giurisprudenza della Corte di Appello di Milano, che ha prima emesso pronunce di segno favorevole per i lavoratori in mobilità (sentenze 12 aprile 2001 e 5 settembre 2002 , estensori, rispettivamente, Ruiz e Accardo), per poi aderire all'orientamento opposto (sentenza 9 settembre 2003, estensore Sbordone).

Una percorribile via di mezzo è stata seguita dalla Corte di Appello di Bari (sentenza 13 maggio 2003, estensore Nettis) e da altri giudici di merito (Trib. Velletri 30 ottobre 2003, n. 2216), facendo leva sull'art. 54, dodicesimo comma, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 *(Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica),* secondo cui, a decorrere dal 1° gennaio 1998, ogni rinvio normativo o contrattuale all'indice del costo della vita calcolato ai fini della scala mobile delle retribuzioni dei lavoratori dell'industria (cosiddetto indice sindacale) deve intendersi riferito all'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai calcolato dall'Istituto Nazionale di Statistica e pubblicato mensilmente sulla Gazzetta Ufficiale.

In questa norma si è ritenuto di ravvisare la concreta reintroduzione del meccanismo di adeguamento dell'indennità di mobilità, come previsto dall'art. 7 della legge n. 223/91, laddove alla contingenza va a sostituirsi per legge l'indice ISTAT, al di là del rinvio a clausole contrattuali.

L'effetto è stato di distinguere i periodi di mobilità sino al 31 dicembre 1997 da quelli successivi decorrenti dalla data spartiacque del 1° gennaio 1998, per questi ultimi risultando meritevole e accoglibile la domanda perequativa dei lavoratori.

Sennonchè Cass., sez. lav., 14 agosto 2004, n. 15902, ha smentito la praticabilità anche di quest'ultima interpretazione come delle precedenti basate sull'analogia fra C.I.G.S. e indennità di mobilità.

In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto che l'approvazione della legge n. 144 del 1999, cit., contenente, all'art. 45, primo comma, lett. "r", la delega al Governo a introdurre l'adeguamento annuale nella misura dell'80% dell'indennità di mobilità (delega poi inattuata), induce ad escludere che esistesse già un principio generale di rivalutazione (oltre che dei massimali) dell'indennità stessa fondato sull'art. 7 legge 223 del 1991.

Diversamente argomentando, tale delega sarebbe incomprensibile ed *inutiliter data,* aveva già rilevato sul punto Corte Cost. n. 184 del 2000, con l'aggiunta della definizione "non implausibile" (cioè non irrazionale, cioè ammissibile) riferita alla tesi secondo cui l'art. 54, dodicesimo comma, della L. 449/97 avrebbe chiara portata limitativa e non consentirebbe alcuna interpretazione estensiva o analogica.

In ogni caso — ha stabilito la Corte di legittimità — è arbitrario e, quindi, errato distinguere, nel terzo comma dell'art. 7 L. 223/91, tra un nucleo precettivo, concernente, per così dire, l'an debeatur e dunque la regola dell'adeguamento automatico, e le disposizioni attinenti al mero quantum, dirette semplicemente a dettare un criterio funzionale all'operatività del precetto primario, con la conseguenza che la sopravvenuta inutilizzabilità del criterio legislativo autorizzerebbe il giudice a ricercarne un altro, ugualmente idoneo, onde rispettare il principio dell'adeguamento automatico; al contrario, l'art. 7 è un precetto normativo unitario, che, inoltre, rappresenta la fonte di un'obbligazione impegnativa per la finanza pubblica.

Infine, Cass. 15902/04 ha segnalato che la questione dell'adeguamento dell'indennità di mobilità non può essere risolta in via di interpretazione alla stregua del ruolo suppletivo a suo tempo assunto dalla giurisprudenza nella vicenda della rivalutazione dell'importo della disoccupazione ordinaria in agricoltura rimasto di 800 lire giornaliere per troppi anni dal 1974 (Cass., sez. lav., 18 giugno 1992, n. 7506; Cass., sez. lav., 15 ottobre 1992, n. 11317), in quanto in quel caso mancava del tutto la previsione di un meccanismo compensativo di adeguamento automatico della prestazione e tale lacuna legislativa fu dichiarata illegittima dalla Consulta quasi tre lustri più tardi (sentenza n. 497 del 27 aprile 1988), mentre il terzo comma dell'art. 7 L. 223/91 esprime una determinata regola di adeguamento automatico, anche se vicende successive l'hanno svuotata di contenuto.

Sarebbe stato necessario che la situazione così creatasi — si legge ancora nella motivazione della sentenza in rassegna — fosse stata censurata per contrasto con i principi fondamentali, ma ciò è stato escluso da Corte Cost. n. 184 del 2000.

Insomma, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, può intervenire per concedere nuovamente anche all'indennità di mobilità un meccanismo di rivalutazione, identico a quello esistente per la cassa integrazione straordinaria ovvero strutturato in altro modo, ma al momento permane e non è modificabile in sede giudiziaria la soluzione di affidare alla rivalutazione dei massimali fissati per la C.I.G.S. l'unico iniziale incremento automatico dell'indennità di mobilità, rendendola insensibile alle successive variazioni dell'indice ISTAT.

(VI) — Mensilità di febbraio.

Davvero singolare è il contenzioso che concerne l'ammontare della mensilità di febbraio dell'indennità di mobilità.

Febbraio ha meno giorni degli altri mesi — 28 o, al massimo, negli anni bisestili, 29 — e da ciò deriva il pagamento della prestazione da parte dell'I.N.P.S. in misura minore siccome calcolata *pro die.*

Questa attuazione della disciplina non è piaciuta agli assistiti, i quali, quindi, hanno proposto domande seriali perequative dell'importo della prestazione nei limiti del massimale.

Nel filone di cause che così ha preso il via, l'ente previdenziale ha sostenuto che, mancando il rapporto di lavoro sottostante, sarebbe inutilizzabile il parametro delle ore non lavorate, tipico del trattamento di integrazione salariale.

Bisognerebbe, quindi, far leva sul dodicesimo comma dell'art. 7 L. 223/91, secondo cui l'indennità di mobilità è regolata dalla normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, in quanto applicabile, e, per tal via, attingere dall'art. 32, primo comma, D.P.R. 26 aprile 1957, n. 818 *(Norme di attuazione e di coordinamento della legge 4 aprile 1952, n. 218, sul riordinamento delle pensioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti),* in forza del quale l'indennità di disoccupazione spetta per un massimo di trenta giornate mensili.

La Corte di Appello di Bari, con sentenza n. 724 depositata il 3 luglio 2001, ha, però, ritenuto la fondatezza dell'istanza attorea di riliquidazione della mensilità di febbraio, per varie ragioni: a) l'effetto abrogativo che, ove avallata, la tesi dell'I.N.P.S. avrebbe in concreto sull'univoca prescrizione dell'art. 7, primo comma, L. 223/91 (secondo cui il calcolo — si ripete — consiste puramente e semplicemente in una misura percentuale del trattamento straordinario di integrazione salariale), sciogliendo il legame che, ai fini del *quantum* della prestazione, la norma espressamente configura fra l'indennità di mobilità e il trattamento straordinario di integrazione salariale; b) l'importo da calcolare in prima battuta, cioè quello della C.I.G.S., è sempre conteggiabile alla stregua dell'ultima retribuzione globale di fatto e del normale orario contrattuale, da intendersi come il numero di ore di lavoro ordinario previste dal contratto (entro il limite massimo di 40 ore per settimana) e non già come le effettive ore di lavoro nell'ultimo mese di occupazione, tanto è vero che il trattamento di cassa integrazione guadagni, sia ordinario che straordinario, non è escluso rispetto ai lavoratori assenti per malattia o infortunio con diritto alla conservazione del posto (Cass., sez. lav., 26 settembre 1991, n. 10057; Cass., sez. lav., 6 giugno 1991, n. 6427); c) poiché l'art. 7, primo comma, L. 223/91 fissa con ragguaglio al mese sia il periodo di spettanza della prestazione sia la misura percentuale della stessa rispetto alla C.I.G.S., la scissione di questi due aspetti, sostenuta dall'I.N.P.S., non è consentita, in quanto un arco temporale indicato complessivamente in mesi e scandito in mesi, ai sensi dell'art. 155 c.p.c. (norma avente valenza generale), individua scadenze rilevabili dal calendario comune *ex nominatione dierum* e non *ex numeratione,* cioè il giorno finale del primo mese e di cia-

scun mese intermedio corrispondente a quello del mese iniziale, indipendentemente dal numero dei giorni compresi fra tali date.

Con particolare riguardo al rapporto tra il primo e il dodicesimo comma dell'art. 7 L. 223/91, la sentenza di merito in rassegna ha rilevato che quest'ultimo: a) non può riferirsi anch'esso alle modalità di calcolo dell'indennità di mobilità, che già ha una regolamentazione specifica, sebbene con rinvio ad altra disciplina, nella disposizione con cui il citato art. 7 esordisce; b) è retto dall'inciso "in quanto applicabile", che impone una cernita fra le norme in tema di assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, al fine di individuare quelle compatibili con la natura e le peculiari caratteristiche dell'indennità di mobilità; c) in definitiva, grazie anche al riferimento all'art. 37 L. n. 88 del 1989 (istitutivo presso l'I.N.P.S. della gestione degli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali), si presenta come una norma di chiusura della disciplina della prestazione, mirata ad indicare la regolamentazione degli aspetti non espressamente contemplati nei commi precedenti.

Siffatta costruzione, peraltro, non ha retto al vaglio di Cass., sez. lav., 12 novembre 2003, n. 17048, secondo cui l'operato dell'I.N.P.S. è conforme alla disciplina della prestazione, al riguardo, uguale a quella della disoccupazione involontaria, giusta la connessione fra le due normative *ex* art. 7, dodicesimo comma, L. 223/91, e la mancata previsione di un meccanismo di calcolo dell'indennità di mobilità ragguagliato al mese, il riferimento all'integrazione salariale valendo solo per la misura e la durata di quest'ultima.

Pertanto, la Corte di legittimità ha statuito che, per il mese di febbraio, l'indennità spetta per i ventotto o ventinove giorni compresi in tale mese, mediante divisione per trenta dell'importo commisurato all'integrazione salariale e moltiplicazione del risultato per ventotto o per ventinove.

Nè — ha aggiunto Cass. n. 17048 del 2003 — tale modalità di calcolo suscita dubbi di illegittimità costituzionale, per il fatto che il lavoratore in mobilità riceva in tale mese un trattamento mensilmente inferiore a quello che avrebbe ricevuto se fosse stato (o rimasto) in cassa integrazione, atteso che il trattamento garantito dalla legge non è quello che il lavoratore avrebbe ricevuto "in quel mese" se fosse stato in cassa integrazione, ma è costituito dall'indennizzo di ogni giorno di disoccupazione con riferimento all'importo mensile massimo dell'integrazione salariale "spettante nel periodo precedente la risoluzione del rapporto di lavoro", in coerenza con la funzione propriamente previdenziale della prestazione e con il sistema generale delle assicurazioni sociali, che — sebbene riferite a particolari categorie di lavoratori — non corrispondono mai all'effettiva diminuzione della capacità retributiva subita dal singolo, non potendosi, neanche indirettamente, considerare vantaggioso per l'individuo il godimento delle prestazioni assicurative rispetto allo svolgimento di un'attività lavorativa, sia pure ridotta o sospesa.

Per tal via, la vicenda giurisprudenziale sembra ormai acclarata in senso sfavorevole ai lavoratori in mobilità, ai quali di sicuro non ha giovato la marginalità della pretesa azionata, a fronte della mole e dei costi del contenzioso che, in caso contrario, poteva derivarne su scala nazionale.

A meno che una una rinascita della questione si verifichi a seguito della rimessione della stessa alla Corte Costituzionale, sul presupposto di un contrasto fra l'art. 7 L.

223/91 e gli artt. 3 e 38 della carta fondamentale, da parte del Tribunale del lavoro di Trani, con ordinanza del 9 luglio 2004, sulla quale la Consulta non si è ancora pronunciata.

Risulta, peraltro, che un parallelo filone di controversie si sta formando perché nel mese di febbraio l'I.N.P.S pagherebbe in misura decurtata — questa volta — l'assegno per il nucleo familiare.

(VII) — Inderogabilità della disciplina - Aliunde perceptum - Indebito.

Scegliendo fra molti altri, si segnalano ancora, in rapida successione, tre aspetti della mobilità aventi matrice giurisprudenziale; emersi in distinte controversie e, quindi, scollegati, ma utili insieme ad incrementare la conoscenza dell'istituto.

L**'inderogabilità della disciplina** è stata evidenziata da Cass., sez. lav., 11 marzo 2004, n. 5009, che, nel solco di un accreditato principio generale secondo cui è invalido ogni patto modificativo della normativa legale sulle forme di previdenza e di assistenza obbligatorie e sulle contribuzioni e prestazioni relative o che sia suscettibile di eludere gli obblighi delle parti attinenti alle suddette materie, ha negato, ai fini del calcolo del requisito dell'anzianità di servizio previsto dall'art 16 L. 223/91, la rilevanza di un accordo mediante il quale le parti avevano pattuito che l'originario rapporto di lavoro doveva considerarsi sospeso ai soli fini retributivi e previdenziali dalla data del licenziamento fino ad una data da esse stabilita.

Deve, peraltro, tenersi conto dell'altro profilo di invalidità che si accompagna a quello appena enunciato, consistente nella circostanza che l'I.N.P.S. è terzo rispetto al negozio illegittimamente derogatorio, cui comunque l'accordo fra datore di lavoro e lavoratore *neque prodest neque nocet.*

Corrisponde ad una interpretazione dominante (in materia di pensioni: Cass., sez. lav., 20 febbraio 2003, n. 2529) pure la statuizione di Cass, sez. lav., 14 febbraio 2005, n. 2928, che ha escluso l'indennità di mobilità dal novero dei redditi da sottrarre, a titolo di ***aliunde perceptum,*** dal risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, a norma dell'art. 18 dello Statuto, commisurato all'importo delle retribuzioni che sarebbero maturate dalla data del recesso datoriale.

Infatti, la regola della *compensatio lucri cum damno* non opera in relazione a qualsiasi entrata del lavoratore licenziato nel periodo del suo allontanamento dall'azienda, ma riguarda esclusivamente i redditi conseguiti attraverso l'impiego della medesima capacità lavorativa pregiudicata *pro tempore* nel rapporto cui accede la violazione contrattuale generatrice del diritto al ristoro, mentre l'indennità di mobilità (come la pensione) integra una utilità economica derivante da fatti giuridici diversi.

Salva, beninteso, l'ulteriore questione dell'obbligo restitutorio del lavoratore nei confronti dell'ente previdenziale, dopo l'incasso delle retribuzioni in forza della sentenza di reintegrazione nel posto.

Per tal via può introdursi l'ultimo tema, che riguarda il caso di **indebito** pagamento dell'indennità di mobilità.

Al riguardo, Cass., sez. lav., 5 ottobre 2004, n. 19908, ha stabilito che non può trovare applicazione la riduzione dell'importo da restituire all'ente previdenziale, prevista dall'art. 1, comma 260, della legge n. 662 del 1996, cit., in quanto tale disposizione (secondo la quale, per i trattamenti obbligatori erogati erroneamente prima del 1° gennaio 1996, non si procede al recupero nei confronti degli assistiti percettori di un reddito personale imponibile IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore e sedici milioni di lire) riguarda soltanto le prestazioni pensionistiche e non qualunque prestazione previdenziale.

I LAVORI SOCIALMENTE UTILI

(I) — Obbligazione di disponibilità personale.

In un primo approccio, può dirsi che rientrano in questa definizione (il cui acronimo è L.S.U.) le attività (infatti, si parla anche di attività socialmente utili: A.S.U.) che hanno per oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di utilità collettiva, mediante l'utilizzo diretto di lavoratori in mobilità o in cassa integrazione guadagni straordinaria o in disoccupazione speciale oppure mediante il coinvolgimento in simili progetti di lavoratori in cerca di prima occupazione o disoccupati.

Caratteristica comune a tali diverse ipotesi è l'**obbligazione di disponibilità personale**, che incombe ai lavoratori impegnati in L.S.U. nei confronti della pubblica amministrazione, anche quando quest'ultima resti soggetto terzo rispetto alla *lex contractus.*

Un aspetto ulteriore di tale soggezione personale consiste nel dovere di partecipare ad attività di orientamento organizzate periodicamente dalle agenzie per l'impiego.

L'istituto ricalca un modello di matrice nordamericana definito di *workfare* (si direbbe, lavoro a tariffa), che è basato sull'idea che la tutela sociale al disoccupato costituisce un diritto condizionato ad una prestazione di lavoro "fuori mercato" in attività socialmente utili, oltre che ad un dovere di attivarsi personalmente per uscire dall'assistenza.

La difficoltà di qualificare il fenomeno è palese alla stregua della definizione che ne dà Cass., sez. lav., 22 giugno 2004, n. 11632: l'assegnazione a lavori socialmente utili si colloca a valle dei c.d. ammortizzatori sociali (messa in mobilità dei lavoratori in esubero, collocamento in cassa integrazione, trattamento di disoccupazione) e rappresenta uno strumento innovativo per fronteggiare la disoccupazione soprattutto (ma non esclusivamente) giovanile; nasce, quindi, con una finalità e una connotazione marcatamente assistenziale, ma si evolve verso forme di tirocinio giovanile e di praticantato, collocate a ridosso dell'apprendistato e del contratto di formazione e lavoro, che sono viceversa già nell'ambito del rapporto di lavoro a pieno titolo.

Le disposizioni in materia formano una galassia di consistenza disomogenea e dai contorni incerti.

Bussola comune e fonte legittimatrice è l'art. 38 della Costituzione, che vuole il soddisfacimento dell'interesse sociale consistente nella tutela contro la disoccupazione.

Tralasciando alcune esperienze risalenti e parzialmente diverse (per esempio, l'utilizzazione dei cassintegrati in attività non incompatibili con la loro professionalità, per opere o servizi di pubblica utilità, ovvero, quali istruttori, per iniziative di formazione professionale d'intesa con le amministrazioni pubbliche interessate, ai sensi della L. 24 luglio 1981, n. 390, di conversione, con modificazioni, del D.L. 28 maggio 1981, n. 244, *Concernente ulteriori interventi straordinari di integrazione salariale in favore dei lavoratori delle aree del Mezzogiorno;* il reimpiego dei cassintegrati in attività autonome sovvenzionate *ex lege* 27 febbraio 1985, n. 49, *Provvedimenti per il credito alla cooperazione e misure urgenti a salvaguardia dei livelli di occupazione,* ovvero ad iniziativa della GEPI in applicazione del D.L. 4 settembre 1987, n. 366, *Proroga del trattamento straordinario di integrazione salariale dei lavoratori dipendenti dalla GEPI, disciplina del reimpiego di dipendenti licenziati da imprese meridionali, misure per la soppressione di capacità produttive di fonderie di ghisa e di acciaio, norme per il finanziamento di lavori socialmente utili nell'area napoletana e per la manutenzione e salvaguardia del territorio e del patrimonio artistico e monumentale della città di Palermo, nonché interventi a favore dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro privati operanti nelle province di Sondrio e di Bolzano interessate dagli eventi alluvionali del luglio 1987,* convertito, con modifiche, nella L. 3 novembre 1987, n. 452), un iniziale scostamento dal modello di intervento meramente previdenziale e assistenziale, sotteso all'erogazione delle prestazioni di mobilità, di cassa integrazione e di disoccupazione, si ebbe proprio con la riforma di questi istituti contenuta nella L. 223/91, il cui art. 25, decimo comma, prevedeva la possibilità di attività formative in favore delle categorie di lavoratori di cui al precedente quinto comma, cioè disoccupati da più di due anni, lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, altri lavoratori appartenenti a categorie determinate dalla Commissione regionale per l'impiego.

La prima compiuta edizione dell'istituto, però, si trova nell'art. 14 *(lavori socialmente utili)* del D.L. 299/94, convertito nella L. 451/94, cit., che ne traccia i connotati essenziali, destinati poi ad essere sostanzialmente confermati dalla disciplina successiva, ossia dagli innesti apportati dal D.L. 510/96 (convertito, con modificazioni, nella legge 608/96, cit., dopo una sequenza di decreti legge non convertiti: numeri 39, 180, 300 e 404 del 1996) e dalla rivisitazione organica contenuta nel D.Lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 *(Revisione della disciplina dei lavori socialmente utili, a norma dell'art. 22 della legge 24 giugno 1997, n. 196).*

È poi sopravvenuta la riforma apportata dal D.Lgs. 28 febbraio 2000, n. 81 *(Integrazioni e modifiche della disciplina dei lavori socialmente utili, a norma dell'art. 45, comma 2, della legge 17 maggio 1999, n. 144).*

Alla stregua di tali provvedimenti legislativi basilari è possibile fissare alcune regole di maggior estensione.

Quanto ai soggetti destinatari del beneficio ovvero utilizzati, alle categorie sopra citate dicendo del prodromico esperimento formativo del 1991, si sono aggiunti, nel 1997, i lavoratori individuati in accordi per la gestione degli esuberi in caso di crisi aziendali, i lavoratori in cassa integrazione e i detenuti ammessi al lavoro esterno, non-

ché, successivamente, nel 2000, coloro i quali siano avviati in base a progetti finanziati dalle Regioni.

Ma, per effetto prima dell'art. 45, sesto comma, L. 144/99, cit., e poi dell'art. 2 D.Lgs. n. 81 del 2000, cit., nonché dell'abrogazione dell'art. 4 D.Lgs. 468/97 (che elencava i soggetti utilizzabili), si è verificata una definitiva restrizione del campo di applicazione dell'istituto e della normativa generale soltanto ai lavoratori socialmente utili appartenenti al c.d. bacino nazionale o platea, cioè i soggetti che abbiano effettivamente maturato dodici mesi di permanenza nelle attività socialmente utili negli anni dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1999 (Corte Cost., ord., 5 febbraio 2003, n. 40; Cass., sez. lav., 22 febbraio 2005, n. 3508; un'altra questione di costituzionalità, però, risulta sollevata dalla Corte di Appello di Torino, mediante ordinanza del 6 giugno 2003, ed ancora pendente).

Soggetti promotori ovvero utilizzatori sono le amministrazioni pubbliche, gli enti pubblici economici, le società a totale o prevalente partecipazione pubblica, le cooperative sociali e i loro consorzi.

Si deve, a questo punto, ritornare sulla dicotomia delle possibili forme attuative, dianzi soltanto enunciata, per precisare che lavori socialmente utili possono essere promossi (A) dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 *(Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421;* cioè tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale) mediante l'utilizzo diretto, *ex* artt. 7 e 1, lett. d), D.Lgs. 468/97, soltanto dei lavoratori i quali già siano percettori di trattamenti previdenziali (indennità di mobilità, disoccupazione speciale, C.I.G.S. a zero ore).

In alternativa (B), può avvenire che le stesse amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 D.Lgs. n. 29 del 1993, cit., ovvero gli altri soggetti sopra citati, cioè enti pubblici economici, le società a totale o prevalente partecipazione pubblica, le cooperative sociali e i loro consorzi, nonché pure altri soggetti ad individuarsi mediante decreto ministeriale (recita l'art. 3 D.Lgs. 468/97), promuovano l'elaborazione di un progetto destinato a procurare mano d'opera sovvenzionata agli operatori a ciò abilitati dalla legge.

Nel primo caso (A), i soggetti del rapporto sono tre: l'amministrazione pubblica promotrice e utilizzatrice insieme, il lavoratore e l'I.N.P.S. (che seguita ad erogare il trattamento previdenziale già in godimento), mentre, nel caso di inserimento in un progetto (B), l'utilizzatore può aggiungersi come quarta distinta figura della relazione giuridica (mentre l'I.N.P.S. corrisponde ai lavoratori lo specifico trattamento previsto per i L.S.U., se non già percettori di una prestazione previdenziale).

Ma si tenga conto che, se si tratta di cassintegrati, vale a dire di lavoratori che conservano un rapporto contrattuale di lavoro con l'impresa dalla quale sono stati sospesi,

ancorché tale vincolo negoziale sia temporaneamente inattuato per le difficoltà del datore di lavoro, quest'ultimo non è del tutto estraneo alla fattispecie di L.S.U. e fa salire il numero del computo, rispettivamente, a quattro soggetti nel caso "A" e addirittura a cinque nel caso "B".

È permessa una sorta di mobilità dei lavoratori fra gli enti utilizzatori suddetti.

I lavoratori assegnati operano in settori, ritenuti e definiti innovativi, come beni culturali, manutenzione ambientale, recupero urbano, servizi della persona, età.

Più in dettaglio, il vasto catalogo degli impieghi consentiti è così composto: a) cura e assistenza all'infanzia, all'adolescenza, agli anziani; riabilitazione e recupero di tossicodipendenti, di portatori di *handicap* e di persone detenute, nonchè interventi mirati nei confronti di soggetti in condizioni di particolare disagio e emarginazione sociale; b) raccolta differenziata, gestione di discariche e di impianti per il trattamento di rifiuti solidi urbani, tutela della salute e della sicurezza nei luoghi pubblici e di lavoro, tutela delle aree protette e dei parchi naturali, bonifica delle aree industriali dismesse e interventi di bonifica dall'amianto; c) miglioramento della rete idrica, tutela degli assetti idrogeologici e incentivazione dell'agricoltura biologica, realizzazione delle opere necessarie allo sviluppo e alla modernizzazione dell'agricoltura anche delle zone di montagna, della silvicoltura, dell'acquacoltura e dell'agriturismo; d) piani di recupero, conservazione e riqualificazione, ivi compresa la messa in sicurezza degli edifici a rischio, di aree urbane, quartieri nelle città e centri minori, in particolare di montagna; adeguamento e perfezionamento del sistema dei trasporti; interventi di recupero e valorizzazione del patrimonio culturale; iniziative dirette al miglioramento delle condizioni per lo sviluppo del turismo; e) servizi tecnici integrati della pubblica amministrazione; f) trasporti e la connessa logistica.

Sul versante della remunerazione, nel corso degli anni, si è passati, per i non percettori di trattamenti previdenziali, dall'indennità oraria di 7.500 lire, per non più di dodici mesi e per un massimo di ottanta ore mensili, prevista dall'art. 14, quarto comma, del D.L. n. 299 del 1994, cit., all'assegno mensile di 800.000 lire di cui all'art. 8, terzo comma, del D.Lgs. 468/97, cit., che deve essere rivalutato dal 1° gennaio di ciascun anno nella misura dell'80 per cento della variazione annuale dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati e, da ultimo, per il 2005, ammonta a 489,33 euro (senza la riduzione — pari all'importo derivante dall'applicazione delle aliquote contributive previste a carico degli apprendisti — di cui all'art. 26 L. 28 febbraio 1986, n. 41 *(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato; legge finanziaria 1986).*

Quanto alla compatibilità dell'assegno con altri redditi e trattamenti previdenziali, si rinvia all'art. 8 D.Lgs. 468/97, che, più in generale, regolamenta l'utilizzo nelle attività socialmente utili sotto profili qualificanti come malattia, assicurazione contro gli infortuni, riposi, assenze, permessi, diritti sindacali, riflessi previdenziali, etc.

Il rapporto è sempre a termine; in particolare, l'art. 4 D.Lgs. n. 81 del 2000 fissa una durata non superiore a sei mesi, rinnovabile una sola volta.

All'inizio il finanziamento dei lavori socialmente utili è stato posto a carico del Fondo per l'occupazione (D.L. 148/93, cit.), nei limiti delle risorse destinate allo scopo, ripartite, a cura del Ministero del Lavoro, su base regionale in funzione della gravità degli squilibri dei mercati locali del lavoro.

Successivamente il metodo di rilevazione dei bisogni territoriali è stato modificato in senso proporzionale al numero dei disoccupati e dei soggetti in cerca di prima occupazione, rilevato dall'ISTAT nell'anno precedente in ciascuna regione, d'intesa fra il Ministero la Conferenza permanente per i rapporti Stato-Regioni.

Un ulteriore aggiustamento si deve al D.Lgs. n. 81 del 2000, cit., che ha ancorato il criterio di ripartizione alle somme erogate dall'I.N.P.S. nel corso del 1999 per assegni e sussidi ai soggetti impegnati in L.S.U. per progetti di competenza regionale.

In caso di rinnovo del rapporto il Fondo per l'occupazione copre soltanto il 50% dell'ammontare dell'assegno erogato ai lavoratori; l'altra metà è a carico dei soggetti utilizzatori (art. 4 D.Lgs. n. 81/2000).

La materia è di competenza del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in particolare, quanto ai lavoratori socialmente utili appartenenti al c.d. bacino nazionale o platea.

La gestione dei lavori socialmente utili è demandata alle Regioni, che agiscono sulla base di convenzioni con il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

Sono previste varie misure per favorire la stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili: incentivi per le imprese e le amministrazioni pubbliche che li assumono, finanziamenti per l'avvio di attività autonome, titoli di preferenza per le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni (un esempio a noi vicino è rappresentato dalla L. 18 agosto 2000, n. 242, *Autorizzazione al Ministero della giustizia a stipulare contratti di lavoro a tempo determinato con soggetti impiegati in lavori socialmente utili, al fine di garantire l'attuazione della normativa sul giudice unico di primo grado,* che prevedeva la possibilità di stipulare sino a 1850 contratti della durata di diciotto mesi).

Le Regioni possono anche finanziare con proprie risorse progetti di lavori socialmente utili (cosiddetti lavoratori socialmente utili autofinanziati) ed erogare incentivi per la stabilizzazione degli stessi in aggiunta a quelli finanziati dallo Stato.

Il coordinamento fra tali competenze non è agevole e procura alcuni inconvenienti.

Un dissidio potenzialmente impediente è stato di recente composto da Corte Cost. 8 giugno 2005, n. 219, che ha statuito l'incostituzionalità dell'art. 3, commi 76° e 82°, L. 24 dicembre 2003, n. 350 *(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato; legge finanziaria 2004),* nella parte in cui, nell'autorizzare il Ministro del lavoro a prorogare le convenzioni con i comuni per lo svolgimento di lavori socialmente utili nonché a stipulare nuove convenzioni direttamente con i comuni, durante l'anno 2004, non prevede alcuno strumento idoneo a garantire una leale collaborazione tra Stato e Regioni.

Tale pronuncia muove da un'altra definizione dei lavoratori socialmente utili anch'essa illuminante quanto all'essenza del fenomeno e alla sua finalità.

Secondo il giudice della legge, la normativa in materia tende ad alleviare, in particolare, le difficoltà di inserimento nel mondo del lavoro e a fronteggiare situazioni di bisogno conseguenti alla perdita dell'occupazione, prevedendo la corresponsione ai soggetti impiegati in lavori socialmente utili di somme di danaro, che ben possono essere accostate, sotto il profilo della natura latamente previdenziale, all'indennità di disoccupazione o di mobilità o al trattamento di integrazione salariale.

In conseguenza, è evocata sia la materia delle politiche sociali, di sicuro ricompresa nella competenza regionale residuale di cui al quarto comma dell'art. 117 della

Costituzione, sia quella della previdenza sociale, attribuita invece alla competenza esclusiva dello Stato dal secondo comma, lettera "o", dello stesso articolo.

Per concludere, si segnala che norma fondamentale, ai fini della ricostruzione della disciplina, è l'art. 10 D.Lgs. n. 81 del 2000, cui si rinvia, contenente, in particolare, l'elenco degli articoli del D.Lgs. 468/97 56espressamente abrogati.

(II) — Art. 8 D.Lgs. n. 468 del 1997, disciplina dell'utilizzo (testo).

Ad integrazione della nota introduttiva di questo capitolo, si riporta, per comodità di consultazione, l'**art. 8 D.Lgs. n. 468 del 1997.**

L'utilizzazione dei lavoratori nelle attività di cui all'articolo 1 non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità.

I lavoratori utilizzati, percettori di trattamenti previdenziali di cui all'articolo 4, comma 1, lettere c) e d) , sono impegnati per l'orario settimanale corrispondente alla proporzione tra il trattamento stesso e il livello retributivo iniziale, calcolato al netto delle ritenute previdenziali ed assistenziali, previsto per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto promotore dell'intervento e comunque per non meno di 20 ore settimanali e per non più di 8 ore giornaliere. Nel caso di impegno per un orario superiore, entro il limite del normale orario contrattuale, ai lavoratori compete un importo integrativo corrispondente alla retribuzione oraria relativa al livello retributivo iniziale, calcolato detraendo le ritenute previdenziali ed assistenziali previste per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto utilizzatore.

Ai lavoratori utilizzati nelle attività di lavori socialmente utili ovvero nelle attività formative previste nell'ambito dei progetti e non percettori di trattamenti previdenziali, compete un importo mensile di lire 800.000, denominato assegno per i lavori socialmente utili. Tale assegno è erogato dall'INPS previa certificazione delle presenze secondo le modalità fissate dall'INPS a cura dell'ente utilizzatore e per esso trovano applicazione, in quanto non diversamente disposto, le disposizioni in materia di indennità di mobilità. I lavoratori sono impegnati per un orario settimanale di 20 ore e per non più di 8 ore giornaliere. Nel caso di impegno per un orario superiore, ai lavoratori compete il corrispondente importo integrativo di cui al comma 2.

L'assegno per i lavori socialmente utili è cumulabile con i redditi relativi ad attività di lavoro autonomo di carattere occasionale e di collaborazione continuata e coordinata, iniziate successivamente all'avvio del progetto. Ai fini delle presenti disposizioni, per attività di lavoro occasionale si intendono quelle svolte per il periodo massimo previsto per il mantenimento dell'iscrizione nella prima classe delle liste di collocamento e nei limiti di lire 7.200.000 lorde percepite, nell'arco temporale di svolgimento del progetto, condizioni risultanti da apposita documentazione. L'assegno è, altresì, cumulabile con i redditi da lavoro dipendente a tempo determinato parziale, iniziato successivamente all'avvio del progetto, nei limiti di lire 600.000 mensili, opportunamente documentati. L'assegno è, invece, incompatibile con lo svolgimento di attività di

lavoro subordinato con contratto a termine a tempo pieno. In tale caso, l'ente utilizzatore potrà valutare la possibilità di autorizzare un periodo di sospensione delle attività di lavori socialmente utili per il periodo corrispondente, dandone comunicazione alla sede INPS territorialmente competente. Le attività di lavoro autonomo o subordinato non devono in ogni caso essere di pregiudizio allo svolgimento delle attività di lavori socialmente utili o incompatibili con le attività medesime, secondo la valutazione del soggetto utilizzatore.

L'assegno per i lavori socialmente utili è incompatibile con i trattamenti pensionistici diretti a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, degli ordinamenti sostitutivi, esonerativi ed esclusivi dell'assicurazione medesima, nonché delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi, e con i trattamenti di pensionamento anticipato. In caso di avvio alle attività di lavori socialmente utili i titolari di assegno o di pensione di invalidità possono optare per il trattamento di cui al comma 3. Sono invece cumulabili con il trattamento di cui al predetto comma 3, gli assegni e le pensioni di invalidità civile nonché le pensioni privilegiate per infermità contratta a causa del servizio obbligatorio di leva.

L'importo integrativo. di cui ai commi 2 e 3 è a carico del soggetto utilizzatore ed è corrisposto per le giornate di effettiva presenza.

I lavoratori che usufruiscono del trattamento di disoccupazione ordinaria con requisiti normali, se avviati a progetti di lavori socialmente utili con le modalità di cui all'articolo 6, comma 2, possono optare per il trattamento di cui al comma 3 del presente articolo. In caso contrario essi possono essere utilizzati alle medesime condizioni dei lavoratori percettori di trattamento previdenziale di cui al comma 2 del presente articolo.

Con decorrenza dal 1° gennaio 1999 l'assegno viene rivalutato nella misura dell'80 per cento della variazione annuale ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati.

I soggetti utilizzatori attuano idonee forme assicurative presso l'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) contro gli infortuni e le malattie professionali connesse allo svolgimento della attività lavorativa, nonché per la responsabilità civile verso terzi.

Le attività di cui al comma 1 sono organizzate in modo che il lavoratore possa godere di un adeguato periodo di riposo, entro i termini di durata dell'impegno. Durante i periodi di riposo è corrisposto l'assegno.

Le assenze per malattia, purché documentate, non comportano la sospensione dell'assegno. I soggetti utilizzatori stabiliscono tra le condizioni di utilizzo il periodo massimo di assenze per malattia compatibile con il buon andamento del progetto.

Le assenze dovute a motivi personali, anche se giustificate, comportano la sospensione dell'assegno. E facoltà del soggetto utilizzatore concordare l'eventuale recupero delle ore non prestate e in tal caso non viene operata detta sospensione.

Nel caso di assenze protratte e ripetute nel tempo che compromettano i risultati del progetto, è facoltà del soggetto utilizzatore richiedere la sostituzione del lavoratore.

Nel caso di assenze per infortunio o malattia professionale al lavoratore viene corrisposto l'assegno per le giornate non coperte dall'indennità erogata dall'INAIL e

viene riconosciuto il diritto a partecipare alle attività progettuali al termine del periodo di inabilità.

(Omissis) (1).

Ai lavoratori impegnati a tempo pieno in lavori socialmente utili sono riconosciuti, senza riduzione dell'assegno, i permessi di cui all'articolo 10 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204.

L'assegno è erogato anche per le assenze di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104.

I lavoratori impegnati in lavori socialmente utili possono partecipare, con diritto alla corresponsione dell'assegno, alle assemblee organizzate dalle organizzazioni sindacali, nei casi ed alle condizioni previste per i dipendenti del soggetto utilizzatore.

Per i periodi di impegno nelle attività di lavori socialmente utili per i quali è erogato l'assegno di cui al comma 3, trova applicazione il riconoscimento d'ufficio di cui al comma 9 dell'articolo 7 della legge 23 luglio 1991, n. 223, ai soli fini dell'acquisizione dei requisiti assicurativi per il diritto al pensionamento. È comunque consentita la possibilità di riscatto dei periodi di utilizzazione nei lavori socialmente utili ai fini pensionistici, ai sensi della normativa vigente in materia, con particolare riguardo agli articoli 5 e seguenti del decreto legislativo 30 aprile 1997, n. 184.

(1) Comma abrogato dall'art. 86, d.lg. 26 marzo 2001, n. 151.

(III) — Lavori di pubblica utilità e borse di lavoro.

Una variante territoriale dei L.S.U. sono i **lavori di pubblica utilità** e le **borse di lavoro** di cui al D.Lgs. 7 agosto 1997, n. 280 *(Attuazione della delega conferita dall'art. 26 della legge 24 giugno 1997, n. 196, in materia di interventi a favore di giovani inoccupati nel Mezzogiorno),* promossi dal Ministero del Lavoro, sentite le regioni e le province interessate, in base ad un piano straordinario da attuare nelle regioni Sardegna, Sicilia, Calabria, Campania, Basilicata, Puglia, Abruzzo e Molise e nelle province di Massa Carrara, Frosinone, Roma, Latina, Viterbo, che hanno registrato un tasso medio annuo di disoccupazione nel 1996 superiore alla media nazionale.

Tale piano è destinato a giovani di età ricompresa tra i 21 e i 32 anni, iscritti da più di trenta mesi nelle liste di collocamento.

Il requisito dell'età deve essere posseduto al 31 ottobre 1997, tuttavia, non sono esclusi dalla fruibilità del beneficio i soggetti che, a quella data, abbiano già compiuto il trentaduesimo anno di età, purché non abbiano ancora compiuto il trentatreesimo anno, rimanendo trascurabili, ai fini del computo, le frazioni di anno (Cass., sez. lav., 26 maggio 2004, n. 10169).

La durata dell'impegno nei lavori di pubblica utilità e nelle borse di lavoro non può comunque essere superiore a dodici mesi.

I lavori di pubblica utilità sono attivati nei settori dei servizi alla persona, della salvaguardia e della cura dell'ambiente e del territorio, dello sviluppo rurale e dell'acquacoltura, del recupero e della riqualificazione degli spazi urbani e dei beni culturali.

Per tali prestazioni non opera la rivalutazione annuale né l'aumento di cui all'articolo 45, nono comma, L. 144/99, cit.; il relativo assegno resta pertanto fissato in euro 413,16 mensili (circolare I.N.P.S. n. 26 del 14 febbraio 2005).

Un ulteriore distinguo, peraltro, va fatto fra i lavori di pubblica utilità e le borse di lavoro, atteso che queste ultime, finalizzate ad agevolare l'inserimento professionale dei giovani privi di occupazione, si collocherebbero a metà strada fra la formazione e il lavoro, sicchè non sarebbero inquadrabili nella materia previdenziale, non venendo in rilievo un rapporto contributivo, né in quella dell'assistenza obbligatoria, che prescinde da una prestazione lavorativa ed è caratterizzata dall'elargizione di sussidi e benefici, cui non corrisponde lo svolgimento di alcuna attività lavorativa da parte del destinatario.

La conseguenza alla quale, per tal via, è pervenuta Cass., sez. lav., 16 maggio 2005, n. 10170, è che la controversia circa l'erogazione del compenso derivante dall'attuazione del progetto per borse di lavoro non rientra nella competenza funzionale del giudice del lavoro, ma in quella del giudice ordinario secondo il valore e, quindi, in primo grado, anche del giudice di pace.

(IV) — Diritti soggettivi.

Dalla disciplina dei L.S.U. derivano alcuni **diritti soggettivi** dei lavoratori, tutelabili in sede di giurisdizione ordinaria.

Il primo, perfetto, nasce dal possesso dei requisiti di legge.

Nel caso deciso da Cass., sez. un., 24 aprile 2002, n. 6035, si discuteva, in particolare, del presupposto soggettivo della residua durata del trattamento di mobilità, nella specie (riguardante un collaboratore ragioniere assegnato dal Ministero della Giustizia ad un progetto interregionale), inferiore rispetto a quella (dodici mesi) fissata per il progetto socialmente utile con l'atto amministrativo generale; presupposto che, negato dall'atto applicativo *ad personam,* aveva comportato l'esclusione dell'interessato, procurando a quest'ultimo una lesione che la Suprema Corte ha ritenuto giustiziabile mediante il sistema della cognizione-disapplicazione incidentale del provvedimento attuativo non conforme alla legge.

In una vicenda analoga, Cass., sez. lav., 7 dicembre 2002, n. 17459, facendo leva anche sulla decorrenza dell'impiego rimessa all'arbitrio della pubblica amministrazione, ha anch'essa riconosciuto il diritto soggettivo pieno che matura a seguito del provvedimento di assegnazione e ha come oggetto l'effettiva utilizzazione da parte degli organi del Ministero e del soggetto gestore.

Si può, quindi, enunciare la regola che non è ostativa l'eventuale maggior durata del periodo di occupazione in L.S.U. rispetto a quello di mobilità o di cassa integrazione, dovendo al contrario la prestazione comunque avere inizio.

Questione ulteriore è se l'utilizzazione debba cessare alla scadenza del periodo di mobilità o di cassa integrazione.

Nelle ipotesi di sfasatura cronologica fra i suddetti trattamenti, l'art. 1, decimo

comma, del D.L. n. 510 del 1996, cit., prevede che, al fine di consentire il prosieguo dell'utilizzazione in lavori socialmente utili dei soggetti nei cui confronti cessino i trattamenti di cassa integrazione o di mobilità, agli stessi compete un sussidio pari al 64% dell'importo della C.I.G.S. fino al completamento del progetto e comunque per un periodo non superiore a dodici mesi dalla predetta cessazione.

Per godere di questa agevolazione, tuttavia, è necessario che la fattispecie rientri tra i criteri e le priorità determinate dalla commissione regionale per l'impiego e nei limiti delle risorse finanziarie assegnate ad ogni regione.

Entrando nel merito dei requisiti per l'ammissione al beneficio, merita qui segnalazione la sancita illegittimità dell'incremento degli stessi ad iniziativa dell'amministrazione interessata.

In particolare, Cass., sez. lav., 26 luglio 2001, n. 10248, con riferimento al quadro normativo retto dall'art. 14 D.L. 299/94, ha statuito che va disapplicata la clausola relativa al possesso di un determinato titolo di studio (nella specie, diploma di laurea in materie economiche), in quanto prevedente criteri di scelta sostitutivi o aggiuntivi rispetto a quelli già precisati dalla legge e dal decreto ministeriale di approvazione del progetto.

Un altro diritto soggettivo dei lavoratori socialmente utili, per la mancanza nell'ente pubblico di qualsiasi discrezionalità sull'*an* e sul *quantum,* concerne gli emolumenti previsti dalla legge, anche se gli stessi hanno natura previdenziale e non retributiva, siccome rivenienti da una attività svolta per la realizzazione di un interesse di carattere generale: Cass., sez. un., 26 novembre 2004, n. 22276, che, alla stregua del criterio del *petitum* sostanziale, ha indicato la giurisdizione del giudice ordinario del lavoro e ha confermato la spettanza del trattamento con maggiorazione di interessi e rivalutazione monetaria.

Ancora: sul presupposto dell'esistenza di un rapporto di servizio, il diritto soggettivo alla stabilizzazione del rapporto presso l'originario ente utilizzatore, ricorrendone i presupposti, è stato configurato da Cass., sez. un., 22 settembre 2003, n. 14070, al pari degli altri, anche in capo ai lavoratori impiegati in lavori socialmente utili e trasferiti ad enti diversi ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 81 del 2000, cit.; tanto più che l'oggetto di tale posizione soggettiva è rappresentato dall'assunzione previo espletamento di una procedura di selezione e non di un concorso in senso stretto, secondo la distinzione operata dall'art. 35 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 *(Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche),* rilevante ai fini del riparto di giurisdizione *ex* art. 63 dello stesso decreto (sulla forza di questo argomento, però, potrebbe incidere negativamente il *decisum,* di poco successivo, di Cass, sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403, secondo cui il concorso costitutivo del rapporto di pubblico impiego, i successivi concorsi per le promozioni e le prove selettive in genere hanno natura comune e tutte le controversie relative sono devolute al giudice amministrativo).

Infine, pure le lavoratrici impegnate nei progetti di lavori socialmente utili hanno diritto alla tutela della maternità; pertanto, se non godono di una precedente copertura assicurativa spetta loro, per i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro per maternità, un'indennità a carico dell'I.N.P.S. pari all'80% dell'importo dell'assegno, in base a quanto espressamente previsto dall'art. 8, comma quindicesimo, del D.Lgs. n. 468

del 1997, che effettua una ricognizione di un principio già presente nell'ordinamento (Cass., sez. lav., 21 luglio 2004, n. 13554).

(V) — Non instaurazione di un rapporto di lavoro.

L'utilizzazione dei lavoratori nelle attività socialmente utili **non** determina l'**instaurazione di un rapporto di lavoro** e non comporta la sospensione e la cancellazione dalle liste di collocamento o dalle liste di mobilità.

Questa duplice precisazione da parte dell'art. 8, primo comma, D.Lgs. 468/97, cit., ribadisce lo specifico e chiaro divieto di trasformazione, in alcun tipo di rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche interessate, dell'utilizzazione temporanea dei lavoratori in C.I.G.S. (in attività non incompatibili con la loro professionalità, per opere o servizi di pubblica utilità, ovvero, quali istruttori, per iniziative di formazione professionale), posto, molti anni prima, dall'art. 1 del menzionato D.L. 244/81.

Le precauzioni legislative nella materia dei rapporti di lavoro temporanei e speciali con le pubbliche amministrazioni, del resto, sono numerose e anche più risalenti.

L'art. 5, commi quindicesimo e diciassettesimo, del D.L. 10 novembre 1978, n. 702 *(Disposizioni in materia di finanza locale),* convertito nella L. 638 gennaio 1979, n. 3, in particolare, ha stabilito che l'assunzione di personale straordinario da parte di comuni, province, consorzi e rispettive aziende, può avvenire per sopravvenute esigenze eccezionali e per un periodo non superiore a novanta giorni (nell'anno solare), al compimento del quale il rapporto di lavoro è risolto di diritto, e ha comminato, inoltre, la nullità dei provvedimenti di assunzione temporanea o di conferma in servizio adottati in violazione delle disposizioni dello stesso articolo.

Più in generale, è *ius receptum* che, in ossequio al precetto di cui all'art. 97 della Costituzione, sono imperative le disposizioni di legge le quali impongono l'assunzione dei pubblici impiegati mediante concorso (Cass., sez. lav., 12 novembre 2002, n. 15880).

Esclusa senz'altro la trasformazione in rapporti di pubblico impiego, come ha ripetuto anche l'art. 4 D.Lgs. n. 81 del 2000, *quid iuris,* allora, nel caso in cui lavoratori qualificati e remunerati come socialmente utili, invece, svolgano compiti esorbitanti, per qualità e/o quantità, rispetto al progetto di riferimento?

Una prima risposta potrebbe consistere nell'applicazione della disciplina dettata dall'art. 2126 cod. civ., che, sul presupposto della violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, inficianti la validità del contratto, fa salvi gli effetti del rapporto, esclusivamente ai fini retributivi, per il periodo in cui la prestazione lavorativa risulta erogata di fatto.

Secondo questa opzione interpretativa, i lavoratori socialmente utili avrebbero diritto (salvi i casi — assai improbabili — di illiceità dell'oggetto o della causa) soltanto ad un maggior compenso da parte dell'ente, cui il rapporto fa capo in virtù del principio dell'immedesimazione organica (ferma restando l'obbligazione risarcitoria degli amministratori e dei funzionari responsabili nei confronti dell'ente stesso: Cass., sez. lav., ord., 2 maggio 2003, n. 6699).

Non sembra che un contributo alla soluzione del problema possa venire da Cass., sez. lav., 19 novembre 2004, n. 21936, la cui massima ufficiale risulta più ampia del *decisum,* consistente, in realtà, nella piana affermazione che l'utilizzo temporaneo dei cassintegrati in lavori socialmente utili non può qualificarsi come rapporto di lavoro subordinato, nè a termine, nè a tempo indeterminato.

La pronuncia è comunque interessante, perché rileva la specialità del rapporto dedotto in lite (ai sensi dell'art. 3 D.L. 366/87, cit.), con una matrice assistenziale e una componente formativa diretta alla riqualificazione del personale per una possibile ricollocazione, ma è stata resa in una vicenda in cui nessuna anomalia era stata denunciata nella concreta attuazione dell'iniziativa per l'occupazione in lavori socialmente utili, sicchè la prospettazione attorea in termini di subordinazione era apodittica e senz'altro infondata.

Una riflessione più articolata, che meglio corrisponde all'oggettiva complessità del fenomeno, dà contenuto all'ampia motivazione di Cass. n. 11632 del 2004, cit., che, in una controversia in cui, invece, si discuteva dell'espletamento di una vera e propria prestazione lavorativa subordinata resa nel contesto di un progetto di L.S.U., è pervenuta all'esclusione sia di una copertura costituzionale dell'adeguatezza dell'assegno sia di disposizioni positive di fonte primaria regolatrici di un tale meccanismo.

Qui interessa soprattutto il ragionamento che ha fatto maturare e legittima tale conclusione, basato sul raccordo, *ex* art. 8 D.Lgs. 468/97, fra il trattamento erogato dall'I.N.P.S. e l'importo integrativo a carico dei soggetti utilizzatori della prestazione, spettante in caso di occupazione in misura superiore a quella fissata nel progetto.

Secondo la Corte Regolatrice, la prima componente costituisce una misura di carattere assistenziale a sostegno del reddito di chi non è in grado autonomamente di entrare (o rientrare) nel circuito delle attività di lavoro, avente cifra fissa, cioè quantitativamente insensibile all'impegno profuso sia in termini di orario di lavoro che di mansioni; l'integrazione pecuniaria, il cui pagamento incombe a chi si avvantaggia della prestazione erogata dai lavoratori socialmente utili, invece, è variabile proprio in ragione dell'eventuale maggior impegno di questi ultimi e, quindi, presenta natura retributiva.

Pertanto, nell'ipotesi in cui la prestazione resa nel contesto di un progetto di L.S.U. abbia in concreto le caratteristiche di una prestazione lavorativa subordinata (evenienza questa che di norma non dovrebbe verificarsi, ma che non può escludersi che accada nella realtà fattuale), il rispetto del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex* art. 36 Cost. è assicurato dalla suddetta parte economica variabile.

Gli ancoraggi di questa tesi sono saldi: a) non è consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a relazioni negoziali che oggettivamente abbiano tale natura (Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121; Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 115; Cass., sez. lav., 20 novembre 1998, n. 11756; c.d. indisponibilità del tipo negoziale); b) non può permettersi in alcun caso che l'istituto dei L.S.U. legittimi un lavoro sottopagato.

Se, in definitiva, un *quid pluris* spetta, in forza della legge speciale ispirata all'art. 36 Cost., ai soggetti impiegati oltre l'ordinaria previsione di impegno, con obbligazione gravante sul soggetto utilizzatore, resta aperta la questione di quale possa essere la latitudine dell'intervento perequativo così configurabile anche nel peculiare comparto dei L.S.U..

Si pensi innanzitutto alla tradizionale disputa circa le voci retributive indispensabili ad integrare il c.d. corrispettivo costituzionale e le componenti salariali di matrice negoziale, queste ultime non computabili mediante l'applicazione giurisprudenziale indiretta degli istituti e delle tabelle del C.C.N.L. di categoria; discussione che le specificità della situazione di riferimento potrebbero rinfocolare, arricchendola di ulteriori aspetti problematici.

Bisogna poi tener conto del complicato metodo di calcolo e dei limiti fissati dall'art. 8 D.Lgs. 468/97, cit., secondo cui l'impegno normale dei lavoratori socialmente utili consiste in un orario settimanale corrispondente alla proporzione fra il trattamento previdenziale di cui essi siano titolari (indennità di mobilità, disoccupazione speciale, C.I.G.S. a zero ore) e il livello retributivo iniziale dei dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto promotore dell'intervento e comunque per non meno di venti ore settimanali e per non più di otto ore giornaliere.

Il compenso integrativo a carico dell'utilizzatore — precisa la norma in esame — spetta soltanto nel caso di impegno per un orario superiore a quello come sopra determinato, ma: 1) entro il limite del normale orario contrattuale; 2) in misura corrispondente soltanto alla retribuzione oraria relativa al livello retributivo iniziale, conteggiata, per di più, previa detrazione delle ritenute previdenziali e assistenziali previste per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso la medesima azienda o amministrazione.

Anche al lavoratore il quale non sia percettore di alcun trattamento previdenziale in corso spetta un compenso integrativo nel caso di impegno per un orario superiore a quello massimo previsto di venti ore a settimana (delle quali non più di otto al giorno).

Tuttavia, concludendo, una risposta appagante al quesito di partenza, che — conviene ricordare — riguarda l'ipotesi di un maggior lavoro non solo sotto il profilo quantitativo ma anche per effetto dell'espletamento di mansioni superiori, sembra confezionabile soltanto mediante un'applicazione del criterio perequativo — quello che sia ritenuto applicabile — anche oltre i suddetti confini del compenso integrativo previsto dalla legge.

Il campo, però, è minato, almeno in relazione ai casi in cui l'utilizzatore sia una pubblica amministrazione, mentre la soluzione del problema potrebbe risultare più agevole quando il progetto di L.S.U. avvantaggi un operatore economico avente diversa natura giuridica.

(VI) — Prepensionamento.

Fra altre questioni affrontate solo occasionalmente, maggior riscontro nella giurisprudenza di legittimità ha avuto il tema del **prepensionamento** degli addetti a lavori socialmente utili.

Mediante l'intervento ministeriale in forma di decreto disciplinato dall'art. 12, ottavo comma, D.Lgs. 468/97, è possibile destinare una parte delle risorse del Fondo per l'occupazione per la concessione di un contributo a fondo perduto a fronte dell'onere

relativo al proseguimento volontario della contribuzione ovvero all'erogazione anticipata del trattamento relativo all'anzianità maturata.

Tale ausilio, menzionato dal quinto comma, lett "a", del medesimo art. 12 D.Lgs. 468/97, mira a favorire il raggiungimento dei trattamenti pensionistici nel caso in cui ai lavoratori manchino meno di cinque anni alla maturazione dei requisiti per il pensionamento di anzianità o di vecchiaia.

Così enunciata l'oggettiva consistenza della regola, il problema che si è posto ripetutamente attiene al profilo soggettivo dei destinatari.

In proposito, l'indicazione normativa sta nel primo comma dell'art. 12, D.Lgs. 468/97, secondo cui beneficiari possono essere i lavoratori impegnati o che siano stati impegnati, entro la data del 31 dicembre 1997, per almeno 12 mesi, in progetti approvati ai sensi dell'art. 1, comma 1, del D.L. 510/96, cit., nonché nell'art. 2 D.Lgs. n. 81 del 2000, cit., che — si è accennato nel primo paragrafo — ha ridefinito la platea dei soggetti utilizzati, riferendo al periodo dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1999 la maturazione dei dodici mesi di permanenza in progetti di L.S.U..

Interpretando, in particolare, quest'ultima articolata disposizione, la Suprema Corte ha escluso (dal godimento del contributo a fondo perduto finalizzato al prepensionamento) sia i lavoratori che abbiano completato nell'anno 2000 i prescritti dodici mesi di occupazione (Cass., sez. lav., 7 giugno 2005, n. 11781) sia i lavoratori, titolari di trattamenti previdenziali, direttamente utilizzati da amministrazioni pubbliche in attività socialmente utili ai sensi degli artt. 7 e 1, lett. d), D.Lgs. 468/97 (Cass., sez. lav., 18 agosto 2004, n. 16185).

Né tale seconda esclusione suscita dubbi di legittimità costituzionale, giacché il diverso trattamento risulta giustificato dalla titolarità di una prestazione previdenziale in capo ai lavoratori utilizzati direttamente dalle pubbliche amministrazioni, che garantisce in ogni caso il reddito e talora può consentire, come nel caso della cosiddetta mobilità lunga, ai lavoratori in possesso dei prescritti requisiti di anzianità e di contribuzione, di percepire l'indennità sino alla maturazione dei trattamenti di vecchiaia e anche di anzianità (Cass., sez. lav., 14 agosto 2004, n. 15905).

Per completare il discorso, si segnala che l'art. 78, quinto comma, L. 23 dicembre 2000, n. 388 *(Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello stato; legge finanziaria 2001),* ha cambiato la disciplina nel senso che sono stati ammessi al prepensionamento anche i lavoratori utilizzati direttamente dalle pubbliche amministrazioni, ma alla condizione (in aggiunta alle altre tipiche della fattispecie, dianzi enunciate) che, alla data del 31 dicembre 1999, siano esclusi da ogni trattamento previdenziale.

Ciò che — ha argomentato *a contrario* la Corte di legittimità nelle due menzionate sentenze del 2004 — conferma vuoi la precedente esclusione vuoi la ragione che la sorreggeva.

Peraltro, un diverso rapporto, in particolare, fra mobilità lunga e attività in L.S.U. risulta configurato da Cass., sez. lav., 9 febbraio 2005, n. 2565, secondo cui i lavoratori che beneficiano del trattamento di mobilità sino alla data di maturazione del diritto alla pensione di anzianità e abbiano svolto lavori socialmente utili per un periodo di almeno dodici mesi, ricorrendone i presupposti, possono fruire del diverso trattamento previsto dall'art. 12, comma quinto del D.Lgs. n. 468 del 1997 (comprendente: l'imme-

diato collocamento in pensione con trattamento pensionistico ridotto commisurato all'effettiva anzianità contributiva; l'ammissione alla contribuzione volontaria per il periodo mancante alla maturazione della pensione di anzianità; l'erogazione di un contributo a fondo perduto a fronte dell'onere relativo al proseguimento volontario della contribuzione), fermo restando il carattere alternativo dei due trattamenti (altrimenti si avrebbe, da un lato, una duplicazione contributiva e, dall'altro, il cumulo fra indennità di mobilità e pensione di anzianità anticipata) e, quindi, la necessità di una preventiva rinuncia alla prestazione *ex lege* 223/91.

LE PRESTAZIONI DI GRAVIDANZA

(I) — Guida I.N.P.S. sulla maternità: addizioni e precisazioni.

Sebbene venga presentata come un documento soltanto divulgativo, la **guida I.N.P.S. sulla maternità,** che si può leggere (in formato PDF, mediante Adobe Reader) nel sito dell'istituto previdenziale (www.inps.it), contiene indicazioni numerose e precise, con aggiornamento all'attualità.

Pertanto, il quarto tema di questa relazione, che non ha connessioni con i precedenti tre, ben può essere proposto attingendo da tale fonte ufficiale, peraltro, con le necessarie **addizioni e precisazioni.**

La tutela della maternità è un principio fondamentale sancito, sotto il profilo dei rapporti economici, dall'articolo 37 della Costituzione, che, fissato il principio della medesimezza dei diritti e della retribuzione a parità di impegno, impone al legislatore ordinario di apprestare condizioni di lavoro idonee a consentire l'adempimento della essenziale funzione familiare e ad assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.

Per condizioni di lavoro, quindi, bisogna intendere non soltanto la salubrità del luogo della prestazione e l'esigibilità di quest'ultima sotto il profilo dello sforzo fisico (alla stregua di *standard* cui ogni lavoratore subordinato ha diritto, la cui urgenza, però, è maggiore in determinate situazioni, tanto che il legislatore se ne è occupato già in epoca remota: L. 26 aprile 1934, n. 653, *Tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli*), ma anche il coacervo delle misure, lavoristiche, sociali e previdenziali, necessarie ad evitare che la maternità si risolva per la donna in un pregiudizio ovvero in un onere aggiuntivo, che ne aggravi la posizione nel mondo del lavoro rispetto agli altri addetti.

In ordine alle prestazioni previdenziali connesse alla gravidanza, deve segnalarsi innanzitutto che la maternità è stata tradizionalmente disciplinata mediante un'assimilazione del trattamento alle altre situazioni dalle quali scaturisce una temporanea incapacità di produrre reddito da lavoro.

Tale impostazione è evidente nell'art. 2110 cod. civ., che rinvia alle leggi speciali la disciplina dei diritti dei lavoratori nei casi di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio, ma si coglie pure nella normativa di cui all'art. 13 e seguenti della fondamentale L. 30 dicembre 1971, n. 1204 *(Tutela delle lavoratrici madri),* nonchè nei successivi interventi del legislatore, fra i quali spiccano la L. 8 marzo 2000, n. 53 *(Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città),* che ha novellato in molte parti la suddetta regolamentazione speciale della maternità, e il D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 *(Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53),* con le ulteriori precisazioni apportate dal D.Lgs. 23 aprile 2003, n. 115 *(Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, recante testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53),* cui si deve una riscritturazione complessiva della disciplina (tanto che l'art. 86 del D.Lgs. n. 151 del 2001 ha abrogato la L. 1204/71 e le successive modificazioni della stessa), nonchè una maggiore attenzione all'effettiva parità di ruoli all'interno della famiglia e all'avanzamento in carriera della lavoratrice madre (nel solco delle precedente L. 9 dicembre 1977, n. 903, *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*).

Il c.d. congedo di maternità, definito in precedenza "astensione obbligatoria", è una forma di tutela garantita durante la gravidanza e nei primi mesi di vita del bambino.

La legge vieta, infatti, di far lavorare le donne nei due mesi precedenti la data presunta del parto (astensione obbligatoria *ante partum*) e nei tre mesi successivi alla data effettiva del parto (astensione obbligatoria *post partum*).

L'astensione, peraltro, non è obbligatoria per le lavoratrici autonome (artigiane, commercianti, coltivatrici dirette, colone e mezzadre, imprenditrici agricole a titolo principale; per le quali vige una disciplina parzialmente differenziata a partire dalla L. 29 dicembre 1987, n. 546, *Indennità di maternità per le lavoratrici autonome)* e per le lavoratrici parasubordinate, che, sia pure in diversa misura, possono autogestirsi le modalità della prestazione lavorativa, adattandole responsabilmente alle proprie forze e alle esigenze del bambino (Cass., sez. lav., 19 marzo 1999, n. 2543).

Nel caso in cui la data effettiva del parto sia successiva a quella presunta, l'astensione obbligatoria *ante partum* è prolungata fino alla data della nascita effettiva del bambino.

Negli ultimi anni è stata introdotta la cosiddetta flessibilità dell'astensione obbligatoria, che consente alla lavoratrice dipendente di ritardare il periodo di assenza obbligatoria fino a un mese prima della data presunta del parto, e di potere così usufruire di quattro mesi di astensione obbligatoria dopo la nascita del bambino.

La flessibilità viene concessa a condizione che il medico specialista del Servizio Sanitario Nazionale (o con esso convenzionato) e il medico competente ai fini della prevenzione e tutela della salute nei luoghi di lavoro (il medico aziendale, nelle aziende dove è previsto un obbligo di sorveglianza sanitaria) attestino che ciò non può arrecare danno alla salute della madre o del bambino.

L'anticipazione del periodo di astensione dal lavoro con diritto all'indennità giornaliera, su domanda dell'interessata, può essere autorizzata in qualunque momento della

gravidanza, previo accertamento sanitario, in presenza di gravi complicazioni della gestazione o di patologie preesistenti che si presume possano aggravarsi.

Lo stesso può avvenire quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della gestante e del nascituro e la lavoratrice non possa essere adibita ad altre mansioni.

La Direzione provinciale del lavoro, su segnalazione del datore di lavoro, ha anche la facoltà di prorogare l'astensione obbligatoria dopo il parto, fino a un massimo di sette mesi, qualora sussistano rischi per la sicurezza e la salute della lavoratrice madre.

Indicativamente, l'indennità di maternità spetta alle lavoratrici subordinate in agricoltura, nell'industria, commercio, artigianato, terziario (credito, assicurazioni, spettacolo), pubblica amministrazione, servizi domestici, a domicilio, italiane all'estero (in paesi extracomunitari con cui sono in vigore accordi in materia di sicurezza sociale), nonché in cassa integrazione (ordinaria e straordinaria) e in mobilità (ma con sottrazione dei mesi di astensione obbligatoria e facoltativa dal computo del periodo coperto da tale trattamento: Cass., sez. lav., 19 febbraio 2000, n. 1947) e addette a lavori socialmente utili (anche se non vi sia una precedente copertura assicurativa: Cass., sez. lav., 21 luglio 2004, n. 13554).

Il trattamento economico di maternità compete pure alle lavoratrici autonome, alle lavoratrici parasubordinate, alle libere professioniste (per le quali la specifica normativa di riferimento ha preso il via dalla L. 11 dicembre 1990, n. 379, *Indennità di maternità per le libere professioniste*) e, in alcuni casi, alle madri disoccupate.

In tali comparti assumono particolare rilievo gli accertamenti ispettivi, che possono essere avviati anche d'ufficio.

Peraltro, in relazione alle libere professioniste iscritte a una cassa di previdenza e assistenza e alle lavoratrici autonome in genere, Cass., sez. lav., 13 luglio 1999, n. 7447, e Cass., sez. lav., 21 novembre 1998, n. 11818, hanno statuito che l'indennità di maternità, considerate le peculiari esigenze e caratteristiche dell'attività svolta, assai condizionata dalla presenza operativa della titolare, spetta pure se nei periodi di gravidanza e di puerperio non vi sia stata effettiva astensione.

Ad una notaia che si doleva di tale assetto normativo, differenziato rispetto al lavoro in regime di subordinazione, Corte Cost. 26 gennaio 1998, n. 3, ha risposto che le situazioni messe a confronto non sono comparabili.

Per quanto riguarda le lavoratrici assunte con contratto di formazione e lavoro, i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità e puerperio, determinando una sospensione del rapporto lavorativo, possono comportare la proroga del contratto, al solo fine di completare la formazione per un tempo pari a quello della sospensione.

I requisiti essenziali richiesti alle lavoratrici subordinate sono la gravidanza accertata, seguita dal parto, e un rapporto di lavoro subordinato in corso con diritto alla retribuzione e obbligazione contributiva a carico del datore di lavoro, mentre, tradizionalmente (art. 15, ultimo comma, L. 1204/71, cit.), non è richiesto un monte di contributi già versati.

A far maturare il diritto, *ex* art. 2126 primo comma, cod.civ., è sufficiente una prestazione di fatto (nella specie, alle dipendenze di una pubblica amministrazione in base a contratto poi travolto dall'annullamento degli atti della procedura concorsuale: Cass., sez. lav., 16 dicembre 2004, n. 23420).

D'altro canto, non è ostativa la preesistenza dello stato di gravidanza alla costituzione del rapporto di lavoro, anche a termine (Cass., sez. lav., 9 orrobre 1997, n. 9800).

Rimanendo nell'ambito del lavoro subordinato, per le lavoratrici agricole, invece, serve l'iscrizione per almeno 51 giornate negli elenchi nominativi dell'anno precedente la data di inizio del congedo obbligatorio di maternità (ma delle prestazioni in agricoltura si occupa specificamente la relazione affidata all'Avvocato dell'I.N.P.S. Cosimo Nicola Punzi).

Pure per le colf e le badanti è prevista una contribuzione-soglia, anche se versata in settori diversi da quello del lavoro domestico.

Peculiare è il requisito di accesso alla prestazione per le lavoratrici a domicilio, le quali sono tenute a riconsegnare al committente, all'inizio del periodo di congedo, tutte le merci e il lavoro avuto in consegna, anche se non ultimato, con la conseguenza che, qualora la riconsegna avvenga dopo l'inizio del periodo di congedo, l'indennità di maternità spetta a partire dal giorno successivo alla riconsegna.

Nell'ambito del lavoro non subordinato, oltre al parto, sono previsti requisiti contributivi sia per le lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'I.N.P.S. (parasubordinate o libere professioniste) sia per le lavoratrici autonome (artigiane, commercianti, coltivatrici dirette, colone e mezzadre, imprenditrici agricole a titolo principale).

Per tali categorie, tuttavia, si ammette il frazionamento dell'indennità relativa al periodo di astensione obbligatoria, che, quindi, è dovuta *pro quota,* qualora il rapporto assicurativo sia stato costituito in epoca successiva all'inizio dello stesso (Cass., sez. lav., 5 dicembre 2001, n. 15339).

Alle madri che abbiano cessato di lavorare (c.d. madri disoccupate) l'indennità spetta a condizione che tra la fine del rapporto di lavoro e l'inizio del periodo di congedo di maternità non siano trascorsi più di 60 giorni (termine che, tuttavia, resta sospeso per effetto della malattia alla data di risoluzione del rapporto di lavoro: Cass., sez. lav., 16 febbraio 2004, n. 2919) ovvero, se tale periodo sia stato superato, nel caso in cui la lavoratrice abbia diritto all'indennità di disoccupazione, ordinaria (ancorché c.d. ridotta *ex* art. 7 L. 160/88, cit.: Cass., sez. lav., 16 febbraio 2004, n. 2936; Cass., sez. lav., 2 settembre 2003, n. 12778) o speciale ovvero — come si è detto — sia in cassa integrazione o in mobilità.

L'art. 24 D.Lgs. n. 151 del 2001 vieta il cumulo fra i due trattamenti, ma Cass., sez. lav., 5 novembre 2004, n. 21218, ha chiarito che l'indennità di maternità spetta per tutto il periodo previsto per l'astensione obbligatoria dal lavoro, anche se nel frattempo è scaduto il limite entro il quale la donna avrebbe avuto diritto all'indennità di disoccupazione, ove tale prestazione non fosse stata sostituita da quella di maternità.

Il trattamento economico di maternità non è a carico dell'I.N.P.S. soltanto per le dipendenti dello Stato, provvedendovi l'amministrazione datrice di lavoro, e per le libere professioniste non iscritte alla gestione separata dell'I.N.P.S. bensì alle casse di previdenza ed assistenza di categoria, cui compete l'erogazione.

In caso di adozione o affidamento, il congedo di maternità può essere chiesto per i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso in famiglia del bambino, a condizione che quest'ultimo non abbia superato i sei anni di età, mentre, se si tratti di adozione o affidamento preadottivo internazionale, il limite si sposta ai diciotto anni di età dell'adottato o affidato.

L'aborto, entro il 180° giorno dall'inizio della gestazione, spontaneo o terapeutico, è considerato malattia e, quindi, dà diritto al relativo trattamento, consentendo, altresì, alla lavoratrice di astenersi dal lavoro il tempo necessario per il recupero delle condizioni fisiche sufficienti per la ripresa dell'attività lavorativa.

Invece, per le lavoratrici autonome, l'interruzione della gravidanza dopo il terzo mese comporta il pagamento dell'indennità di maternità per trenta giorni.

Se il parto è prematuro, verificandosi prima della data presunta ma dopo 180 giorni dall'inizio della gestazione, la lavoratrice ha diritto alla prestazione economica di maternità anche per i giorni di astensione obbligatoria non goduti prima del parto, che si aggiungono, quindi, al periodo spettante dopo la nascita.

Nel caso in cui il bambino nasca morto o deceda successivamente al parto, la lavoratrice ha comunque diritto alle prestazioni economiche per i tre mesi successivi al parto.

Come è noto, una delle forme più incisive di tutela della maternità è costituita dal divieto di licenziamento della lavoratrice (salvo i casi di giusta causa, cessazione dell'attività aziendale e scadenza del termine del contratto apposto al contratto di lavoro) dall'inizio della gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino, ma questo tema lavoristico esula dall'argomento della presente relazione.

Rimanendo sul versante previdenziale, bisogna, tuttavia, aggiungere che l'indennità di maternità spetta anche nel caso in cui la donna presenti le dimissioni nel medesimo periodo (dimissioni che, al fine di evitare la dissimulazione di un licenziamento, vanno comunicate per la loro convalida al Servizio Ispettivo del Ministero del Lavoro competente per territorio).

La prestazione economica di maternità è pari all'80% della retribuzione (per le lavoratrici dipendenti) o del reddito (nel caso delle lavoratrici iscritte alla gestione separata dell'I.N.P.S.); il metodo di calcolo del parametro di riferimento varia secondo la categoria lavorativa di appartenenza dell'assicurata.

Ai molti criteri che, quindi, sono applicabili *ex lege* corrispondono questioni anche più numerose, per cui non è possibile qui darne conto.

Tuttavia, un cenno va fatto al contenzioso delle libere professioniste e, in particolare, delle farmaciste, cui accede Cass., sez. lav., 20 gennaio 2005, n. 1102, secondo cui il riferimento al reddito percepito e denunciato ai fini fiscali dall'interessata (per l'esattezza, l'80% di cinque dodicesimi del reddito del secondo anno precedente a quello della domanda: art. 1, secondo comma, L. 379/90, cit.), vale anche per la titolare di farmacia, non rilevando la natura e la forma in cui viene in concreto esercitata l'attività professionale, che, pertanto, può essere svolta sia a mezzo di associazione o d'impresa professionale, sia in forma di collaborazione in regime d'impresa familiare.

Si tenga presente, peraltro, che il regime del calcolo della prestazione per le libere professioniste, nel tempo, è cambiato, essendosi passati dalla dicitura iniziale, dianzi riportata, a quella dell'art. 70 D.Lgs. n. 151 del 2001, cit., basato sulla stessa percentuale ma del solo reddito professionale percepito e denunciato ai fini fiscali come reddito da lavoro autonomo dalla libera professionista — ha infine disposto la L. 15 ottobre 2003, n. 289 *(Modifiche all'articolo 70 del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, in materia di indennità di maternità per le libere professioniste)* — nel secondo anno precedente a quello dell'evento (anziché della domanda).

Di regola, l'indennità viene corrisposta dal datore di lavoro, il quale anticipa il pagamento per conto dell'I.N.P.S. e poi lo conguaglia con il versamento dei contributi tramite il modello DM/10, ma sono contemplate ipotesi di pagamento diretto da parte dell'istituto previdenziale (lavoratrici stagionali, agricole, domestiche, parasubordinate, utilizzate in L.S.U.).

Sotto il profilo processuale, all'ipotesi ordinaria dovrebbe accompagnarsi la regola del litisconsorzio necessario, *ex* art. 102 c.p.c., fra datore di lavoro e I.N.P.S. (perchè l'obbligo di anticipazione del datore di lavoro in tanto esiste in quanto la prestazione sia effettivamente dovuta dall'istituto previdenziale; come tradizionalmente si ritiene in materia di indennità di malattia: Cass., sez. lav., 18 gennaio 2001, n. 669), ma non mancano pronunce di segno diverso (Cass., sez. lav. 15 dicembre 1997, n. 12673, che — forse perchè resa in una complessa fattispecie di licenziamento e pagamento di retribuzioni nonché dell'indennità di maternità — privilegia, in modo non convincente, l'argomento secondo cui la legge configura non la facoltà ma l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere ai suoi dipendenti le indennità di malattia e maternità, erroneamente pervenendo, per tal via, alla scissione delle posizioni dei due soggetti coinvolti nel meccanismo di erogazione dei predetti trattamenti previdenziali).

L'I.N.P.S., in qualità di sostituto d'imposta, effettua sull'indennità di maternità le trattenute IRPEF previste dalla legge.

Il periodo di congedo per maternità vale ai fini del calcolo dell'anzianità di servizio, con tutto ciò che ne deriva (maturazione ferie, mensilità aggiuntive, scatti di anzianità, progressioni di carriera e altri istituti sensibili previsti nei contratti collettivi di comparto), ed è utile per la pensione.

L'accredito della contribuzione, che è figurativa (perché non corrisponde ad un effettivo periodo di lavoro) viene curato dall'I.N.P.S. a titolo gratuito (siccome correlato ad una sospensione non imputabile della prestazione lavorativa) su richiesta della lavoratrice.

Nei casi di decesso o grave infermità della madre, abbandono del bambino da parte di quest'ultima o affidamento esclusivo al padre, la legge, per garantire comunque al neonato l'assistenza materiale e affettiva di un genitore, riconosce al padre il diritto di astenersi dal lavoro al posto della madre, usufruendo del congedo di paternità e della relativa indennità, pari all'80% della retribuzione.

Terminato il periodo di congedo per maternità, entrambi i genitori possono chiedere ulteriori periodi di assenza dal lavoro.

In ciò consiste il c.d. congedo parentale (astensione facoltativa), fruibile, continuativamente o in modo frazionato, sino agli otto anni di età del bambino, per sei mesi per la madre e altrettanti per il padre, ma complessivamente nel limite di dieci mesi, che si applica pure quando sia un solo genitore a prendersi cura del figlio.

Anche i genitori adottivi o affidatari possono usufruire del congedo parentale e i limiti di età del bambino (che può non essere un neonato) sono superiori a quelli previsti per i figli biologici.

Tale disciplina riguarda pure ciascun figlio nato da parto gemellare o plurigemellare nonché le adozioni e gli affidamenti di più minori il cui ingresso in famiglia avvenga insieme.

I due genitori possono utilizzare il congedo parentale anche contemporaneamente.

Requisito condizionante è la titolarità di un rapporto di lavoro dipendente dall'inizio e durante il periodo di astensione facoltativa.

Alcune categorie di lavoratori subordinati, però, sono escluse dal beneficio, come, per esempio, i lavoratori a domicilio.

Le lavoratrici autonome (commercianti, artigiane, coltivatrici dirette, colone e mezzadre) hanno diritto ad una astensione facoltativa parimente motivata ma in minor misura (un massimo di tre mesi entro il primo anno di vita del bambino).

La malattia del genitore sospende il periodo di congedo parentale.

L'importo del trattamento economico, spettante, fino al terzo compleanno del figlio biologico, per un periodo di astensione facoltativa di massimo sei mesi complessivi tra i genitori, è pari al 30% della retribuzione media globale giornaliera, ma estensioni sono previste nei casi di adozione e affidamento nonché per le famiglie a basso reddito.

Anche l'indennità di congedo parentale, salvo casi di versamento diretto da parte dell'ente previdenziale, viene anticipata dal datore di lavoro e comporta un successivo conguaglio con l'obbligazione contributiva.

Il periodo di congedo parentale è valido ai fini dell'anzianità di servizio, ma non per le ferie e le mensilità aggiuntive, e dà diritto all'accredito della contribuzione figurativa utile ai fini della pensione.

È opportuno far cenno anche ai riposi giornalieri, che, durante il primo anno di vita del bambino (ovvero entro il primo anno dall'ingresso del minore adottato nella famiglia), spettano alle lavoratrici assicurate presso l'I.N.P.S. ai fini della maternità (con esclusione delle lavoratrici domestiche, a domicilio, autonome o parasubordinate), per due ore o un'ora soltanto, secondo che l'orario quotidiano di lavoro sia superiore o inferiore alle sei ore (ma si dimezzano qualora il datore di lavoro metta a disposizione un asilo nido all'interno dell'azienda).

Ulteriori riposi spettano nel caso di assistenza a figlio con *handicap* grave.

Le ore di dispensa dal lavoro fruite per effetto di tale istituto lavoristico (con riflessi previdenziali, però, siccome anch'esso assistito dalla contribuzione figurativa) sono conteggiate nella durata della prestazione lavorativa e ai fini della retribuzione.

Inoltre, entrambi i genitori, alternativamente, hanno diritto ad astenersi dal lavoro, senza diritto alla retribuzione, in caso di malattia dei propri figli, in particolare, senza limiti fino a tre anni di età del bambino (nel senso che il congedo può durare sino alla guarigione del bambino), e, dai tre agli otto anni di età del figlio, per non più di cinque giorni lavorativi all'anno per ciascun genitore.

Tali congedi vengono computati nell'anzianità di servizio, esclusi gli effetti relativi alle ferie e alla tredicesima mensilità o alla gratifica natalizia, e sono coperti per intero dalla contribuzione figurativa fino al compimento del terzo anno di vita del bambino.

Ex art. 75 D.Lgs. 151/2001, cit., una forma economica di tutela spetta anche alle madri le quali, al momento del parto o dell'ingresso in famiglia del bambino in affidamento o adottato, non possano essere considerate lavoratrici (siano cioè carenti del requisito consistente in un rapporto di lavoro subordinato in corso con diritto alla retribuzione) e, quindi, non abbiano diritto all'indennità di maternità.

Si tratta dell'assegno di maternità per lavori atipici e discontinui, c.d. assegno di maternità dello Stato, riservato alle cittadine italiane, comunitarie oppure extracomuni-

tarie in possesso (al momento della domanda) della carta di soggiorno (che è cosa diversa dal permesso di soggiorno, siccome rilasciata a chi risieda in Italia da almeno sei anni, abbia un permesso di soggiorno per qualsiasi motivo che consenta un numero non predefinito di rinnovi, dimostri un reddito sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi, non sia stato denunciato e rinviato a giudizio per gravi reati).

Anche tale prestazione, tuttavia, si fonda sul presupposto di una contribuzione, da attività lavorativa subordinata, parasubordinata o L.S.U., ancorché pregressa e fissata in termini minimi (per i quali si rinvia alla disposizione regolatrice dell'istituto).

L'assegno di maternità dello Stato può essere corrisposto anche al padre (in casi particolari come il decesso della madre e l'abbandono del bambino da parte della stessa).

Concessione e pagamento competono all'I.N.P.S. su domanda dell'interessata; per le nascite, le adozioni e gli affidamenti avvenuti nel 2005 l'importo è pari a euro 1747,82; il trattamento non costituisce reddito ai fini fiscali e previdenziali.

L'art. 74 della più recente e ampia rivisitazione legislativa della materia, infine, prevede una vera e propria prestazione assistenziale correlata alla gravidanza e al parto, cioè l'assegno di maternità di base, c.d. assegno di maternità del Comune, che, già contemplato da precedenti disposizioni (a partire dall'art. 66 della L. 23 dicembre 1998, n. 448, *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*), spetta per ogni figlio o per ogni minore in affidamento preadottivo o in adozione senza affidamento dalla stessa data, alle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie o in possesso di carta di soggiorno, che non beneficiano dell'indennità, avente natura previdenziale e matrice contributiva, di cui agli articoli 22 (per le lavoratrici subordinate), 66 (per le lavoratrici autonome e le imprenditrici agricole) e 70 (per le libere professioniste) dello stesso testo unico.

L'assegno di maternità di base, inoltre, non è cumulabile con l'assegno di maternità dello Stato.

Giova rimarcare che il beneficio ora in esame ha natura assistenziale perché ne hanno diritto le famiglie non abbienti, secondo tabelle reddituali parametrate al numero dei componenti, a prescindere dal previo versamento di una qualsiasi contribuzione da lavoro e pure dall'iscrizione dell'avente diritto ad alcun fondo previdenziale.

La titolarità concessiva è in capo ai comuni, mentre l'erogazione incombe all'I.N.P.S. sulla base dei dati forniti dall'ente territoriale del luogo di residenza.

L'assegno di maternità di base viene corrisposto per un massimo di cinque mensilità per ogni bambino (quindi in caso di parto gemellare la prestazione si raddoppia); l'importo per il 2005 è pari a 283,92 euro mensili, per un totale di 1.419,59 euro; il trattamento non costituisce reddito ai fini fiscali e previdenziali.

Grazie a questo sussidio trova attuazione il più ampio principio di protezione della maternità che l'art. 31 Cost. fissa sotto il profilo dei rapporti etico-sociali.

Siffatto sviluppo della legislazione, peraltro, è coerente con la frequente qualificazione di ogni trattamento di maternità come prestazione di supporto alla famiglia, che sta alla base pure della giurisprudenza secondo cui, in tema di indebito, l'indennità di maternità deve includersi fra i "trattamenti di famiglia... a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria" ai sensi del comma duecentosessanta dell'art. 1 della legge n. 662 del 1996, cit. (disciplina retroattiva transitoria, che — come si è detto — esclude o limita la ripetizione secondo il reddito dell'accipiens in buona fede: Cass., sez. lav., 3 agosto 2004, n. 14885).

(II) — Istanza - prescrizione - decadenza.

In tema di **indennità di maternità,** alcune questioni interessanti concernono l'**istanza**, la **prescrizione** e la **decadenza,** vale a dire lo svolgimento dell'iter amministrativo e, ove necessario, della successiva attività giudiziaria, da cui dipende il riconoscimento e la liquidazione del diritto.

Per fruire dell'astensione obbligatoria e della relativa indennità, la lavoratrice subordinata deve, in tempo utile prima del parto, presentare al proprio datore di lavoro e all'I.N.P.S. un'istanza compilata su un apposito modulo (IND.MAT.), accompagnato dal certificato di gravidanza (di competenza dei medici del S.S.N.), attestante le proprie generalità, il mese di gestazione e la data presunta del parto.

Inoltre, entro trenta giorni dal parto, la lavoratrice deve poi far pervenire al datore di lavoro e all'I.N.P.S. il certificato di nascita del figlio o un certificato di famiglia o una dichiarazione sostitutiva di responsabilità.

D'altro canto, per la fruizione dell'indennità nel periodo di astensione facoltativa, occorre una comunicazione *ad hoc,* vuoi al datore di lavoro vuoi all'istituto assicuratore, che è condizionante l'insorgenza del diritto, nel senso che il trattamento economico non può essere riconosciuto per periodi anteriori alla data di tale manifestazione di volontà (Cass., sez. lav., 25 novembre 2004, n. 22239).

Con particolare riguardo al trattamento economico per l'astensione obbligatoria, l'avente diritto deve comunque attivarsi nel termine della prescrizione annuale, prevista, con decorrenza dal giorno in cui le prestazioni sono dovute, dall'art. 6, ultimo comma, L. 11 gennaio 1943, n. 138 *(Costituzione dell'Ente mutualità — Istituto per l'assistenza di malattia ai lavoratori),* in tema di indennità di malattia, riferibile anche alla maternità, ai sensi dell'art. 15, ultimo comma, L. 1204/71, mancando una diversa disposizione specifica (Cass., sez. lav., 29 luglio 2004, n. 14439; Cass., sez. lav., 15 dicembre 2003, n. 19130).

Più in dettaglio, Cass., sez. lav., 14 febbraio 2004, n. 2865, premesso che l'indennità di maternità matura di giorno in giorno e si risolve, pertanto, in un complesso di diritti a ratei giornalieri, ha chiarito che: 1) la prescrizione opera *pro die;* 2) se la domanda amministrativa venga presentata tempestivamente, il silenzio rifiuto dell'ente previdenziale, ai sensi dell'art. 7 L. 11 agosto 1973, n. 533 *(Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie),* si forma il 121° giorno successivo, dal quale decorrono sia l'obbligo di pagamento sia la prescrizione relativamente a tutti i ratei giornalieri precedenti a tale data, mentre, per i ratei giornalieri a valle della stessa, la maturazione, il diritto alla riscossione e la decorrenza della prescrizione coincidono e sono quotidiani; 3) il procedimento amministrativo derivante dalla presentazione di ricorso avverso il provvedimento di diniego (o il silenzio rifiuto) dell'ente ha effetto sospensivo del termine di prescrizione.

Il termine annuale di prescrizione vale per le lavoratrici dipendenti e, poiché è contemplato da una disposizione speciale ma non eccezionale, pure per le lavoratrici autonome in via analogica; non si applica, invece, alle libere professioniste, in quanto l'estinzione del diritto delle stesse all'indennità di maternità per decorso del tempo forma oggetto di una specifica disposizione, l'art. 2 della legge 379/90, cit., che prevede la presentazione dell'istanza entro 180 giorni dal parto (termine congruo in relazione al quale non hanno ragion d'essere dubbi di illegittimità sotto il profilo di una pretesa violazione dell'art. 3 Cost.:

Cass., sez. lav., 15 dicembre 2003, n. 19130 ; Cass., sez. lav., 7 giugno 2003, n. 9162).

Anche in materia di indennità di maternità si pone il problema della decadenza, che, in generale, produce la perdita del diritto dal giorno in cui si compie il termine perentorio assegnato dalla legge (o stabilito contrattualmente) per il compimento di particolari atti, senza riguardo alle circostanze soggettive o obiettive dalle quali sia dipeso l'inutile decorso del tempo.

Poiché i rapporti previdenziali facenti capo ad enti pubblici (come avviene per i rapporti tributari: Cass., sez. quinta, 7 luglio 2003, n. 10665; Cass., sez. prima, 10 dicembre 1997, n. 12481) integrano una materia sottratta alla disponibilità delle parti, giusta la definizione di cui all'art. 2969 cod.civ., siccome avente un regime legale non rinunciabile né modificabile dagli interessati, la decadenza previdenziale è rilevabile d'ufficio e, quindi, contrariamente all'eccezione di prescrizione (Cass., sez. lav., 13 giugno 2003, n. 9498; Cass., sez. lav., 27 maggio 1995, n. 5970), può essere proposta per la prima volta in appello (salvo che sul punto si sia formato il giudicato interno ai sensi dell'art. 329, secondo comma, c.p.c.: Cass., sez. quinta, 21 giugno 2004, n. 11521; Cass., sez. prima, 22 maggio 1992, n. 5620), anche in un rito con preclusioni come è quello del lavoro (Cass, sez. lav., 21 settembre 2000, n. 12508; Cass, sez. lav., 9 giugno 1990 n. 5598).

Così ricordata la rilevanza dell'istituto, la cui applicazione può comportare l'anticipata conclusione del processo in via pregiudiziale, Cass., sez. lav., 23 marzo 2005, n. 6231, e Cass., sez. lav., 24 luglio 2004, n. 13929, hanno ribadito che pure la domanda giudiziale avente come oggetto l'indennità di maternità soggiace alla decadenza, in particolare, sostanziale e annuale, *ex* art. 47 del D.P.R. 30 aprile 1970, n. 639 *(Attuazione delle deleghe conferite al Governo con gli artt. 27 e 29 della L. 30 aprile 1969, n. 153, concernente revisione degli ordinamenti pensionistici e norme in materia di sicurezza sociale),* come interpretato dall'art. 6 D.L. 29 marzo 1991, n. 103 *(Disposizioni urgenti in materia previdenziale),* convertito, con modificazioni, nella L. 1° giugno 1991, n. 166, e poi sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992, n. 384 *(Misure urgenti in materia di previdenza, di sanità e di pubblico impiego, nonché disposizioni fiscali),* convertito, con modificazioni, nella L. 14 novembre 1992, n. 438.

Quanto alla decorrenza di questo termine decadenziale per la trasposizione della contesa dalla sede amministrativa a quella giudiziaria, nell'ipotesi di mancata proposizione del ricorso amministrativo, bisogna avere riguardo alla data di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione dell'originaria istanza.

In altre parole, la maturazione della decadenza avviene se al deposito del ricorso introduttivo della causa non si provveda entro un anno e trecento giorni dalla richiesta in sede amministrativa: 120 giorni per la formazione del silenzio rifiuto dell'ente previdenziale (come si è detto a proposito della prescrizione) + 90 giorni per ricorrere al Comitato provinciale dell'I.N.P.S. + 90 giorni per la decisione di tale organo (art. 46, commi quinto e sesto, L. n. 88 del 1989, cit.) + un anno (quant'è l'estensione del termine ablatorio vero e proprio).

Se, invece, l'ente previdenziale rigetti espressamente il ricorso che la parte abbia presentato per impugnare il primo diniego della prestazione, la decadenza annuale decorre da tale momento.

Si segnala, infine, che, proprio in una contesa avente come oggetto il trattamento di maternità, la Suprema Corte ha affermato il severo principio secondo cui la mancata indicazione da parte dell'I.N.P.S. dei presupposti e dei termini per l'esperimento del-

l'azione giudiziaria avverso il provvedimento di rifiuto della prestazione non impedisce il decorso del termini di decadenza previsto dalla legge per adire il giudice, poichè l'art 47, ultimo comma, D.P.R. 639/70, nel prevedere che il provvedimento dell'ente previdenziale deve contenere tali informazioni, non stabilisce alcuna sanzione in caso di mancato adempimento dell'obbligo (Cass., sez. lav., 24 ottobre 2003, n. 15987).

(III) — Interventi recenti della Consulta.

Fra gli interventi recenti della Consulta, merita segnalazione quello che ha riguardato il congedo di paternità e il relativo trattamento economico nell'ambito delle attività libero professionali.

Il richiamo è a Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 385, che — ravvisato un *vulnus* sia del principio di parità di trattamento tra le figure genitoriali e fra lavoratori autonomi e dipendenti, sia del valore della protezione della famiglia e della tutela del minore — ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 70 e 72 D.Lgs. n. 151 del 2001 nella parte in cui non prevedono il principio che al padre spetti di percepire in alternativa alla madre l'indennità di maternità, attribuita solo a quest'ultima.

Al vaglio della Consulta è stato portato anche l'assegno *una tantum* di € 1.000,00 per il secondo o ulteriore figlio, nato o adottato fra il 1° dicembre 2003 e il 31 dicembre 2004, previsto dall'art. 21 L. n. 326 del 2003, cit., a favore delle donne residenti, cittadine italiane o comunitarie (assegno concesso dai Comuni e erogato dall'I.N.P.S.), a proposito del quale la Regione Emilia Romagna lamentava la violazione sia dell'art. 3 Cost., per l'esclusione delle famiglie dei cittadini extracomunitari regolarmente soggiornanti in Italia, sia dell'art. 117 Cost., trattandosi di materia rientrante nelle attribuzioni legislative regionali sui servizi sociali.

Sennonchè le Regioni sono legittimate a denunciare la violazione di norme costituzionali, non relative al riparto di competenze con lo Stato, solo quando tale violazione comporti un'incisione diretta o indiretta delle competenze attribuite dalla Costituzione alle Regioni stesse, per cui Corte Cost. 13/28 luglio 2004, n. 287, ha dichiarato l'inammissibilità dell'interessante questione sollevata ai sensi dell'art. 3 Cost., che, quindi, resta aperta (per quanto consta).

Quanto all'altra, ne è stata, invece, statuita l'infondatezza perché l'assegno di cui all'art. 21 L. n. 326 del 2003 non appartiene al *genus* delle prestazioni ricadenti nell'ambito dei servizi sociali, ma è una provvidenza temporanea, di carattere indennitario, che costituisce espressione di quella tutela previdenziale della maternità riconosciuta alla donna in quanto tale, in ragione degli articoli 31, secondo comma, e 37 della Costituzione, a prescindere da ogni situazione di bisogno, di disagio o di difficoltà economiche, e non soltanto in quanto collegata ad una attività di lavoro subordinato o autonomo.

L'imminente modificazione dei rapporti fra legislazione statale e normativa regionale, per effetto della legge c.d. sulla *devolution,* potrebbe, però, richiedere un ripensamento di tale argomentazione, ancorché per le future disposizioni a sostegno della maternità e della famiglia.

COSIMO NICOLA PUNZI

Avvocato INPS

INTERVENTI A SOSTEGNO DEL REDDITO IN AGRICOLTURA

Relazione
all'Incontro di studio sul tema:
"Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatoria"
Roma, 5, 6 e 7 dicembre 2005

Sommario: 1. - Introduzione. 2. - Il Finanziamento: l'apporto della finanza statale e l'apporto finanziario della produzione; cenni relativi all'obbligazione contributiva, alla base imponibile ed al minimale contributivo in agricoltura. 3. - Individuazione dei soggetti tutelati: cenni sull'inquadramento dell'azienda datrice di lavoro; iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli; natura del termine per la proposizione dell'azione giudiziaria in caso di iscrizione o cancellazione dagli elenchi; possibile disapplicazione dei provvedimenti di iscrizione o cancellazione dagli elenchi; coordinamento della disciplina; applicabilità del principio dell'automatismo delle prestazioni in agricoltura. 4. - Le prestazioni a sostegno del reddito: indennità di malattia e di maternità; indennità di disoccupazione agricola; assegno per il nucleo familiare; Integrazione salariale in agricoltura; inquadramento; problematiche ricorrenti: decadenza previdenziale; prescrizione; retribuzione da considerare ai fini del calcolo della prestazione; applicabilità della disciplina di tutela dei disabili in materia di agricoltura.

1. — Introduzione.

Lo scopo di un sistema di sicurezza sociale, tipico della società moderna, improntata al *"walfare state"*, è quello di garantire ai soggetti più bisognosi un reddito minimo di mantenimento. Tuttavia nell'ambito dei soggetti bisognosi vanno tenuti distinti, coloro che, per determinate vicende, non possono prestare l'attività dalla quale traggono il loro reddito, da tutti gli altri cittadini "bisognosi", distinzione che riverbera i suoi

effetti sia per le forme differenziate di tutela accordata che per le diverse modalità di finanziamento degli interventi previsti dalla legge, in attuazione del disegno diretto a "separare la previdenza dall'assistenza", secondo uno slogan in voga qualche lustro fa. La riferita ripartizione trova il suo dato normativo nell'art. 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88 e si finanzia la prima (l'assistenza) attraverso meccanismi di fiscalizzazione degli oneri sociali, ottenendo così quella redistribuzione del reddito auspicata dal 2° comma dell'art. 3 della Cost., in ragione della finalità di solidarietà sociale; e la seconda (la previdenza), proprio, perché riservata ad una determinata tipologia di cittadini, i lavoratori, e collegata ad eventi casualmente connessi all'attività lavorativa, si fonda, prevalentemente, attraverso il prelievo del reddito da lavoro prodotto da quei lavoratori, sulla parafiscalità o prelievo contributivo. La trattazione delle prestazioni a sostegno del reddito non può prescindere dallo studio dalle forme di finanziamento, per le strette connessioni tra "entrate" ed "uscite" delineabili sul piano logico-giuridico, ma soprattutto sul piano normativo, come dimostrato dall'applicazione sia in tema di entrate che in tema di uscite del salario medio convenzionale prima e della retribuzione contrattuale poi, secondo la previsione dell'art. 4 del D. Lgs. 16 aprile 1997, n. 146 (1).

La tutela dello stato di bisogno dei braccianti si pone a cavallo delle due forme di tutela previdenziale ed assistenziale. Nel nostro Paese la previdenza agricola ha costituito lo strumento attraverso cui si è realizzata una gigantesca redistribuzione di reddito tipica dell'assistenza e non della previdenza, utilizzando, per la tutela sociale dei lavoratori agricoli, solo l'involucro, la forma, ma non anche la sostanza del modello delle assicurazioni sociali, vale a dire, quello schema mutualistico-assicurativo delineato dall'art. 1882 e ss c.c. che non può prescindere dall'elemento "rischio" che consiste nella possibilità futura ed incerta del verificarsi di un evento dannoso nella sfera giuridica ed economica del soggetto assicurato e che è alla base di ogni forma di assicurazione (2) e regge ogni sistema coerentemente previdenziale in tutti i suoi elementi. È sufficiente pensare alla scelta legislativa *ex* art. 32, della legge 264/1949 di "estendere" l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione nei confronti dei lavoratori agricoli, originariamente esclusi da tale tutela in quanto soggetti che non corrono il rischio della disoccupazione ma hanno la certezza di rimanere disoccupati per una buona parte dell'anno (3).

È questa una delle chiavi di lettura dell'ingente *deficit* strutturale della previdenza agricola, ripianato attraverso la solidarietà sia dei lavoratori degli altri settori produttivi sia di tutta la collettività nazionale con il ricorso alla fiscalità generale, ancora una volta strumento tipico dell'assistenza. L'uso improprio della previdenza agricola ha determinato uno squilibrio impressionante tra contribuzioni e prestazioni (4): non è

(1) Ma vedi anche l'art. 12 della l. n. 153/1969 come modificato dall'art. 6 del d. lgs. n. 314/1997.

(2) Cfr. Cass. 16 febbraio 1977, n. 718 3.

(3) Cfr. in termini C. LAGALA, *La previdenza agricola dopo le riforme degli ultimi dieci anni,* in *Prev. Ass. Pubblica e Priv.* 2005, 2, 411 e ss..

(4) V. *sulle alterazioni degli equilibri finanziari fra proventi contributivi e prestazioni erogate* C. GATTA, *Profili specialistici ed aspetti finanziari della previdenza sociale in agricoltura,* in Dir. lav. 1993, I, 175.

esagerato dire che in questo settore per ogni euro pagato di contribuzione se ne percepiscono più di venti in prestazioni (dalle varie tipologie di indennità di disoccupazione alla prestazione economica di malattia, dalla tutela della maternità agli assegni familiari e alla contribuzione figurativa e così via) (5). Una legislazione previdenziale molto meno rigida rispetto ad altre categorie di lavoratori ed il menzionato squilibrio hanno favorito abusi di vario genere, il più delle volte riconducibili alla mancanza di un sistema di tutele di tipo universalistico. In sostanza, molti soggetti alla ricerca di una protezione sociale (in caso di malattia, di maternità o semplicemente per integrare il loro magro reddito familiare), non trovandola altrove, si sono rivolti proprio alla previdenza agricola pur avendo con questo settore rapporti molto blandi o del tutto inconsistenti.

2. — Il Finanziamento: l'apporto finanziario dello Stato e della produzione; cenni relativi all'obbligazione contributiva, alla base imponibile ed al minimale contributivo in agricoltura.

L'intervento statale si attua, in via ordinaria, nell'*assistenza*, attraverso *trasferimenti di bilancio* agli enti previdenziali, consistenti in rimborsi delle spese sostenute per finanziare gli interventi di solidarietà sociale e, solo in via straordinaria nell'ambito della previdenza, quando si tratta di far fronte a conseguenze, più o meno impreviste, del divario fra entrate contributive e spese di prestazioni.

Tale intervento si attua attraverso anticipazioni di tesoreria, che di fatto sono prestiti (6).

Più articolato si appalesa il finanziamento dalla produzione o parafiscale, per il quale, almeno per quanto riguarda il settore agricolo, si deve rilevare, da sempre, la previsione di una **disciplina derogatoria dell'imponibile contributivo,** con il pagamento di importi contributivi modesti e decisamente inferiori a quelli pagati dai datori di lavoro in altri settori produttivi, giustificato dalla minore redditività dell'impresa agricola e, comunque, dalla conclamata situazione di disagio in cui atavicamente versava la produzione agricola, soprattutto nell'Italia meridionale e nelle isole.

Prima dell'entrata in vigore del DPR 27 aprile 1968, n. 488, gli importi dei contributi agricoli dovuti per le varie forme assicurative erano fissati, con Decreto del Presidente della Repubblica, indipendentemente da qualsiasi riferimento formale alle retribuzioni corrisposte ai lavoratori, in misura fissa per giornata o per mese di lavoro a seconda della categoria di appartenenza del lavoratore.

Gli importi contributivi decisamente modesti pagati dalle aziende, determinavano, per i lavoratori agricoli, la ricezione di prestazioni ancorate ai livelli minimi, per tutte le forme di assicurazione resa ancora più evidente con la riforma del sistema pen-

(5) Cfr. in termini C. Lagala, cit...

(6) Cfr. M. CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale,* Torino, 1999, 180 e ss.; *id. Problemi di diritto della previdenza sociale,* Torino, 1989, 8.

sionistico, attuata con il DPR n. 488, che rapportava l'ammontare della prestazione pensionistica alla media retributiva degli ultimi anni di lavoro.

In sostanza, con l'art. 28 del DPR 27 aprile 1968, n. 488 — entrato in vigore il 1° maggio 1968 — fu disposto che per i salariati fissi e per i giornalieri di campagna fossero determinate le retribuzioni giornaliere, con cadenza annuale e rilevate al 30 ottobre dell'anno precedente a quello di riferimento, considerando le retribuzioni di ciascuna qualifica, così come rinvenute dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sia datoriali che dei lavoratori. Per calcolare la retribuzione degli operai a tempo determinato ai fini contributivi e previdenziali, **in deroga all'ordinario principio della retribuzione imponibile e del minimale contributivo,** l'art. 3 della legge 8 agosto 1972, n. 457 prendeva in considerazione il salario (paga base ed indennità di contingenza) per ciascuna qualifica (comuni, qualificati, specializzati, superspecializzati), maggiorato dal salario integrativo provinciale e dal cosiddetto terzo elemento (7).

Tale sistema detto delle retribuzioni medie convenzionali, rilevate per ogni provincia sulla base dei contratti collettivi vigenti al 30 ottobre dell'anno precedente (cfr. art. 45, comma 21, della l. n. 144/1999) e con le relative risultanze recepite, anno dopo anno, in appositi decreti del Ministro del Lavoro e della previdenza sociale, è stato utile per perequare le variegate realtà sociali ed economiche della penisola. Il sistema seguito ha consentito di tenere sufficientemente conto delle varie realtà provinciali e di effettuare un bilanciamento di interessi assicurato dalla utilizzazione di contratti collettivi come modelli generali o parametri validi per la generalità dei datori di lavoro. Il che è possibile anche allo stato della vigente legislazione e dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui i detti contratti hanno natura di diritto privato. Il ricorso al criterio della retribuzione media imponibile per grandi categorie di soggetti si era reso necessario nella realtà socio-culturale ed organizzativa interessante masse di lavoratori e lavorazioni varie da provincia a provincia, che richiedono, negli specifici settori, un impiego differente di manodopera e che possono esigere anche una diversità di tempi di lavoro. Non potendosi tener conto delle particolari situazioni di ciascun lavoratore, si è dovuto prescindere, in via generale, da una specifica individualizzazione e ricorrere necessariamente ad un sistema impositivo altamente generalizzato (8).

Sulla scorta della disciplina in vigore (9), a far tempo dal 1970, sono stai emanati i decreti ministeriali con i quali si sono portati continui aggiornamenti alle retribuzioni medie provinciali.

Tale disciplina ha avuto applicazione fino al 1.01.1998, quando con l'art. 4 del D. Lgs. 16 aprile 1997, n. 146, il legislatore, ritenendo non più giustificato il permanere di regolamentazioni differenziate dedicate agli operai a tempo determinato, ha inteso sostituire l'imponibile contributivo (e per il calcolo delle prestazioni, come meglio si

(7) trattamento forfettario sostitutivo dell'allora esistente indennità di anzianità, tredicesima mensilità ed altre indennità che percepivano in busta paga gli operai agricoli a tempo indeterminato.

(8) così, *in obiter,* Corte Costituzionale 26 giugno 1962, n. 65.

(9) art. 28, d.P.R. 27 aprile 1968, n. 488; art. 8 del decreto-legge 1° luglio 1972, n. 287, conv. in legge 8 agosto 1972, n. 459; art. 3, legge 8 agosto 1972, n. 457) — la cui validità originariamente limitata al 31 dicembre 1970 è stata prorogata *sine die* dall'art. 8 della legge 8 agosto 1972, n. 459.

vedrà in prosieguo) basato sul salario medio convenzionale, con quello fondato sulla retribuzione contrattuale, adeguando la disciplina degli agricoli a tempo determinato al criterio generale quale risultante dall'art. 12 della legge n. 153/1969 e dall'art. 1, comma 1°, della legge n. 389/89. La sostituzione del regime giuridico non è stata contestuale all'entrata in vigore del d. lgs. n. 146, ma è stata procrastinata a partire dall'1.01.1998 e solo dal periodo di paga in corso al momento del raffronto con esito positivo delle retribuzioni spettanti. Infatti, il legislatore ha condizionato l'abbandono del sistema medio convenzionale (determinato con il criterio di conglobamento e ponderazione artificiale) e l'armonizzazione dell'ordinamento previdenziale degli agricoltori con quello degli altri settori dell'ordinamento al momento del superamento, nella singola provincia, dalla retribuzione stabilita dal contratto collettivo per la qualifica per la quale è stato adibito il lavoratore (10). Da questo momento vengono calcolati gli importi delle prestazioni e dei contributi sulla scorta di minimali di legge, poiché anche per gli agricoli la retribuzione effettivamente percepita può essere legittimamente inferiore, come nel caso in cui non sia obbligatoria l'applicazione dei contratti di diritto comune, ovvero nell'ambito del rapporto a tempo parziale (ammissibile anche per gli agricoli). (11).

Ciò rappresenta l'inequivocabile presa d'atto del legislatore di una mutata realtà giuridica che, attraverso strumenti legislativi più articolati, rende agevole individuare l'esatta situazione occupazionale e retributiva di ciascun singolo lavoratore agricolo, ivi compresi gli operai a tempo determinato. (12). Per individuare quale retribuzione comparare deve farsi riferimento alla disciplina della retribuzione imponibile, ossia all'art. 12 della legge n. 153/1969 così come modificato dall'art. 6 del d. lgs. n. 314/1997, secondo il quale è assoggettabile a contribuzione previdenziale la retribuzione "spettante" e cioè quella "maturata" e non già quella effettivamente "percepita" dal lavoratore. È prassi inveterata della contrattazione collettiva, quella di definire la retribuzione proporzionata alla qualità e quantità di lavoro prestato prevedendo, poi, una serie di voci retributive che si aggiungono alla retribuzione base. Tuttavia, il principio dell'onnicomprensività delle dazioni ottenute "in relazione al rapporto di lavoro" e "maturati nel periodo di riferimento" deve ritenersi come regola generale dell'ordinamento previdenziale che — nonostante la definizione più ampia di quella anteriore rinveniente dall'art. 6 del d.lgs. n. 314 — viene mitigato da un elenco tassativo di voci

(10) Cfr. sul punto Circolare INPS 14 novembre 1997, n. 224, p. 2.

(11) argomentando *ex* Circolare Ministero del Lavoro 9 ottobre 1998, n. 119, in *Guida Nor.* 20.11.1998, p.19.

(12) È sufficiente pensare all'accorpamento — operato dalla legge n. 54/1982; poi dalla legge n. 48/1988 ed infine dal d.lgs. n. 375/1993 — delle varie figure professionali di lavoratore agricolo subordinato con mansioni operaie nelle due uniche dell'operaio a tempo indeterminato — OTI — e dell'operaio a tempo determinato — OTD —, dando così seguito a quanto previsto dalla contrattazione collettiva del settore. All'introduzione di norme specifiche in tema di registro di impresa, di buste paga e di denunce periodiche dei lavoratori occupati per effetto del d.lgs. 11.08.1993, n. 375, attuativo della delega di cui all'art. 3 della l. n. 421/1992, normativa poi integrata e perfezionata dalla legge n. 608/1996; alla definitiva soppressione dello SCAU, *ex* art. 19 della legge n. 724/1994, e l'attribuzione all'INPS e non più alle commissioni Circoscrizionali per il collocamento in agricoltura, l'accertamento dello *status* di lavoratore agricolo.

non imponibili ai fini del prelievo contributivo (cfr. art. 6, comma 4, del d.leg.vo n. 314/1997). Il successivo comma 5 dell'art. 6 elenca tali voci, tra le quali esclude espressamente dal calcolo gli istituti della retribuzione indiretta o differita, quali il trattamento di fine rapporto. Una volta che, anche nell'ambito della disciplina del lavoro agricolo a tempo determinato, trova ingresso il sistema della retribuzione imponibile *ai fini tanto della contribuzione che delle prestazioni temporanee,* la retribuzione da prendere in esame non può che essere determinata in conformità a quanto stabilito dalle norme vigenti: dalla retribuzione contrattuale, pertanto, andranno scorporate le somme corrisposte a titolo di Trattamento di Fine Rapporto. (13).

3. — Individuazione dei soggetti tutelati: cenni sull'inquadramento dell'azienda datrice di lavoro; iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli; la questione dell'onere della prova; natura del termine per la proposizione dell'azione giudiziaria per contestare il provvedimento di iscrizione o di cancellazione dagli elenchi; possibile disapplicazione dei provvedimenti di iscrizione o cancellazione dagli elenchi; coordinamento della disciplina; applicabilità del principio dell'automatismo delle prestazioni in agricoltura.

Nessuna norma definisce, in via generale, la figura del lavoratore agricolo subordinato cui applicare l'articolata legislazione in materia previdenziale, ad eccezione della legislazione in materia di infortuni sul lavoro, per la quale si fa riferimento agli artt. 205-208 del t.u. 30 giugno 1965, n. 1124. Per stabilire se il prestatore di lavoro può qualificarsi agricolo oppure no deve farsi riferimento alla definizione codicistica del lavoratore subordinato in generale, esplicitata nell'art. 2094 c.c., cui collegare la qualificazione dell'imprenditore alle cui dipendenze opera il lavoratore. Trattandosi di una qualificazione ai fini previdenziali ed assistenziali, deve preliminarmente risolversi la questione se l'inquadramento dell'imprenditore deve farsi a mente dell'art. 2195 c.c. ovvero ai sensi dell'art. 49 della legge 8 marzo 1989, n. 88. Non sembra che vi siano dubbi sulla circostanza che la classificazione attiene ai datori di lavoro e non solo agli imprenditori, poiché la prima è nozione più ampia di quella di imprenditore, e che essa è effettuata al fine di applicare la legislazione previdenziale, con la conseguenza che la classificazione dei datori di lavoro deve essere effettuata, oggi, sulla scorta della disciplina dettata dall'art. 49 della legge n. 88/89. Lo stesso articolo 49 stabilisce che per l'inquadramento dei datori di lavoro agricolo deve farsi riferimento ai criteri stabiliti dall'art. 2135 c.c. ed all'art. 1 della legge 20 gennaio 1986, n. 778. Ne consegue che chiunque presti la propria opera, dietro corrispettivo, per la coltivazione della terra e dei boschi, per l'allevamento del bestiame nonché per l'esercizio delle

(13) La prassi amministrativa è nel senso testè esposto vedi circolari INPS nn. 162/2004; 99/1999; 263, 224 e 119 del 1997; 40/1996 e 216/1989; si rinvia per una più approfondita trattazione al capitolo 4 *sub* d.

attività connesse, complementari o accessorie, alle dipendenze e sotto la direzione di un tale imprenditore è da considerare lavoratore agricolo subordinato. Si aggiunga l'attività di allevamento degli animali a seguito della emanazione della legge 20 novembre 1986, n. 778 in forza della quale l'art. 206 del testo unico delle leggi sull'assicurazione infortuni è stato modificato (14). Va da sé che tale qualificazione agricola, ancorché riferita, per esplicita indicazione contenuta nella stessa norma, al settore infortunistico, è stata, in via di interpretazione, estesa dalla giurisprudenza di legittimità ad ogni forma di assicurazione obbligatoria (15).

Concludendo questo rapido *excursus,* sono considerati agricoli, in base all'art. 49 della legge n. 88/1989 ed inquadrate dall'INPS nel settore agricolo anche le imprese, singole o associate, che svolgono lavori di sistemazione e manutenzione agraria e forestale e di verde pubblico e privato, nonché di attività di difesa delle colture agricole e dei boschi dalla grandine, dalle valanghe, ecc., trattandosi di attività connesse con l'attività agricola. Analogo indirizzo è stato adottato per quanto concerne l'attività della caccia e cattura di animali per allevamento e ripopolamento in quanto assimilabili a quelle di allevamento degli animali di cui alla legge n. 778 del 1986.

Tuttavia, la mera prestazione di lavoro subordinato agricolo, al contrario di altri settori produttivi, non è sufficiente per accedere, al momento del verificarsi dell'evento protetto, alle prestazioni previdenziali. L'intervento degli enti previdenziali in agricoltura è conseguenza, sul piano sostanziale del verificarsi di una complessa fattispecie costituita dallo svolgimento di un'attività di lavoro subordinato a titolo oneroso, per un numero minimo di giornate in ciascun anno di riferimento e che il numero di giornate risulti dall'iscrizione del lavoratore negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli nominativi, di cui all'art. 4 del d. lgs. lgt. 9 aprile 1946, n. 212. L'iscrizione dei lavoratori agricoli negli appositi elenchi nominativi (principali e suppletivi) allo scopo della erogazione delle prestazioni previdenziali trova la sua originaria disciplina nell'art. 12 r.d. 24 settembre 1940 n. 1949, che prevedeva, per ciascun Comune, la compilazione di tali elenchi distinti per categorie di lavoratori e da pubblicarsi a cura del prefetto, ed ha subito una sostanziale modifica oltre dieci anni fa, con l'art. 19 della legge n. 724/1994 e con la legge n. 608/1996.

La formazione degli elenchi, prima di competenza di apposite commissioni, con d.lgs. C.P.S. 7 novembre 1947 n. 1308 era stata affidata alle Commissioni Locali per il

(14) nel testo seguente: *"Sono considerate aziende agricole o forestali, ai fini del presente titolo, quelle esercenti una attività diretta alla coltivazione dei fondi, alla silvicoltura, all'allevamento degli animali ed attività connesse, ai sensi dell'art. 2135 c.c. Si reputano in ogni caso agricole, a norma del comma 1° del medesimo articolo, le attività di allevamento delle specie suinicole, avicole, cunicole, itticole, dei selvatici a scopo alimentare e quelle attinenti all'apicoltura, alla bachicoltura e simili".*

(15) Cass. 11 aprile 1990, n. 3059, in *Riv. dir. agr.,* 1991, II, 360 con nota di Gatta, *L'allevamento di animali come attività agricola ai fini previdenziali;* orientamento confermato da: Cass. 6 aprile 1990, n. 2893, in *Giur. agr. it.,* 1991, 61; Cass. 1° agosto 1990, n. 7674, in *Dir. lav.,* 1991, II, 368 con annotazioni di C.GATTA.; per la pollicoltura, ma con la precisazione dell'inapplicabilità della novella ai rapporti definiti prima dell'entrata in vigore della l. n. 778 del 1986, Cass. 5 ottobre 1992, n. 10889, in *Dir. e giur. agr.,* 1993, 315; per gli allevamenti suinicoli, Cass. 3 febbraio 1992, n. 1095, *ivi,* 1993, 315; ugualmente è stato escluso il carattere agricolo della piscicoltura per il periodo anteriore all'emanazione della cit. legge n. 778/86 da Cass. 15 febbraio 1992, n. 1856, ivi, 1993, 315.

collocamento della manodopera agricola e al Servizio per la compilazione degli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli e per l'accertamento e la riscossione dei contributi, istituito con d.lgs.lgt. 8 febbraio 1945 n. 75, successivamente denominato Servizio per i Contributi Agricoli Unificati (Scau) e riconosciuto come ente di diritto pubblico (art. 24 l. 22 novembre 1954 n. 1136). Prima della riforma le Commissioni, svolgevano un ruolo centrale nell'ambito del sistema previdenziale agricolo, compilando, sulla scorta delle risultanze del collocamento, gli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli (anche detti, elenchi anagrafici) con la specificazione delle giornate svolte da ciascun lavoratore. Lo SCAU, invece, partecipava alla compilazione dei 14 elenchi anagrafici, ma con il principale scopo di quantificare l'obbligazione contributiva dei datori di lavoro in relazione al numero, alle giornate ed alle qualifiche rivestite dai lavoratori agricoli. Tale ente, come è noto, è stato poi soppresso (16) a norma dell'art. 19 l. 23 dicembre 1994 n. 724, con decorrenza dal 1º luglio 1995 e, per conseguenza, è stato disposto, da un lato, il subentro dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Inps) (17) in tutti i rapporti attivi e passivi che allo stesso facevano capo (18) e, dall'altro, il trasferimento delle sue funzioni, a seconda della relativa competenza, sia all'Inps che all'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (Inail).

Dopo le modifiche apportate al sistema da diverse disposizioni di legge succedutesi nel tempo (19) a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito in l. 11 marzo 1970 n. 83, l'accertamento dei lavoratori agricoli, ai fini del loro collocamento, è stato assegnato alle Commissioni circoscrizionali per la manodopera agricola (regionali provinciali e locali), poi denominate, in base alla l. 28 febbraio 1987 n. 56, Commissioni circoscrizionali per il collocamento in agricoltura. A queste Commissioni è stato attribuito il compito, fra gli altri, di registrare in un elenco principale — che ora deve essere trasmesso all'Inps, come prima era trasmesso allo Scau, entro il 20 gennaio di ogni anno — il numero di giornate lavorative assegnato nell'anno a ciascun iscritto e in un elenco trimestrale le eventuali variazioni.

Lo svolgimento di un numero minimo di giornate lavorative nell'anno (risultante dalla registrazione negli elenchi) costituisce un elemento indispensabile per l'erogazione delle prestazioni previdenziali spettanti ai lavoratori agricoli.

Nonostante ciò, la natura dell'atto di iscrizione negli elenchi nominativi, che consiste "in un atto di certazione inteso a qualificare, in relazione ad una effettiva attività lavorativa... ed in presenza di specifici requisiti, una situazione giuridica obiettiva.... è

(16) secondo LAGALA — op cit. p. 414 — la soppressione era conseguenza della pessima prova che sia le Commissioni locali sia lo SCAU avevano dato in ordine alla compilazione ed all'utilizzazione di tali elenchi: le Commissioni locali, per lo più espressione dei lavoratori agricoli, erano indotte a riconoscere rapporti di lavoro subordinato anche nei casi fortemente dubbi, mentre lo SCAU, ente espressione delle aziende agricole e nato come ente al servizio delle aziende "…non usava tutto il rigore e l'impegno necessario per recuperare la contribuzione dovuta…".

(17) cfr. Cass. 22 marzo 2001, n. 4161 e Cass., sez. lav., 03 aprile 2001, n. 4906 per i riflessi sul processo di tale successione.

(18) v. l'art. 9 *sexies,* secondo comma, l. 28 novembre 1996 n. 608, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 1º ottobre 1996 n. 510, ultimo di una serie di decreti legge via via reiterati.

(19) v. le leggi 5 marzo 1963 n. 322 e 12 marzo 1968 n. 334.

il presupposto necessario per l'istituzione tra le parti (lavoratori agricoli ed ente gestore delle assicurazioni sociali obbligatorie) del rapporto giuridico previdenziale" non è costitutiva (20). L'iscrizione è un provvedimento amministrativo vincolato a carattere dichiarativo che strutturalmente si caratterizza per il fatto di creare esso stesso delle qualificazioni di situazioni giuridiche, le quali, seppure oggettivamente preesistenti, difettavano di rilevanza giuridica. L'atto di certazione, nonostante la sua natura di dichiarazione di scienza, porta alla luce una realtà giuridica che prima della certificazione non era ravvisabile come tale e la norma gli ricollega la produzione di determinati effetti giuridici all'avveramento di uno o più fatti giuridici certificati. In altre parole, l'atto di certazione, determinando l'obbligo di assumere come certezza l'enunciato contenuto nell'atto, permette che il fatto giuridico certificato dall'atto stesso produca gli effetti tipici, anche costitutivi, che la norma fa discendere da quel fatto.

D'altra parte, come è stato osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 10 giugno 1970 n. 87 (21), l'utilità della certificazione dell'iscrizione discende dalla tipologia dell'attività che, al contrario di quanto avviene nel comparto industriale, nel quale i rapporti tra datori di lavoro e lavoratori dipendenti sono relativamente continui e stabili, nel settore agricolo l'attività, oltre ad essere discontinua, può essere collegata a una pluralità di rapporti con datori di lavoro diversi, "in modo tale da rendere difficile la costituzione della posizione assicurativa di ogni singolo lavoratore" (22).

Alla medesima conclusione è giunta, successivamente, altra sentenza della Corte Costituzionale, che, con la decisione 10 novembre 1995, n. 483 (23), *in obiter,* ha concordato sulla natura di atto di certazione dell'iscrizione negli elenchi anagrafici e sulla sua rilevanza di diritto sostanziale, ribadendo la funzione di qualificazione giuridica che determina il momento in cui il conferimento dello *status* di lavoratore subordinato agricolo e del numero di giornate di lavoro accertate acquista efficacia nei confronti dei terzi. Nello stesso senso si è espressa la Suprema Corte a Sezioni Unite nella sentenza 17 novembre 2000, n. 1186 (24) che, componendo il contrasto giurisprudenziale — e dottrinale che da decenni è stato al centro di un altalenante dibattito — fra chi riteneva che il rapporto giuridico previdenziale ed il conseguente diritto alle prestazioni nascevano unicamente dall'iscrizione (25) e coloro che ritenevano che gli effetti previdenziali sostanziali si ricollegavano direttamente alla prestazione di lavoro agricola in base alla legge e che il provvedimento di iscrizione esprimesse un mero valore

(20) cfr. *ex multis,* Cass. S.U. 26 ottobre 2000, n. 1133 *in extenso* in Giust. civ., 2001, 429, n. BERRUTI , Dir. e giur. agr. e ambiente, 2001, 700, con nota di. GATTA; in Giust. civ., 2001, I, 2725, n. BAGIANTI; e Cass. 11 novembre 1983 n. 6688 in Giur. it., 1984, I, 1, 1112.

(21) in Riv, giur.lav. 1970, II, 237, che *in obiter dictum* ha ribadito la natura dichiarativa dell'iscrizione, v., successivamente, anche Cass. 18 febbraio 1985 n. 1408.

(22) cfr. Cass. 18 febbraio 1985, n. 1408 in Foro it. 1985, I, 1339.

(23) che si è occupata *ex professo* della non corrispondenza ai canoni costituzionali della ammissione alle prestazioni solo con decorrenza dalla data del rilascio del certificato d'urgenza e non dalla domanda amministrativa; *in extenso* in Foro it. 1996, I, 2986 ed in Inf. Prev. 1996, 328 con nota di Gatta.

(24) in Inf. prev. 2000, 1620 e in Dir. lav., 2001, II, 221, n. GATTA, cui si riamanda per l'ampia rassegna di dottrina sul punto.

(25) Cass. 16 maggio 1998, n. 4936; id. 24 giugno 1999, n. 6491.

dichiarativo e probatorio, ha confermato il prevalente orientamento a cui dire il provvedimento di iscrizione è atto amministrativo "…diretto al riscontro, senza margine di discrezionalità che non sia meramente tecnica, dei presupposti di legge per il conseguimento delle prestazioni assicurative…" (26). In conclusione, il provvedimento di iscrizione negli elenchi nominativi ha lo scopo di certificare la quantità e qualità di lavoro prestato dall' operaio a tempo determinato in un certo anno, rimanendo condizionato sospensivamente l'esercizio dei diritti conseguenti al rapporto assicurativo preesistente *ope legis* (27).

Stabilita la natura giuridica del provvedimento di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli, si pone l'interrogativo circa la valenza probatoria dell'accertamento compiuto con l'iscrizione. Anche questo interrogativo è stato oggetto di approfondimento da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte nella citata sentenza n. 1186/2000, le quali hanno osservato che *"…i dati di fatto emergenti dai registri o dal certificato sostitutivo costituiscono l'oggetto di un accertamento effettuato da organi delle pubblica amministrazione"* e che in materia di efficacia di atti pubblici vale la regola *"secondo cui l'atto fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha redatto, degli atti compiuti dal medesimo e di quelli avvenuti in sua presenza, mentre, per quanto concerne le circostanze risultanti da dichiarazioni di terzi, le stesse sono dotate di un grado di attendibilità che può essere inficiato da qualsiasi prova contraria"*.

All'enunciazione dei due principi fa seguito una serie di conseguenze, definite dalle Sezioni Unite "corollari sul piano processuale", che non si discostano dalle osservazioni in diritto che per decenni si sono sviluppate sull'argomento.

L'*iter* logico seguito dalla Corte prende le mosse dall'art. 2697 c.c., 1° comma, secondo cui l'onere della prova del fatto costitutivo del diritto grava su colui che agisce in giudizio per far valere una determinata pretesa nei confronti dell'Istituto previdenziale. Grava, quindi, sul lavoratore che domanda giudizialmente una prestazione previdenziale provare lo svolgimento di un'attività lavorativa agricola e il numero di giornate annue effettuato. Tale onere viene assolto, secondo quanto già suggerito dalla Consulta nella citata sentenza n. 19 10 novembre 1995, n. 483, con l'esibizione del certificato di iscrizione negli elenchi nominativi o del certificato sostitutivo d'urgenza che, come già prima descritto, hanno la funzione di certificare la qualità di lavoratore agricolo e di conferire efficacia nei confronti dei terzi. Costituiscono, pertanto, una prova tipica, perché — secondo la Consulta con la citata sent. n. 485 — *"valgono a provare la qualità e quantità del lavoro effettuato ai fini delle prestazioni assicurative" ed "assolvono alla funzione specifica di fornire la prova della sussistenza di tale diritto" e, quindi, di per sé idonea a dimostrare l'esistenza del diritto,* tanto nei suoi profili formali che sostanziali.

(26) cfr. cfr. Cass. 19 marzo 1999, n. 2543; id. 30 luglio 1999, n. 8315 e vedi pure Cass. 30 gennaio 1987, n.910 in Inf.prev. 1987, 1023; id. 16 luglio 1992, n. 8626 Foro it. Rep. 1992, voce Previdenza, n. 581.

(27) cfr. MAGNO, I contributi agricoli unificati, in Quaderni dir. lav. e re. ind. 1992, 82; C. GATTA, Valore dell'iscrizione negli elenchi nominativi delle lavoratrici agricole … *passim* in *Inf. prev.* 2001, 317 ed ivi ampi richiami di dottrina.

Tuttavia, questa particolare consistenza probatoria, non comporta la qualificazione di prova legale, insuscettibile di prova contraria. Come hanno spiegato le Sezioni unite, la certificazione dell'iscrizione negli elenchi, in quanto atto pubblico, fa piena prova fino a querela di parte, ai sensi e nei limiti di quanto disposto dall'art. 2700 cod. civ., non anche degli elementi ulteriori attestati, con riferimento ai quali è pertanto possibile la prova contraria.

In presenza dell'allegazione al ricorso di tale atto, diventa allora di particolare rilievo il comportamento processuale dell'ente previdenziale. Questi, come qualsiasi altro convenuto, nel costituirsi in giudizio, ai sensi dell'art. 416 cod. proc. civ., deve, a pena di decadenza, *"formulare le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio" (secondo comma) e deve "prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare dei documenti che deve contestualmente depositare"* (terzo comma).

Se l'INPS non formula contestazioni, il giudice potrà ritenere superflue le eventuali prove ulteriori richieste dal ricorrente, e decidere la controversia sulla base o dell'atto pubblico attestante l'iscrizione o del certificato sostitutivo. Anche qualora la contestazione sia precisa, essa tuttavia non modifica la situazione processuale in ordine alla ripartizione dell'onere della prova. Se il ricorrente ha allegato al ricorso la prova dell' iscrizione, il convenuto dovrà fornire a sua volta un'adeguata prova contraria. Il principio ha, da ultimo, acquisito maggiore rilevanza nella giurisprudenza della Suprema Corte che ha rivisitato istituti processuali del lavoro per il vero sedimentati ma che, nell'ottica dell'accellerazione dei tempi del processo, hanno avuto nuovo impulso (28). In tale contesto ricostruttivo si inserisce il principio di non contestazione (29) che individua un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, ma che non può sovvertire ma, anzi, deve contemperarsi con il citato principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c.; e quello di immediata indicazione e produzione dei mezzi di prova (30) dei quali la parte intende avvalersi, onere probatorio gravante sul convenuto *ex* art. 416 c.p.c. ma che graverà anche sull'attore per il principio di reciprocità (31).

Coordinando tutti i principi esposti, nel caso di domanda fondata sulla iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli a tempo determinato, sarà onere dell'Ente Previdenziale eccepire che non vi è stato un rapporto di lavoro subordinato, o che, più di frequente, il rapporto intercorra fra persone legate da vincolo di parentela o di affinità, alcune volte addirittura conviventi, o che non vi è la prova del numero minimo di giornate nell'anno di riferimento. In tali ipotesi, un elemento di prova frequentemente

(28) cfr. Cass., S.U. 20 maggio 2005, n. 8202.

(29) cfr. sulla questione Cass., S.U., 23 gennaio 2002, n. 761 e le successive Cass. 8 febbraio 2003, n. 1562; id. 15 gennaio 2003, n. 535.

(30) cfr. Cass. S.U. n. 8202/2005 cit.

(31) fissato dal giudice delle leggi con la decisione 14 gennaio 1977, n. 13 e recepito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella sentenza 11 giugno 2004, n. 11353.

prodotto dall'INPS è il verbale di accertamento amministrativo. Sebbene le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 1186/2000 abbiano preso in considerazione espressamente questo tipo di prova, hanno concluso che il verbale ispettivo, alla stregua del provvedimento di iscrizione e del certificato sostitutivo, non integra, almeno per la parte contenutistica, una "prova legale" "…costituendo gli stessi, alla stregua di qualsiasi altra attestazione proveniente dalla p.a., una risultanza processuale che deve essere liberamente valutata dal giudice" e che impone l'accertamento della complessa fattispecie mediante la comparazione ed il prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi acquisiti alla causa (32).

Le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza citata vengono parzialmente modificate dal sopraggiungere del D. Lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che si è occupato della "Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro" e che costituisce il completamento della delega contenuta nella legge n. 30 del 2003 (c.d. legge Biagi) che è stata, altresì, attuata dal D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il 5° comma dell'art. 10 ha modificato l'originaria soluzione data alla valenza probatoria dei verbali di accertamento (33) limitata solo alla provenienza e agli eventi avvenuti in presenza dell'accertatore, per aver attribuito al verbale la natura di "fonte di prova" in ordine agli elementi di fatto "acquisiti e documentati" dagli ispettori nel corso dell'accertamento. Sulla scorta della nuova disciplina, le circostanze di fatto che il verbalizzante segnali di aver accertato nel corso dell'indagine, per averle apprese *de relato* o in seguito all'esame di documenti, costituiscono elementi di prova liberamente apprezzabili dal Giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (34) che può anche considerare il verbale prova sufficiente delle circostanze riferite dal pubblico ufficiale qualora il loro specifico contenuto probatorio o il concorso di altri elementi acquisiti all'incarto processuale rendano superfluo l'espletamento di altri mezzi istruttori (35).

Tuttavia, il principio di non contestazione deve trovare un contemperamento nella ovvia considerazione che le cause previdenziali riguardano sempre una moltitudine di soggetti che, nel caso degli agricoli, sono in ciascuna provincia decine di migliaia, con maggiore concentrazione nelle regioni meridionali. Il principio di non contestazione deve essere applicato *cum grano salis,* ossia solo come conseguenza

(32) Sulla questione vedi pure Cass. 5 aprile 2000, n. 4232 in Dir.giur.agr. e dell'ambiente 2000, 672 che ha maggiormente enfatizzato la distinzione fra eccezione in senso proprio e quelle in senso improprio per stabilire che è onere del lavoratore provare l'esistenza, la durata e la natura onerosa e subordinata del rapporto di lavoro dedotto a fondamento del diritto ed il giudice è tenuto ad accertare anche d'ufficio la sussistenza di tale rapporto, senza essere condizionato dai provvedimenti di iscrizione o cancellazione negli appositi elenchi anagrafici, che non costituiscono prova dei suddetti rapporti.

(33) esplicitata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte Cass., sez. un., 25-11-1992, n. 12545 in Foro it., 1993, I, 2225, n. TRAVI; in Riv. giur. circolaz. e trasp., 1993, 547; Mass. giur. lav., 1993, 547, n. CAPO; in Resp. civ., 1993, 826, n. TASSON.

(34) Cfr. Cass., 04-04-1991, n. 3527.

(35) orientamento già espresso prima dell'entrata in vogore della nuova disciplina da Cass., sez. lav., 01-04-1995, n. 3853 e confermato da Cass., sez. lav., 19-06-2000, n. 8323.

della piena applicazione dell'art. 2697 c.c.. Il bracciante ricorrente deve provare, non con la mera allegazione ma con la tempestiva produzione documentale, l'iscrizione negli elenchi nominativi, il numero di giornate lavorate, i datori di lavoro presso cui ha lavorato, la qualifica per la quale è stato ingaggiato. Solo allora sorgerà per l'INPS, nell'ipotesi in cui intenda contestare la domanda, l'onere di prendere piena e circostanziata posizione sui fatti provati, di eccepire il difetto di elementi costitutivi della fattispecie e di allegare prove contrarie, ai sensi dell'art. 416 c.p.c.. Appare eccessivamente garantista per il lavoratore ed ingiustificatamente onerosa per l'Amministrazione seguire la tesi, pure minoritariamente sostenuta (36) secondo la quale "…l'obbligo di contestazione dell'Istituto Previdenziale non postula l'estrinsecazione da parte dell'assicurato di tutti gli elementi costitutivi della pretesa … essendo la loro esistenza implicitamente allegata con la rivendicazione di una situazione soggettiva che tali elementi presupponga, sicchè, ove, invece, non sussistano, deve intervenire tempestiva contestazione della loro esistenza…" forse tralasciando che una tal decisione —cui fa *pendant* l'art. 152 disp.att.c.p.c. — finisce per alimentare il contenzioso anche di soggetti che non possono vantare nessun diritto, ma accedono alle aule giudiziarie fidando sulla difficoltà dell'ente di verificare, a causa dell'altro numero, tempestivamente le singole domande con le risorse a disposizione, sull'impossibilità del magistrato di verificare per ciascuna causa i presupposti e gli elementi costitutivi dei diritti esercitati in udienze sovraffollate, sull'atterrimento del difensore dell'ente che deve gestire una tale mole di contenzioso. Con buona pace del diritto di difesa.

L'applicazione rigorosa dei principi già presenti nel nostro codice di procedura consentirebbe di eliminare un buon 50% del contenzioso previdenziale che affligge le aule di giustizia dell'Italia meridionale e di limitare l'evidenziato deficit della previdenza in agricoltura.

Considerato che la mera prestazione di lavoro subordinato agricolo, al contrario di altri settori produttivi, non è sufficiente per accedere, al momento del verificarsi dell'evento protetto, alle prestazioni previdenziali, ma che tale accesso è conseguenza, sul piano sostanziale, del verificarsi di una complessa fattispecie costituita dallo svolgimento di un'attività di lavoro subordinato a titolo oneroso, per un numero minimo di giornate in ciascun anno di riferimento e che il numero di giornate risulti dall'iscrizione del lavoratore negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli, di cui all'art. 4 del d. lgs. lgt. 9 aprile 1946, n. 212, è evidente l'interesse delle parti (siano essi i lavoratori, i datori di lavoro — per il corretto carico contributivo — che gli enti previdenziali) ad esperire gli opportuni rimedi, anche in sede giurisdizionale, per contestare tanto l'iscrizione o, soprattutto, la mancata iscrizione (37), quanto "l'assegnazione di un numero di giornate di lavoro superiore o inferiore a quelle effettivamente prestate" (38).

Secondo l'art. 17 l. n. 83 del 1970, come modificato dall'art. 6 l. 8 agosto 1972, n. 459, dopo la pubblicazione degli elenchi a cura degli Uffici Scau (oggi INPS), gli

(36) cfr. Cass. 19 settembre 2003, n. 1392424.

(37) Cass. Sez. Un. 11 novembre 1983 n. 6688, sopra indicata.

(38) Cfr. art. 17, comma 1, del d.l. n. 7 del 1970, convertito nella legge n. 83 del 1970 come sostituito dall'art. 11 della legge n. 375/1993.

interessati [e cioè, i lavoratori, i datori di lavoro e gli Istituti previdenziali gestori delle assicurazioni sociali nei cui confronti l'iscrizione produceva i propri effetti], potevano contestare, nel termine di 30 giorni dall'ultimo di pubblicazione, l'iscrizione o la mancata iscrizione o la cancellazione dagli elenchi stessi, ovvero l'assegnazione di un numero di giornate di lavoro superiore o inferiore a quelle effettivamente prestate, con ricorso alla Commissione provinciale per la manodopera agricola la quale doveva procedere alle incombenze istruttorie ed adottare la relativa decisione nel termine di 100 giorni dalla data di presentazione: trascorso tale termine il ricorso si intendeva accolto (c.d. silenzio-accoglimento). Si tratta di una delle prima ipotesi in cui veniva attribuito al contegno omissivo dell'amministrazione il valore di accoglimento dell'istanza con conseguente produzione degli effetti sostanziali positivi che, successivamente, la legge n. 241/1990 ha esteso ad altre fattispecie, in deroga al generale principio per il quale il silenzio dell'amministrazione tenuta ad emettere la decisione implica il rigetto dell'istanza. La soluzione del silenzio-accoglimento trova giustificazione in un sentimento di sfiducia del legislatore nei confronti dell'amministrazione e per evitare ostacoli, trabocchetti procedurali e lungaggini. La legge 11 agosto 1993, n. 375, di attuazione dell'art. 3, comma 1, lett. A, della legge 23 ottobre 1992, n. 421, ha fortemente innovato, anche sotto l'aspetto del contenzioso, la materia dell'accertamento dei lavoratori agricoli. In particolare l'art.11 ha eliminato la figura del silenzio-accoglimento introducendo quella del silenzio-rifiuto e ha sostituito la figura dell'organo amministrativo chiamato a delibare il ricorso amministrativo, lasciando, tuttavia inalterata la disciplina relativa ai termini per proporre ricorso innanzi all'Autorità Giudiziaria.

Il silenzio della nuova disciplina circa i termini decadenziali previsti dall'art. 22 della legge n. 83/1970 deve ritenersi che gli stessi siano rimasti in vigore e non che siano stati tacitamente abrogati, proprio per l'autonomia della disciplina della tutela giurisdizionale di questa norma rispetto alla tutela amministrativa che la novella ha inteso diversamente disciplinare (39). Sulla natura di tale termine si è sviluppato un dibattito, non scevro di conseguenze sul piano sostanziale, fra chi lo riteneva di natura ordinatoria e chi opinava per quella perentoria e, in quest'ultimo caso, se avesse natura procedimentale o decadenziale, sul quale ha sicuramente pesato la modifica legislativa del principio, vigente fino al 1973, della pregiudizialità dell'esperimento del procedimento contenzioso amministrativo rispetto all'introduzione del procedimento giurisdizionale. Ai sensi del previgente art. 460 c.p.c. la proposizione del ricorso amministrativo nei termini previsti (40) costituiva presupposto processuale per la tutela dei diritti in sede giudiziaria. Con la conseguenza che l'omessa o tardiva presentazione del ricorso amministrativo — rispetto a termini stabiliti dalla legge e da essa definiti perentori — determinava l'improponibilità della domanda giudiziale con conseguente declaratoria di inammissibilità, per difetto di un presupposto dell'azione. Tale soluzione fu ritenuta, all'epoca, consona ai

(39) cfr. in termini GATTA, *Pregiudizialità del procedimento amministrativo e decadenza dell'azione giudiziaria in materia di iscrizione negli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli,* in ---, 19 --, 812.

(40) 120 giorni *ex* art. 22 della l. n. 83/1970.

canoni costituzionali (41). Di certo, nella vigenza del vecchio art. 460 c.p.c. il termine di 120 giorni *ex* art. 22 della l. n. 83/1970 era ritenuto di natura perentoria e decadenziale.

Successivamente, nelle controversie previdenziali ed assistenziali, sono state introdotte dalla legge 11 agosto 1973, n. 533 innovazioni di indubbia rilevanza processuale.

Innanzi tutto, l'art. 1 ha sostituito il vecchio art. 460 c.p.c. con l'art. 443 c.p.c., secondo il quale la rilevanza del procedimento amministrativo si pone non più in termini di improponibilità bensì di improcedibilità della domanda in sede giudiziaria, con sospensione del giudizio, alla prima udienza, e fissazione all'attore un termine perentorio di sessanta giorni per la presentazione del ricorso in sede amministrativa. Deve poi seguire la riassunzione, a cura dell'attore, nel termine perentorio di 180 giorni che decorre dalla cessazione della causa di sospensione. Le conseguenze sono note: in caso di inosservanza del termine di sessanta giorni, il giudice dichiara con sentenza l'improcedibilità del giudizio (in termini definitivi); nel caso, invece, di omessa riassunzione nel termine di 180 giorni dall'esaurimento del procedimento amministrativo il processo si estingue a mente dell'art. 307, commi terzo e quarto, c.p.c.

Per evitare ogni equivoco rispetto a tale innovazione, con l'art. 9 l. n. 533 del 1973 è stato inserito il testo dell'art. 148 disp. att. c.p.c. il quale ha abrogato "tutte le disposizioni contenute nelle leggi speciali in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie che, in difformità da quanto stabilito dall'art. 443 del codice, condizionano la proponibilità della domanda giudiziaria al preventivo esperimento dei procedimenti amministrativi contenziosi".

Infine, con l'art. 8 l. n. 533 del 1973 è stato disposto che "Nelle procedure amministrative riguardanti le controversie di cui all'art. 442 c.p.c., non si tiene conto dei vizi, delle preclusioni e delle decadenze verificatesi". Questa norma è stata uniformemente interpretata dalla dottrina nel senso "che le decadenze ivi contemplate sono quelle stabilite in relazione ai termini di presentazione dei ricorsi. Tali termini, pertanto, non sono più perentori e l'amministrazione non può dichiarare irricevibile il ricorso perché proposto fuori termine, ma deve pronunciarsi nel merito" (42).

Le novelle avevano creato confusione in merito alla natura del termine dell'art. 22 della legge n. 83/1970, tanto che la Suprema Corte (43) aveva, in un primo momento, ritenuto che la proposizione del ricorso amministrativo nei 120 giorni dalla notizia della cancellazione o iscrizione fosse un elemento di procedibilità dell'azione e non di proponibilità. Successivamente, ritornando sui propri passi, aveva ribadito che l'art. 22 della citata legge, non avendo subito alcuna abrogazione esplicita, doveva ritenersi ancora vigente, ritenendo che, tra la fase precontenziosa

(41) vedi Corte Cost. 16 giugno 1964, n. 47.

(42) così Verde e Olivieri, voce "Processo del lavoro", in *Enc. dir.,* XXXVI, Milano, 1987, 272; conf. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale,* Torino, 1999, 242 ss..

(43) cfr. Cass. 7 novembre 1986, n. 7016.

amministrativa prevista dall'art. 17 della legge n. 83 ed il termine di decadenza *ex* art. 22, vi era una netta distinzione che si rifletteva sulla natura dei relativi termini e non ne consentiva l'assimilazione ad un'unica fase amministrativa (44). Cosicché il termine di trenta giorni previsto dall'art. 17 per proporre ricorso amministrativo attiene alla fase amministrativa e la sua inosservanza, in ossequio all'art. 148 disp.att. c.p.c., non comporta la decadenza dall'azione giudiziairia. Invece, il termine di 120 giorni dell'art. 22 attiene all'esercizio dell'azione giudiziaria, al compimento di atti di iniziativa che vanno considerati atti sostanziali di esercizio del diritto, con la conseguenza che se quel diritto non viene esercitato nei termini stabiliti dalla legge si realizza un'ipotesi di estizione di quel diritto. (45). La soluzione scelta dalla prevalente giurisprudenza conduce a ritenere, ritornando alle origini, la natura perentoria e decadenziale del termine di cui all'art. 22.

La *ratio* della descritta decadenza risiede nel fatto che l'atto di iscrizione negli elenchi costituisce il presupposto per l'accesso alle prestazioni previdenziali a carattere immediato (indennità di malattia e di maternità) per le quali opera il solo requisito assicurativo, mentre, per i rapporti previdenziali di durata per i quali è anche necessario il requisito contributivo cumulatosi in vari anni (indennità di disoccupazione, pensione ecc.) il provvedimento costituisce anche titolo per l'accredito, in ciascun anno, dei contributi corrispondenti al numero di giornate di iscrizione negli elenchi stessi. Da ciò l'esigenza di acclarare in modo definitivo e nel più breve tempo possibile , la fondatezza del diritto all'iscrizione e la conseguente certezza del diritto alle prestazioni nei confronti sia del lavoratore che dell'ente previdenziale (46).

La soluzione del termine decadenziale deve ritenersi immodificata dalla novella in materia di previdenza agricola apportata dal d. lgs. n. 375/199, in parte ulteriormente modificata dalla legge n. 608/1996, perché, stando alla materia dei ricorsi amministrativi in tema di iscrizione/cancellazione dagli elenchi degli operai agricoli, deve ritenersi abrogato solo l'art. 17 della legge n. 83/1970 e lasciata integralmente inalterata la disciplina dell'art. 22.

La soluzione accolta ha immediate conseguenze giuridiche. Ribadito, quanto più sopra affermato, che i provvedimenti di iscrizione o di cancellazione dali elenchi nominativi dei lavoratori agricoli sono provvedimenti amministrativi di certazione diretti al riscontro, senza margini di discrezionalità che non sia meramente tecnica, dei presupposti di legge per il conseguimento delle prestazioni assicurative, si pone il quesito se tali provvedimenti possono essere sindacati *incidenter tantum* dal giudice ordinario chiamato a delibare il rifiuto di una prestazione previdenziale da parte dell'INPS. La pacifica giurisprudenza ritiene che in ordine al provvedimento di iscrizione o cancellazione dagli elenchi valgono i principi stabiliti dall'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E laddove dal provvedimento derivi una

(44) cfr. sul punto Cass. 27 novembre 1986, n. 7016.

(45) cfr. in termini Cass., S.U., 15 maggio 1984, n. 2954; Cass. 28 giugno 1986, n. 4813; id. 19 aprile 1989, n. 1850; id. 15 settembre 1995 n. 9764 e Cass. 21 aprile 2001, n. 5942.

(46) cfr. in termini GATTA, pregiudizialità del procedimento amministrativo, cit., 815.

lesione di diritti soggettivi (47). La soluzione, ammissibile sul piano strettamente dogmatico, si intreccia, peraltro, con quello riguardante l'ampiezza dei poteri di disapplicazione del giudice ordinario in una fattispecie ove il termine decadenziale rende il provvedimento amministrativo non più tangibile. Il problema centrale consiste nello stabilire l'esatto rapporto con l'art. 5 della LAC, che prevede, in generale, il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi. Secondo la linea interpretativa dominante (ma tutt'altro che pacifica), l'ambito operativo dell'istituto è limitato ai soli casi in cui l'atto amministrativo venga in rilievo *incidentalmente.* Ma, assai più verosimilmente, la giurisprudenza ha inteso allargare l'ambito operativo dell'istituto anche ai casi in cui l'atto amministrativo non assuma un rilievo meramente incidentale, bensì — come nel caso della domanda giudiziale di prestazioni previdenziali — costituisca *l'oggetto diretto ed immediato della cognizione,* perché influente sull'assetto del rapporto previdenziale. In questi casi, la natura decadenziale-sostanziale del termine di impugnazione del provvedimento di cancellazione/iscrizione mal si concilia con il potere conferito al Giudice Ordinario di conoscere incidentalmente, oltre il termine di decadenza, della legittimità del provvedimento ritenuto lesivo del diritto soggettivo alla prestazione previdenziale. Né, per altro verso, può essere escluso il diritto di iniziativa del privato di agire in giudizio per ottenere il bene della vita che il provvedimento ritenuto illegittimo ha negato. La situazione dedotta come diritto soggettivo comporterà che il giudice adito decida la causa nel merito tenendo conto della situazione giuridica determinatasi dalla circostanza che il termine per proporre l'impugnazione del provvedimento è irrimediabilmente spirato con la conseguenza che non ricorreranno le necessarie condizioni per procedere alla disapplicazione. Mentre, se il termine dei 120 giorni dalla notizia della cancellazione non è ancora spirato se il provvedimento non è stato già autonomamente impugnato davanti ad altro giudice, il giudice adito procederà alla eventuale disapplicazione se ritenuto illegittimo; viceversa sospenderà il processo, *ex* art. 295 c.p.c., in attesa della decisione della causa ritenuta pregiudiziale. A diversa soluzione si giunge se si accedesse alla tesi per la quale il diritto alle prestazioni assicurative nasce direttamente dalla legge, in presenza dei requisiti da essa voluti e non dal provvedimento amministrativo di iscrizione che ha la diversa funzione di rendere legalmente certa la qualità di lavoratore agricolo, agendo come condizione di efficacia almeno in ordine agli effetti nei confronti dei terzi. In tali casi il giudice adito deve accertare, in via incidentale, la sussistenza del rapporto di lavoro che è requisito del diritto all'iscrizione, non rilevando in contrario la decadenza nella quale sia incorso l'interessato per non aver tempestivamente impugnato il provvedimento adottato dalla Commissione (48).

È noto che "…il diritto alle prestazioni sorge in ogni caso dalla situazione di lavoratore subordinato…"(49) in agricoltura e che l'iscrizione negli elenchi nominativi

(47) vedi sul punto Cass. 28 novembre 1984, n. 6202 in Inf. Prev. 1986, 476 con nota di V. LIPARI; id. 30 gennaio 1987, n. 910; id. 16 luglio 1992, n. 8626.

(48) cfr. Cass. 19 marzo 1999, n. 2543; id. 25 febbraio 1995, n. 2195; id. n. 8626/1992 cit.; id. n. 910/1987 cit.

(49) cfr. Corte Cost. n. 87/1970 cit.

o il certificato provvisorio sostitutivo hanno una mera funzione certificatoria dello *status,* del fatto costitutivo della qualità di bracciante agricolo. A ciò la stessa Consulta aggiunge che la necessità dell'iscrizione negli elenchi non deroga al principio dell'automatismo dell'assicurazione contro le malattie, principio sancito dall'art. 11, 3° comma, della legge 11 gennaio 1943, n. 138 a favore di tutti i lavoratori compresi quelli agricoli.

Le forme originarie di assicurazione sociale, costituite agli inizi del secolo scorso, erano improntate alla sinallagmaticità fra pagamento del premio ed erogazione della prestazione (50). Poi venne l'assicurazione per gli infortuni sul lavoro in agricoltura (51) che introdusse il principio per il quale era egualmente garantita l'erogazione della prestazione anche ai lavoratori per i quali non era stato versato il premio. Era il primo passo verso la demolizione della stretta dipendenza tra fruizione della prestazione e pagamento dei contributi, del concetto di sinallagma, con la nascita del principio dell'automatismo delle prestazioni che ha segnato profondamente il distacco tra rapporto contributivo e rapporto previdenziale.

In via generale l'art. 2116 c.c., 1° comma, dispone che le prestazioni previdenziali *"sono dovute al prestatore di lavoro anche quando l'imprenditore non ha versato regolarmente i contributi dovuti...",* ma in realtà il principio ha una portata molto meno ampia di quanto potrebbe sembrare. Primariamente, l'operatività del principio è subordinata all'accertamento dell'obbligo per contributi omessi. La giurisprudenza consolidata nega l'applicabilità del principio dell'automatismo delle prestazioni in settori nei quali non vi sia stata, da parte di una legge speciale, una esplicita statuizione del principio (52). L'orientamento limitativo della Suprema Corte, che riduce la portata dell'art. 2116, 1° comma ad una sorta di norma programmatica, direttiva e non precettiva (53) trova giustificazione in un ordinamento previdenziale nato precedentemente alla norma codicistica, che risente della sinallagmaticità fra prestazione e premio e, quindi, inverte l'ordinario rapporto fra la generalità del principio e la specificità delle disposizioni. La Suprema Corte (54) ha affermato che "il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali enunciato in via generale dall'art. 2116 c.c., trova applicazione solo in quanto il sistema delle leggi speciali vi si adegui, disponendo espressamente in proposito e prevedendo in ordine alla relativa provvista finanziaria".

Per gli agricoli a tempo determinato il principio di automaticità delle prestazioni dovrebbe essere applicato in ogni caso, per via delle posizioni che vengono gestite ed incrementate senza rapporto di corrispettività con i versamenti contributivi, come diretta conseguenza dell'iscrizione negli elenchi nominativi e non dell'effettivo versa-

(50) vedi M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale,* Torino, 1996, 98.

(51) con il D. Lgs. Lgt. 23 agosto 1917, n. 1450.

(52) cfr. Cass. aprile 1992, n. 4236, in Inf. prev. 1992, 787; id. 14 gennaio 1989, n. 149, in Inf. prev. 1989, 668; id. 18 ottobre 1982, n. 5377.

(53) cfr. Cass. N. 5377/1982 cit.

(54) cfr. Cass. 4 aprile 1989, n. 1634; id. 16 dicembre 1986, n. 7590; id. 18 ottobre 1982, n. 5377; id. 17 aprile 1978, n. 1814.

mento dei contributi (55). Se ciò fosse vero, non si comprenderebbe perché il legislatore ha sentito l'esigenza di disporre espressamente che tanto l'erogazione dell'indennità di malattia dei braccianti di cui al combinato disposto dell'art. 11, 3° comma, della legge 11 gennaio 1943, n. 138 e dell'art. 4 del D. Lgs. Lgt. 212/1946, quanto quella dell'indennità di maternità ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 15 della legge n. 1204/1971, non è subordinata a particolari requisiti contributivi o di anzianità assicurativa. E se si può ammettere che la disciplina dell'indennità di malattia risente del principio precodicistico della sinallagmaticità delle prestazioni previdenziali, non può dirsi la stessa cosa per l'indennità di maternità disciplinata dalla legge del 1971 e, quindi, successivamente all'art. 2116 c.c.

Se si dovesse opinare per l'applicazione anche in agricoltura del principio di automaticità delle prestazioni previdenziali enunciato in via generale dall'art. 2116 c.c., solo quando il sistema delle leggi speciali si sia adeguato, disponendo espressamente in proposito e prevedendo in ordine alla relativa provvista finanziaria, deve rilevarsi che tale espressa diposizione non è rinvenibile né nella disciplina contro la disoccupazione degli agricoli, né in quella contro la tubercolosi, né per l'assicurazione per invalidità vecchiaia e superstiti. Applicando l'elaborazione giurisprudenziale enunciata in tema di 2116 c.c., sorge fondato il dubbio che non sia sufficiente, almeno per quanto riguarda l'assicurazione conto la disoccupazione e la tubercolosi degli agricoli, nonché dell'assicurazione per l'invalidità ed i superstiti, la mera iscrizione negli elenchi nominativi di cui al R.D. n. 1949/1940 e che quelle prestazioni vadano corrisposte indipendentemente dell'effettivo pagamento dei contributi e dell'anzianità assicurativa. Tale elemento costituisce, quindi, uno dei presupposti (lo *status* di operaio agricolo a tempo determinato) insieme al pagamento dei contributi ed all'anzianità contributiva.

4. — Le prestazioni a sostegno del reddito: a. Indennità di malattia e di maternità, inquadramento; b. Prescrizione; c. Rapporto con la decadenza; d. Indennità di disoccupazione agricola, inquadramento; e. Problematiche ricorrenti: retribuzione da considerare ai fini del calcolo della prestazione; f. Decadenza previdenziale; g. Assegno per il nucleo familiare; h. Integrazione salariale in agricoltura; i. Applicabilità della disciplina di tutela dei disabili in materia di agricoltura.

Trattamento economico di malattia e di maternità. Inquadramento.

Le indennità di malattia e di maternità sono prestazioni economiche destinate

(55) così in dottrina G. SAIA; *Il principio di automaticità delle prestazioni previdenziali,* in *Inf. Prev.* 2000, 2, 380; G. TERZAGO, *Rapporto giuridico previdenziale e automaticità delle prestazioni,* in *Riv. it. prev. soc.* 1970, 639; A. LUCANI, *L'art. 40 della legge 30 aprile 1969, n. 153* in *Prev. soc. agr.* 1970, 193; in giurisprudenza Cass. 7 febbraio 1969, n. 412.

a compensare i lavoratori ammalati e le lavoratrici gestanti e puerpere della perdita di retribuzione che ad essi sia derivata dall'evento della malattia o da quello della gravidanza. Oggetto dell'assicurazione obbligatoria contro le malattia (e della maternità) non è la malattia in sé, ma l'inabilità temporanea al lavoro che derivi — sia pure in via mediata — in dipendenza della necessità di sottoporsi a cure mediche o ad interventi chirurgici (56). Con l'istituzione del S.S.N. (57) sono state superate tutte le diversità di trattamento sanitario, ai fini della tutela della salute, esistenti sotto il precedente regime assicurativo-mutualistico, convogliando sull'INPS la competenza ad erogare le prestazioni economiche di malattia e di maternità che precedentemente facevano capo all'INAM, alle Casse di soccorso, alle Casse marittime, all'Enpals, senza procedere, però ad una completa rivisitazione delle due materie. Le norme dell'assicurazione di malattia sono rimaste in vigore per quanto concerne il trattamento economico dei lavoratori dipendenti costretti ad assentarsi dal lavoro a causa di infermità (58).

Le fonti normative dalle quali occorre prendere le mosse sono il D. Lgs. Lgt. 9 aprile 1946, n. 212 in tema di assicurazione di malattia dei lavoratori agricoli, integrato dalla legge 11 gennaio 1943, n. 138 che disciplina le prestazioni di malattia per la generalità dei lavoratori. Mentre per la maternità l'art. 15 della legge 30 dicembre 1971, n. 1024 con il relativo regolamento di esecuzione approvato con DPR 25 novembre 1976, n. 1026.

L'art. 4, primo comma, del cit. d.lgs. n. 212 del 1946, condiziona il diritto all'indennità di malattia per gli operai agricoli a tempo determinato all'iscrizione negli elenchi nominativi per almeno 51 giornate (59). Tale diritto sorge con l'iscrizione negli elenchi e decorre dalla data di validità degli elenchi medesimi. Anche se, il quarto comma dell'art. 4 cit., dispone che è consentita l'ammissione del lavoratore alle prestazioni di malattia, nelle more della sua iscrizione negli elenchi nominativi, mediante esibizione del c.d. certificato d'urgenza, rilasciato dall'organo competente alla formazione degli elenchi, ed attestante la qualifica del soggetto interessato, risultante dagli atti, in base alla quale egli ha diritto all'iscrizione; in tal caso la norma prevedeva che l'ammissione alle prestazioni decorresse dalla data di rilascio del certificato, ma tale disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza della Corte costituzionale 10 novembre 1995, n. 483 (60) con la conseguenza che il diritto all'indennità di malattia sorge dalla data di richiesta di detto certificato e non dalla data di rilascio. Il limite massimo indennizzabile è di 180 giorni per ciascun anno. Ma il sesto comma dell'art. 5 d.l. 12 settembre 1983, n. 453 convertito, con modificazioni, in l. 11 novembre 1983, n. 638, ha

(56) cfr. *in obiter dictum* Cass. 6 marzo 2003, n. 3364; id. 21 aprile 1993, n. 1368

(57) l. 23 dicembre 1978, n. 833.

(58) consistente nella corresponsione, da parte dell'Inps, di una indennità sostitutiva del salario per i periodi di astensione dal lavoro.

(59) l'art. 3 d.lgs.lgt. n. 212 del 1946, ai fini dell'assicurazione *de qua,* considera, infatti, braccianti agricoli solo quei lavoratori che dedicavano ai lavori agricoli più di 50 giornate all'anno.

(60) in *Inform. prev.,* 1996, 328 con nota di Gatta.

introdotto delle limitazioni al riguardo, disponendo che i lavoratori agricoli a tempo determinato iscritti o aventi diritto all'iscrizione negli elenchi — a condizione che risultino iscritti nei predetti elenchi nell'anno precedente per almeno 51 giornate — hanno diritto per ciascun anno alle prestazioni economiche di malattia per un numero di giornate corrispondente a quello dell'anzidetta iscrizione nell'anno precedente (61). Sulla legittimità costituzionale del requisito dell'iscrizione negli elenchi per il conseguimento del diritto alle prestazioni in questione si è pronunciata Corte cost. 10 giugno 1970, n. 87 (62); sul dubbio di incostituzionalità del medesimo requisito, ma per il rilievo che a tal fine assume la prestazione di almeno 51 giornate lavorative annue, si è pronunciata nel senso della manifesta infondatezza, la Corte costituzionale con ord. 26 gennaio 1988, n. 105 (63) e 18 marzo 1992, n. 107 (64) non ha ravvisato profili di illegittimità.

Per fruire dell'indennità di malattia il lavoratore deve far pervenire all'Inps o alla Asl, entro due giorni dal rilascio, il certificato medico con l'indicazione della diagnosi e della prognosi.

La disciplina descritta trova efficacia solo nei confronti dei lavoratori agricoli a tempo determinato e categorie assimilate (quali i compartecipanti familiari ed i piccoli coloni) mentre per gli operai agricoli a tempo indeterminato deve farsi riferimento all'art. 14 del D.L. 22 dicembre 1981, n. 791 convertito, con modificazioni, con la legge 26 febbraio 1982, n. 54, che ha stabilito uno stretto riferimento della posizione assicurativo-previdenziale con le prestazioni effettivamente eseguite nel corso dell'anno ed alle retribuzioni percepite.

Sui medesimi presupposti dell'indennità di malattia per i braccianti agricoli si fonda il diritto delle operaie agricole a tempo determinato all'indennità di maternità per i periodi di astensione dal lavoro *pre* e *post partum,* obbligatoria e facoltativa. Dispone, infatti, il terzo comma dell'art. 15 l. 30 dicembre 1971, n. 1204 (sulla tutela delle lavoratrici madri) che tale indennità è corrisposta a dette lavoratrici con gli stessi criteri previsti per l'erogazione delle prestazioni economiche di malattia e non è subordinata a particolari requisiti contributivi o di anzianità assicurativa. In forza di tale rinvio, l'art. 13 del regolamento esecutivo della legge citata, approvato con d.p.r. 25 novembre 1976, n. 1026, ha precisato che le operaie agricole, per fruire di detta prestazione, devono dimostrare la qualifica posseduta comprovandola con l'iscrizione negli elenchi nominativi o con il certificato provvisorio d'iscrizione di cui all'art. 4 d.lgs.lgt. n. 212 del 1946, a prescindere dalla data di pubblicazione degli elenchi e del rilascio del certificato. Ciò presuppone che le interessate, nell'anno precedente l'inizio del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro — per il quale l'Inps è tenuto ad erogare un'indennità pari all'80 per cento della retribuzione

(61) fermo restando il limite massimo annuo di 180 giornate indennizzabili

(62) in *Prev. soc. agr.,* 1970, 232.

(63) in *Giur. cost.,* 1988, I, 317); sui limiti introdotti dall'art. 5 l. n. 638 del 1983, sempre la Corte costituzionale, con le sentenze 3 marzo 1989, n. 86 (in *Giust. civ.,* 1990, I, 520.

(64) in *Dir. giur. agr. e dell'amb.,* 1993, 150 con nota di Gatta, *Sul diritto all'indennità giornaliera di malattia degli operai agricoli a tempo determinato,* p. 143 ss..

— abbiano svolto almeno 51 giornate lavorative oppure risultino iscritte negli elenchi nominativi dell'anno precedente per almeno 51 giornate; condizioni che devono sussistere anche prima dell'inizio del periodo di assenza facoltativa dal lavoro, perché si acquisisca il diritto alla relativa indennità pari al 30 per cento della retribuzione. È stato rilevato che il requisito minimo di attività lavorativa richiesto non contraddice all'affermato principio dell'automaticità delle prestazioni di maternità in quanto non è richiesto quale condizione per l'accesso a tali prestazioni, non costituendone requisito contributivo né requisito di anzianità assicurativa, bensì quale indispensabile presupposto per l'acquisizione della qualità di soggetto assicurato ai fini della tutela di malattia e di maternità (principio, questo, di carattere generale) che, nel settore agricolo, è fatta risultare mediante l'iscrizione negli elenchi (65).

Il certificato di malattia rilasciato dal medico curante in duplice copia è di per sé la domanda di indennità di malattia. La copia che riporta sia la diagnosi sia la prognosi deve essere presentata — entro due giorni dal rilascio del certificato — direttamente alla sede Inps competente per residenza, mentre la copia dove è indicata solo la prognosi deve essere consegnata al datore di lavoro. Per fruire dell'indennità giornaliera di maternità per il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro occorre presentare domanda all'Inps, allegando il certificato medico attestante la data presunta del parto e, successivamente, entro 15 giorni dal parto, deve essere presentato il certificato di assistenza al parto, dal quale risulti la data dell'evento medesimo. Per fruire dell'indennità giornaliera di maternità per il periodo di assenza facoltativa dal lavoro, occorre presentare domanda all'Inps allegando il certificato di stato di famiglia e il certificato di esistenza in vita del bambino o le dichiarazioni sostitutive.

Tra i molteplici problemi che sono stati sottoposti all'attenzione della magistratura meritano di essere evidenziati quelli relativi alla quantificazione delle indennità, alla prescrizione del relativo diritto ed alla decadenza.

Sia per l'indennità di malattia sia per quella di maternità la retribuzione di riferimento per il calcolo delle indennità è quella effettiva per le operaie a tempo indeterminato e quella media convenzionale della provincia, per le operaie a tempo determinato. L'indennità di malattia, per gli operai agricoli a tempo determinato, è pari: a) per i primi venti giorni (a partire dal quarto giorno di malattia, sussistendo l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere la retribuzione per i primi tre giorni), al 50% del salario spettante e non materialmente percepito (66); b) dal ventunesimo giorno in poi, ai due terzi del predetto salario, ai sensi dell'art. 1 l. 26 febbraio 1963, n. 329 modificato dall'art. 1 l. n. 457 del 1972.

L'importo delle dette prestazioni è commisurato a quello della retribuzione che i lavoratori avrebbero avuto diritto di percepire prima dell'astensione dal lavoro per

(65) Sulla legittimità costituzionale di tali requisiti si è pronunciata Corte cost. 24 luglio 1995, n. 364 in *Dir. lav.,* 1995, II, 571 con nota di Gatta.

(66) sulla questione vedi V. LIPARI, *La quantificazione delle indennità di malattia e di maternità,* in Inf. prev. 1995, 465; Gatta, *La nuova disciplina giuridica della retribuzione imponibile ai fini della contribuzione agricola unificata* in *Dir. giur. agr. e dell'amb.,* 1999, 328.

causa degli eventi tutelati. Va subito sottolineato che per la quantificazione dell'indennità deve farsi riferimento all'art. 4 del d. lgs. n. 146/1997 ed alla problematica dell'applicazione del salario medio convenzionale o del salario contrattuale per il cui approfondimento si rimanda alla trattazione della disoccupazione agricola, solo perché per quest'ultima prestazione si è sviluppato un contenzioso numericamente rilevante.

Il diritto all'indennità di malattia si prescrive in una anno *ex* art. 6, ultimo comma, l. 11 gennaio 1943, n. 138.

La giurisprudenza ha più volte affermato (67) che la medesima regola dovesse applicarsi, nel silenzio della legge, all'indennità di maternità — identica alla prima nel contenuto e nelle funzioni. L'art. 6 della l. n. 138/1943 ultimo comma stabilisce che "l'azione per conseguire la prestazione di cui alla presente legge si prescrive nel termine di un anno dal giorno in cui esse sono dovute". A parte l'ovvia osservazione che ad essere assoggettato a prescrizione è il diritto all'indennità di malattia e non la relativa azione giudiziaria, deve ribadirsi che il termine breve trova applicazione anche nell'ipotesi il lavoratore rivendichi, dopo aver ricevuto la prestazione, delle differenze. E tale termine non è interrotto dal pagamento della prestazione, perché in nessun modo può affermarsi che con il pagamento l'Istituto avesse voluto versare un semplice acconto sul preteso ammintare del credito previdenziale (68). Esclusa, perché infondata, la questione di costituzionalità dell'art. 6 della legge n. 138/1943 per violazione del diritto di difesa, — perché, secondo la Consulta, il termine annuale di prescrizione darebbe tempo sufficiente per l'esercizio del diritto (69) —, per il corretto inquadramento della materia occorre individuare il termine iniziale di decorrenza del termine di prescrizione.

L'art. 6 citato identifica il termine iniziale di decorrenza con quello a partire dal quale la prestazione è dovuta. La norma, coordinata con l'art. 2935 c.c., fa coincidere la decorrenza della prescrizione con "il giorno in cui il diritto può essere fatto valere". La giurisprudenza (70), ritenendo che tanto l'indennità per astensione obbligatoria che l'indennità di malattia, ha carattere giornaliero e che il relativo diritto matura di giorno in giorno e si risolve in un complesso di diritti a ratei giornalieri ha, in buona sostanza, concluso per una decorrenza periodica dei ratei di malattia. La soluzione adottata dalla giurisprudenza, che potrebbe apparire a prima vista complessa, si fonda sull'art. 6, 3° comma della legge n. 138/1943, il quale, per la determinazione e le modalità di corresponsione dell'indennità di malattia (e, in genere delle altre prestazioni) opera un rinvio formale ad altre fonti, tra cui i contratti collettivi nazionali per i quali la retribuzione per gli operai a tempo determinato va pagata giornalmente. Cosicché la prescrizione prende piede giornalmente con decorrenza dell'anno dal giorno successivo (incluso) a quello indennizzato.

Altra questione è verificare se il termine di prescrizione resta sospeso se intervie-

(67) Cass. 15 febbraio 2003, n. 19130; Cass. 19 gennaio 1998 n. 444; id. 8 luglio 1992, n. 8318.
(68) Cfr. Cass. S.U. 25.07.2002, n. 10955; Cass., s.l., 25 marzo 2005, n. 6428.
(69) Cfr. Corte Cost. 9 novembre 1988, n. 1021.
(70) V. Cass. 22/3/98 nn. 2277 e 2284, 4/6/92 n. 6821.

ne la cancellazione dagli elenchi nominati principali dell'anno di riferimento, e finchè il lavoratore non venga nuovamente inserito nei predetti elenchi. La giurisprudenza ritiene (71) che alla decorrenza di tale termine non sono di ostacolo — non configurandosi come circostanze impeditive della possibilità di far valere il diritto (art. 2935 c.c.) — il diniego della prestazione, opposto dall'istituto assicuratore attraverso la contestazione della legittimità dell'iscrizione predetta, o la cancellazione degli elenchi (specie se priva di rilevanza esterna in quanto disposta con provvedimento non definitivo), atteso che il giudice ha il potere di verificare l'esistenza dei requisiti per il sorgere della detta obbligazione *ex lege* indipendentemente dall'accertamento compiuto in sede amministrativa.

Altra ipotesi ricorre quando vi siano contestazioni circa la regolarità del rapporto di lavoro denunciato, ed in particolare, quando questi rapporti abbiano dato luogo a un processo penale contro il datore di lavoro e/o il lavoratore per un reato il cui accertamento integrerebbe un fatto impeditivo del diritto del lavoratore (falso, truffa sia pure tentata, ecc,). Non pare che in questo caso ricorra un elemento impeditivo della decorrenza della prescrizione, poiché il processo penale, finchè non giunge alla sentenza definitiva, produce solo incertezza sul diritto vantato che va, quindi, egualmente esercitato (72).

Quanto agli atti interruttivi della prescrizione, oltre che l'ordinario atto di costituzione in mora proveniente dal lavoratore che vanta il diritto o dal patronato a cui egli si è rivolto (73) o il riconoscimento del debito da parte dell'Istituto previdenziale, è idoneo ad interrompere la prescrizione pure il ricorso amministrativo, anche se il ricorso precontenzioso ha effetto istantaneo, dovendosi escludere, invece, che la prescrizione rimanga sospesa durante la pendenza del procedimento amministrativo, in difetto di una specifica previsione in tal senso, analoga a quella dettata dall'art. 111, 2º comma, d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124 in materia di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (74).

Alla prestazione di malattia si applica, altresì, il regime decadenziale di cui al terzo comma dell'art. 47 d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639 nel testo sostituito dall'art. 4 d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, in l. 14 novembre 1992, n. 438all'art. 4 della legge, per il quale l'azione giudiziaria può essere proposta, trascorsi trecento giorni dalla presentazione della richiesta di prestazione. È evidente che si pone un problema di compatibilità fra il termine annuale di prescrizione e quello pure annuale di decadenza. Ritenendo che l'art. 4 non abbia travolto il regime precedente, si ritiene — sia pure dal punto di vista puramente dogmatico — che il lavoratore incorso in decadenza non possa esperire un'azione giudiziaria nei confronti dell'Istituto previdenziale che gli ha negato la prestazione, ma continui ad essere titolare del diritto

(71) Cass., sez. lav., 26 aprile 1993, n. 4859.

(72) cfr. nel senso appena esposto Cass. 28 aprile 1993, n. 4969 in Inf. prev. 1993, n. 513; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9485; id. 6 marzo 1976, n. 753 in Foro it. 1977, I, 509.

(73) sulla cui idoneità cfr. Cass. 20 maggio 1991, n. 5639 in Foro it. 1991, I, 2376; Cass. S.U. 13 giugno 1980, n. 3749 id., 1980, I, 2467.

(74) cfr. in termini Cass. 19 aprile 1995, n. 4348.

all'indennità, avendo avuto cura di interrompere i termini prescrizionali. In questo caso, il credito del lavoratore è analogo a quello di certe posizioni soggettive attive che sono sfornite di azione giudiziaria, alla stregua del gioco, della scommessa e delle obbligazioni naturali (cfr. artt. 1833 e 2034 c.c.). Per l'inquadramento si rimanda alla decadenza della prestazione di disoccupazione.

Assicurazione contro la disoccupazione involontaria.

Viene definita "assicurazione" contro la disoccupazione agricola, ma questa forma di tutela ha ben poco del contratto di assicurazione e molto dell'intervento assistenziale, poiché i lavoratori non corrono il rischio della disoccupazione ma hanno la certezza di essere disoccupati per buona parte dell'anno. Per tale assorbente ragione, in origine, la disciplina generale dell'assicurazione contro la disoccupazione non era prevista per gli agricoli; successivamente, fu estesa anche a questa categoria con l'art. 32 della l. 29 aprile 1949, n. 264 l. In particolare, la disciplina della disoccupazione è divenuta operante solo con l'emanazione del Regolamento di esecuzione approvato con d.p.r. 3 dicembre 1955, n. 1323 ed è stata ridisciplinata con d.p.r. 3 dicembre 1970, n. 1049 ed integrata dalle disposizioni delle leggi: 8 agosto 1972, n. 457; 27 novembre 1973, n. 852 (art. 6); 16 aprile 1974 (di conversione del d.l. n. 30 del 1974); 16 febbraio 1977, n. 37. In base a tali leggi, ai lavoratori agricoli dipendenti, limitatamente alle categorie dei salariati fissi ed assimilati (ora operai a tempo indeterminato), degli obbligati e braccianti fissi, dei giornalieri di campagna (ora operai a tempo determinato), dei piccoli coloni e compartecipanti familiari, spettava, in caso di disoccupazione, a tutto il 1987, una indennità ordinaria di disoccupazione, se in possesso dei seguenti requisiti: a) iscrizione negli elenchi nominativi nell'anno di riferimento dell'indennità ed altro precedente (biennio assicurativo); b) minimo di 102 contributi giornalieri accreditati nel biennio corrispondente all'anno al quale si riferisce l'indennità ed a quello precedente (minimo contributivo).

Non avevano diritto all'indennità ordinaria di ds., anche se in possesso dei predetti requisiti, coloro che esercitavano contestualmente, in via normale e prevalente, un'attività in proprio di carattere agricolo e non agricolo.

L'indennità giornaliera risultava fissata dall'art. 13 d.l. 2 marzo 1974, n. 30, convertito in l. 16 aprile 1974, n. 114, nella misura di lire 800, a cui si aggiungeva l'importo degli assegni familiari eventualmente spettanti.

Il numero delle giornate indennizzabili con il trattamento ordinario si determinava sottraendo da un tetto di 270 giornate (fissato dalla legge); le giornate di lavoro attribuite in relazione alla iscrizione negli elenchi nominativi; le giornate di malattia, infortunio, maternità e di integrazione salariale per le quali fossero state corrisposte le relative indennità previdenziali; le giornate di lavoro svolte in proprio o in altro settore produttivo. Il numero massimo per il quale l'indennità poteva essere corrisposta era di 180 giornate nell'arco dell'anno.

Le descritte modalità applicative, del tutto particolari, hanno condotto taluni ad

affermare che le prestazioni garantite con l'assicurazione *de qua* non provvederebbero a sopperire alle esigenze esistenziali del prestatore contestualmente alle singole mancanze periodiche di lavoro, ma tenderebbero unicamente a garantire al prestatore stesso "un minimo di reddito annuo"; più precisamente è stato ritenuto che la prestazione in esame realizzasse "una particolare integrazione di guadagno, inserita nell'ordinamento generale dell'assicurazione contro la disoccupazione" tendente ad assicurare ai lavoratori interessati il citato "minimo reddito annuo". Altri, pur considerando le particolarità attuative dell'istituto in questione — che pur hanno il loro rilievo in sede di valutazione generale —, hanno ritenuto, comunque, che la ricorrenza dei medesimi elementi formali fondamentali, la collocazione all'interno della gestione dell'assicurazione generale obbligatoria, l'assolvimento della medesima funzione di sollievo dal bisogno in caso di mancanza di lavoro, sia del prestatore di lavoro che della sua famiglia, siano tutti elementi che dimostrano l'omogeneità di struttura e di natura giuridica tra la prestazione di disoccupazione a favore dei lavoratori agricoli e quella a favore della generalità dei lavoratori dipendenti (75).

Per effetto delle norme di cui all'art. 25 l. n. 457/1972 e agli artt. 6 e 7 l. n. 37/1977, ai lavoratori agricoli a tempo determinato che avessero effettuato nell'anno almeno 101 giornate di lavoro effettivo (76) e che fossero in possesso dei requisiti assicurativi e contributivi previsti per il diritto all'indennità ordinaria di ds. agr., spettava (e spetta tuttora) una "indennità speciale" in sostituzione di quella ordinaria. Tale indennità è commisurata alle retribuzioni medie, determinate secondo le modalità di cui all'art. 28 d.p.r. n. 488 del 1968 ed all'art. 3 l. n. 457/1972, cui ho accennato *supra,* ed è liquidata nella misura del: a) 66 per cento per coloro che abbiano svolto almeno 151 giornate lavorative nell'anno di riferimento; il requisito può essere raggiunto anche con il cumulo di giornate di attività non agricola, purché soggetta all'assicurazione contro la disoccupazione, e quelle di iscrizione negli elenchi nominativi come compartecipante familiare o piccolo colono;

b) 40 per cento per coloro che fossero iscritti negli elenchi di rilevamento e di coloro che avessero prestato attività lavorativa effettiva, potendolo comprovare con dichiarazione dei rispettivi datori di lavoro ancorché iscritti negli elenchi a validità prorogata, per almeno 101 giornate e fino a 150 nell'anno. La durata del trattamento speciale di ds. agr., si determinava con gli stessi criteri previsti per l'indennità ordinaria, ma la relativa corresponsione era limitata ad un massimo di 90 giornate all'anno, mentre per le giornate eccedenti tale limite era dovuta l'indennità ordinaria fino al massimo di 180 giornate complessivamente.

A tale disciplina — tuttora valida nelle linee di fondo — sono state apportate alcune innovazioni, per l'anno 1988, con l'art. 7 d.l. 21 marzo 1988, n. 86, convertito

(75) In tal senso, in giurisprudenza, per implicito, Cass. 19 dicembre 1985, n. 6503, in *Inform. prev.,* 1986, 586; ma, *contra,* Cass. 27 febbraio 1990, n. 1486 secondo cui l'indennità di disoccupazione per i lavoratori agricoli si risolve sostanzialmente in una forma di integrazione salariale concessa *ex post.*

(76) e cioè quelli qualificati – secondo le vecchie denominazioni di cui al d.lgs.lgt. n. 212 del 1946 — "occasionali" ed "abituali" ed esclusi quindi gli "eccezionali" con occupazione annua non superiore a 100 giornate lavorative.

in l. 20 maggio 1988, n. 160, la cui efficacia è stata però successivamente prorogata – per effetto di apposita norma contenuta in vari decreti-legge, periodicamente reiterati per mancata conversione nei termini previsti, ed infine nel d.l. 29 marzo 1991, n. 108, convertito in l. 1° giugno 1991, n. 169 — per gli anni successivi.

Fermi restando i requisiti assicurativi e contributivi per l'acquisizione del diritto all'indennità ordinaria di ds. agr. (77), il numero di giornate indennizzabili in via ordinaria nei confronti dei lavoratori agricoli non aventi diritto al trattamento speciale, è pari a quello delle giornate lavorate in settore agricolo e non agricolo alle dipendenze di terzi nell'anno precedente.

L'importo dell'indennità giornaliera ordinaria di ds. —inizialmente determinato in lire 800 — è stato fissato, a partire dal 1988, in misura percentuale (che dal 7,5 per cento del 1988 è stata successivamente elevata fino all'attuale 30 per cento) della retribuzione media provinciale per gli operai a tempo determinato nell'importo cristallizzato a quello fissato per l'anno 1996, o del salario contrattuale in applicazione dell'art. 4 del d. lgs. 196/1997, ed alle giornate di lavoro effettuate nell'anno precedente; per gli operai a tempo indeterminato l'indennità è calcolata sulla retribuzione effettivamente percepita.

Fino al 1987 l'art. 13 d.l. n. 30/1974, conv. in l. n. 114/1974, fissava l'importo dell'indennità ordinaria di ds. agr. in lire 800 giornaliere; la norma è stata sottoposta al vaglio costituzionale e la Corte, con la sentenza n. 497 del 27 aprile 1988, (78), ne ha ravvisato la fondatezza, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost. per la palese limitatezza dell'importo fisso di tale indennità, stabilito nel 1974 e mai aggiornato successivamente, che non risultava idoneo ad assicurare ai lavoratori mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di disoccupazione involontaria, e rimetteva al legislatore il compito di provvedere alla eliminazione del vizio rilevato individuando criteri e tempi di rivalutazione (79).

Il richiamo alla competenza del legislatore contenuto in tale decisione aveva fatto dubitare della sua autoapplicabilità; ma, in assenza dell'auspicato intervento dell'organo legislativo, la magistratura — chiamata a decidere in ordine a richieste di adeguamento dell'importo dell'indennità ordinaria di ds., per anni anteriori al 1988 — pur mostrando posizioni divergenti (80), ha ritenuto possibile per il giudice decidere autonomamente in materia, nel silenzio del legislatore, individuando, nella pluralità degli strumenti e mezzi applicativi che l'ordinamento offre, in termini di adeguamento dei valori monetari erosi dall'inflazione, quelli ritenuti più idonei a risolvere le controversie sottoposte al suo esame in coerenza con la *ratio* del sistema di garanzie predisposto

(77) ma, in assenza dell'anno di contribuzione nel biennio, è sufficiente aver prestato almeno 78 giornate di effettiva attività lavorativa nell'anno precedente quello di riferimento dell'indennità stessa.

(78) in *Riv. giur. lav.,* 1988, III, 234 con nota di Boer, *Corte costituzionale e indennità di disoccupazione ed in Foro it., 1989, I, 3013; Giur. it., 1989, I, 1, 771, n. SALERNO; Dir. lav., 1989, II, 175.*

(79) per una ricostruzione delle problematiche conseguenti a tale decisione G.LI MARZI, *Corte Costituzionale (sent. n. 497/1988) effetti in tema di disoccupazione,* in Inf.prev. 1989, 371.

(80) v., in proposito, Gatta, *L'indennità giornaliera ordinaria di disoccupazione agricola dopo la sentenza n. 497/1988 della Corte costituzionale,* in *Dir. giur. agr.,* 1992, 268.

dall'art. 38 Cost.. Tale posizione ha condotto ad un nuovo vaglio di costituzionalità l'art. 7, 1° comma, d.l. n. 86/1988, in relazione agli artt. 2, 3 e 38, 2° comma, conclusosi con la sentenza 26 giugno 1991, n. 295 (81), che l'ha ritenuto inammissibile. L'importanza di tale decisione risiede nella motivazione che ha, in qualche modo, rafforzato l'indirizzo giurisprudenziale consolidato anche in sede di legittimità, secondo il quale, era consentito al giudice, nel silenzio del legislatore, procedere all'adeguamento della misura dell'indennità ordinaria di disoccupazione agricola, facendo riferimento agli artt. 429 c.p.c. e 150 disp. att. c.p.c.. ed applicando gli indici dei prezzi calcolati dall'Istat per la scala mobile per i lavoratori dell'industria (82). La soluzione accolta, però, si prestava alla critica di portare l'importo dell'indennità giornaliera di ds. agr., per gli anni 1986 e 1987, ad un livello superiore a quello determinato applicando la percentuale del 7,5 per cento dei salari medi convenzionali dell'anno 1988, prevista dal legislatore con il cit. d.l. n. 86/1988, conv. in l. n. 160/1988 (83).

Nulla è invece innovato per quanto concerne l'erogazione dei trattamenti speciali nei confronti dei lavoratori agricoli aventi diritto: ma, per le giornate eccedenti il limite di 90 giornate indennizzabili con tale trattamento speciale, l'importo dell'indennità ordinaria giornaliera residualmente spettante fino al massimo di 180 giornate nell'anno, rimane fermo nella misura fissa di lire 800 (84). Con il predetto art. 11, comma 23, seconda parte, l. n. 537 del 1993, è stato, inoltre, disposto che, a partire del 1° gennaio 1993, ai lavoratori agricoli aventi diritto ai trattamenti speciali di ds. non è più dovuta l'indennità ordinaria per le giornate di ds. eccedenti le novanta di trattamento speciale. Ma a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge 21 marzo 1988 n. 86 e fino al 31.12.1992 per i lavoratori agricoli aventi diritto al trattamento speciale di disoccupazione la Corte Costituzionale (85) ha ritenuto costituzionalmente illegittima la norma che non prevedeva un meccanismo di adeguamento monetario dell'indennità ordinaria spettante, per le giornate eccedenti quelle di trattamento speciale, nella misura indicata dall'art. 13 d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito nella l. 16 aprile 1974 n. 114 (86).

Va ribadito, infine, sul piano processuale che il diritto all'adeguamento dell'indennità di disoccupazione presuppone, com'è ovvio, l'esistenza del diritto all'indennità stessa. Ed è onere del lavoratore ricorrente provare questa esistenza, quale presupposto del diritto all'adeguamento. In conseguenza, la contestazione dell'esistenza dell'indennità di disoccupazione non è configurabile come

(81) in *Dir. lav.,* 1991, II, 423 con nota di Gatta; in *Riv. giur. lav.,* 1991, III, 170 con nota di Andreoni; in *Foro it.,* 1992, I, 323 con nota di S.L. Gentile.

(82) v., per tutte, Cass. 15 ottobre 1992, n. 11317 e 18 giugno 1992, n. 7506, in *Foro it.,* 1993, I, 1148 con nota di S.L. Gentile.

(83) così C. GATTA, *Indennità e trattamento speciale di disoccupazione degli operai agricoli,* in Inf. prev. 1995, 457.

(84) art. 7, 4° comma, l. n. 160/1988 interpretato autenticamente dall'art. 11, comma 23, l. 23 dicembre 1993, n. 537.

(85) con la sentenza 13 luglio 1994, n. 288 in Foro it. 1994, I, 3340.

(86) vedi sul punto la nota critica di C. Gatta, *Indennità ordinaria e trattamento speciale di disoccupazione degli operai agricoli,* in *Inform. prev.,* 1995, p. 463 s.

eccezione in senso proprio, bensì mera contestazione dello stesso diritto in controversia, deducibile e rilevabile in ogni stato e grado (87).

Alla stessa stregua una domanda giudiziale di liquidazione di disoccupazione agricola non può, legittimamente, trasformarsi in corso di giudizio in una domanda di riliquidazione della medesima indennità, perché, pur non costituendo un diritto autonomo, concettualmente distinto dalla stessa indennità (88), la domanda di adeguamento è sostenuta da diversi elementi di fatto e di diritto e presuppone una diversa indagine e decisione del giudice adito. Pertanto, una tale modificazione del petitum deve ritenersi inammissibile (89).

La domanda per ottenere le prestazioni di disoccupazione agricola va presentata, ai sensi dell'art. 7 del regolamento approvato con dpr 24 ottobre 1955, n. 1323 e dell'art. 7, comma 4 del d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito nella legge 7 dicembre 1989, n. 389, alla sede competente dell'Inps entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello cui si riferisce l'indennità: l'inosservanza del termine comporta la decadenza dal relativo diritto (90). In particolare la giurisprudenza ha sostenuto che la disciplina della decadenza del relativo diritto ove l'assicurato non abbia tempestivamente presentato la domanda per l'ammissione al beneficio si applica tanto al settore industriale quanto a quello agricolo perché la *"ratio"* dell'art. 129 del r.d.l. n. 1827/1935 (che prevede il termine di presentazione delle domande di disoccupazione in generale) non è peculiare di alcuni settori ma risponde all'esigenza di consentire all'INPS l'effettuazione di tempestivi controlli sull'esistenza dei presupposti per ottenere la provvidenza.

Nel caso di reiezione della domanda è ammesso ricorso, entro novanta giorni dalla data della comunicazione del rigetto, al Comitato provinciale Inps che decide, in via definitiva, entro 90 giorni dalla data di presentazione, trascorso il quale gli interessati hanno facoltà di adire l'autorità giudiziaria (art. 46 l. 9 marzo 1989, n. 88).

Esaminiamo, ora le problematiche che sono connesse alla domanda giudiziale dell'indennità di disoccupazione agricola.

La prima da esaminare riguarda la decadenza dall'azione giudiziaria prevista per l'indennità di disoccupazione agricola. La relativa azione, secondo il terzo comma dell'art. 47 d.p.r. 30 aprile 1970, n. 639 nel testo sostituito dall'art. 4 d.l. 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, in l. 14 novembre 1992, n. 438, può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine **di un anno** decorrente, alternativamente, 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'esaurimen-

(87) cfr. in termini Cass. 24 giugno 2000, n. 8641; id. 9 febbraio 1999, n. 1108; id. 14 aprile 1997, n. 3199.

(88) cfr. Cass. S.U., 18 luglio 1996, n. 6491.

(89) cfr. Cass. 25 agosto 2003, n.12460; id. 30 luglio 2003, n. 11699.

(90) Cass. 9 agosto 2004, n.15387; Id. 19 dicembre 1985, n. 6503.

to del procedimento amministrativo, computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione (91).

Il termine breve annuale di decadenza nelle prestazioni della Gestione prestazioni temporanee lavoro dipendente (92) stabilito dall'articolo 4 della legge n. 438/1992 citato, trova la sua giustificazione nell'esigenza di acclarare in modo definitivo e nel più breve tempo possibile la fondatezza e la conseguente certezza del diritto alle prestazioni; esso inizia a decorrere dal 181° giorno successivo a quello di comunicazione di un provvedimento adottato in merito alla domanda e tale non può essere considerata qualsiasi comunicazione interlocutoria da parte dell'Istituto (richiesta di documenti, comunicazione di sospensione della decisione per accertamenti ispettivi in corso ecc.) (93). Ove manchi il ricorso amministrativo, per l'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine annuale di decadenza dell'azione giudiziale occorre sommare i termini presuntivi di 120 giorni (termine previsto dall'art. 7 della legge n. 533/1973) dalla data di presentazione della domanda amministrativa di prestazione, completa di tutta la documentazione richiesta, a cui deve sommarsi il termine di 180 giorni previsto dall'art. 46, commi 5 e 6 della legge 9 marzo 1989, n. 88 per l'esaurimento del procedimento amministrativo. Il termine decadenziale, quindi, decorre trascorsi trecento giorni dalla presentazione della richiesta di prestazione (94). Il termine ha natura di decadenza sostanziale, nel senso che è posto a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale (95) e preclude la domanda giudiziale diretta ad ottenere l'integrazione dell'indennità di disoccupazione (96).

L'enunciato inquadramento della materia non consente di dare immediata soluzione all'applicabilità del termine decadenziale anche alle ipotesi di pagamento della prestazione poi divenuto parziale per l'intervento regolatore della Consulta.

L'operazione esegetica conduce a soluzioni non univoche che avevano trovato composizione, con la sentenza della Suprema Corte sez. un. 18 luglio 1996, n. 6491 (97) che aveva escluso che la domanda giudiziale, tendente ad ottenere la condanna dell'Istituto alla riliquidazione dell'indennità di disoccupazione soggiacesse alla decadenza di cui all'art. 6 D.L. n. 103/1991, poi sostituito dall'art. 4 della l. n. 438/1992, affermando, viceversa, che la relativa pretesa è soggetta soltanto al termine di prescrizione ordinaria.

(91) cfr. *ex multis* Cass. 11 novembre 2004, n. 21450; si segnala l'isolata e non condivisibile Cass. 21 settembre 2000, n. 12508 che ha ritenuto, comunque, rispettato il termine se l'azione giudiziaria viene iniziata entro l'anno — o il triennio, a seconda delle prestazioni —, decorrente dalla comunicazione della decisione del ricorso amministrativo, anche se il ricorso sia stato tardivamente proposto oppure se la relativa decisione sia intervenuta oltre i termini previsti dalle leggi di settore.

(92) Gestione prevista dall'art. 24 della legge 8 marzo 1989, n. 88.

(93) cfr. circ. INPS 24 maggio 2001 n. 111.

(94) così la prevalente giurisprudenza. Contra Cass. 26 settembre 2002, n. 13961, che ritiene sufficiente il termine di 210 giorni, non dovendo conteggiarsi il termine di 90 giorni assegnato al Comitato provinciale per la decisione del ricorso amministrativo.

(95) cfr. Cass. 18 agosto 16138; id. 26 agosto 2003, n. 12498.

(96) Cass. 6 marzo 2004, n. 4636, *in obiter dictum.*

(97) in Foro it., 1997, I, 198, con nota di S.L. GENTILE, cui si è uniformata la sezione lavoro con le sent. 23 settembre 1998, n. 9543; 13 febbraio 1997, n. 1316; 14 gennaio 1997, n. 334, e 18 gennaio 1997, n. 529, id., 1997, I, 1059, con nota di richiami.

Nonostante l'autorevole intervento delle Sezioni Unite, (peraltro non condivisibile sul piano dell'interpretazione sistematica, per le conseguenze negative in termini di certezza del diritto), alcune pronuncie della sezione lavoro, successive alla decisione n. 6491/1996 hanno continuato a ritenere applicabile la disciplina della decadenza previdenziale anche alle ipotesi di riliquidazione delle prestazioni (98), perché, anche in caso di riconoscimento parziale del trattamento effettivamente dovuto, il diritto alla somma residua pur essendo, prima del pagamento parziale, indistinguibile dal diritto all'intera somma, si configura come diritto separato a seguito del pagamento poi divenuto parziale e concettualmente distinto e suscettibile di autonome vicende, e, quindi, non sottratto a decadenze, nè alla prescrizione.

La retribuzione da utilizzarsi quale parametro per il calcolo delle prestazioni previdenziali (ed anche dei contributi) è quella delle precedenti quattro settimane rispetto al momento del verificarsi dell'evento generatore del bisogno indennizzabile. Il salario di riferimento per il calcolo delle prestazioni avviene, di regola, sulla scorta del salario medio convenzionale, ossia in base al salario che si ottiene calcolando la media tra le retribuzioni per le diverse qualifiche previste dai CCPL e pubblicate il 30 ottobre dell'anno successivo con apposito decreto ministeriale (99). In tal modo, in agricoltura, il pagamento dei contributi e delle prestazioni è avvenuto in modo del tutto staccato dall'effettiva retribuzione versata, facendo riferimento ad una retribuzione non inferiore ai minimali derivanti dal contratto collettivo di categoria, per consentire di ottenere prestazioni previdenziali commisurate alle retribuzioni contrattuali come avviene per tutti gli altri lavoratori subordinati. Tale soluzione è servita, — come già detto nel capitolo relativo al finanziamento parafiscale della previdenza agricola —, per porre rimedio a prestazioni pensionistiche basse, conseguenti alla divaricazione al ribasso esistente in agricoltura fra il salario contrattualmente previsto dalle parti sociali e il salario c.d. di piazza effettivamente percepito dai braccianti. Verso la metà degli anni '90 nel clima di riforme della previdenza agricola tendente all'equiparazione con quella degli altri lavoratori subordinati, il legislatore ha cristallizzato, ai fini del pagamento delle prestazioni, il salario medio convenzionale all'importo stabilito nel 1995 (100) e nel 1997 ha stabilito, con l'art. 4 del d.lgs. n. 146/1997, che a decorrere dal 1.01.1998 il salario medio convenzionale resta fermo ai fini del calcolo dei contributi e delle prestazioni fino a quando "…il suo importo, per le singole qualifiche di operai agricolo, non venga superato da quello spettante, in ogni provincia, in base ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative". Si tratta, quindi, di procedere ad una comparazione per verificare il momento in cui il salario medio convenzionale venga superato dal salario stabilito dalla contrattazione collettiva. Sfrondando il campo da altre questioni, il problema effettivo è quale retribuzione confrontare, ed in particolare

(98) cfr. Cass., s.l. 6 marzo 2004, n. 4636 in Foro it. 2004, I, 1057; che ha ripreso lo stesso approccio esegetico di Cass. 10 settembre 1997, n. 8871, id., Rep. 1998; 16 settembre 1997, n. 9210; 22 agosto 1997, n. 7873; 9 giugno 1997, n. 5160; 4 aprile 1997, n. 2959, e 13 novembre 1996, n. 9965, id., 1997, I, 1060, con nota di richiami.

(99) art. 3, 3° comma della legge n. 457/1972; art. 28 dpr 27 aprile 1968, n. 488; art. un. L. n. 54/1982.

(100) con l'art. 2, n. 17, della legge n. 549/1995.

se nella retribuzione contrattuale deve ritenersi compreso o no il tfr e se le retribuzioni rinvenienti dai contratti di riallineamento possano essere considerate come quelle rinvenienti da contratto collettivo. Per far accertare questo diritto è stato avviato un contenzioso giudiziario di vaste dimensioni che minaccia di diventare ulteriormente imponente, con un esborso per le casse dello Stato a livelli di minifinzanziaria ed a beneficio di pochi. A parere dell'INPS, per individuare quale retribuzione comparare, deve farsi riferimento alla disciplina della retribuzione imponibile, ossia all'art. 12 della legge n. 153/1969 così come modificato dall'art. 6 del d. lgs. n. 314/1997, secondo il quale è assoggettabile a contribuzione previdenziale la retribuzione "spettante" e cioè quella "maturata" e non già quella effettivamente "percepita" dal lavoratore. È prassi inveterata della contrattazione collettiva, quella di definire la retribuzione proporzionata alla qualità e quantità di lavoro prestato prevedendo, poi, una serie di voci retributive che si aggiungono alla retribuzione base. Tuttavia il principio dell'onnicomprensività delle dazioni ottenute "in relazione al rapporto di lavoro" e "maturati nel periodo di riferimento" deve ritenersi come regola generale dell'ordinamento previdenziale che – nonostante la definizione più ampia di quella anteriore all'art. 6 del d.lgs. n. 314 – viene mitigata da un elenco tassativo di voci non imponibili ai fini del prelievo contributivo (101). Il successivo comma 5 dell'art. 6 elenca tali voci, tra le quali esclude espressamente dal calcolo gli istituti della retribuzione indiretta o differita, quali il trattamento di fine rapporto. Pertanto, una volta che, anche nell'ambito della disciplina del lavoro agricolo a tempo determinato, trova ingresso il sistema della retribuzione imponibile *ex* art. 1 D.L. 338/89, convertito con modificazioni nella legge n. 389/89, sia *ai fini della* ***contribuzione*** *che delle* ***prestazioni temporanee,*** la retribuzione da prendere in esame, per la delibazione del giudizio in esame, non può che essere determinata in conformità a quanto stabilito dalle norme vigenti: dalla retribuzione contrattuale, pertanto, andranno scorporate le somme corrisposte a titolo di Trattamento di Fine Rapporto.

Così come agli stessi fini non può farsi riferimento alla retribuzione da riallineamento retributivo degli operai a tempo determinato che operano nel Mezzogiorno, fino a che per il calcolo delle retribuzioni si faccia riferimento al metodo artificiale del salario medio convenzionale (di cui all'art. 28 del DPR 488/1968), perché non è applicabile l'art. 1 comma 2°, della legge 389/89 a cui la disciplina del riallineamento fa espresso riferimento, come condizione per poter godere dei relativi benefici. Solo quando, in applicazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 146/97, il datore possa far riferimento all'imponibile rinveniente da contratto collettivo per gli operai a tempo determinato, solo allora, divenuto applicabile il citato art. 1 della legge 389/89 si potrà applicare la disciplina in tema di riallineamento. Quando l'accordo di riallineamento avrà vigore nell'azienda del lavoratore ricorrente, allora potrà applicarsi l'art. 5, comma 5 della citata legge n. 608/1996, modificato anch'esso dall'art. 23 della l. n. 196/97, il quale stabilisce, tra l'altro, che al fine del calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali, la retribuzione minima da prendere in considerazione per il calcolo dei contributi **è quella fissata dagli accordi di riallineamento** e non può essere inferiore al 50% del minimale di cui

(101) Cfr. art. 6, comma 4, del d.leg.vo n. 314/1997.

all'art. 1, comma 2, del d.l. 338/89, convertito — come detto — nella legge 389/89. È evidente che se l'art. 4 del d.lgs. n. 146/97 stabilisce che la retribuzione imponibile per il calcolo delle prestazioni è la medesima che viene considerata per il calcolo dei contributi, la retribuzione fissata dal programma di riallinemanento utile come imponibile contributivo sarà altrettanto utile per il calcolo delle prestazioni. Poiché tale retribuzione è in *re ipsa* inferiore al salario medio convenzionale (posto che l'accordo di gradualità tende a far emergere il lavoro nero consentendo di raggiungere le paghe contrattuali in un certo lasso di tempo), che fa riferimento alle retribuzioni fissate per ciascuna qualifica al contratto collettivo provinciale, il salario da considerare ai fini del calcolo delle prestazioni anche pensionistiche continuerà ad essere quello medio convenzionale fino a conclusione del programma di gradualità o emersione.

Sul punto non constano precedenti giurisprudenziali, ad eccezione della decisione della Sezione Lavoro della Corte di Appello di Bari (102) che, prendendo le mosse dalla considerazione che la voce tfr fosse originariamente ricompresa nel c.d. "terzo elemento" (103), e, facendo riferimento all'art. 4 della legge n. 297/1982 in considerazione del pagamento di tale quota per ogni giornata di lavoro, anziché come accantonamento e pagamento successivo alla conclusione del rapporto di lavoro, ha escluso che si trattasse di un tfr ed ha opinato per la natura meramente retributiva di tale voce, con totale azzeramento del tfr per gli otd. Così come per il riallineamento, del quale è stata esclusa l'applicabilità ritenendo che l'accordo di gradualità svolgesse una funzione meramente strumentale e di indirizzo (*rectius:* obbligatoria) che abbisogna di un meccanismo negoziale di recepimento per consentirne l'applicazione che, quindi, rimarrebbe limitato alla sola impresa ed organizzazioni firmatarie. Di talchè non potrebbe essere considerato alla stregua di un contratto collettivo provinciale al quale l'art. 4 della legge n. 146 fa riferimento. La soluzione accolta non tiene in debita considerazione che gli OTD risulterebbero gli unici lavoratori ai quali non viene pagato il tfr alla cessazione del rapporto di lavoro, in violazione dell'art. 2 della legge n. 297/1982 e dell'evoluzione contrattuale, che già dal 1950, con il Patto per i braccianti avventizi, prevedeva di retribuire con l'anzidetto terzo elemento, tra le altre voci, anche l'indennità di anzianità riconosciuta agli operai agricoli a tempo indeterminato, ma non ai braccianti. Inoltre, la legge 297 non ha abrogato le precedenti o diverse discipline in tema di trattamento di fine rapporto ma ha solo previsto una sostituzione di diritto della nuova disciplina del tfr con quella

(102) sentenza 11 gennaio 2005, n. 11.

(103) il contratto collettivo nazionale per gli operai agricoli tradizionali e florovivaisti all'epoca in vigore stabiliva che gli elementi che compongono la retribuzione per gli operai a tempo determinato sono: il salario contrattuale definito dai contratti integrativi provinciali; l'ex salario integrativo provinciale ed il 3° elemento, che il CCNL individua nel *"corrispettivo degli istituti delle festività nazionali e infrasettimanali, ferie, 13a e 14a mensilità riconosciuti agli operai a tempo indeterminato e calcolati su 312 giorni lavorativi"*. Risulta evidente che della retribuzione giornaliera da porre a confronto con il salario medio convenzionale non fa parte la quota giornaliera che compete all'OTD a titolo di TFR, pari all'8,63% del salario contrattuale, in quanto *per tabulas* non fa parte del 3° elemento).

altrimenti denominata o diversamente disciplinata. Infine, la soluzione adottata si scontra con la volontà delle organizzazioni sindacali degli stessi lavoratori agricoli che, a partire dal rinnovo contrattuale del 1998, hanno inteso istituire un fondo di previdenza complementare volontaria per gli OTD da alimentare, tra l'altro, proprio con il tfr maturato da tutti i lavoratori a tempo determinato che decidono di aderire al fondo (104). Anche la decisione di ritenere a carattere meramente obbligatorio l'accordo di riallinemanto e, quindi, inapplicabile al caso di specie il salario da esso rinveniente, si presta a critica. Secondo la più tradizionale ed autorevole dottrina (105) *"la parte obbligatoria dei ccnl riguarda clausole non facenti capo alle parti del rapporto individuale di lavoro, bensì a soggetti collettivi, mentre la parte normativa è costituita da disposizioni contrattuali destinate a determinare minimi di trattamento economico e normativo, con la conseguenza che il contratto di riallineamento essendo diretto alla riemersione dal lavoro nero e alla fissazione dei parametri anche economici per arrivare a tale risultato è diretto al datore di lavoro ed ai lavoratori con una disciplina economica e normativa che, quindi, esula, da contenuti meramente obbligatori"*. (106).

Le questioni interpretative fin qui descritte meritano ulteriore approfondimento in punto di politica processuale, che consenta di porre un argine al dilagare di cause ripetitive, tipiche delle prestazioni previdenziali ma che determinano una emorragia di risorse economiche ed umane per lo Stato, assolutamente mai giustificabili, ma ancor meno giustificate oggi, in una situazione di generalizzato disagio economico non più tanto latente. Si ritiene maturo l'intervento legislativo al fine di correggere l'interpretazione delle norme e porre un freno per la migliore ridistribuzione delle risorse.

In primo luogo l'amministrazione deve essere considerata sullo stesso piano del lavoratore ricorrente e non più vista con un sentimento di sfiducia, capace, cioè di costruire ostacoli, trabocchetti procedurali e lungaggini. L'amministrazione deve poter lavorare spedita nei suoi compiti istituzionali, nei quali il contenzioso è un elemento marginale al solo fine di porre rimedio a situazione patologiche. Ma non deve subire un contenzioso fatto di cause spezzettate per ciascun anno per lo stesso soggetto; cause per prestazioni per le quali la prova del pagamento è notoriamente impossibile, per il lungo decorso degli anni; con gli stessi diritti azionati più volte. In quest'ottoca l'intervento del giudice diventa strategico: con le loro prerogative di imparzialità e custodi della corretta applicazione delle regole sostanziali e processuali devono richiedere il più ampio rispetto, al fine di scoraggiare atteggiamenti meramente speculativi e senza finalità di pura giustizia.

---

(104) cfr. art. 55 CCNL 10 luglio 1998 in vigore dal 1° gennaio 1998; in dottrina in termini, C. SUNNA, *Problemi interpretativi sul salario medio convenzionale quale base per il calcolo dei contributi e delle prestazioni di disoccupazione nel settore agricolo,* in *Prev. ass. pubbl. e priv.* 2005, 484.

(105) G.GIUGNI, *Diritto Sindacale,* Bari, 2001, 133.

(106) così C. SUNNA, *op.cit.,* 486 ed ivi l'ampio richiamo della univoca dottrina sul punto.

6. — Integrazione del salario in favore dei lavoratori agricoli a tempo indeterminato.

Tralasciando la tematica generale in tema di integrazione salariale della quale si è occupato il Consigliere dott. Gentile, per gli agricoli il trattamento previdenziale in questione è erogato dalla Cassa istituita presso l'Inps, ora fusa — per effetto dell'art. 24, legge n. 88 del 1989 — unitamente ad altre gestioni e fondi, nella "Gestione prestazioni temporanee ai lavoratori dipendenti", alla quale sovrintende un apposito Comitato che ha assorbito tutte le competenze già attribuite ai preesistenti organi preposti alle singole gestioni in essa confluite. Essa è limitata ai soli lavoratori agricoli a tempo indeterminato, sussitendo solo per essi l'onere contributivo a carico del datore di lavoro per il finanziamento della cig per il settore agricolo, previsto dall'art. 20 l. 8 agosto 1972 n. 457, in relazione alla retribuzione da essi percepita (107).

Per tale trattamento vige una particolare disciplina dettata dalla legge istitutiva 8 agosto 1972, n. 457. A norma dell'art. 8, l. 8 agosto 1972, n. 457 l'integrazione salariale spetta ai lavoratori agricoli a tempo indeterminato per tali intendendosi, secondo la norma citata, i salariati fissi e gli altri operai a tempo indeterminato che possono far valere, tra l'altro, **almeno centottanta giornate lavorative nell'arco dell'anno** (contrattuale e non solare cfr. Cass., sez. lav., 18-07-1995, n. 7772) presso la medesima azienda, che siano sospesi temporaneamente dal lavoro per intemperie stagionali, per calamità naturali o per altre cause non imputabili al datore di lavoro o ai lavoratori. Ai fini della maturazione del periodo temporale richiesto dall'art. 8, 3º comma, l. 8 agosto 1972 n. 457 per la concessione dell'integrazione salariale a favore degli operai agricoli (prestazione lavorativa per oltre centottanta giornate lavorative in un anno), devono essere computate tutte le giornate per le quali vi è stata contribuzione, ivi comprese, perciò, quelle di assenza per malattia o infortunio, che, pur non effettivamente «lavorate» per una legittima causa di sospensione del lavoro, sono ugualmente retribuite (108).

Ricorrendo tali ipotesi, è dovuto un trattamento sostitutivo della retribuzione, per le giornate di lavoro non prestate e per la durata massima di novanta giorni nell'anno, nella misura dell'ottanta per cento della retribuzione effettiva determinata con riferimento al periodo mensile di paga precedente quello nel corso del quale si è verificato l'evento (più l'assegno per il nucleo familiare, se dovuto, a carico della relativa gestione). L'art. 8 va interpretato nel senso che «le altre cause non imputabili al datore di lavoro o ai lavoratori» non possono essere che quelle aventi la stessa natura delle intemperie stagionali e perciò non collegabili alla volontà dei soggetti del rapporto di lavoro, come stasi stagionali, esaurimento delle colture e simili, restandone in generale esclusa l'ipotesi di ristrutturazione aziendale, atteso che sul piano giuridico la ristrutturazione è imputabile alla volontà dell'imprenditore al di là se a tale comportamento possa essere attribuita una responsabilità per dolo o colpa (109). Ma anche nei casi di

(107) cfr. *ex multis* Cass., sez. lav., 20-09-1991, n. 9801 in Giust. civ., 1992, I, 1863, n. RENGA.
(108) cfr. Cass., sez. lav., 14-01-2003, n. 453: id., sez. lav., 18-11-2002, n. 16235.
(109) cfr. Cass., 27-05-1986, n. 3578 In Informazione prev., 1987, 306.

sospensione operata per esigenza di riconversione e ristrutturazione aziendale, l'impresa agricola è ammessa alla CIG sempre che le imprese interessate occupino almeno sei lavoratori a tempo indeterminato (110) ovvero ne occupino quattro, ma nell'anno precedente abbiano utilizzato manodopera agricola per almeno 1080 giornate. In tali ipotesi, per effetto dell'art. 21, 1° comma, l. 23 luglio 1991, n. 223 è stato riconosciuto il diritto degli o.t.i. al trattamento di cui al predetto art. 8 l. n. 457 del 1972. Le predette esigenze devono essere previamente accertate dal Ministro per il lavoro e le politiche sociali su proposta del Comitato amministratore della Gestione competente (111).

Il trattamento di integrazione non è dovuto per le assenze che non comportino retribuzione (112), nonché per le giornate in cui i lavoratori sospesi si dedichino ad altre attività. È il caso classico del lavoratore sospeso che svolge contemporaneamente attività retribuita, senza averlo preventivamente comunicato alla competente sede provinciale dell'Inps, il quale decade dal diritto alla prestazione; in caso di comunicazione preventiva la prestazione resta sospesa per il periodo di svolgimento dell'attività lavorativa.

I periodi di sospensione, per i quali è concessa l'integrazione salariale, sono riconosciuti utili d'ufficio per il conseguimento del diritto alle prestazioni pensionistiche ai sensi dell'art. 27, l. n. 457 del 1972.

Il trattamento di i.s. è corrisposto dall'Inps, su deliberazione di una Commissione costituita presso ogni sede di detto istituto, con provvedimento del direttore dell'ufficio provinciale del lavoro (art. 14), entro sessanta giorni dalla data della delibazione (art. 17). È interessante rilevare che il trattamento sostitutivo della retribuzione (per la durata massima di novanta giorni all'anno) introdotto dall'art. 8 l. 8 agosto 1972 n. 457 in favore dei lavoratori agricoli sospesi temporaneamente dal lavoro per intemperie stagionali o per altre cause non imputabili al datore di lavoro o agli stessi lavoratori, costituisce un particolare istituto d'integrazione salariale perché previsto nel diretto ed esclusivo interesse dei lavoratori ed in rapporto all'obiettivo verificarsi dei fatti suindicati. Per tal motivo è configurabile in capo ai lavoratori interessati la posizione di diritto soggettivo, sussistente — a differenza che per le forme d'intervento della cig in altri settori produttivi — anche prima dell'emanazione del provvedimento amministrativo di autorizzazione; con la conseguenza che «l'azione avanti l'autorità giudiziaria», spettante ai sensi dell'art. 18, 2º comma, stessa legge (norma non abrogata dalla successiva l. n. 164 del 1975), è esperibile anche dai lavoratori nei confronti dell'Inps davanti al giudice ordinario (113). Per il conseguimento del trattamento in questione, il datore di lavoro è tenuto, entro quindici giorni dalla sospensione del lavoro, a presentare domanda formalmente diretta alla sede provinciale dell'Inps, ma consegnata alla Sezione dell'ufficio del lavoro territorialmente competente,

(110) numero comprensivo anche degli impiegati.

(111) Sull'art. 21 l. n. 223 del 1991 v. P. Magno, nel Commentario alle "Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro", a cura di M. Persiani, in Le nuove leggi civili commentate, 1994, n. 4-5, 1065 ss. 69.

(112) ad esempio per lo svolgimento del servizio militare cfr. Cass., sez. lav., 18-07-1995, n. 7772.

(113) cfr. Cass., sez. un., 04-01-1993, n. 6 ha escluso l'applicabilità alla controversia dell'art. 21 l. 23 luglio 1991 n. 223.

comunicando i nominativi dei lavoratori sospesi, le giornate di sospensione, la causa della sospensione dell'attività lavorativa. Se la domanda è presentata dopo tale termine, il trattamento di i.s. non può essere erogato per periodi anteriori di una settimana alla data di presentazione della domanda stessa. In tal caso, come in quello di omessa presentazione della domanda, il datore di lavoro — dal cui inadempimento derivi la perdita parziale o totale del diritto del lavoratore al trattamento di i.s. — è tenuto in proprio a corrispondere il trattamento stesso (art. 15).

Contro i provvedimenti negativi della Commissione provinciale, entro 30 giorni dalla relativa notifica — e comunque dopo 60 giorni dalla data di presentazione della domanda, qualora la Commissione provinciale non si sia pronunciata (sempre che non si sia determinato, ovviamente, il silenzio-accoglimento ex art. 16) è ammesso ricorso, nel termine di 30 giorni, al Comitato Prestazioni Temporanee della Direzione generale dell'Inps. Contro la decisione di tale Comitato e, in ogni caso, decorsi inutilmente 60 giorni dalla presentazione del ricorso, spetta all'interessato l'azione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria (art. 16).

Assicurazione contro la tubercolosi.

La disciplina della tutela dei lavoratori agricoli contro la tubercolosi non presenta caratteri differenti dalla generale disciplina in materia. Giova ricordare che il requisito dell'anno di contribuzione richiesto dall'art. 3 della legge 6 agosto 1975, n. 419 è da considerarsi raggiunto per gli agricoli quando essi facciano valere i contributi corrispondenti a 52 settimane secondo parametri desumibili dall'art. 2 sub 9 della legge 4 aprile 1952, n. 218.

Ai sensi dell'art. 4 l. 14 dicembre 1970 n. 1088 (miglioramento delle prestazioni economiche a favore dei cittadini colpiti da tubercolosi), come modificato (dopo l'intervento dell'art. 6 l. 6 agosto 1975 n. 419) dall'art. 1 l. 4 marzo 1987 n. 88, il diritto all'assegno di cura o sostentamento è in sé imprescrittibile, come quello al trattamento pensionistico, soggiacendo invece a prescrizione quinquennale (con decorrenza, ai sensi dell'art. 2935 c.c., dall'entrata in vigore della citata l. n. 88 del 1987) il diritto alle singole rate dell'assegno stesso (114).

Assegno per il nucleo familiare.

La disciplina di tale tipo di intervento a sostegno del reddito non differisce per gli agricoli da quella relativa alla generalità dei lavoratori, secondo le dispo-

(114) Cfr. sul punto Cass. 4 aprile 1995, n. 3915 72

sizioni del t.u. 30 maggio 1955, n. 797 nell'ambito del quale sono riservate agli agricoli alcune norme particolari (v. artt. 65-70 con le modifiche apportate dalla l. 17 ottobre 1961, n. 1038). Con il d.l. 13 marzo 1988, n. 69 convertito in l. 13 maggio 1988, n. 153, è stato previsto l'istituzione nel settore del lavoro dipendente, dell'assegno per il nucleo familiare (sostitutivo degli assegni familiari) — e l'art. 2, ha espunto alcune disposizioni relative al settore agricolo, lasciando in vigore quelle non interferenti con le nuove disposizioni (come, ad es., le norme relative alle modalità di erogazione; alla decorrenza del diritto all'assegno in correlazione con l'iscrizione degli operai agricoli negli elenchi nominativi; alla corresponsione di esso per i periodi di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio; ai termini di prescrizione, ecc.). Le modalità di erogazione dell'assegno prevedono la presentazione della domanda da parte del lavoratore che richiede l'assegno, con l'esibizione della relativa documentazione o autocertificazione (attestazione del reddito del nucleo familiare e relativa composizione), entro il 31 marzo di ciascun anno: al pagamento dell'assegno provvede direttamente l'Inps, previa istruttoria delle relative domande. Poiché l'entità dell'assegno spettante è correlato al numero delle giornate di lavoro prestate (risultante dagli elenchi nominativi annuali, disponibili solo successivamente al periodo di riferimento dell'assegno stesso), l'Inps liquida acconti semestrali per gli operai a tempo determinato ed acconti trimestrali per gli operai a tempo indeterminato, salvo conguaglio successivo.

Interventi a sostegno del reddito per disabili.

Come per tutti i lavoratori subordinati, anche per gli agricoli sono previsti il congedo per accudire i disabili ed i permessi retribuiti. Le prestazioni previste dall'art. 33, comma 3°, della legge n. 104/1992 come modificato dall'art. 19, comma 2°, della legge 8 marzo 2000, n. 53 e consistenti nel diritto per i genitori di fruire alternativamente fra loro di 3 giorni di congedo mensile e di percepire la retribuzione e la copertura della contribuzione figurativa per tutto il periodo di congedo. Tali prestazioni, nel settore agricolo, possono, logicamente essere domandate esclusivamente dai lavoratori a tempo indeterminato, i quali, come nella generale disciplina, hanno la materiale possibilità di usufruire del congedo o dei permessi retribuiti. La domanda, corredata dai documenti che provino la disabilità, alla sede dell'Inps e al datore di lavoro, può essere inoltrata dai genitori, naturali o adottivi, dagli affidatari di disabili per i quali è stata accertata la situazione di gravità; dai fratelli o dalle sorelle del portatore di disabilità grave, se i genitori non sono in vita o, comunque, se sono impossibilitati a prestare assistenza. Il congedo ha la durata massima di due anni nell'arco della vita lavorativa, può essere frazionato a giorni, a settimane, a mesi; non è possibile fruire del congedo parentale (astensione facoltativa) e del congedo straordinario con-

temporaneamente. I permessi per assistenza alle persone disabili sono retribuiti dal datore di lavoro, il quale procede al relativo conguaglio con i contributi dovuti all'Inps, mentre il congedo è retribuito con un'indennità pari all'ultima retribuzione percepita ed è coperto da contributi figurativi.

I lavoratori disabili hanno diritto ad usufruire di permessi articolati in ore (due ore al giorno) o in giorni (tre giorni al mese). Ogni mese è possibile cambiare il tipo di permesso purché il lavoratore ne faccia richiesta documentata al suo datore di lavoro.

IVª SESSIONE

FRANCESCO DE SANTIS

Professore Ordinario di Diritto Processuale Civile
nell'Università di Salerno
Avvocato

PROFILI DELLE OPPOSIZIONI A CARTELLA ESATTORIALE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE OPPOSIZIONI A CARTELLA PREVIDENZIALE (*)

Sommario:** 1. — Nozione di cartella esattoriale. 2. — Requisiti formali, contenuto e notificazione della cartella esattoriale. 2.1. — I termini per la notifica della cartella al debitore. 2.2. — Le modalità della notifica. 3. — Cartella esattoriale e recupero del credito previdenziale. Opposizione "formale" ed opposizione "di merito" alla cartella previdenziale. 4. — Il sistema dei rimedi avverso la cartella esattoriale secondo la giurisprudenza ed i caratteri discretivi tra giudizio sulla pretesa di merito e giudizio sulla regolarità della cartella. Le impugnazioni della sentenza che definisce il giudizio di opposizione. 4.1. — Problematiche in materia di giurisdizione. 4.2. — Sulla prova della data della notifica dell'atto impugnato. 4.3. — Sull'esclusione delle opposizioni esecutive in caso di cartella esattoriale per tributi non pagati. 4.4. — Tematiche del contraddittorio. 5. — Caratteristiche di "specialità" dell'opposizione a cartella di pagamento dei crediti previdenziali. Ancora sull'opposizione di merito e sull'opposizione agli atti esecutivi. 5.1. — Sul termine per la notificazione della cartella previdenziale al debitore. 5.2. — Sui rapporti tra proposizione del giudizio di opposizione al verbale di accertamento e validità della cartella esattoriale: il principio della prevenzione. 5.3. — Giudice competente. 5.4. — Natura del termine per proporre l'opposizione di merito. 5.5. — Oggetto del giudizio di opposizione di merito. L'accertamento parziale del credito contributivo e la domanda di condanna introdotta dall'ente previdenziale. 5.6. — La cognizione incidenter tantum circa l'esistenza o le caratteristiche del rapporto di lavoro. 5.7. —

(*) Relazione tenuta il 7 dicembre 2005 in Roma, nell'àmbito dell'Incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Avvocatura dell'INPS, sul tema *Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzione obbligatorie.* Il testo riproduce, con qualche coordinamento sintattico ed alcuni aggiornamenti minimi, l'intervento orale. Le note (inserite nel testo tra parentesi tonde) sono limitate ai riferimenti essenziali.

Estensione del contraddittorio al concessionario della riscossione ed al cessionario del credito previdenziale. 5.7.1 (segue). — … verso il concessionario della riscossione. 5.7.2(segue). — … verso il cessionario del credito.

1. — Nozione di cartella esattoriale.

La cartella "di pagamento" (o "esattoriale") rappresenta, nei molteplici casi in cui ad essa si ricorre in sede di riscossione, la conseguenza dell'iscrizione a ruolo di un debito verso lo Stato o un ente pubblico (anche territoriale).

La cartella è, infatti, un documento che il soggetto che cura la riscossione per conto dello Stato e degli enti pubblici notifica al debitore, al fine di intimargli il pagamento di somme, significandogli l'avvenuta iscrizione a ruolo del credito, l'entità delle somme dovute e le relative causali, nonché gli estremi del soggetto creditore e le modalità di pagamento.

In linea di principio, la cartella di pagamento — pur dovendo contenere l'indicazione delle causali del debito e le motivazioni dei pagamenti richiesti — può non rappresentare l'atto con il quale il soggetto pubblico creditore partecipa per la prima volta al debitore le ragioni e le fonti del credito vantato, al fine di consentirgli di apprestare tutte le difese di merito, contestando, se del caso, la stessa esistenza della pretesa del soggetto pubblico.

La cartella di pagamento è per questo da tenere distinta rispetto all'atto di accertamento del credito, ad esempio dal verbale ispettivo dell'ente previdenziale, notificato al datore di lavoro, del quale si assume l'inadempienza agli obblighi contributivi, ovvero dal verbale di accertamento dell'infrazione e di irrogazione della sanzione, notificato al violatore di una norma del codice della strada.

Siffatti verbali possono bensì contenere l'indicazione delle somme dovute per crediti contributivi e/o per sanzioni, ma hanno la precipua finalità di contestare una pretesa da parte dell'autorità pubblica, indicandone il fondamento in fatto ed in diritto: come tali, essi sono suscettibili di essere oppugnati nel merito dall'intimato.

La cartella di pagamento presuppone, almeno di norma, che il debitore — già regolarmente invitato a pagare le somme che il soggetto pubblico intimante e/o irrogante assume essergli dovute — non abbia impugnato (per le vie amministrative o giurisdizionali) l'atto di contestazione a lui notificato, e la pretesa creditoria sia stata perciò iscritta a ruolo.

Al mancato adempimento all'invito di pagare contenuto nella cartella (che contiene anche l'indicazione degli interessi medio tempore maturati e di quelli maturandi in caso di mora nei pagamenti) consegue che lo Stato o l'ente pubblico possano procedere al recupero del credito nelle forme della riscossione coattiva.

La cartella prelude, quindi, all'esecuzione forzata esattoriale. L'art. 17 del d.lgs. 22 febbraio 1999, n. 46 (recante il riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo) specifica al riguardo che si effettua mediante ruolo la riscossione coattiva delle entrate dello Stato, anche diverse dalle imposte sui redditi, e di quelle degli altri enti pubblici, anche previdenziali, esclusi gli enti pubblici economici.

È per questo evidente, mutatis mutandis, l'analogia funzionale tra la cartella esattoriale ed il precetto di cui all'art. 480 c.p.c., nella misura in cui anche quest'ultimo contiene l'intimazione a pagare il credito portato dal titolo esecutivo. Ma, per quanto riguarda la cartella esattoriale, il titolo esecutivo portante il credito intimato è rappresentato dal ruolo, atteso che, ai sensi dell'art. 49, comma 1, d.P.R. n. 602 del 1973, "per la riscossione delle somme non pagate il concessionario procede ad espropriazione forzata sulla base del ruolo, che costituisce titolo esecutivo".

2. — Requisiti formali, contenuto e notificazione della cartella esattoriale.

La legge prevede, a garanzia del debitore, che la cartella esattoriale abbia contenuti prestabiliti e sia notificata entro limiti temporali certi.

La normativa di riferimento è contenuta nel d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 (recante le *"Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito"),* e successive modifiche ed integrazioni.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 25, la cartella di pagamento è redatta in conformità al modello approvato con decreto del Ministero delle finanze, e contiene l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione della cartella stessa, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata. Essa contiene altresì l'indicazione della data in cui il ruolo è stato reso esecutivo.

Il modello uniforme di cartella, approvato con d.m. 28 giugno 1999, è stato, da ultimo, modificato — con riferimento ai ruoli consegnati ai concessionari a decorrere dal 1° gennaio 2006 — con provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 31 ottobre 2005 (in G.U., Serie Generale, n. 265 del 14 novembre 2005), attraverso l'introduzione di importanti innovazioni, quali: (i). l'eliminazione di ogni riferimento al "contribuente" e la sua sostituzione con il termine "debitore", atteso che con il ruolo e la cartella possono essere riscosse non soltanto le entrate tributarie, ma anche quelle extratributarie (e, per quanto qui interessa, i contributi previdenziali); (ii). l'integrazione del frontespizio della cartella con l'avvertimento espresso che, in caso di mancato pagamento entro le scadenze indicate, si procederà — oltre che ad esecuzione forzata, a fermo amministrativo e ad iscrizione di ipoteca legale — anche all'acquisizione stragiudiziale di notizie relative ai crediti vantati dal debitore verso terzi. Tale ultima

facoltà dell'amministrazione procedente è in linea con quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 499, comma 7, c.p.c. (come modificato dalle leggi nn. 80 e 263 del 2005), a mente del quale l'ufficiale giudiziario, allorché non individua in sede di pignoramento beni utilmente pignorabili o comunque capienti, su richiesta del creditore procedente, rivolge richiesta ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche, ai fini della ricerca delle cose e dei crediti da sottoporre ad esecuzione.

Decorso inutilmente il termine per l'adempimento, sulle somme iscritte a ruolo si applicano, a partire dalla data della notifica della cartella e fino alla data del pagamento, gli interessi di mora al tasso determinato annualmente con decreto del Ministero delle finanze, con riguardo alla media dei tassi bancari attivi (art. 30).

L'omissione, nella cartella, di uno o più contenuti essenziali, come previsti dal modello ministeriale, può dar luogo a nullità della cartella stessa, da far valere, su istanza dell'interessato, in sede di opposizione alla cartella, secondo le regole che qui di seguito si esamineranno.

2.1. — I termini per la notifica della cartella al debitore.

Assai delicato è il tema dei termini per la notifica della cartella al debitore.

L'art. 25, comma 1, del d.P.R. n. 603 prevedeva che il concessionario della riscossione dovesse notificare la cartella di pagamento al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato nei confronti dei quali procede, a pena di decadenza, entro l'ultimo giorno del dodicesimo mese successivo a quello di consegna del ruolo, ovvero entro l'ultimo giorno del sesto mese successivo alla predetta consegna, se la cartella era relativa ad un ruolo straordinario.

La Corte costituzionale, con sentenza 4 maggio 2005, n. 280, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa norma, nella parte in cui non prevede un termine certo, fissato a pena di decadenza, entro il quale il concessionario deve notificare al contribuente la cartella di pagamento delle imposte liquidate.

Nella composita motivazione che sorregge la decisione, la Consulta ricostruisce il quadro normativo nel quale si inscrive la pronunzia di illegittimità e le ragioni di tutela del debitore che la giustificano.

Ha argomentato, tra l'altro, la Corte:

«La norma censurata disciplina, con la notifica della cartella di pagamento al contribuente, l'atto finale di un procedimento che prende le mosse, a seguito della presentazione della dichiarazione, da un'attività dell'amministrazione finanziaria diretta, "avvalendosi di procedure automatizzate", alla "liquidazione delle imposte, dei contributi e dei premi dovuti, nonché dei rimborsi spettanti in base alle dichiarazioni presentate dai contribuenti e dai sostituti d'imposta".

(...)

L'art. 17 del d.P.R. n. 602 del 1973 disciplina l'iscrizione a ruolo delle imposte così liquidate: fino al d.lgs. n. 46 del 1999, era previsto che l'iscrizione in ruoli e la loro consegna all'Intendente di finanza avvenissero, a pena di decadenza, entro il termine di cui all'art. 43, comma primo, del d.P.R. n. 600 del 1973 (e cioè, entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione); successivamente, è stato invece previsto che le somme dovute, a seguito di liquidazione ex art. 36-bis, sono iscritte nei ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione (art. 6 del d.lgs. n. 46 del 1999).

L'atto successivo di tale procedimento — la consegna del ruolo esecutivo (olim, all'esattore, ora) al concessionario — è disciplinato dall'art. 24 del d.P.R. n. 602 del 1973, a tenore del quale, in un primo tempo, la consegna del ruolo doveva avvenire almeno 30 giorni prima della scadenza della prima rata, quindi (art. 13 del d.P.R. 28 novembre 1980, n. 787) almeno 90 giorni prima della scadenza dell'unica rata, infine (d.lgs. n. 46 del 1999, art. 10) «secondo le modalità indicate con decreto del Ministero delle finanze, di concerto con il Ministero del tesoro e del bilancio e della programmazione economica». Il d.m. 3 settembre 1999, n. 321, che tali "modalità" disciplina, tace sul termine di consegna del ruolo al concessionario.

(...)

4. — I giudici rimettenti denunciano, come contrastante con il precetto di cui all'art. 24 Cost. (e la Commissione tributaria di Rovigo anche con l'art. 3 Cost.), l'art. 25 del d.P.R. n. 602 come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera b), del d.lgs. 27 aprile 2001, n. 193: modifica consistita, si è detto (sub 2.1.), nella pura e semplice soppressione delle parole attraverso le quali era fissato per la notifica della cartella di pagamento un termine che questa Corte (ordinanza n. 107 del 2003) e la giurisprudenza di legittimità avevano qualificato, perché solo così inteso soddisfaceva inderogabili esigenze costituzionali, come di decadenza.

Nel ribadire tale principio, riaffermato nella ordinanza n. 352 del 2004, questa Corte non può che trarne la conseguenza della illegittimità costituzionale dell'art. 25, come modificato dal citato d.lgs. n. 193 del 2001, non essendo consentito, dall'art. 24 Cost., lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, certamente eccessivo e irragionevole. Irragionevolezza che discende dal peculiare trattamento che verrebbe riservato, con la soggezione al termine prescrizionale ordinario, proprio all'ipotesi nella quale l'Amministrazione (lato sensu intesa), sempre soggetta a rigorosi termini di decadenza per attività ben più complesse, è chiamata a compiere una elementare operazione di verifica (non a caso definita dalla legge meramente) formale.

(...)

4.2. — La descritta situazione normativa impone a questa Corte, essendo rimasto senza seguito quanto rilevato nelle richiamate ordinanze n. 107 del 2003 e n. 352 del 2004, di dichiarare incostituzionale, per il rispetto del principio della corrispondenza

tra chiesto e pronunciato, l'art. 25 del d.P.R. n. 602 del 1973, come modificato dal d.lgs. n. 193 del 2001, nella parte in cui non prevede per la notifica al contribuente della cartella di pagamento un termine, fissato a pena di decadenza, e per il quale, pertanto, sia stabilito il dies a quo. È del tutto ovvio, infatti, che a questa Corte è preclusa la possibilità di determinare essa tale termine, competendo la sua individuazione alla ragionevole discrezionalità del legislatore, così come le è precluso, dalla struttura del procedimento, di individuare in taluno di quelli già previsti dalla legge — ma per attività "interne" all'Amministrazione — un termine che possa disciplinare anche la (successiva) notifica della cartella di pagamento al contribuente. Il presente giudizio, pertanto, deve essere definito con una pronuncia di illegittimità costituzionale che rende indispensabile un sollecito intervento legislativo con il quale si colmi ragionevolmente la lacuna che si va a creare.

Ma questa Corte non può esimersi dal rilevare che la ragionevolezza del termine che verrà stabilito dal legislatore, ferma la sua natura decadenziale, discenderà dalla adeguata considerazione del carattere estremamente elementare (tanto da richiedere "procedure automatizzate") dell'attività di liquidazione ex art. 36-bis e della successiva attività di iscrizione nei ruoli: attività che la vigente disciplina prevede si esauriscano entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione (laddove, significativamente, la più complessa attività prevista dall'art. 36-ter deve esaurirsi entro il 31 dicembre del terzo anno successivo alla presentazione). Così come, nel fissare il termine la cui mancanza qui si dichiara incostituzionale, il legislatore non potrà non considerare che il vigente art. 43, comma primo, del d.P.R. n. 600 del 1973 prevede che l'avviso di accertamento — quale atto conclusivo di un ben più complesso procedimento — sia notificato a pena di decadenza entro il 31 dicembre del quarto anno successivo alla presentazione della dichiarazione, e che solo entro tale limite temporale il contribuente è obbligato a conservare la documentazione sulla base della quale ha redatto la dichiarazione».

In linea con le indicazioni ed i "moniti" contenuti nella sentenza della Consulta, il d.l. 17 giugno 2005, n. 106, convertito in l. 31 luglio 2005, n. 156, ha modificato il secondo comma dell'art. 25, d.P.R. n. 603 del 1973, prevedendo che il concessionario debba notificare la cartella di pagamento al debitore iscritto a ruolo o al coobbligato nei confronti dei quali procede, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre:

a). del terzo anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le somme che risultano dovute a seguito dell'attività di liquidazione delle imposte, dei contributi e dei premi;

b). del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, per le somme che risultano dovute a seguito dell'attività di controllo formale delle dichiarazioni dei redditi;

c). del secondo anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo, per le somme dovute in base agli accertamenti dell'ufficio.

Verificheremo più avanti se e come la nuova disciplina — costituzionalmente

"orientata" dalla pronunzia della Consulta — incida sui tempi di notifica delle cartelle recanti l'intimazione di pagamento di crediti previdenziali.

2.2. — Le modalità della notifica.

L'art. 26 del d.P.R. n. 602 stabilisce che la cartella sia notificata dagli ufficiali della riscossione (o da altri soggetti abilitati dal concessionario) nelle forme previste dalla legge, e, dunque, in primo luogo, nelle forme previste dal codice di procedura civile, ovvero, previa eventuale convenzione tra comune e concessionario, dai messi comunali o dagli agenti della polizia municipale.

Quando la notificazione della cartella di pagamento avviene mediante consegna nelle mani proprie del destinatario o di persone di famiglia o addette alla casa, all'ufficio o all'azienda, non è richiesta la sottoscrizione dell'originale da parte del consegnatario.

Nei casi di irreperibilità o di rifiuto a ricevere la notificazione (di cui all'art. 140 c.p.c.), la notificazione della cartella di pagamento si ha per eseguita nel giorno successivo a quello in cui l'avviso del deposito è affisso nell'albo del comune.

Il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione. La notifica può essere eseguita anche mediante invio di raccomandata con avviso di ricevimento; in tal caso, la cartella è notificata in plico chiuso e la notifica si considera avvenuta nella data indicata nell'avviso di ricevimento, sottoscritto da una delle persone previste dal secondo comma o dal portiere dello stabile dove è l'abitazione, l'ufficio o l'azienda.

Anche in questo caso, è da ritenersi che valga a tutti gli effetti il principio – ormai ben sedimentato nel sistema processuale a seguito della nota sentenza sella Corte costituzionale 26 novembre 2002, n. 477 (*in Foro it.*, 2003, I, 13) – della scissione temporale del momento perfezionativo della notificazione, che, per il concessionario, sarà quello della data di consegna della cartella all'ufficiale giudiziario, al messo comunale, all'agente della polizia municipale ovvero all'ufficiale postale; e, per il debitore, quello della data di effettivo ricevimento dell'atto.

La legge 28 dicembre 2005, n. 263, applicabile ai processi ed ai procedimenti instaurati dopo il 1° marzo 2006, ha aggiunto all'art. 149 c.p.c. (in materia di notificazione a mezzo del sistema postale) un terzo comma, per il quale la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto (sull'interpretazione e sulle ricadute della norma v. per tutti CAPONI, *La nuova disciplina del perfezionamento della notificazione nel processo civile, ivi,* 2006, V, 165 ss.).

Tale regola — anche a seguito delle precisazioni di Corte costituzionale 23 gennaio 2004, n. 28 (ivi, 2004, I, 645) — rappresenta un principio generale del

sistema, certamente estensibile al di là del (pur ampio) settore delle notifiche a mezzo posta.

3. — Cartella esattoriale e recupero del credito previdenziale. Opposizione "formale" ed opposizione "di merito" alla cartella previdenziale.

Tale essendo la *lex generalis* relativa al recupero di crediti pubblici a mezzo della cartella esattoriale, va osservato che, in relazione ai crediti degli enti previdenziali, vigono una serie di regole "speciali", contenute nel d.lgs. 22 febbraio 1999, n. 46 (recante il riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo), che riguardano le modalità di comunicazione al debitore delle somme dovute (e delle relative ragioni) ed investono la funzione e la natura stessa della cartella di pagamento.

Gli artt. 24 e 25 del citato decreto legislativo stabiliscono che i contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge, o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, sono iscritti a ruolo, unitamente alle sanzioni ed alle somme aggiuntive calcolate fino alla data di consegna del ruolo al concessionario, al netto dei pagamenti effettuati spontaneamente dal debitore.

È importante rilevare che l'iscrizione a ruolo del credito previdenziale deve *avvenire a pena di decadenza:*

a). per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; in caso di denuncia o comunicazione tardiva o di riconoscimento del debito, tale termine decorre dalla data di conoscenza da parte dell'ente;

b). per i contributi o premi dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici, entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento, ovvero, per quelli sottoposti a gravame giudiziario, entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il provvedimento è divenuto definitivo.

Si è osservato — ed a ragione — che la lettera della norma sanziona con la decadenza l'iscrizione nei ruoli e non il sottostante diritto di credito, sicché la decadenza di cui trattasi assume una valenza di tipo procedimentale e non sostanziale: allo scadere del periodo prescrizionale, l'ente impositore decade dalla possibilità di avvalersi della (più favorevole) procedura di recupero mediante ruolo, impregiudicata la possibilità di agire, dentro i limiti della prescrizione del diritto, sulla base dei sistemi ordinari di tutela, ad esempio col procedimento monitorio ovvero con l'azione ordinaria (v. FONZO, *Cessione dei crediti contributivi dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e riscossione coattiva mediante ruolo,* in *questa Rivista,* 2002, p. 1546 ss.).

Concordo altresì con la tesi (v. FONZO, *ibidem)* secondo la quale la decadenza in questione non possa essere rilevata d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 2969 c.c., trattandosi di materia disponibile per le parti.

È noto, infatti, l'orientamento della giurisprudenza per il quale, nella materia tri-

butaria (assimilabile, *quoad rationem,* a quella qui oggetto di esame), il termine di decadenza stabilito, a carico dell'ufficio tributario ed in favore del contribuente, per l'esercizio del potere impositivo ha natura sostanziale e non appartiene a materia sottratta alla disponibilità delle parti, in quanto tale decadenza non attiene alla materia dei diritti indisponibili dello Stato alla percezione di tributi, ma incide unicamente sul diritto del contribuente a non vedere esposto il proprio patrimonio, oltre un certo limite di tempo, alle pretese del fisco; è, dunque, riservata alla valutazione del contribuente la scelta di avvalersi o meno della relativa eccezione e, ai sensi dell'art. 2969 c.c., detta decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, con l'ulteriore conseguenza che la relativa eccezione non può essere proposta per la prima volta in grado di appello (v. Cass. 22 novembre 2004, n. 22015; Cass. 20 febbraio 2003, n. 2552; Cass. 21 giugno 2004, n. 11521; *contra* v. Cass. 15 novembre 2004, n. 21575).

L'ente previdenziale ha facoltà di richiedere (e, di norma, richiede) il pagamento mediante avviso bonario al debitore.

L'iscrizione a ruolo non è eseguita, in tutto o in parte, se il debitore, entro trenta giorni dalla data di ricezione del predetto avviso, provvede a pagare le somme dovute.

Se, poi, a seguito del ricevimento del predetto avviso, il contribuente presenta domanda di rateazione, questa viene definita secondo la normativa in vigore e si procede all'iscrizione a ruolo delle rate dovute, nei sei mesi successivi alla data prevista per il versamento.

Infine, se l'accertamento effettuato dall'ufficio e comunicato al debitore è da quest'ultimo impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo non può essere eseguita, se non in presenza di provvedimento esecutivo del giudice.

In caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo, ancorché, dopo l'iscrizione a ruolo, l'ente, in pendenza di gravame amministrativo, possa sospendere la riscossione con provvedimento motivato notificato al concessionario ed al contribuente, ma revocabile ove sopravvenga fondato pericolo per la riscossione.

Particolarmente significative sono le previsioni relative alla tutela giurisdizionale dell'intimato.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 24 del citato d.lgs. n. 46 del 1999, contro l'iscrizione a ruolo il debitore può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, con ricorso notificato all'ente impositore (e non più anche al concessionario della riscossione, così come previsto dall'originaria formulazione della norma).

Si vedrà più avanti quali siano la natura di siffatto termine, le conseguenze del suo mancato rispetto e le problematiche connesse all'integrità del contraddittorio nel giudizio di opposizione.

Qui occorre rilevare che, a mente del sesto comma dell'art. 24, il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e seguenti c.p.c., cioè dalle regole del processo previdenziale, e che, nel corso del giudizio di primo grado, il giudice del lavoro può sospendere l'esecuzione del ruolo per gravi motivi.

La formulazione legislativa non fa residuare soverchi dubbi circa la natura anche

"di merito" del giudizio di opposizione a ruolo, tale da consentire al giudice competente di sindacare l'*an*, oltre che il *quomodo,* della pretesa previdenziale. In sostanza, l'opposizione prevista dall'art. 24 è il rimedio per far valere sia i vizi "formali" (processuali) della cartella (vizio della notifica, vizio della motivazione, tardività dell'iscrizione a ruolo, iscrizione a ruolo nonostante l'avvenuto esperimento del ricorso giurisdizionale ed in assenza di un provvedimento esecutivo del giudice, etc.), sia vizi "di merito", cioè inerenti al fondamento della pretesa contributiva (nel senso del carattere inevitabilmente "unitario" dell'opposizione prevista dall'art. 24, siccome riferita sia a vizi processuali che di merito, v. CUCCURU, *Definizione del giudizio di opposizione a cartella esattoriale in materia previdenziale,* in questa *Rivista*, 2003, p. 690 ss.).

Tale regola rappresenta una ulteriore caratteristica di "specialità" rispetto al regime comune dell'opposizione alla cartella previdenziale.

La norma all'esame prevede che il *terminus a quo* per il deposito del ricorso giurisdizionale decorra dalla notifica della cartella di pagamento (che reca, ovviamente, l'indicazione per estratto del ruolo).

Ciò fa sì che l'opposizione a ruolo e l'opposizione a cartella di pagamento siano, in concreto, contestualmente esperibili.

4. — Il sistema dei rimedi avverso la cartella esattoriale secondo la giurisprudenza ed i caratteri discretivi tra giudizio sulla pretesa di merito e giudizio sulla regolarità della cartella. Le impugnazioni della sentenza che definisce il giudizio di opposizione.

Al fine di delimitare le modalità e l'àmbito di estensione del giudizio di opposizione a cartella esattoriale, la giurisprudenza distingue, in generale, a seconda che sia o meno avvenuta la rituale preventiva notificazione dell'atto amministrativo (verbale ispettivo, verbale di accertamento, atto di accertamento e di irrogazione della sanzione, etc.), che sta a fondamento della pretesa creditoria pubblica.

Solo se la predetta notificazione sia ritualmente avvenuta è possibile tenere concretamente distinti i giudizi di opposizione al merito della pretesa creditoria ed i giudizi di opposizione alla cartella esattoriale propriamente intesi.

In linea di principio, il soggetto al quale sia stata notificata ordinanza-ingiunzione per il pagamento di una sanzione amministrativa non può, nel giudizio di opposizione proposto avverso la cartella esattoriale per la riscossione dell'importo di quella sanzione, contestare la pretesa sanzionatoria dell'amministrazione, né sotto il profilo della sua estraneità alla condotta sanzionata, né sotto quello della non sanzionabilità della condotta medesima, ma può solo contestare la legittimità dell'azione esecutiva intrapresa dall'esattore (cfr. Cass. 7 agosto 2003, n. 11926). Ma, nel caso in cui la notificazione non sia ritualmente avvenuta, la

garanzia dell'opposizione "di merito" alla pretesa creditoria intimata mediante cartella si viene inevitabilmente a recuperare attraverso il giudizio di opposizione alla cartella.

Le ragioni dogmatiche e sistematiche che stanno alla base di questo consolidato orientamento (cfr., tra le più recenti, *inter alias:* Cass. 15 febbraio 2005, n. 3035; Cass. 26 marzo 2004, n. 6119; Cass. 28 novembre 2003, n. 18207; Cass. 6 giugno 2003, n. 9087; Cass. 28 giugno 2002, n. 9498), nonché i limiti discretivi tra giudizio sulla pretesa di merito e giudizio sulla regolarità della cartella si trovano compiutamente esplicitate nella motivazione del *leading case* di Cass., Sez. Un., 18 agosto 2000, n. 562, che così argomenta:

«3.1. — Questa Corte, a partire dalle sentenze delle Sezioni unite 10 gennaio 1992 n. 190 e 23 novembre 1995 n. 12107, ha affermato che la mancata notifica del provvedimento irrogativo della sanzione priva il destinatario del rimedio (opposizione) previsto dalla legge n. 689/81 e pertanto il detto momento di garanzia deve essere recuperato a livello della cartella esattoriale emessa per la riscossione della sanzione (v. tra le altre, Sez. I, 11 febbraio 1999 n. 1149; Sez. III, 29 ottobre 1999 n. 12192, Sez. I, 27 novembre 1999 n. 13242; Sez. I, 25 gennaio 2000 n. 7999). Tale principio vale sia per la notifica dell'ordinanza-ingiunzione costituente titolo esecutivo ai sensi dell'art. 18 della legge n. 689/81, sia per la notifica del verbale di accertamento della violazione del codice stradale che, come si è detto, è idoneo a divenire titolo esecutivo senza che sia seguito dall'ordinanza-ingiunzione (la quale può essere emanata soltanto qualora il trasgressore abbia presentato ricorso amministrativo al prefetto: art. 204 codice stradale). Nelle ipotesi qui considerate la opposizione alla cartella esattoriale va proposta nelle forme previste dalla legge n. 689/81, poiché essa sostituisce tale tipo di azione giudiziaria che l'opponente non è stato posto in grado di proporre avverso l'atto sanzionatorio messo in esecuzione.

3.2. — Qualora, invece, sia avvenuta la rituale notifica dell'ordinanza-ingiunzione o del verbale di accertamento della violazione stradale, il destinatario della cartella esattoriale può avvalersi soltanto delle opposizioni previste dal libro III del codice di rito (opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi), non trovando tale disciplina generale deroga alcuna nella legge n. 689/81 (che si limita a rinviare, per l'esecuzione forzata, alle norme previste per l'esazione delle imposte dirette). L'esclusione delle opposizioni esecutive disposta dall'art. 54 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602 non è applicabile al di fuori della materia tributaria, come queste Sezioni unite hanno affermato con le sentenze 16 novembre 1999 n. 780 e 4 aprile 2000, recependo d'altronde l'interpretazione adeguatrice della Corte Costituzionale (v., tra le altre, le sentenze di detta Corte n. 437 e 318 del 1995).

3.3. — In ordine al discrimine degli ambiti rispettivi dei due tipi di opposizione alla cartella esattoriale emessa per l'esecuzione di sanzioni amministrative, queste Sezioni unite, con due sentenze emanate nell'udienza del 16 marzo 2000 (sui ricorsi n. 11507/97 e n. 14347/98), hanno precisato che attraverso le forme dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. vanno dedotti i fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (con riferimento specifico alla prescrizione del credito indicato nella cartella, alla morte dell'autore della violazione, all'avvenuto pagamento

della sanzione), mentre deve formare oggetto di opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. la deduzione dei vizi di regolarità formale della cartella esattoriale. Quest'ultima opposizione, infatti, è esperibile anche contro gli atti del creditore che debbono precedere l'inizio dell'esecuzione (titolo esecutivo e precetto di cui si contesti la regolarità formale, come dispone, nel primo comma, il citato art. 617) ».

In sostanza, se l'opposizione alla cartella esattoriale è fondata sulla mancata notifica dell'ordinanza-ingiunzione o del verbale di accertamento, il rito da seguire non è quello previsto dagli artt. 615 e 617 c.p.c. per l'opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi, ma, in quanto opposizione alla cartella esattoriale di cui l'interessato sostiene di non essersi potuto avvalere nella fase di formazione del titolo per mancata notifica dell'ordinanza-ingiunzione o del verbale di accertamento, il procedimento deve svolgersi nelle forme previste dalla legge n. 689 del 1981, che prevede, tra l'altro, la lettura del dispositivo in udienza, a pena di nullità della sentenza (Cass. 15 febbraio 2005, n. 3035; Cass. 4 agosto 2000, n. 10270). Quanto all'individuazione del sistema delle impugnazioni esperibili contro il provvedimento del giudice che definisce il giudizio oppositivo, ne deriva altresì che qualora, a seguito della notificazione di una cartella esattoriale avente ad oggetto sanzioni amministrative pecuniarie, l'intimato proponga domande qualificabili sia come opposizioni all'atto sanzionatorio ai sensi della legge n. 689 del 1981 (in difetto della notifica del medesimo), sia come opposizioni all'esecuzione (in relazione alla pretesa incidenza di fatti estintivi posteriori alla formazione del titolo esecutivo), sia come opposizioni agli atti esecutivi (in relazione a irregolarità formali della cartella esattoriale), e con una sola sentenza si sia provveduto in ordine a tutte le domande, tale sentenza (a seguito delle modifiche apportate al sistema processuale dalla legge n. 52 del 2006 e dal d.lgs. n. 40 del 2006) è impugnabile:

a) con il ricorso per Cassazione, se emanata a conclusione di un giudizio di opposizione all'esecuzione (art. 616, ultimo periodo, c.p.c.) o di opposizione agli atti esecutivi (art. 618, commi 2 e 3, c.p.c.);

b) con l'appello, se emanata a conclusione di un giudizio di opposizione a norma della legge n. 689 del 1981 (art. 23).

4.1. — Problematiche in materia di giurisdizione.

Secondo la giurisprudenza, va escluso che l'art. 27 della legge n. 689 del 1981 attribuisca, in fase di riscossione, una generale valenza tributaria a tutte le somme dovute o pretese a titolo di sanzioni amministrative, giacché detta disposizione, con il rinvio alle norme previste per l'esazione delle imposte dirette, individua soltanto le modalità per la riscossione medesima, senza incidere sulla natura della sanzione, che resta definita da quella della norma che ne stabilisce l'applicazione (Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4804).

Ad esempio, è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario il giudizio di opposizione a cartella esattoriale per la riscossione di sanzione amministrativa conseguente ad indebita percezione di aiuti comunitari al settore agricolo. Infatti, l'art. 4 della legge 23 dicembre 1986, n. 898, stabilisce in modo espresso che all'accertamento delle violazioni amministrative previste in materia di aiuti comunitari al settore agricolo si applica il capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, così ribadendo l'attribuzione, in materia, della competenza giurisdizionale al giudice ordinario, *ex* artt. 22 e seguenti di quest'ultima legge (Cass., Sez. Un., 7 marzo 2005, n. 4804).

Per converso, l'opposizione avverso la cartella esattoriale per il pagamento della tassa per l'occupazione di aree pubbliche (TOSAP) appartiene alla giurisdizione delle commissioni tributarie, ai sensi dell'art. 2, comma primo, lettera h), d.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in relazione al capo II del d.Lgs. 15 novembre 1993, n. 507 ed all'art. 5 della legge 16 maggio 1970, n. 281, mentre rientra nella giurisdizione del giudice ordinario — a mente dell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e succ. modif. — la cognizione delle controversie relative al canone di concessione (COSAP), istituito dall'art. 63 del d.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modifiche, a partire dal primo gennaio 1999 (Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2005, n. 1239).

4.2. — Sulla prova della data della notifica dell'atto impugnato.

Il principio secondo cui, ai sensi degli artt. 22 e 23 della legge 24 novembre 1981, n. 689, grava sul ricorrente non solo l'onere di proporre l'opposizione a sanzione amministrativa entro il termine di trenta giorni dalla notifica dell'atto opposto (nella specie, cartella esattoriale, sul presupposto che non fosse in precedenza stato notificato alcun atto di accertamento dell'infrazione contestata, né alcuna ingiunzione di pagamento della sanzione), ma anche quello di provare la tempestività dell'iniziativa giudiziaria intrapresa, non toglie che l'assolvimento di quest'ultimo onere postuli che l'atto contro cui l'opposizione è rivolta sia stato notificato.

Ne consegue che, ove la notifica sia del tutto mancata, e l'atto sia venuto aliunde a conoscenza del destinatario, difettano gli estremi di certezza circa il modo, la data ed il luogo della consegna proprio in vista dei quali la notifica è prescritta, sicché non può dirsi che il termine per proporre opposizione contro quell'atto prenda a decorrere, se la notificazione dell'atto medesimo non vi sia stata (Cass. 17 settembre 2004, n. 18730).

Inoltre, la disposizione di cui all'art. 22, terzo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689 — a mente della quale l'opponente deve, a pena di inammissibilità, alle-

gare al ricorso in opposizione "l'ordinanza notificata" — va letta nel senso che all'opposizione deve essere allegata la cartella esattoriale notificata, dal momento che il recupero di tutela attraverso l'attivazione del giudizio sul merito della pretesa creditoria presuppone proprio che non vi sia alcuna ordinanza ingiunzione notificata.

Anche in tali ipotesi, la pronuncia in *limine litis* di inammissibilità dell'opposizione, perchè proposta oltre il termine previsto dall'art. 22, primo e secondo comma, richiede che la tardività emerga con certezza, non essendo sufficiente a giustificarla né la mancata produzione dell'involucro contenente la cartella nella spedizione a mezzo posta, né gli elementi presuntivi ricavabili dal rapporto fra la data di notifica dell'opposizione e la scadenza della prestazione prevista dalla cartella (Cass. 27 novembre 2003, n. 18123).

In caso di ritardo incolpevole nell'introduzione del giudizio oppositivo, deve essere fatta salva la rimessione in termini per causa non imputabile, facendo applicazione del principio generale di cui agli artt. 184-*bis*, 294 e 650 c.p.c. (in questo senso v. anche CUCCURU, op. cit., p. 691).

4.3. — Sull'esclusione delle opposizioni esecutive in caso di cartella esattoriale per tributi non pagati.

È importante rilevare che, nell'esecuzione esattoriale, vigono regole limitative delle opposizioni esecutive (che la giurisprudenza ritiene applicabili soltanto con riferimento ai crediti tributari), atteso che, ai sensi dell'art. 57, d.P.R. n. 602 del 1973, non sono ammesse:

a). le opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c., fatta eccezione per quelle concernenti la pignorabilità dei beni;

b). le opposizioni regolate dall'art. 617 c.p.c. relative alla regolarità formale ed alla notificazione del titolo esecutivo.

Siffatte limitazioni configurano un'ipotesi di improponibilità assoluta della domanda per carenza, nell'ordinamento, di una norma che riconosca e tuteli la posizione giuridica di chi intenda opporsi all'esecuzione o agli atti esecutivi, tale tutela essendo assicurata in via aquiliana solo dopo il compimento della esecuzione esattoriale (Cass. 10 giugno 2004, n. 11038).

Se è proposta opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi (nei casi e nei limiti in cui esse sono ammissibili), il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé con decreto steso in calce al ricorso, ordinando al concessionario di depositare in cancelleria, cinque giorni prima dell'udienza, l'estratto del ruolo e copia di tutti gli atti di esecuzione.

Si è detto che tali regole sono ritenute applicabili alla sola esecuzione esattoriale e non riguardano, di conseguenza, l'opposizione a cartella previdenziale.

4.4. — Tematiche del contraddittorio.

Vuole l'orientamento più recente della Cassazione che, nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale, i legittimi contraddittori siano soltanto l'opponente e l'ente impositore, giacché solo quest'ultimo è titolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio, e non anche il concessionario, il quale, in quanto soggetto destinatario solo del pagamento, non è contitolare del diritto di credito, la cui inesistenza costituisce l'oggetto della domanda di accertamento.

Secondo la Cassazione, il concessionario non potrebbe neppure essere evocato in giudizio quale *"autorità che ha emesso il provvedimento impugnato",* ai sensi dell'art. 23, secondo comma, l. n. 689 del 1981, perché l'autorità in questione è quella che ha emesso il provvedimento sanzionatorio (nella specie mancante), non la cartella (così Cass. 21 dicembre 2004, n. 23701).

A mio avviso, l'orientamento può condividersi nell'ipotesi in cui l'opposizione abbia ad oggetto esclusivamente profili di merito della pretesa (nei limiti, prima esaminati, in cui gli stessi siano oppugnabili in sede di opposizione alla cartella).

Non è così allorquando sia del tutto mancata la notificazione dell'ordinanza-ingiunzione o del verbale di accertamento della violazione, e l'opposizione è consentita al fine di permettere all'interessato di recuperare l'esercizio del mezzo di tutela previsto dalla legge in relazione agli atti sanzionatori.

In questa ipotesi, il concessionario del servizio di riscossione dei tributi, che predispone e notifica la cartella esattoriale, è legittimato passivo e litisconsorte necessario nel giudizio di opposizione e, quindi, l'eventuale difetto di integrità del contraddittorio nei suoi riguardi è rilevabile d'ufficio in sede di legittimità (cfr. Cass. 25 novembre 2003, n. 17936).

Più precisamente, la legittimazione passiva nel giudizio di opposizione non spetta all'amministrazione che ha emesso l'ordinanza, potendo nei confronti di questa essere proposta l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione, ma all'ente al quale spettano i proventi e all'esattore, quale soggetto dal quale proviene l'atto opposto, in quanto viene messa in discussione la sussistenza non della violazione da cui nasce la pretesa creditoria, ma del credito fatto valere in via esecutiva e la regolarità della procedura di riscossione (v. Cass. 7 agosto 2003, n. 11926; Cass. 18 giugno 2002, n. 8759; Cass. 9 aprile 2001, n. 5277).

5. — Caratteristiche di "specialità" dell'opposizione a cartella di pagamento dei crediti previdenziali. Ancora sull'opposizione di merito e sull'opposizione agli atti esecutivi.

Si è detto in precedenza che, in relazione ai crediti previdenziali, vigono norme di

tenore "speciale", contenute nell'art. 24 del d.lgs. 22 febbraio 1999, n. 46.

Ai fini più strettamente processuali, la norma sembrerebbe non attribuire rilevanza — quanto all'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento ed alla delimitazione del raggio di estensione oggettiva del giudizio di opposizione — agli effetti della notificazione dell'avviso di accertamento (e/o del verbale di accertamento) da parte dell'ufficio.

Infatti, ai sensi del quinto comma dell'art. 24, contro l'iscrizione a ruolo il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni, che decorrono non dalla notifica dell'avviso, bensì dalla notifica della cartella di pagamento.

L'ente può recapitare l'avviso di accertamento al debitore ai fini del componimento bonario della controversia, e può altresì richiedere l'iscrizione a ruolo del debito previdenziale, in caso di mancato pagamento. Ciò fa sì che il contribuente possa opporre immediatamente l'avviso di accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria.

In questo caso, l'iscrizione a ruolo è eseguita soltanto in presenza di *"provvedimento esecutivo"* del giudice, cioè di un provvedimento (ordinanza anticipatoria; sentenza) portante la condanna al pagamento di una somma di denaro emessa in favore dell'ente previdenziale (ad esempio, in sede di decisione sulla domanda riconvenzionale formulata nel giudizio di accertamento negativo del credito introdotto dall'opposizione a verbale).

Tale regola obbedisce — secondo Trib. Ravenna 28 gennaio 2003 (in *Il lavoro nella giurisprudenza,* 2003, 12, 1147) — sia ad un principio di economia, perché tende ad evitare la moltiplicazione dei giudizi, sia ad un principio di logica, perché mira al rispetto del *dictum giudiziale,* sia infine ad un principio di buona amministrazione, perché vuole evitare la notifica di atti inutili nei confronti di soggetti che si sono difesi in giudizio sulle premesse e sul merito della pretesa. Ritengo altresì che — in assenza di domanda riconvenzionale di condanna da parte dell'ente previdenziale — l'iscrizione a ruolo non possa essere eseguita prima del passaggio in giudicato della decisione di rigetto dell'opposizione a verbale di accertamento, non avendo la sentenza non passata in giudicato efficacia esecutiva, bensì di mero accertamento.

Anche nel caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo, ancorché, dopo l'iscrizione a ruolo, l'ente, in pendenza di gravame amministrativo, possa sospendere la riscossione con provvedimento motivato notificato al concessionario ed al contribuente, ma revocabile ove sopravvenga fondato pericolo per la riscossione.

Ma il debitore può scegliere di impugnare dinanzi al giudice la cartella di pagamento notificatagli dal soggetto incaricato della riscossione, facendo valere in quella sede le pretese di merito avverso l'atto di accertamento.

Per questo, la norma stabilisce che il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli artt. 442 e seguenti c.p.c., cioè dalle regole del processo previdenziale, e che, nel corso del giudizio di primo grado, il giudice del lavoro può sospendere l'esecuzione del ruolo per gravi motivi.

Si tratta, dunque, di un *giudizio a cognizione piena,* nel corso del quale il giudice del lavoro è investito del merito della pretesa contributiva dell'ente.

Il titolo esecutivo costituito dalla cartella esattoriale di pagamento diviene per questo definitivo in caso di omessa opposizione o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio (v. Cass. 11 agosto 1993, n. 8624, con riferimento a cartella emessa ai sensi dell'art. 2 del previgente d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito in legge n. 389 del 1989).

Quanto sopra non elìde il diritto del debitore di proporre opposizione agli atti esecutivi, facendo valere i vizi di regolarità formale della cartella.

In questa ipotesi, la giurisprudenza suole fare riferimento alla disciplina dell'art. 29, secondo comma, del d.lgs. n. 46 del 1999, che per la relativa regolamentazione rinvia alle "forme ordinarie", e non alla disciplina dell'art. 24 dello stesso d.lgs., che si riferisce, invece, all'opposizione relativa al merito della pretesa di riscossione.

Ne consegue che l'opposizione agli atti esecutivi prima dell'inizio dell'esecuzione deve proporsi entro il termine fissato dall'art. 617 c.p.c. (che la legge n. 80 del 2005 ha elevato da cinque a venti giorni) dalla notificazione del titolo esecutivo, che avviene contestualmente alla notificazione della cartella esattoriale (v. Cass. 18 novembre 2004, n. 21863).

Siffatta regola, però, non dovrebbe, a mio avviso, valere le quante volte il debitore deduca e dimostri che il titolo esecutivo, ossia la cartella esattoriale, era in realtà inefficace, e come tale non idonea a far decorrere il termine per l'opposizione agli atti esecutivi, a cagione dell'inesistenza della notifica e/o dell'inesistenza intrinseca dell'atto, per la mancanza dei contenuti prescritti dalla legge.

5.1. — Sul termine per la notificazione della cartella previdenziale al debitore.

Ci si può chiedere se, in ordine alla notificazione, da parte del concessionario, della cartella di pagamento avente ad oggetto pretese previdenziali, valgano i medesimi termini previsti dal primo comma dell'art. 25, d.P.R. n. 602 del 1973, come, da ultimo, modificato dal d.l. n. 106 del 2005, convertito in l. n. 156 del 2005 (v. il precedente § 2.1).

Nel senso affermativo sembrerebbe militare il disposto degli artt. 17 e 18 del d.lgs. n. 46 del 1999, che estendono espressamente il sistema della riscossione coattiva mediante ruolo alle entrate degli enti pubblici, anche previdenziali.

D'altro canto, la prima parte dell'art. 18 sembrerebbe far salve le previsioni speciali ("salvo quanto previsto dagli articoli seguenti"). A me pare che il sistema dei termini previsti dal primo comma dell'art. 25, d.P.R. n. 602 del 1973 (come novellamente

modificato nel 2005) sia, in concreto, inapplicabile alle attività di liquidazione, di accertamento e di controllo dei crediti previdenziali, a cagione delle loro caratteristiche di indubbia "specialità", acclarata anche dal punto di vista normativo.

Va, del pari, considerato che l'art. 24 del d.lgs. n. 46 del 1999 prevede termini perentori (a pena di decadenza) per l'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali. Ciò non toglie che, pure *in subiecta materia,* possano sussistere le discrasìe normative evidenziate nella sentenza della Corte costituzionale n. 280 del 2005, con particolare riferimento all'esigenza di non lasciare il debitore assoggettato all'azione esecutiva dell'istituto previdenziale per un tempo indeterminato o comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, ritenuto dalla Consulta eccessivo e irragionevole. Il compito di colmare le eventuali "lacune", che in questo modo si aprirebbero, pertiene al legislatore ordinario, cui spetta di individuare il dies a quo cui ancorare, con risultati di certezza, l'eventuale termine fissato per la notifica della cartella, che — attesa la certezza in ordine al tempo dell'iscrizione a ruolo che assiste i crediti previdenziali — potrebbe, in ipotesi *de jure condendo,* decorrere proprio dalla data di iscrizione a ruolo, il cui perimetro temporale è fissato con certezza dal legislatore.

5.2. — Sui rapporti tra proposizione del giudizio di opposizione al verbale di accertamento e validità della cartella esattoriale: il principio della prevenzione.

Si è detto che — a tenore del terzo comma dell'art. 24, d.lgs. n. 46 del 1999 — il recupero coattivo del credito previdenziale a mezzo iscrizione a ruolo è inibito in pendenza di giudizio di accertamento negativo del medesimo credito, proposto dal datore di lavoro con opposizione a verbale di accertamento.

Quid agendum nell'ipotesi in cui il ricorso in opposizione al verbale di accertamento sia stato depositato nella cancelleria del giudice competente (determinando in tal guisa la litispendenza in senso fisiologico) dopo l'iscrizione a ruolo, ma prima della notificazione della cartella esattoriale?

Si è sostenuto che in questo caso l'iscrizione a ruolo e la conseguente notifica della cartella siano da ritenersi legittimi, in quanto il titolo esecutivo posto alla base della pretesa contributiva si è formato in una data in cui non vi era la contestazione da parte del privato, individuata come la ratio sottostante al citato terzo comma dell'art. 24 (CUCCURU, op. cit., p. 695, in adesione a Trib. Modena 8 giugno 2001, in *Lavoro giur.,* 2001, 847).

Fatto è che il debitore viene a conoscenza dell'iscrizione a ruolo soltanto a seguito della notifica della cartella, attività per procedere alla quale, come si è visto nel precedente paragrafo 6.1, non è previsto dalla legge uno *spatium temporis* ben determinato.

Si è perciò argomentato che, in assenza di termine decadenziale per la notifica

della cartella, il diritto del contribuente di conoscere l'iscrizione a ruolo rischierebbe di rimanere compromesso a tempo indeterminato; inoltre, se si attribuisse priorità all'iscrizione a ruolo, rimarrebbe compromesso, parimenti a tempo indeterminato, anche il diritto del debitore di agire in prevenzione opponendosi al verbale di accertamento, con conseguente lesione del diritto di difesa (PARISE, *Opposizioni a cartella esattoriale e opposizione a verbale di accertamento, Relazione all'Incontro di studi Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzioni obbligatorie*, Roma 7 dicembre 2005, p. 7 del dattiloscritto).

Mi pare che quest'ultima tesi — pur condivisibile nello spirito — contrasti, però, con il dato letterale della norma, che, in pendenza di giudizio di opposizione a verbale di accertamento, inibisce la sola iscrizione a ruolo, non anche la notifica della cartella (che ne rappresenta, anzi, una conseguenza ineludibile).

Ritengo, pertanto, che l'esigenza di non lasciare il debitore assoggettato all'azione esecutiva dell'istituto previdenziale per un tempo indeterminato (stante l'assenza di un certo *terminus a quo* per la notifica della cartella) generi, anche in questa ipotesi, una evidente lacuna che il legislatore ordinario dovrebbe colmare in tempi rapidi, pena l'esposizione della normativa all'esame ad inevitabili dubbi di costituzionalità.

5.3. — Giudice competente.

Ai sensi dell'art. 444, terzo comma, c.p.c. giudice del lavoro territorialmente competente a conoscere delle opposizioni a cartella esattoriale riguardanti il mancato pagamento dei contributi previdenziali e le relative sanzioni, disciplinate dall'art. 24, d.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, è il giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'ente preposto ad esaminare la posizione assicurativa e previdenziale dei lavoratori; ne consegue che, ove nei confronti di uno stesso datore di lavoro siano state emesse più cartelle di pagamento, da parte di diverse sedi INPS, le relative opposizioni devono essere proposte e coltivate separatamente dinanzi ai diversi giudici territorialmente competenti, trattandosi di competenza per materia funzionale e inderogabile (Cass. 28 aprile 2003, n. 6619. ord.).

5.4. — Natura del termine per proporre l'opposizione di merito.

Vi è contrasto nella giurisprudenza sulla natura del termine di quaranta giorni per

proporre opposizione di merito a cartella esattoriale recante l'intimazione a pagare il credito previdenziale. Secondo un maggioritario (ed, a mio avviso, preferibile) orientamento, il termine di quaranta giorni *ex* art. 24, quinto comma, del d.lgs. n. 46 del 1999 deve ritenersi perentorio, essendo finalizzato a delimitare nel tempo la facoltà del contribuente di proporre opposizione avverso l'iscrizione al ruolo dei contributi previdenziali non versati ed a consentire, in tempi ragionevolmente brevi, la costituzione di un titolo definitivo a favore dell'ente creditore.

La scadenza del termine perentorio per l'opposizione avrebbe perciò effetto preclusivo non solo con riferimento alla censura dei vizi formali della cartella, ma anche riguardo alla possibilità di contestare nel merito la sussistenza del credito contributivo.

Deve pertanto essere dichiarata inammissibile la richiesta della parte che, non avendo presentato opposizione alla cartella esattoriale, ma essendosi limitata a richiederne la sospensione, abbia poi proposto, dopo la scadenza del termine dei quaranta giorni, un'azione di accertamento negativo di un credito contributivo dell'INPS (cfr. Corte di Appello Torino 4 novembre 2004, n. 1406; Trib. Parma 19 novembre 2004; Trib. Milano 7 marzo 2003).

Un opposto orientamento ritiene che il termine in questione non sia perentorio, vuoi perché la perentorietà deve essere espressamente prevista dalla legge (Trib. Venezia 19 settembre 2002), vuoi perché l'iscrizione a ruolo, effettuata dagli enti previdenziali, non presupponendo un preventivo accertamento giudiziale, non può dar luogo alla formazione di un titolo esecutivo immodificabile ed incontrovertibile, senza alcuna verifica giudiziale e sulla base della sola autodichiarazione dell'ente previdenziale (cfr. Corte di Appello di Bologna 15 maggio 2003).

5.5. — Oggetto del giudizio di opposizione di merito. L'accertamento parziale del credito contributivo e la domanda di condanna introdotta dall'ente previdenziale.

In tema di riscossione di contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella esattoriale di pagamento dà luogo, come si è detto, ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo.

La conseguenza è che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza che ne risulti mutata la domanda (così Cass. 20 aprile 2002, n. 5763, con riferimento a cartella emessa ai sensi dell'art. 2 del previgente d.l. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, nella legge 7 dicembre 1989, n. 389, ma secondo un principio valido, *quoad rationem,* anche nel vigente sistema normativo).

In caso di accoglimento della domanda dell'ente, ne deriva che la sentenza di condanna del giudice finisce con il sostituirsi al ruolo, tenendo luogo del titolo esecutivo (in senso conforme v. PARISE, op. cit., p. 18 ss. del dattiloscritto. Muove da diversi presupposti PERINA, *Questioni processuali inerenti al ruolo,* in *questa Rivista,* 2002, p. 1516 ss., secondo il quale l'opposizione *ex* art. 24, d.lgs. n. 46 del 1999, darebbe origine ad un processo di opposizione esecutiva limitato alla sola fondatezza del "titolo-ruolo", il cui esito sarebbe suscettibile di inscriversi nel perimetro di una conferma totale o parziale dello stesso, se l'opposizione è fondata, sicché, ad avviso dell'autore, *"non appare chiara la ragione per cui, in presenza di un titolo esecutivo che è valido seppur in parte, e sul quale è fondata la procedura esecutiva – in ipotesi non sospesa dal giudice del lavoro – il giudice debba pronunziare sentenza di condanna per gli stessi crediti per cui pende la procedura esecutiva, creando un secondo titolo – questa volta di formazione giudiziale – sostanzialmente sovrapponibile a quello già esistente").*

Ciò consente di argomentare che nel giudizio di opposizione a cartella si possa procedere anche all'accertamento (ed alla conseguente condanna) parziale del credito contributivo (in questo senso cfr. App. Genova 2 ottobre 2002, n. 701, in questa *Rivista,* 2003, p. 474 ss, con nota adesiva al dispositivo, ma critica verso la motivazione di GATTO, *Rapporto tra ruolo e sentenza nel caso di accoglimento parziale dell'opposizione ex art. 24 del d.lgs. n. 46/99).* In concreto, se l'opposizione a cartella è accolta solo in parte, il (nuovo) titolo esecutivo sarà costituito soltanto dalla sentenza di condanna, sulla scia di quanto stabilito dall'art. 653, comma 2, c.p.c. in caso di accoglimento parziale dell'opposizione a decreto ingiuntivo (in questo senso v. CAPURSO, *Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi,* in questa *Rivista,* 2002, p. 1572, ed ivi ulteriori riferimenti).

5.6. — La cognizione incidenter tantum *circa l'esistenza o le caratteristiche del rapporto di lavoro.*

In siffatte controversie, che hanno ad oggetto la cognizione del rapporto giuridico previdenziale, potrebbe altresì nascere la necessità di accertare l'esistenza o alcune caratteristiche del rapporto di lavoro subordinato, ponendosi in tal guisa un problema di integrazione del contraddittorio verso l'assicurato, e cioè il prestatore di lavoro.

Più precisamente, l'esigenza dell'integrazione potrebbe sorgere qualora occorra decidere con efficacia di giudicato questioni che riguardino l'esistenza o le caratteristiche del rapporto di lavoro, non anche quando queste ultime siano fatte oggetto di cognizione *incidenter tantum.*

Al riguardo potrebbe, a mio avviso, valere, *mutatis mutandis,* il consolidato

principio per il quale nei giudizi tra ente previdenziale e lavoratore subordinato aventi ad oggetto la sussistenza, o meno, del rapporto di assicurazione obbligatoria (affermato dal lavoratore e negato dall'ente) per essere controversa la stessa sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, non vi è necessità di integrare il contraddittorio nei confronti del datore di lavoro, atteso che l'accertamento con forza di giudicato è chiesto solo con riferimento al rapporto assicurativo previdenziale, mentre la questione concernente il rapporto di lavoro può essere risolta *incidenter tantum* e quindi senza che la decisione possa costituire giudicato nei confronti del datore di lavoro. È a questi fini irrilevante il fatto che l'ente abbia chiesto una espressa condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi: tale richiesta, infatti, non incide sulla natura del rapporto processuale esistente tra le parti delle due domande azionate nel medesimo giudizio (quella del lavoratore, proposta esclusivamente nei confronti dell'ente previdenziale, e quella di quest'ultimo nei confronti del datore di lavoro), e non determina la trasformazione dei due distinti rapporti in un litisconsorzio necessario fra tutti e tre i soggetti (cfr. Cass. 29 aprile 2003, n. 6673; Cass. 5 luglio 2002, n. 9774).

Del resto, nel giudizio instaurato dal lavoratore subordinato contro il datore di lavoro per la regolarizzazione del rapporto assicurativo, l'istituto assicuratore non è contraddittore necessario, ove si controverta soltanto sull'esistenza del rapporto di lavoro (o di taluni elementi di esso) quale presupposto di quello previdenziale; né l'intervento in giudizio dell'istituto, ancorché per il recupero di contributi assicurativi e delle relative sanzioni civili a carico del datore di lavoro, determina necessità di integrazione del contraddittorio nei suoi confronti nella successiva fase di gravame, ai sensi dell'art. 331 c.p.c., ma dà luogo soltanto a litisconsorzio facoltativo *ex* art. 332, giustificato dal fatto che la domanda proposta dall'interventore comporta una decisione che dipende dalla risoluzione delle stesse questioni proposte con la domanda del lavoratore (cfr. Cass. 23 gennaio 2003, n. 1013; Cass. 7 agosto 2000, n. 10377).

5.7. — Estensione del contraddittorio al concessionario della riscossione ed al cessionario del credito previdenziale.

Occorre ora scrutinare la problematica relativa alla eventuale sussistenza, nei giudizi di opposizione a cartella esattoriale, di un litisconsorzio necessario, da un lato nei riguardi del concessionario della riscossione, dall'altro nei riguardi del soggetto cessionario dei crediti previdenziali, ai sensi dell'art. 13, l. 23 dicembre 1998, n. 448 (recante *Cessione e cartolarizzazione dei crediti INPS*) e successive modifiche.

5.7.1 (segue). — … verso il concessionario della riscossione.

L'originario comma 5 dell'art. 24, d.lgs. n. 46 del 1999, prevedeva che il ricorso presentato dal contribuente al giudice del lavoro contro l'iscrizione a ruolo, entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento, dovesse essere notificato sia all'ente impositore che al concessionario della riscossione.

Il riferimento a quest'ultimo è stato espunto dal d.l. 24 settembre 2002, n. 209, convertito in legge 22 novembre 2002, n. 265, con ciò inducendo l'interprete a ritenere che — nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale recante crediti previdenziali — non sussista alcuna situazione di litisconsorzio necessario nei riguardi del concessionario.

La modifica legislativa è, a mio avviso, assai corretta, le quante volte, in sede di giudizio oppositivo, si accerti il fondamento della pretesa previdenziale.

In questi casi, il concessionario è, con ogni evidenza, estraneo al rapporto giuridico previdenziale, che si accerta in sede oppositiva.

È verosimile, pertanto, ipotizzare che la notifica originariamente prevista dalla norma fosse intesa ad attuare, piuttosto che non una *vocatio in jus,* una sorta di denuncia di lite, al fine di mettere il concessionario nelle condizioni di conoscerne la pendenza, assumendo le iniziative processuali od extraprocessuali del caso.

Ed è probabilmente al fine di evitare le complicazioni di ordine sistematico sottese a tale previsione che il legislatore del 2002 ha inteso sopprimerla del tutto.

Va, però, osservato che l'esigenza di integrazione del contraddittorio verso il concessionario potrebbe sorgere allorché il debitore, attraverso l'opposizione, faccia valere soltanto vizi formali ovvero di notificazione della cartella, atteso che l'attività di materiale formazione e di notificazione di quest'ultima rientra nei compiti (e nella responsabilità) del concessionario.

5.7.2 (segue). — … verso il cessionario del credito.

Il comma 8 della citata legge n. 448 del 1998 (e successive modifiche) chiarisce che *"la cessione dei crediti di cui al presente articolo costituisce successione a titolo particolare nel diritto ceduto. Nei procedimenti civili di cognizione e di esecuzione, pendenti alla data della cessione, si applica l'articolo 111, commi primo e quarto, del codice di procedura civile. Il cessionario può intervenire in tali procedimenti ma non può essere chiamato in causa, fermo restando che l'INPS non può in ogni caso essere estromesso".*

Qualora, invece, successivamente alla trasmissione dei ruoli, i debitori promuovano, avverso il ruolo, giudizi di merito e di opposizione all'esecuzione, sussiste litisconsorzio necessario nel lato passivo tra l'INPS ed il cessionario. In pratica, il legislatore ha correttamente considerato che il cessionario del credito non può essere ritenuto un soggetto estraneo alle sorti della pretesa previdenziale. Pertanto, il "sistema" della legittimazione processuale disegnato dalla norma potrebbe essere, sia pure con qualche asperità interpretativa, ricostruito come segue:

a). nei giudizi oppositivi già pendenti alla data della cessione del credito, la *res litigiosa* si intende trasferita a titolo particolare, sicché il processo, mercé il richiamo al primo comma dell'art. 111 c.p.c., prosegue tra le parti originarie (l'opponente e l'INPS), salvo il diritto del cessionario di intervenirvi, ma non di esservi chiamato. Il potere di intervento a lui riconosciuto giustifica altresì l'estensione al cessionario (ai sensi del quarto comma del richiamato art. 111 c.p.c.) degli effetti della sentenza pronunziata tra le parti originarie del processo;

b). nei giudizi oppositivi instaurati successivamente alla data della cessione e della trasmissione del ruolo, da parte dell'INPS, al concessionario della riscossione, l'opponente deve evocare in giudizio sia l'ente previdenziale che il cessionario, sussistendo, per espresso dettato legislativo, un litisconsorzio necessario tra i due soggetti. Se, per caso, dalla cartella notificata al contribuente non risulti l'avvenuta cessione del credito e l'indicazione del cessionario, il litisconsorzio necessario, a mio avviso, non viene meno, ma il giudice dovrà disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.

CLOTILDE PARISE

Giudice del Lavoro del Tribunale di Treviso

LE OPPOSIZIONI A CARTELLE ESATTORIALI: RAPPORTI CON PROCEDIMENTI DI OPPOSIZIONE A VERBALE DI ACCERTAMENTO, ACCERTAMENTO PARZIALE DEL CREDITO ED EFFETTI SULLA CARTELLA, ANNULLAMENTO DELLA CARTELLA PER VIZI FORMALI E POTERI DEL GIUDICE

Le questioni che tratterò riguardano problematiche specifiche oggetto di contrastanti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali.

La disamina che segue è altresì diretta a porre in evidenza alcuni rilevanti profili di incidenza della cd. riforma Biagi sull'attuale sistema di riscossione coattiva dei crediti contributivi, in ipotesi di rapporti "certificati".

Altre novità da segnalare sono la sentenza della Corte Costituzionale n. 280/2005 e la l. n. 156/2005, nonché la riforma della riscossione di cui al d.l. n. 203/2005, che è in fase parlamentare di conversione in legge al momento della redazione della presente relazione. Il suddetto decreto, emanato come provvedimento collegato alla legge finanziaria 2006, è entrato in vigore in data 4.10.2005 ed ha soppresso il sistema di affidamento in concessione del servizio nazionale della riscossione, prevedendo la costituzione da parte dell'Agenzia delle Entrate e dell'Inps della società Riscossione s.p.a., che effettuerà, a partire dall'1.10.2006, attività di riscossione mediante ruolo avvalendosi di personale dell'Agenzia delle Entrate e dell'Inps. Al momento della stesura della presente relazione, il decreto legge è stato approvato dal Senato ed è stato trasmesso alla Camera dei Deputati per la definitiva conversione in legge, che dovrà avvenire entro il 3.12.2005.

La recentissima e rilevante novità legislativa viene solo menzionata "a futura memoria", non potendo evidentemente, allo stato, analizzarsi gli effetti della nuova procedura di riscossione sul contenzioso che ci interessa.

Cercherò, senza alcuna pretesa di completezza, di fornire una breve rassegna della casistica maggiormente significativa, sottolineando i profili più controversi e le varie opzioni interpretative.

A. — RAPPORTI CON PROCEDIMENTI DI OPPOSIZIONE A VERBALE DI ACCERTAMENTO.

L'art. 24, 3° comma, d.leg.vo n. 46/99 prevede che: "Se l'accertamento effettuato dall'Ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice".

Dal tenore letterale della norma risulta chiaro che è inibito il ricorso al recupero coattivo del credito contributivo a mezzo iscrizione a ruolo in pendenza di giudizio di accertamento negativo del medesimo credito.

Il presunto debitore ha lo strumento per paralizzare la procedura di riscossione coattiva del credito proponendo il giudizio suddetto nei confronti sia dell'Inps, sia della società di cartolarizzazione (SCCI s.p.a.) in quanto cessionaria del credito in contestazione, nei cui confronti sussiste, com'è noto, litisconsorzio necessario *ex* art.13 l.n. 448/1998 (sulla legittimazione passiva anche della SCCI s.p.a. nel giudizio di accertamento negativo cfr. Trib. Agrigento, 3.6.2003, n. 1433, in Inf. Prev. 2004 p. 923).

L'effetto inibitorio della procedura di riscossione è di notevole rilevanza giuridica dal momento che solleva il datore di lavoro dall'onere di tempestiva impugnazione della cartella e rende illegittima l'iscrizione a ruolo, a prescindere dall'esame del merito.

La "laconicità" della norma ha dato adito a contrasti interpretativi su varie questioni, di seguito esaminate.

A1. — Criteri di determinazione della prevenzione.

La struttura del processo del lavoro, caratterizzata dalla netta distinzione tra *editio actionis* e *vocatio in ius,* può determinare un primo problema di interpretazione, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia solo depositato il ricorso in prevenzione, senza averlo tuttavia ancora notificato, prima dell'iscrizione a ruolo del credito oppure prima dell'emissione e notificazione della cartella esattoriale.

Deve farsi riferimento, a parere di chi scrive, alla data di deposito del ricorso, che determina la pendenza della lite (cfr. *ex plurimis:* Cass. n. 7433/2002 in tema di opposizione a cartella esattoriale avente ad oggetto sanzioni amministrative; *Idem*, n. 4686/2001).

Schematizzando, per comodità di lettura, si può sostenere che si verifica l'effetto paralizzatorio nelle seguenti fattispecie: a) ricorso in prevenzione depositato e notificato prima dell'iscrizione a ruolo; b) ricorso in prevenzione depositato prima dell'iscrizione a ruolo, ma notificato dopo l'iscrizione a ruolo e prima della notifica della cartella esattoriale. Nell'ipotesi sub b) il titolo (iscrizione a ruolo) si è formato quando già esisteva contestazione del privato e pendenza della lite e potrà eventualmente tenersi

conto della circostanza che l'Ente non conosceva l'esistenza del giudizio ai fini delle spese processuali.

L'effetto paralizzatorio non si verifica se il ricorso in prevenzione è stato depositato dopo l'iscrizione a ruolo e dopo la notifica della cartella esattoriale.

La fattispecie più problematica è quella in cui il ricorso in prevenzione sia stato depositato dopo l'iscrizione a ruolo e prima della notifica della cartella esattoriale.

Ci si chiede, in tale ipotesi, se il momento discriminante sia quello dell'iscrizione a ruolo oppure solo quello della notificazione della cartella esattoriale.

In base al tenore letterale del citato comma 3°, secondo cui l'opposizione a verbale inibisce non la formazione della cartella ma l'iscrizione a ruolo, si è sostenuto che il dato temporale rilevante, ai fini che qui interessano, debba essere quello dell'iscrizione a ruolo. Se quest'ultima è avvenuta prima del deposito del ricorso in prevenzione, nessun effetto preclusivo e inibitorio per l'Ente impositore può ritenersi verificato perché il titolo si è formato in una data in cui non vi era contestazione da parte del privato (cfr. Capurso, in Inf. Previd. 2002 n. 6, pagg. 1553 e ss. e Cuccuru, in Inf. Prev. 2003, pagg. 687 e ss.).

A sostegno di tale opzione interpretativa è stato sottolineato che l'iscrizione a ruolo del credito e la notifica della cartella sono due attività distinte e riferibili a soggetti differenti (cfr. Trib. Modena, 8.6.2001, est. Cervelli, in Lav. Giur. N. 9/2001, p. 847). Il ruolo è formato dall'Ente impositore e poi consegnato al concessionario, che provvede alla formazione e notificazione della cartella. I sostenitori della suddetta tesi hanno altresì rilevato che tale prospettazione è coerente al sistema della disciplina della riscossione coattiva, poiché il d.leg.vo n. 46/99 non prevede che l'ipotesi considerata possa configurarsi come causa di sospensione del procedimento di riscossione; di conseguenza il concessionario è obbligato in ogni caso a notificare la cartella esattoriale entro quattro mesi dalla ricezione del ruolo (art. 11 d.leg.vo n. 46/1999). Se viene attribuita priorità di rilevanza alla sola iscrizione a ruolo, poiché non opera l'effetto inibitorio del ricorso in prevenzione, il ruolo risulta emesso legittimamente e la cartella esattoriale deve essere impugnata ritualmente nel termine di legge *ex* art. 24 d.leg.vo n. 46/99 (così Trib. Modena cit. e sempre che si aderisca alla tesi della natura perentoria del termine di impugnazione *ex* art. 24 anche per contrastare gli effetti sostanziali del ruolo).

A parere di chi scrive la prospettazione di cui sopra non può essere condivisa.

È necessario infatti tenere conto, per un verso, che l'originaria disciplina dettata dal d.leg.vo n. 46/99 ha subito varie modifiche legislative e, per altro verso, che è intervenuta la sentenza n. 280/2005 della Corte Costituzionale, a cui ha fatto seguito, per colmare la lacuna legislativa verificatasi a seguito della pronuncia di illegittimità di cui alla citata sentenza, l'entrata in vigore della l. n. 156/2005.

Circa le **modifiche legislative,** occorre premettere che solo a seguito dell'entrata in vigore dell'**art. 8 del decreto leg.vo n. 32/2001** è stata prevista l'obbligatoria indicazione nella cartella di pagamento della data in cui il ruolo è stato reso esecutivo.

Le cartelle esattoriali che erano estratto di ruoli resi esecutivi prima dell'1.7.2001 non contenevano l'indicazione circa la data di esecutività dei ruoli. In tali casi, il presunto debitore, che aveva proposto il giudizio di accertamento negativo del credito

senza essere a conoscenza della già avvenuta iscrizione a ruolo, non veniva posto in condizione di sapere da quale data il ruolo fosse esecutivo allorquando riceveva la notifica della cartella esattoriale. Di conseguenza, il debitore non era in grado di verificare se la procedura di riscossione fosse stata efficacemente paralizzata dal ricorso in prevenzione o se fosse invece necessaria l'impugnazione tempestiva della cartella.

Il termine di notifica della cartella da parte del concessionario del servizio di riscossione entro quattro mesi dalla ricezione del ruolo è stato eliminato dal **d.leg.vo n. 193/2001**.

Dopo l'entrata in vigore di tale ultimo decreto, l'unico termine di decadenza previsto era quello dell' iscrizione a ruolo dei contributi o premi (art. 25 d.leg.vo n. 46/99), e non era fissato alcun termine di consegna del ruolo al concessionario per la riscossione.

Riguardo alla mancata previsione legislativa del termine per la notifica della cartella di pagamento, con le ordinanze nn. 107/2003 e 352/2004 la Corte Costituzionale aveva ammonito il legislatore sulla necessità di evitare l'indebita soggezione a tempo indeterminato del contribuente all'azione del fisco. Successivamente la Corte, preso atto che il legislatore non aveva recepito i "moniti" di cui alle citate ordinanze, con la sentenza del **15 luglio 2005 n. 280** ha dichiarato **l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 d.p.r. n. 602/1973, come modificato dal d. leg.vo n. 193/2001**, nella parte in cui non fissava un termine decadenziale per la notifica al contribuente della cartella, così compromettendo il diritto del contribuente stesso all'effettiva conoscenza dell'iscrizione a ruolo, procrastinandola a tempo indeterminato, e determinando lesione del diritto di difesa del debitore.

Orbene, la **l. 31.12.2004, n. 311** ha nuovamente introdotto il termine di decadenza per la notifica (entro l'ultimo giorno del dodicesimo mese successivo a quello di consegna del ruolo, ovvero entro l'ultimo giorno del sesto mese successivo alla consegna se la cartella è relativa ad un ruolo straordinario).

La Corte Costituzionale, con la citata sentenza, si è altresì pronunciata, seppure indirettamente, sulla l. n. 311/2004 (non applicabile, *ratione temporis,* alle fattispecie esaminate dalla Corte) ed ha ritenuto che l'illegittimità delle previsioni di legge suindicate consegua anche dalla mancata previsione di un "*dies a quo*".

Specificatamente il Giudice delle leggi ha rilevato che **non esisteva,** fino alla data della suddetta pronuncia di incostituzionalità e dopo l'entrata in vigore del d.leg.vo n. 46/99, nonché dopo l'entrata in vigore delle successive modifiche, compresa quella di cui alla l. n. 311/2004, **alcun termine entro cui doveva avvenire la consegna del ruolo al concessionario** (il d.leg.vo n. 46/99 rinvia sul punto a decreto ministeriale, ma il D.M. n. 312/99, che ha disciplinato le modalità di consegna del ruolo, non ha previsto alcun termine di consegna cfr. motivazione della sentenza n. 280/2005).

In data 10.8.2005 è entrata in vigore la **l. 31.7.2005, n. 156,** che ha ripristinato il termine decadenziale per la notifica della cartella, modificando nuovamente l'art. 25, comma 1° d.p.r. n. 602/1973.

L'art. 5 *bis* punto 2 lett. c l. n. 156/2005 prevede che **"il concessionario notifica**

la cartella di pagamento a pena di decadenza entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello in cui l'accertamento è divenuto definitivo per le somme dovute in base agli accertamenti dell'ufficio". Solo detta disposizione potrebbe ritenersi applicabile, stando alla sua formulazione letterale, anche ai ruoli non tributari.

Tuttavia la pronuncia della Corte costituzionale si riferisce alla riscossione delle imposte sui redditi e la l. n. 156/2005 ha colmato la lacuna normativa introducendo disposizioni dettate per la riscossione delle imposte sui redditi e dell'IVA.

Il legislatore si è "dimenticato" che, ai sensi dell'art.18 d.leg.vo n. 46/99, le disposizioni di cui al capo II del titolo I e al titolo II del d.p.r. n. 602/1973 si applicano anche alle entrate degli Enti pubblici previdenziali?

La risposta a tale quesito sembra dover essere positiva, anche se formulata con ampia riserva, data la novità della questione.

L'unica disposizione che potrebbe intendersi riferita anche ai ruoli non tributari è quella sopra richiamata. Tuttavia, se così fosse, si porrebbe un problema di coordinamento con il disposto dell'art. 25, lett. b) ultima parte, d.leg.vo n. 46/99, in ipotesi di gravame giudiziario, in quanto il termine di notifica della cartella decorre da quando l'accertamento dell'ufficio è divenuto definitivo, mentre il termine per l'iscrizione a ruolo decorre dalla data del provvedimento giudiziario definitivo.

Con riguardo ai crediti tributari, il problema del coordinamento tra il termine di notifica della cartella e quello per l'iscrizione a ruolo non è sfuggito al legislatore, che lo ha risolto mediante l'abrogazione dell'art. 17 d.p.r. n. 602/1973, disposizione, quest'ultima, simmetrica a quella di cui all'art. 25 d.leg.vo n. 46/99.

Il rilievo appena espresso sembra, dunque, avvalorare l'assunto dell'inapplicabilità della l. n. 156/2005 alla riscossione coattiva dei crediti contributivi degli Enti previdenziali, come peraltro si evince dal tenore letterale delle nuove norme. Gli artt. 5 *bis* e 5 *ter* della l. n. 516/2005, che hanno introdotto i termini di notifica, si riferiscono espressamente alle pretese tributarie e alla riscossione mediante ruolo delle imposte sui redditi e sull'Iva. L'unico riferimento ai ruoli non tributari è espresso nell'art. 5 *ter* lett. e), che fornisce interpretazione autentica dei commi 1 e 4 dell'art.12 d.p.r. n. 602/1973 e dunque non riguarda il termine di notifica dei ruoli non tributari.

Esaurita la complessa panoramica dell'evoluzione legislativa in materia e tornando finalmente alla fattispecie in esame (priorità di rilevanza dell'iscrizione a ruolo), alla luce dei principi affermati con la sentenza citata n. 280/2005 dalla Corte Costituzionale, non appare condivisibile la soluzione interpretativa adottata dal Tribunale di Modena di cui sopra e propugnata anche da parte della dottrina (cfr. Capurso e Cuccuru op. citate).

Il sistema di riscossione coattiva dei crediti degli Enti previdenziali, quanto ai termini di notificazione della cartella ed alle modalità di consegna del ruolo al concessionario, è identico a quello delle imposte sui redditi e di cui al d.p.r. n. 602/1973, talché le censure di incostituzionalità sono evidentemente le medesime e la soluzione alla problematica in esame deve tenerne conto, nel senso che l'opzione interpretativa deve essere "costituzionalmente orientata".

Tanto premesso, qualora si ritenga che la l. n. 156/2005 **non** abbia disciplinato la notifica delle cartelle esattoriali per crediti contributivi, in mancanza di termine decadenziale per la notifica della cartella, il diritto del contribuente di conoscere l'iscrizione a ruolo rischia di rimanere compromesso a tempo indeterminato. Qualora sia attribuita priorità di rilevanza all'iscrizione al ruolo, rimarrebbe altresì compromesso sempre a tempo indeterminato il diritto del debitore ad agire in prevenzione, con palese lesione del diritto di difesa.

In conclusione sul punto, a parere di chi scrive, la sola iscrizione a ruolo non è idonea ad impedire l'effetto paralizzatorio del ricorso in prevenzione, in base ad interpretazione costituzionalmente orientata, dovendosi contemperare l'esigenza di "tenuta" del sistema di riscossione coattiva con quella, di rilevanza costituzionale, di garanzia del diritto di difesa del debitore.

Peraltro l'art. 28 del d.leg.vo n. 46/99, che trova applicazione anche in relazione ai crediti degli Enti previdenziali, può essere interpretato estensivamente, sì da consentire all'Ente impositore di richiedere la sospensione della procedura di riscossione non solo in pendenza di impugnazione del ruolo, ma anche in pendenza di giudizio di accertamento negativo.

Le argomentazioni addotte a sostegno della rilevanza di priorità dell'iscrizione a ruolo rispetto al deposito del ricorso giudiziale potrebbero essere condivise solo nel regime attualmente in vigore (e a partire dal 10.8.2005), nonché solo se si ritenga applicabile la l. n. 156/2005 anche alla riscossione coattiva dei crediti degli Enti previdenziali.

A.2. — Onere della prova.

L'anticipazione della fase giurisdizionale ottenuta mediante la proposizione di giudizio di accertamento negativo presenta per il debitore il notevole ed indubbio vantaggio di inibire la fase della riscossione coattiva, ma determina, correlativamente, in capo al medesimo, l'onere di fornire la prova negativa del diritto (cfr. le importanti puntualizzazioni di cui alla sent. Cass.Sez. Lav. n. 23229/2004 in tema di oneri probatori nei giudizi di accertamento negativo).

Nel giudizio di opposizione a cartella esattoriale, invece, è l'Ente impositore ad essere onerato della dimostrazione della fondatezza degli addebiti contributivi, in base ad uno schema processuale impugnatorio che è stato assimilato a quello di opposizione a decreto ingiuntivo, in cui l'opponente è per l'appunto attore in senso processuale e l'opposto lo è in senso sostanziale (cfr. Cass. n. 11415/2004; Trib. Pisa n. 189/2002).

In ordine alla rilevanza probatoria dei verbali di accertamento dopo l'entrata in vigore dell'art. 8, comma 5°, del d. leg.vo n. 124/2004, deve ritenersi che la norma non abbia un reale contenuto innovativo, ma costituisca codificazione di principi più volte ribaditi dalla giurisprudenza di legittimità.

Ci si riferisce al noto e consolidato orientamento secondo il quale si distingue tra tutti i fatti che l'ispettore attesti avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, che fanno prova fino a querela di falso, e tutte quelle altre circostanze di fatto che egli segnali di avere accertato nel corso dell'ispezione per averle apprese da terzi o in seguito ad altre indagini, che hanno una valenza relativa e sono liberamente apprezzate dal giudice (cfr. da ultimo Cass. nn. 15702/2004 e 405/2004).

Da ultimo, va aggiunto che la ripartizione degli oneri probatori di cui si è appena detto è totalmente rivoluzionata in ipotesi di opposizione a verbali di accertamento concernenti rapporti di lavoro "certificati", come di seguito più diffusamente si esporrà.

A.3. — Rilevabilità d'ufficio o su istanza di parte dell'eccezione di impedimento all'eseguibilità del ruolo.

Ci si chiede se il G.L. debba rilevare d'ufficio la suddetta eccezione, qualora, a seguito di richiesta di riunione delle cause, verifichi la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 24, 3° comma, oppure se l'eccezione possa essere sollevata solo dalla parte interessata.

Appare preferibile l'orientamento secondo il quale la rilevabilità è rimessa all'istanza di parte (cfr. Corte Appello Brescia 11.3/30.4.2004 n. 101 in Inf. Prev. 2004 nn. 3-4, pag. n. 551).

L'anticipazione della fase giurisdizionale produce l'effetto di condizionare sospensivamente il potere-dovere dell'Ente di iscrivere a ruolo il credito e, come più volte sottolineato, costituisce uno strumento paralizzatorio a vantaggio del debitore, a cui solo, dunque, sembra poter spettare l'iniziativa di farne rilevare l'efficacia suddetta, trattandosi di materia rimessa alla disponibilità delle parti (al contrario di quanto deve ritenersi per l'eccezione di decadenza dal diritto di iscrivere a ruolo il credito, che concerne l'ipotesi di estinzione del suddetto diritto, e pertanto la materia è sottratta alla disponibilità delle parti).

Sotto altro profilo, alla rilevabilità d'ufficio sembra ostare anche il principio generale della celerità del processo e di economia processuale, talché la definizione contestuale del giudizio di accertamento negativo del credito e di quello di opposizione a cartella esattoriale ha il vantaggio di consentire di esaurire definitivamente il contenzioso.

A.4. — Nozione di "provvedimento esecutivo" del Giudice ed effetti del giudizio di accertamento negativo sulla procedura di riscossione.

L'impedimento sospensivo all'esecuzione dell'iscrizione a ruolo cessa in pre-

senza di "provvedimento esecutivo" del Giudice, ai sensi del comma 3° dell'art. 24 citato.

Ci si chiede a quale tipo di provvedimento si riferisca la norma; non pare dubbio che possa trattarsi delle ordinanze *ex* art. 423 c.p.c. e 186 *quater* c.p.c., in ipotesi di proposizione di domanda riconvenzionale dell'Inps, oppure di provvedimenti emessi a seguito di ricorso *ex* art. 700 c.p.c..

È invece controverso se possa ritenersi "provvedimento esecutivo" anche la sentenza che definisce il giudizio di accertamento negativo (cfr. in senso affermativo Trib. Ravenna 28.1.2003, in Lav. Giurisp. n. 12/2003, p.1147) .

La sentenza di mero accertamento è inidonea ad essere provvisoriamente esecutiva, e dunque, secondo l'orientamento giuridicamente più corretto, non pare che possa in alcun modo configurarsi come "provvedimento esecutivo". Tale interpretazione, si ripete, giuridicamente è ineccepibile, ma comporta quale corollario un notevole allungamento temporale del contenzioso giudiziario, in quanto l'iscrizione a ruolo potrà essere eseguita solo allorquando sarà passata in giudicato la sentenza di accertamento.

Ciò evidentemente nella fattispecie in cui sia accertato che il credito contributivo Inps sia **sussistente** e sempre che l'Inps non abbia proposto domanda riconvenzionale di condanna, da ritenersi ammissibile, non essendo precluso all'Ente impositore il ricorso agli strumenti "ordinari" di recupero, come di seguito più diffusamente si dirà (cfr. Guadagnino in www.diritto.it, gennaio 2003 e Inf. Prev. 2002 n. 6, pagg. 1573 e ss.).

Quanto agli effetti del giudizio anticipatorio sulla procedura di riscossione in ipotesi di **inesistenza** del credito Inps, nulla quaestio se ancora non è avvenuta l'iscrizione a ruolo, che risulterà definitivamente inibita a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di accertamento negativo. Se invece l'iscrizione a ruolo è avvenuta prima del deposito del ricorso in prevenzione, l'iscrizione suddetta dovrà essere dichiarata illegittima e la cartella dovrà essere dichiarata nulla, sempre che la notifica della cartella sia successiva al deposito del ricorso giudiziale.

Il medesimo esito giudiziale (illegittimità ruolo e nullità cartella), indipendentemente dall'esame del merito e della sussistenza del credito Inps, si verificherà nelle ipotesi in cui l'iscrizione a ruolo sia stata eseguita dopo il deposito del ricorso in prevenzione (cfr. *infra sub* A1). In tale ultima ipotesi non sussiste alcun onere di impugnazione tempestiva della cartella perché il potere di eseguire l'iscrizione era già inibito e sussiste un vizio di formazione del ruolo che lo rende illegittimo, a prescindere, si ripete, dall'esame del merito della pretesa contributiva.

Invece, e concludendo sul punto, solo qualora si ritenga applicabile la l. n. 156/2005 alle cartelle esattoriali per crediti contributivi INPS e INAIL, il debitore avrebbe l'onere di impugnazione tempestiva della cartella in ragione dell'inoperatività dell'effetto paralizzatorio del giudizio in prevenzione, nel caso di iscrizione a ruolo avvenuta prima del deposito del ricorso giudiziale e dopo il 10.8.2005 (cfr. *infra sub* A1).

A.5. — Rapporti con procedimenti di opposizione a verbale di accertamento Inps nel regime normativo successivo all'entrata in vigore del d. leg.vo n. 276/2003 nelle ipotesi di rapporti di lavoro "certificati". Effetti giuridici della "certificazione" sulla procedura di riscossione coattiva.

La recente riforma del mercato del lavoro e dell'occupazione (l. n. 30/2003 e decreti legislativi di attuazione) ha inciso in modo rilevante anche sulle controversie previdenziali aventi ad oggetto gli obblighi contributivi.

Ci si riferisce, specificatamente, ai contratti di lavoro certificati secondo le procedure di cui al titolo VIII del d. legs. n. 276/2003 e alle opposizioni ai verbali ispettivi che disconoscano rapporti di lavoro "certificati" agli effetti previdenziali, nonché alle modifiche introdotte dal d. leg.vo n. 124/2004 (la Riforma dei Servizi Ispettivi), che vengono di seguito segnalate solo in relazione ad alcuni profili attinenti alla materia di cui trattasi.

La nuova disciplina in tema di ricorsi amministrativi dettata dall'art.17 del d. leg.vo n. 124/2004 riguarda le controversie aventi ad oggetto l'accertamento e la qualificazione del rapporto. La pendenza del procedimento *ex* art.17 citato produce effetto sospensivo fino alla scadenza del termine di novanta giorni fissato per la decisione del ricorso, nel senso che, limitatamente alla durata del suddetto termine, è preclusa all'Ente impositore l'iscrizione a ruolo, come avveniva anche nel regime previgente (art. 24, comma 4° d. leg.vo n. 46/99), ed è preclusa al debitore la proposizione del ricorso giudiziario avverso il verbale.

Secondo l'orientamento dottrinario prevalente e maggiormente condivisibile, l'esito del contenzioso amministrativo non comporta preclusione alcuna all'azione giudiziaria, sia per il debitore, che ha la mera facoltà e non l'obbligo di proporre ricorso amministrativo, sia per l'Ente previdenziale (cfr. Capurso in www.giuslavoristi.it, Relazione al Convegno "La riforma dei servizi ispettivi", Centro Domenico Napoletano Genova 20.25/4/2005; De Angelis, "Le certificazioni all'interno della Riforma del Mercato del Lavoro" in Riv. it. dir. lav., 2004 I).

Il Comitato regionale per i rapporti di lavoro, organo di nuova istituzione con caratteristiche di terzietà (cfr. comma 1° art.17 citato), è destinato teoricamente a svolgere un ruolo di grande importanza, con la finalità di deflazionare il contenzioso relativo alle controversie aventi ad oggetto l'accertamento e la qualificazione del rapporto di lavoro.

Tuttavia, le decisioni rese dal suddetto Comitato non sembra possano ritenersi vincolanti neppure per le Amministrazioni soccombenti, nel caso di accoglimento del ricorso amministrativo e di conseguente annullamento del verbale ispettivo, in mancanza di espressa previsione legislativa in tal senso, essendo peraltro il Comitato organo esterno all'Ente previdenziale (cfr. Cass. 17.1.2005 n. 789 in tema di procedimento *ex* art. 46 l. n. 88/89 sul generale potere di autotutela derivante dal precetto costituzionale di buon andamento dell'amministrazione pubblica e Capurso op. citata).

Dunque, l'intento deflattivo della nuova disciplina di cui al d. leg.vo n. 124/2004 rischia, in concreto, di rimanere non efficacemente o comunque non integralmente perseguibile, atteso che: a) non è previsto alcun obbligo di impugnazione del verbale ispettivo, tantomeno entro termini perentori; b) il ricorso amministrativo non può considerarsi condizione di procedibilità, analogamente a quanto invece previsto in materia di prestazioni previdenziali; c) la decisione del Comitato non è vincolante per il debitore e per l'Ente, ossia non preclude agli stessi di proporre ricorso giudiziario davanti al giudice ordinario per l'accertamento, positivo o negativo, del credito (cfr. Capurso op. citata circa l'oggetto del giudizio di cognizione, nel senso che rimane di accertamento del diritto soggettivo e mai di impugnativa di atto amministrativo).

Quanto alla problematica attinente ai contratti di lavoro certificati secondo le procedure di cui al titolo VIII del d. leg.vo n. 276 del 2003, secondo l'orientamento dottrinale maggioritario gli Enti previdenziali hanno conservato la potestà di "disconoscere" i rapporti certificati e dunque possono qualificare diversamente e in difformità dalla certificazione le fattispecie (cfr. Capurso e De Angelis op. citate; Foglia relaz. Incontro di studi CSM 10-12 maggio 2004).

Tale orientamento è da ritenersi condivisibile in base al principio di autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro ed ai principi di indisponibilità ed obbligatorietà della tutela previdenziale.

Si pone tuttavia l'ulteriore problema di individuare quali siano gli **effetti giuridici della "certificazione" sui giudizi di opposizione ai verbali ispettivi** e, soprattutto, quale sia **l'incidenza della "forza legale" della "certificazione" sulla procedura di riscossione coattiva dei crediti previdenziali.**

Deve premettersi che sicuramente anche l'Ente previdenziale è da ricomprendere nella categoria dei "terzi" verso cui ha effetto la certificazione, ai sensi dell'art. 79 del decreto citato.

Quanto alla prima questione (effetti giuridici della certificazione sui giudizi di opposizione a verbali ispettivi), può ritenersi, a parere di chi scrive, che il giudizio di "invalidazione" della certificazione *ex* art. 80 del decreto, sia ad iniziativa degli Enti, sia ad iniziativa del lavoratore interessato, possa essere introdotto anche in via incidentale e non solo in via principale (il mancato preventivo esperimento dell'obbligatorio tentativo di conciliazione *ex* art. 410 c.p.c. potrà comportare gli effetti giuridici di cui all'art. 412 *bis* c.p.c.).

Dunque, nei giudizi di opposizione a verbali ispettivi che disconoscano rapporti certificati, l'Ente previdenziale ha l'onere di introdurre, in via incidentale e con domanda riconvenzionale, la domanda di accertamento dell'erroneità e/o difformità del rapporto, in tal modo contrastando la forza legale della certificazione.

Ulteriore rilevantissimo effetto della "fede privilegiata" dell'atto di certificazione è quello che si riverbera sull'onere della prova, incombente, anche nei giudizi di opposizione a verbale di accertamento, in capo all'Ente e non al debitore, al contrario di ciò che avviene nei giudizi di opposizione a verbali ispettivi ante riforma Biagi o comunque inerenti a rapporti di lavoro non certificati.

La questione relativa agli **effetti giuridici della certificazione sulla procedura di riscossione coattiva** è oggetto di ampio dibattito dottrinario e di contrastanti opzioni interpretative.

Secondo un primo orientamento la certificazione si configura totalmente preclusiva dell'iscrizione a ruolo; in base ad altra prospettazione, invece, è ammissibile l'iscrizione a ruolo del credito contributivo in difformità dalla certificazione e mediante il giudizio di opposizione al ruolo viene introdotto quello di accertamento incidentale dell'erroneità della certificazione, in base al modello processuale impugnatorio dell'opposizione a decreto ingiuntivo, ritenuto applicabile, per quanto compatibile, alle fattispecie in esame.

I sostenitori della **prima tesi** ritengono che anche l'Ente previdenziale, come gli altri "terzi", possa tutelarsi solo con il rimedio di cui all'art. 80 del decreto, ossia proponendo autonomo ricorso giudiziale a carattere demolitorio dell'atto di certificazione; detto ricorso si porrebbe quindi come condizione pregiudiziale per l'avvio del procedimento di riscossione coattiva, che rimarrebbe così precluso fino alla definizione del giudizio *ex* art. 80 citato. Gli autori che propugnano la prima tesi ritengono altresì che il ruolo sia atto meramente prodromico all'esecuzione e che il termine di quaranta giorni per proporre opposizione debba essere rispettato solo per paralizzare l'efficacia esecutiva del ruolo, ferma restando la facoltà di proporre giudizio autonomo per l'accertamento negativo del credito e la condanna al rimborso *ex* art. 2033 c.c., nonché la facoltà di contestare l'*an* e il *quantum* della pretesa mediante opposizione all'esecuzione, che può essere azionata in ogni tempo e non è soggetta a termine perentorio sino alla fine del procedimento (Cinelli-Nicolini, in Riv. It. Dir. Lav., 2003 III, 594; sulla natura non perentoria del termine *ex* art. 24 Corte Appello Bologna, 15.5.2003 in Lav. Giur., 2004, 5, 480; nel senso della perentorietà Corte App. Torino www.giurisprudenza.piemonte.it; Corte Appello Venezia 1.3.2005 in Lav. Giur., n. 8/2005, p. n. 763 e ss.).

I sostenitori della **seconda tesi** (Capurso op. citata, Todaro, Costantino, Gragnoli) sottolineano l'autonomia del rapporto previdenziale dal rapporto di lavoro e richiamano, per un verso, i principi di indisponibilità e obbligatorietà della tutela previdenziale e, per altro verso, quelli processuali di economia e celerità dei giudizi. Ritengono, alla luce di tali principi, che l'Ente previdenziale, così come il lavoratore interessato, possa chiedere in principalità l'accertamento del diritto rivendicato e/o la conseguenziale condanna, mediante l'accertamento incidentale della difformità tra il rapporto certificato e quello effettivamente instaurato. Concludono, dunque, affermando che la certificazione non è preclusiva dell'iscrizione a ruolo, anche se rimane in ogni caso inibita ogni attività esecutiva fino alla conferma giurisdizionale della legittimità dell'iscrizione a ruolo. Il contribuente, proponendo opposizione alla cartella esattoriale, ha l'opportunità di avvalersi della certificazione per contestare i crediti da essa difformi o con la medesima incompatibili.

Secondo tale ultimo orientamento dottrinario, il ruolo ha natura non solo esecutiva, ma svolge una pluralità di funzioni ed il termine di quaranta giorni *ex* art.24 d. leg.vo n. 46/99 è perentorio anche in ordine all'accertamento del merito, nel senso che il ruolo diventa contestabile solo se tempestivamente impugnato, come avviene per il

decreto ingiuntivo non opposto. Si sostiene altresì, da parte degli autori sopra citati, che, diversamente opinando, si avrebbe una sorta di "previdenza sospesa" e che gli Enti non potrebbero adempiere all'obbligo di iscrivere a ruolo i crediti rilevati in sede ispettiva entro la fine dell'anno successivo alla data di notifica del verbale. Tale termine non potrebbe essere rispettato, qualora gli Enti previdenziali dovessero attendere l'esito del giudizio *ex* art. 80, oppure paradossalmente gli Enti dovrebbero agire sempre in via cautelare, invocando il periculum in mora della perdita di potestà di iscrizione a ruolo.

A parere di chi scrive, all'accoglimento della seconda opzione interpretativa, pur condivisibile circa l'individuazione della natura del ruolo e l'attribuzione di rilevanza ai principi di autonomia, indisponibilità e obbligatorietà della tutela previdenziale, ostano le obiezioni che seguono.

Sotto un primo profilo, se ne rileva l'incompatibilità con il disposto dell'art. 79 citato, in quanto, in ipotesi di mancata opposizione a cartella esattoriale, la certificazione verrebbe ad essere "invalidata" da titolo stragiudiziale (cartella esattoriale estratto di ruolo) divenuto incontrovertibile senza il giudizio, neppure incidentale, *ex* art. 80 stesso decreto. Tale conclusione si pone in palese violazione della disciplina dettata dall'art. 79, che richiede, quale limite all'efficacia verso i terzi, provvedimento giudiziale di invalidazione.

Secondariamente, non sussiste pericolo per gli Enti di perdere la potestà di iscrivere a ruolo i crediti nell'attesa che si concluda il giudizio *ex* art. 80, in quanto l'art. 25, lett. b) ultima parte, d. leg.vo n. 46/99 prevede che per i contributi "sottoposti a gravame giudiziario" l'iscrizione nei ruoli esecutivi deve avvenire entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il provvedimento giudiziario è divenuto definitivo.

Da ultimo, la volontà del legislatore di utilizzare in maniera sempre più incisiva l'atto di certificazione come strumento per perseguire finalità deflattive del contenzioso emerge con evidenza dalle disposizioni di cui al d. leg.vo n. 154/2004 (correttivo della riforma Biagi), che ha esteso l'ambito di operatività della procedura volontaria di certificazione (cfr. art. 18 d. leg.vo n. 154/2004, con il quale è stato modificato l'art. 75 d. leg.vo n. 276/2003 — non esiste più delimitazione per tipologia di contratti —) e che ha conferito la legittimazione *"ex lege"* a ricorrere avverso gli atti della procedura di certificazione agli Uffici periferici del Ministero del Lavoro (dirigenti o funzionari DPL), in rappresentanza del suddetto Ministero (cfr. art. 21 d. leg.vo n. 154/2004).

In base al quadro normativo che precede, deve ritenersi che le finalità deflattive riguardino anche il contenzioso previdenziale, nel caso in cui le parti chiedano ed ottengano di estendere la "fede privilegiata" della certificazione anche agli effetti previdenziali.

Le obiezioni alla seconda teoria sopra espresse non appaiono superabili, de iure condito, mediante interpretazione costituzionalmente orientata: l'atto di certificazione esplica effetti anche verso i "terzi" fino a quando non è invalidato giudizialmente, sulla scorta di quanto espressamente previsto dall'art. 79 citato, e dunque una diversa interpretazione si configurerebbe come "abrogativa" della norma.

Sono stati prospettati **profili di incostituzionalità** della nuova disciplina per eccesso di delega e per contrasto con il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione ed il dibattito sulla questione è destinato a rimanere aperto, oltre che "acceso".

I suddetti rilievi non sembrano manifestamente infondati e, a parere di chi scrive, riguardano anche la compatibilità del nuovo quadro normativo con i principi di effettività ed inderogabilità della tutela previdenziale sanciti dall'art. 38 Cost..

Le censure di incostituzionalità potrebbero essere superate solo qualora si ritenga sufficientemente "garantita" la procedura di certificazione, sia in ragione dell'imparzialità dei componenti delle Commissioni, sia in relazione all'articolazione strutturale del procedimento amministrativo *"de quo"*.

Ciò nondimeno, resta ancora da considerare che è evidentemente preclusa alle Commissioni di certificazione ogni indagine sul rapporto di lavoro nel suo concreto svolgimento. Infatti la procedura si conclude con un giudizio effettuato sulla base dei documenti e delle dichiarazioni delle parti, comprese le eventuali osservazioni degli Enti previdenziali, ed è prevista la tutela impugnatoria *ex* art. 80 citato per l'accertamento della difformità dell'attuazione del rapporto rispetto al programma negoziale certificato.

Dunque, la scelta del legislatore è stata quella di privilegiare l'esigenza deflattiva del contenzioso, anche previdenziale, rispetto a quella dell'immediata effettività ed obbligatorietà della tutela previdenziale, che rimane "sospesa" fino all'esito del giudizio di invalidazione della certificazione, come efficacemente sottolineato da parte della dottrina.

Sotto il profilo da ultimo considerato, le censure di incostituzionalità potrebbero essere superate solo qualora la scelta del legislatore sia ritenuta ragionevole perché giustificata dal congruo bilanciamento delle suesposte esigenze, sì da legittimare la temporanea "compressione" dei principi di effettività ed obbligatorietà della tutela previdenziale.

B. — ACCERTAMENTO PARZIALE DEL CREDITO ED EFFETTI SULLA CARTELLA ESATTORIALE.

La problematica concerne il **rapporto tra il ruolo e la sentenza** che accerta la parziale sussistenza del credito previdenziale.

La soluzione al problema è diversa a seconda dell'impostazione accolta circa la natura giuridica del ruolo, l'ambito di cognizione in ipotesi di opposizione ex art.24 e la struttura del relativo procedimento.

Per coloro che ritengono che il ruolo sia atto meramente prodromico all'esecuzione, non si pone alcun problema di rapporto tra il ruolo e la sentenza di accertamento del credito, in quanto operano su due piani autonomi e distinti.

Secondo il suddetto ultimo orientamento, l'incontrovertibilità del ruolo per omessa tempestiva impugnazione si riverbera solo sull'efficacia esecutiva e il presunto debitore in ogni tempo può agire in giudizio per chiedere l'accertamento negativo del credito ed ottenere il rimborso di quanto pagato a seguito della riscossione coattiva.

Per coloro che invece ritengono che il ruolo svolga una pluralità di funzioni, e dunque anche quella di accertamento del credito, si pone l'esigenza di stabilire quale sia l'incidenza di un accertamento giudiziale parziale del debito sul ruolo e sulla cartella.

Ci si chiede, specificatamente, nella fattispecie considerata:

a) se il titolo rimanga la cartella, che può essere confermata solo in parte ed oggetto di sgravio per altra parte;

b) se il titolo debba essere revocato ma resti comunque azionabile in via esecutiva per la parte non assoggettata a revoca;

c) se la sentenza possa interamente sostituire il titolo stragiudiziale mediante pronuncia di condanna dei contributi in favore dell'Ente o della SCCI s.p.a., in ipotesi di credito ceduto.

Rispondono positivamente al quesito *sub* a) i sostenitori della teoria secondo cui l'opposizione *ex* art. 24 è opposizione esecutiva, poiché l'art. 24 si pone in rapporto di specialità con il successivo art. 29 e nel senso che il giudizio di opposizione deve intendersi limitato alla valutazione della fondatezza del titolo (Perina in Inf. Prev., 2002, n. 6 pag. 1493 e ss.).

Ritengono corretta la soluzione *sub* b) i sostenitori della tesi secondo cui l'esazione tramite ruolo è l'esclusivo sistema di riscossione, sicché il titolo non può essere sostituito dalla sentenza, anche in ragione del pericolo di duplicazione dei titoli esecutivi (cfr. Trib. GE, n. 1905 del 29.5.2002).

L'opzione interpretativa maggiormente convincente appare quella *sub* c).

Il punto di partenza dell'analisi deve essere una corretta individuazione della struttura del processo che si instaura a seguito dell'opposizione *ex* art. 24 e dell'ambito di cognizione del medesimo processo (cfr. L. Gatto in Inf. Prev., 2003, n. 2, p. 477 e Capurso in "Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi", op. citata).

È noto che il sistema di riscossione coattiva è basato sul principio della separazione tra titolarità del credito (che è in capo all'Inps ed alla SCCI s.p.a) e titolarità dell'azione esecutiva (che è in capo al concessionario del servizio di riscossione).

Corollario del suddetto principio è che anche i rimedi esperibili sono diversi ed autonomi, talché con l'opposizione *ex* art. 24, commi 5° e 6°, si contesta la situazione sostanziale del diritto di credito nei confronti dei titolari del medesimo (INPS e SCCI s.p.a.) oppure vizi procedimentali connessi alla formazione del ruolo, e dunque il giudizio attiene al merito della pretesa e, specificatamente, al **titolo costituito dall'iscrizione a ruolo.**

Rimangono invece estranee all'ambito di cognizione di cui all'art. 24 le contestazioni che tendono a far accertare l'inidoneità dell'azione nel suo esercizio in via esecutiva (mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione a ruolo, omessa notifica o inesistenza della notifica della cartella, caducazione del titolo esecutivo a seguito di fatti estintivi sopravvenuti alla sua formazione).

Pertanto l'opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva ha ad oggetto il ruolo o meglio le singole iscrizioni in esso contenute, ed è un giudizio a cognizione piena, in cui *"l'ente previdenziale può chiedere anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo portato nella cartella, sia pure nella minore misura dovuta, senza che ne risulti mutata la domanda"* (cfr. Corte Appello Genova 6.9/2.10.2002, n.701 in Inf. Prev. 2003, n. 2, p. 474 e Cass. 19.12.2002/20.4.2002, n. 5763 anche se con riferimento al previgente sistema di opposizione a cartella esattoriale *ex* art. 2 d.l. n. 338/89) .

Secondo l'interpretazione più condivisibile, dunque, **la sentenza si sostituisce al ruolo,** in analogia a quanto previsto nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

Il rinvio alle norme di cui agli artt. 442 e ss. c.p.c. implica che il giudizio *ex* art. 24 sia regolato dal rito del lavoro, potendo le parti richiedere qualsiasi tipo di sentenza, ed inoltre precludere all'Inps di ottenere una sentenza di condanna determinerebbe violazione dell'art. 24 Cost..

Sembra dunque corretto applicare, in via analogica, l'art. 653 c.p.c., talché se l'opposizione è accolta solo in parte il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, che travolgerà il ruolo, sostituendosi ad esso. Il ricorso all'analogia è giustificato, per un verso, dalla finalità di colmare una lacuna legislativa (l'art. 24 d. leg.vo n. 46/99 nulla prevede sul punto), e , per altro verso, dalla equiparabilità delle due fattispecie, costituite l'una dal ruolo seguito dalla notificazione della cartella esattoriale e l'altra dal decreto ingiuntivo notificato con il pedissequo precetto.

Ulteriore convincente argomento a sostegno della prospettazione suddetta è quello che si ricava "a contrario" dall'art. 23 l. n. 689/81. Nelle fattispecie in esame, al contrario di quanto previsto dalla norma appena citata, non è attribuito al giudice alcun potere di annullamento parziale del ruolo e della cartella, né può applicarsi in via analogica l'art. 23, che è disposizione di carattere speciale, dettata per l'ordinanza ingiunzione.

La preoccupazione relativa all'eventualità di duplicazione dei titoli esecutivi è infondata, dal momento che, si ripete, al titolo esecutivo di formazione stragiudiziale si sostituisce la sentenza di condanna, che diventa l'unico titolo esecutivo, eseguibile con il normale rimedio *ex* art. 474 c.p.c..

Può infatti ritenersi che l'iscrizione a ruolo non sia l'unico valido titolo per l'esecuzione dei crediti per contributi o premi non versati (cfr. in senso contrario Trib. Genova, 29.5.2002, n. 1905 in Boll. Ligure giur. Lav., 2002, 3), così riconoscendo agli Enti la possibilità di acquisire un titolo diverso, anche giudiziale (cfr. Capurso e Guadagnino, op.citate).

La Cassazione ha ritenuto ammissibile la coesistenza di due regimi di riscossione tra loro alternativi (cfr. sent. nn. 5540/2001 e 659/1999 rispettivamente in tema di riscossione di entrate patrimoniali di enti locali e di esazione di contributi di Cassa Consortile).

In base ai principi affermati dalla Cassazione con le citate sentenze ed applicabili anche alle ipotesi considerate, può ritenersi che la riscossione mediante ruolo, a segui-

to della riforma del 1999, sia divenuta il mezzo ordinario e più celere di realizzazione dei crediti contributivi INPS e INAIL, ma che non sia precluso il ricorso agli "strumenti ordinari" di recupero, purché non ne derivi pregiudizio in relazione al rispetto delle regole del contraddittorio, all'acquisizione delle prove e, più in generale, alle garanzie della difesa.

Invero dubbi sussistono sull'azionabilità del credito mediante ricorso per decreto ingiuntivo, atteso che l'art. 37 d. leg.vo n. 46/99 ha abrogato il comma 9° dell'art. 35 l.n. 689/1981, che per l'appunto consentiva agli Enti previdenziali il ricorso al procedimento di ingiunzione *ex* artt. 633 e ss. c.p.c..

A parere di chi scrive, non v'è dubbio, invece, che l'Ente previdenziale possa esperire l'azione ordinaria di accertamento e condanna, fino al limite della prescrizione, che è strumento di regolazione sostanziale dei diritti, pena la violazione dell'art. 24 Cost., e ciò anche in ipotesi di decadenza dall'iscrizione a ruolo per decorso del termine di cui all'art. 25 d.leg.vo n. 46/1999 (sulla natura processuale e non sostanziale della decadenza *ex* art. 25 citato, nonostante sia rilevabile d'ufficio, cfr. Schiavone op. citata).

In conclusione, il modello processuale impugnatorio del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo può trovare applicazione, in via analogica e per quanto compatibile, alle fattispecie di opposizione al ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa .

Pertanto, non solo la sentenza si sostituisce al ruolo se l'accoglimento dell'opposizione è parziale, ma la condanna al minor importo è pronunciata anche in assenza di riconvenzionale dell'Ente impositore ed il giudice deve limitarsi ad una pronuncia di illegittimità dell' iscrizione a ruolo nonché a dichiarare la conseguente nullità del documento cartella.

Un'ultima notazione concerne la tecnica di redazione del dispositivo: non appare corretto disporre la "revoca della cartella", atteso che, contrariamente a quanto avviene nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, l'impugnazione non ha ad oggetto un titolo giudiziale emesso dal Giudicante e, dunque, dal medesimo revocabile perché atto proprio.

C. — ANNULLAMENTO DELLA CARTELLA PER VIZI FORMALI E POTERI DEL GIUDICE.

I rimedi di tutela previsti legislativamente per far rilevare le contestazioni formali relative alla cartella esattoriale, che, si ripete, è il documento che riproduce per estratto il ruolo e la cui notificazione equivale a quella del titolo esecutivo stragiudiziale e del precetto, sono distinti , sotto il profilo concettuale e dogmatico, da quelli inerenti le vere e proprie controversie sul rapporto contributivo, sia per i vizi procedimentali connessi alla formazione del ruolo, sia per le questioni attinenti al merito della pretesa, secondo l'orientamento che si ritiene maggiormente condivisibile (cfr. *infra sub* B) .

Infatti, come più volte rilevato richiamando il fondamentale principio di separazione tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva, al procedimento di **opposizione al ruolo** (o meglio di opposizione alle singole iscrizioni al ruolo) da instaurarsi nei confronti dell'Inps e della SCCI s.p.a. *ex* art.24, commi 5° e 6°, d. leg.vo n. 46/99, appare corretto contrapporre quello di **opposizione alla cartella esattoriale** da instaurarsi nei confronti del concessionario della riscossione *ex* art. 29 stesso decreto, qualora abbia ad oggetto contestazioni sulla regolarità o validità dell'attività esecutiva del concessionario stesso.

Ad ulteriore sostegno della fondatezza della contrapposizione di cui sopra, si richiama il disposto dell'art. 39 d. leg.vo n. 112/99, che prevede, nelle controversie che non riguardano esclusivamente la regolarità o la validità degli atti esecutivi, l'obbligo per il concessionario di chiamare in causa l'ente creditore interessato, poiché, in mancanza, è il concessionario stesso a rispondere delle conseguenze della lite.

Da tale disposizione si desume, a contrario, che quando la controversia riguarda la regolarità o la validità degli atti esecutivi il concessionario sta in giudizio da solo (in questo senso Capurso op. citata — *contra* Cuccuru in Inf. Prev. 2003, pagg. 687 e ss.) e si evince altresì l'infondatezza della prospettazione secondo cui l'opposizione a ruolo si configura come *species* dell'opposizione all'esecuzione (in questo senso anche Corte Appello Torino 4.11.2004 n.1406 in www.giurisprudenza.piemonte.it) .

Peraltro, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2 *quater* d. leg.vo n. 209/2002 è venuto meno l'obbligo, originariamente previsto dal comma 5° dell'art. 24 d. leg.vo n. 46/99, di notificare al concessionario per la riscossione il ricorso proposto ai sensi dell'art. 24 citato.

Circa la cognizione sui vizi formali della cartella si è sostenuto che sia configurabile come ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario, al quale è stata devoluta per l'appunto la giurisdizione in via principale di un atto amministrativo (cfr. Schiavone in www.unicz.it).

Dunque, il legittimato passivo è il concessionario del servizio di riscossione se il giudizio *ex* art. 29 concerne le contestazioni sulla regolarità formale della cartella o vizi dell'attività esecutiva, quali, a titolo esemplificativo, la nullità della notificazione della cartella, l'assenza degli elementi previsti dalla legge per la redazione della cartella stessa, l'esecuzione iniziata prima di sessanta giorni dalla notifica oppure oltre l'anno dalla notifica senza avviso di mora (cfr. sull'impugnabilità della cartella per vizi formali *ex* art. 617 c.p.c. Trib. Brescia 24.11.2005, n. 857 in Inf. Prev. 2003, p. 1648 e Trib. Treviso 7.11.2003, n. 390 in Inf. Prev. 2003, 1668) .

Deve tuttavia precisarsi che secondo la giurisprudenza tributaria anche la carenza o insufficienza di motivazione della cartella è vizio di regolarità formale, mentre, nelle ipotesi in esame, deve ritenersi che la carenza di motivazione dell'atto presupposto, ossia del verbale di accertamento ispettivo, riguardi l'opposizione al ruolo e la delimitazione della cognizione di merito coincide con l'oggetto della verifica ispettiva (cfr. Trib. Ravenna 15.9.2004).

Se il giudizio *ex* art. 29 si configura quale opposizione all'esecuzione, invece, la legittimazione passiva spetta ai titolari del credito in contestazione, ossia all'Ente

impositore ed alla società cessionaria (cfr. Cass. n. 11746/2004 in tema di riscossione di entrate patrimoniali degli enti locali; Cfr. Cass. n. 23701/2004 in tema di riscossione coattiva di sanzioni amministrative).

La correttezza dell'impostazione che precede, basata, si ripete, sulla netta distinzione tra il procedimento *ex* art. 24 d. leg.vo n. 46/99 e quelli *ex* art. 29 stesso decreto, ha trovato autorevole conferma nella recente sentenza n. 21863/2004 della Cassazione, secondo cui la contestazione di vizi formali della cartella esattoriale avente ad oggetto crediti contributivi è qualificabile come opposizione agli atti esecutivi, da proporsi nelle forme ordinarie *ex* art. 29, secondo comma, e dunque, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., quando l'esecuzione non è ancora iniziata, nel termine perentorio di cinque giorni dalla notifica della cartella stessa.

Il suddetto orientamento, espresso per la prima volta dalla Sezione Lavoro della Cassazione in materia di crediti contributivi, è conforme a quello ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, anche a Sezioni Unite, in tema di opposizione a cartelle esattoriali aventi ad oggetto sanzioni amministrative (cfr. tra le tante Cass. SU, n. 562/2000; Cass. n. 9498/2002; da ultimo Cass. 15.4.2005, n. 7827; cfr. anche Cass. n. 10495/2004 sui rimedi esperibili in ipotesi di inesistenza o nullità della notifica del decreto ingiuntivo).

La Corte di legittimità ha elaborato uno "schema" di tutela e di rimedi esperibili che può essere utilizzato anche nella materia che si sta esaminando, come per l'appunto si desume dalla citata sentenza n. 21863/2004, anche se quest'ultima ha specificatamente trattato solo l'aspetto dell'opposizione agli atti esecutivi.

Applicando lo schema suddetto, i rimedi esperibili sono:

a) opposizione per motivi inerenti il merito della pretesa o per vizi di formazione del ruolo *ex* art. 24, commi 5° e 6° , d. leg.vo n. 46/99, da proporsi entro il termine perentorio di quaranta giorni dalla notifica della cartella;

b) opposizione *ex* art. 29, da qualificarsi come opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c., per omessa o inesistente notifica della cartella o per fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo, che può essere proposta in ogni tempo fino all'espropriazione e può riguardare anche la prescrizione;

c) opposizione *ex* art. 29, da qualificarsi come opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617 c.p.c., per dedurre vizi di notifica o di regolarità formale della cartella, da proporsi nel termine perentorio di cinque giorni dalla notifica della cartella esattoriale stessa.

Alla diversità dei rimedi di cui sopra corrisponde, quindi, diversità di disciplina ed anche dei mezzi di impugnazione, atteso che la sentenza che definisce i giudizi *sub* a) e b) è appellabile, mentre quella che definisce il giudizio *sub* c) è solo ricorribile in Cassazione *ex* art.111 Cost.

Tanto premesso, tornando alla tematica in esame, ai sensi del combinato disposto degli artt. 615, 617 e 618 *bis* c.p.c., le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, se proposte prima dell'inizio dell'esecuzione, sono disciplinate dalle norme previste per il rito del lavoro e potranno essere di competenza dello stesso Tribunale che riceve il ricorso *ex* art. 24, individuato secondo i criteri di cui all'art. 444 c.p.c..

In materia di competenza per territorio la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 841/2005 ha statuito che *"la competenza territoriale a decidere l'opposizione all'esecuzione, nelle materie indicate dagli artt.409 e 442 c.p.c., proposta prima dell'inizio della medesima (art. 615, primo comma c.p.c.) è determinabile in base alle regole dettate dall'art. 413, secondo comma c.p.c., perché l'art.618 bis, primo comma, c.p.c. rinvia alle norme previste per le controversie individuali di lavoro e non prevede una riserva di competenza del giudice dell'esecuzione, come invece dispone il secondo comma del medesimo art. 618 bis per l'opposizione all'esecuzione già iniziata o agli atti esecutivi"*.

Tanto premesso circa l'impostazione giuridica della problematica, necessaria per la scelta della soluzione interpretativa preferibile, è dunque possibile che contestazioni formali e contestazioni inerenti l'esistenza dell'obbligazione contributiva siano proposte con un unico ricorso o comunque siano trattate congiuntamente per ragioni di connessione, pur essendo ugualmente possibile che le cause non siano trattate dallo stesso Giudice (ad esempio in quanto l'opposizione all'esecuzione sia di competenza del Giudice dell'esecuzione e non del Giudice del Lavoro, per essere l'esecuzione già iniziata).

In ipotesi di trattazione cumulativa, ci si chiede se l'eventuale dichiarazione di nullità della cartella per vizi formali definisca il giudizio o se il Giudicante debba comunque esaminare il merito della pretesa, sempre che l'opposizione riguardi anche contestazioni circa l'esistenza del credito contributivo.

La soluzione preferibile è la seconda, a parere di chi scrive (cfr. in senso conforme Corte d'Appello di Genova 14.7/1.9.2004, n. 816 in Inf. Prev., nn. 5-6 2004 p. 914; di avviso contrario Trib. Genova sent. n. 1089/2003 e Cuccuru, op. citata, secondo cui l'esattore deve procedere alla rinnovazione della cartella).

Il potere-dovere del G.L. di esaminare il merito della pretesa consegue dalle argomentazioni di seguito espresse:

a) i giudizi *ex* art. 29 e quello *ex* art. 24 sono autonomi, come inequivocabilmente si desume dallo schema riepilogativo elaborato dalla giurisprudenza in tema di opposizione a sanzione amministrativa e sopra rielaborato con riferimento alla materia in esame, data la diversità di disciplina, anche in ordine ai mezzi di impugnazione; inoltre *"in caso di contemporanea pendenza di due giudizi, uno di opposizione all'esecuzione minacciata o promossa per la realizzazione di un determinato diritto e l'altro relativo all'accertamento del medesimo diritto tra le stesse parti, deve escludersi una situazione di litispendenza (o eventualmente di continenza) allorché l'opposizione all'esecuzione riguardi il profilo strettamente processuale della promovibilità dell'esecuzione forzata, essendo in tal caso diverse le rispettive cause petendi dei due giudizi, ravvisabili l'una nel rapporto giuridico da cui sorge il diritto di credito per il cui accertamento è stata proposta la domanda introduttiva del giudizio di cognizione e l'altra nell'insussistenza delle condizioni che determinano la soggezione del debitore all'azione esecutiva"* (cfr. Cass. n. 6448/2003; *Idem* n. 22430/2004; *Idem,* n. 7631/2002; *Idem,* n. 5273/2001);

b) non sussiste rapporto di pregiudizialità tra il giudizio di opposizione all'esecu-

zione e la controversia da cui scaturisce la pretesa azionata esecutivamente, né v'è obbligo di sospensione *ex* art. 295 c.p.c. (cfr. espressamente sentenze citate *sub* a) nn. 7631/2002, 6448/2003 e 22430/2004); il presunto debitore potrà far valere in ogni momento e fino all'espropriazione il sopravvenuto venir meno del titolo che è fonte della pretesa contributiva (cfr. da ultimo Cass. 3.10.2005 n. 1177 citata); si ripete che le controversie *ex* art. 29 concernono la cartella e l'attività esecutiva, oppure la mancanza originaria o sopravvenuta del titolo legittimante l'iscrizione a ruolo, mentre l'altra instaurata *ex* art. 24 riguarda l'iscrizione a ruolo e l'accertamento del credito;

c) è applicabile in via analogica il modello processuale impugnatorio dell'opposizione a decreto ingiuntivo e dunque il giudizio *ex* art. 24 è qualificato come ordinario giudizio di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio;

d) l'interpretazione accolta è conforme ai principi di economia dei giudizi e di celerità dei processi; la trattazione congiunta del merito potrà comportare la risoluzione definitiva di tutte le questioni sollevate dalle parti e l'accertamento potrà diventare incontrovertibile a seguito di unico processo, qualora la sentenza di primo grado non venga impugnata.

In conclusione, dunque, il titolo stragiudiziale annullato per motivi formali può essere sostituito dalla sentenza di accertamento negativo o positivo del credito contributivo e di eventuale condanna.

L'inconveniente determinato dalla trattazione cumulativa è quello che quest'ultima può essere impedita nelle successive fasi di impugnazione, in quanto la sentenza che conclude i giudizi *ex* art. 24 ed *ex* art. 615 c.p.c. è appellabile, mentre quella che definisce l'opposizione *ex* art. 617 c.p.c. è solo ricorribile in Cassazione.

Il suddetto inconveniente è tuttavia "fisiologico", analogamente a quanto avviene per le opposizioni a sanzioni amministrative, stante l'autonomia delle cause e l'assenza di pregiudizialità, come appena sopra rilevato. Il giudice dell'opposizione all'esecuzione *"è tenuto a compiere d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, ed anche per la prima volta nel giudizio di Cassazione, la verifica sull'esistenza del titolo esecutivo posto alla base dell'azione esecutiva, potendo rilevare sia l'inesistenza originaria del titolo esecutivo, sia la sua sopravvenuta caducazione, che — entrambe — determinano l'illegittimità dell'esecuzione forzata con effetto* ex tunc*"* (così espressamente Cass. Sez. Lav., 29.11.2004, n. 22430).

dott.ssa Clotilde Parise
Giudice del Lavoro del Tribunale di Treviso

INTERVENTI

PIETRO CAPURSO (*)

Avvocato INPS

ELEMENTI PER UNO STUDIO SULLE OPPOSIZIONI ALLE ISCRIZIONI A RUOLO DEI CREDITI CONTRIBUTIVI

Sommario: 1. - Premessa. 2. - Le diverse forme di tutela del contribuente previdenziale. Cass. n. 21863 del 2004. 3. - Le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi (cenni). La legittimazione passiva del concessionario della riscossione. 4. - Le iscrizioni a ruolo intestate a persone decedute. 5. - La cessione in massa dei crediti contributivi ed il litisconsorzio necessario tra l'I.N.P.S. e la cessionaria Società di cartolarizzazione dei crediti. 6. - La carenza di legittimazione passiva del concessionario nelle opposizioni sul merito della pretesa contributiva. 7. - La competenza per territorio. Cass. (ord.) n. 6619 del 2003. 8. - Il contrasto sugli effetti del decorso del termine di quaranta giorni per proporre il ricorso in opposizione. 9. - Il problema dell'esercizio della autotutela amministrativa a seguito di cristallizzazione della pretesa per intervenuta decadenza del contribuente. 10. - Il ruolo come strumento ordinario ma non esclusivo di riscossione dei crediti contributivi. 11. - Accertamento giudiziale della fondatezza parziale della pretesa e sentenza di condanna al pagamento dei contributi. Cass. n. 5763 del 2002. 12. - Il principio di alternatività degli strumenti di esecuzione. 13. - I crediti contributivi ceduti e riscossi in deroga alla regola della iscrizione a ruolo. 14. - La posizione di attore sostanziale dell'ente previdenziale convenuto e l'efficacia probatoria dei verbali ispettivi. L'art. 8 co. 5 del D. Lgs. n. 124 del 2004. 15. - Gli impedimenti alla iscrizione a ruolo: a) Adesione all'avviso bonario e modalità dell'adempimento. 16. - b) L'esaurimento del procedimento amministrativo come condizione di procedibilità per l'iscrizione a ruolo. La formazione del silenzio rigetto. 17. - c) Giudizio di accertamento negativo instaurato dal contribuente e paralisi dell'iscrizione a ruolo fino alla definizione della controversia. La natura cautelare del provvedimento esecutivo del giudice che restituisce all'ente previdenziale la potestà impositiva. La domanda riconvenzionale di condanna al pagamento della contribuzione. 18. (segue) - La ripartizione degli oneri probatori. Cass. n. 23229 del 2004. 19. - d) I termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo. La tesi della decadenza procedimentale. 20. - Rapporti di lavoro certificati e verbali ispettivi che ne disconoscono il contenuto. Preclusione alla iscrizione al ruolo o solo alla sua esecutorietà? - Riferimenti bibliografici.

(*) Lo scritto riproduce la comunicazione all'incontro di studi organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema *"Nuovi temi e questioni controverse in materia di previdenza e contribuzioni obbligatorie"*, Roma, 5-7 dicembre 2005. Le riflessioni in esso contenute rappresentano esclusivamente le opinioni dell'autore.

1. — Premessa.

Vorrei portare un piccolo contributo a questa sessione di studi dedicata alle problematiche della riscossione coattiva dei crediti previdenziali, cercando di fare il punto sullo stato del contenzioso in materia di contributi, con riferimento alle opposizioni alle iscrizioni a ruolo.

Come è noto, infatti, a far data dal 1° Luglio 1999, ai sensi dell'art. 24 del D. Lgs. n. 46 del 1999, "i contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge o dovuti in forza di accertamenti effettuati dagli uffici sono iscritti a ruolo (…). 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 (…) e il giudizio di opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva è regolato dagli articoli 442 e seguenti del codice di procedura civile".

2. — Le diverse forme di tutela del contribuente previdenziale. Cass. n. 21863 del 2004.

Merita subito di essere segnalato, anche al fine di delimitare il campo di indagine, che secondo una posizione largamente prevalente, sia in dottrina (PERINA, 2002, 1505; CAPURSO, 2002, 1559; GATTO, 2003, 478; SCHIAVONE, 2003) che in giurisprudenza (1), l'ambito di applicazione dell'appena citato art. 24 non coincide con il quadro complessivo delle tutele che l'ordinamento assegna al contribuente.

L'art. 29 dello stesso decreto legislativo prevede infatti la possibilità di proporre, nelle forme ordinarie, le opposizioni all'esecuzione e agli atti esecutivi, mentre il ricorso *ex* art. 24, qui in esame, non è semplice *species* del genere opposizione all'esecuzione (in questo senso, invece, NICOLINI, 2002, 489), ma introduce un giudizio di cognizione piena sul rapporto contributivo in contestazione.

È quindi necessario distinguere in ragione delle eccezioni avanzate dall'opponente, di tal ché quando egli contesti il diritto del concessionario di procedere ad esecuzione forzata si tratta di opposizione all'esecuzione; laddove il contrasto riguardi la regolarità formale degli atti del processo esecutivo, o degli atti che lo preannunciano, si configura una opposizione agli atti esecutivi; infine, allorquando il ricorso venga interposto al ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa, si è davanti ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi afferenti il rapporto contributivo (2).

(1) Condividono questa impostazione, trib. Bolzano, 23 maggio 2002, in *Inf. Prev.,* 2003, 955; trib. Treviso, 7 novembre 2003, *ivi,* 2003, 1668; trib. Brescia, 24 novembre 2003, *ivi,* 2003, 1648; trib. Venezia, 3 febbraio 2004, *ivi,* 2004, 184.

(2) Sul punto, cfr., in materia tributaria, Cass., sez. un., 13 luglio 2000, n. 491, in *Giust. Civ.,* 2000, I, 3159.

Questa impostazione sembra trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di cassazione che, con riferimento ai diversi termini per la proposizione dei ricorsi in opposizione, ha precisato che "nella disciplina della riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, di cui al d. lgs. n. 46 del 1999, l'opposizione agli atti esecutivi è prevista dall'art. 29, secondo comma, che per la relativa regolamentazioni rinvia alle forme ordinarie, e non dall' art. 24 dello stesso d. lgs., che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione. Ne consegue che 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 d.p.r. n. 602 del 1973, si identifica nella cartella esattoriale" (3).

Al giudizio di cui all'art. 24 rimangono dunque estranee le contestazioni che tendano a far accertare l'inidoneità dell'azione nel suo esercizio in via esecutiva, quali sono quelle con cui si adducano la mancanza di un titolo legittimante l'iscrizione a ruolo, l'omessa notifica della cartella esattoriale, la caducazione del titolo esecutivo a seguito di fatti estintivi sopravvenuti alla sua formazione (in termini, GATTO, 2003, 478).

3. — Le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi (cenni). La legittimazione passiva del concessionario della riscossione.

In questo appunti non mi occupo delle opposizioni formali.

Mi sembra però opportuno precisare che dalla distinzione appena tracciata discendono alcune importanti conseguenze.

La prima è che questa tipologia di controversie — estranee, si ripete, alla disciplina processuale di cui all'art. 24 — rientra nella competenza del giudice del lavoro solo nei limiti della ripartizione operata dal combinato disposto degli artt. 615, 617 e 618 *bis* del c.p.c. (4).

La seconda conseguenza è che nelle ipotesi — peraltro molto frequenti — in cui vi sia cumulo di eccezioni, di merito e formali, la eventuale nullità della cartella non esime il giudicante dall'affrontare il merito della controversia, posto che l'impugnazione introduce una ordinaria causa di cognizione e non riguarda solo la legittimità dell'atto impugnato (5).

---

(3) Così, Cass., 18 novembre 2004, n. 21863. Nella giurisprudenza tributaria il principio è assolutamente consolidato: da ultimo, Cass., 26 marzo 2004, n. 6119.

(4) Il lungo contrasto sulla competenza per territorio nelle opposizioni all'esecuzione è stato di recente composto da, Cass., sez. un., 18 gennaio 2005, n. 841, in *Mass. Giur. Lav.,* 2005, 400, con nota di G. MANNACIO, *La competenza territoriale per l'opposizione all'esecuzione in materia di lavoro.*

(5) Cfr., in termini, App. Genova, 1 settembre 2004, in *Inf. Prev.,* 2004, 914; nello stesso senso, trib. Milano, 11 novembre 2003, *ivi,* 2003, 1631.

La terza è che per le questioni che riguardino la sola attività esecutiva la legittimazione passiva compete esclusivamente al concessionario della riscossione.

Molto precisa, sul punto, la giurisprudenza tributaria, che ha avuto modo di precisare come "(…) in caso di impugnazione di cartella esattoriale, la legittimazione passiva del concessionario del servizio di riscossione dei tributi sussiste se l'impugnazione concerne vizi propri della cartella o del procedimento esecutivo, mentre va esclusa qualora i motivi di ricorso attengano alla debenza del tributo" (6).

Può tuttavia accadere — segnatamente nelle opposizioni all'esecuzione — che l'oggetto del giudizio riguardi anche il merito della pretesa, come ad esempio nel caso in cui il contribuente eccepisca l'estinzione dell'obbligo patrimoniale, per adempimento o per prescrizione venute in essere dopo la iscrizione a ruolo; oppure quando, nell'ambito di una procedura concorsuale, venga contestata l'ammissione del credito.

In tali ipotesi, il concessionario, ai sensi dell'art. 39 del d. Lgs. n. 112 del 1999, è tenuto, per non rispondere delle conseguenze di una eventuale soccombenza, a chiamare in causa l'ente creditore. Si tratta di un assetto processuale che scaturisce dalla scissione tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva, tipica della riscossione esattoriale, e che non dovrebbe subire modifiche a seguito della annunciata riforma della riscossione, di cui al D. L. n. 203 del 30 settembre 2005, che prevede — a far data dal 1° ottobre 2006 — la soppressione del sistema di affidamento in concessione del servizio di riscossione e la costituzione della Riscossione S.p.A..

4. — Le iscrizioni a ruolo intestate a persone decedute.

Appartiene all'area delle questioni afferenti l'attività esecutiva, di esclusiva competenza del concessionario della riscossione, anche la problematica delle iscrizioni a ruolo e delle cartelle di pagamento intestate a persone decedute e opposte dagli eredi delle stesse.

Sul punto occorre anzitutto osservare che, in base al principio di immutabilità del ruolo, lo stesso deve essere comunque intestato al soggetto passivo dell'obbligazione (7).

Quanto alle modalità della notifica si è ritenuto, in applicazione dell'art. 65 del D.P.R. n. 600 del 1973 (ma v., *contra,* CUCCURRU, 2003, 692), che la cartella può essere "notificata agli eredi personalmente e al loro domicilio solo ove essi abbiano dato tempestiva comunicazione del decesso con le formalità di legge, dovendo la cartella stessa, in difetto di detta comunicazione, essere notificata agli eredi collettivamente ed

(6) Così, Cass., 6 maggio 2002, n. 6450, in *Il Fisco,* 2002, 6903; v. anche, Cass., 17 settembre 2001, n. 11667.

(7) Cass., 6 ottobre 1988, n. 5411, in *Riv. Leg. Fisc.,* 1989, III, 1184.

impersonalmente al domicilio del defunto, senza necessità di un nuovo ruolo, ma con la specificazione, nella relata di notifica, della destinazione agli eredi (8)".

Nel caso in cui la comunicazione non sia stata eseguita, è dunque valida la cartella notificata nell'ultimo domicilio del dante causa, purché diretta agli eredi collettivamente e impersonalmente (9).

Deve considerarsi invece totalmente inesistente — e quindi insanabile — la notifica della cartella di pagamento effettuata ad un soggetto defunto, e conseguentemente inammissibile una eventuale opposizione avverso un atto evidentemente privo di ogni capacità lesiva (10).

La tutela giudiziaria dell'erede deve quindi ricondursi, in tali fattispecie, ad una opposizione all'esecuzione, nel caso in cui il concessionario agisca esecutivamente sulla base di una notifica viziata.

5. — La cessione in massa dei crediti contributivi ed il litisconsorzio necessario tra l'I.N.P.S. e la cessionaria Società di cartolarizzazione dei crediti.

Occorre a questo punto accennare anche ai profili processuali determinati dalla cessione e cartolarizzazione dei crediti contributivi (sulla intera problematica, FONZO, 2000, 1528; DE RUVO, 2002, 1589; SCHIAVONE, 2003).

Com'è noto, si è trattato di una complessa operazione finanziaria, con la quale si è provveduto, in sede di prima applicazione in Italia dello strumento, di derivazione anglosassone, della *securitization,* a trasformare i crediti in titoli obbligazionari, allo scopo di collocarli sul mercato finanziario.

La cessione in massa dei crediti è tuttavia praticamente priva di effetti sul rapporto contributivo, e non investe in alcun modo i diritti pensionistici dei lavoratori assicurati.

L'obbligazione contributiva, infatti, non perde la propria natura, pubblicistica ed indisponibile, e la corrispondente copertura assicurativa rimane subordinata — in forza del principio di automatismo delle prestazioni — all'accertamento del presupposto di legge nel limite dei termini prescrizionali, prescindendo cioè, per i lavoratori dipendenti, dalla effettiva riscossione delle somme. Di qui la regola fondamentale per cui l'Istituto previdenziale continua a gestire la fase amministrativa del rapporto contributivo — ad esempio istanze di riesame o di rateazione del debito — e soprattutto garantisce l'esistenza del credito, impegnandosi contrattualmente nei confronti del cessiona-

(8) Così, trib. Bergamo, 4 gennaio 2003, in *Inf. Prev.,* 2003, 1379.

(9) Cfr. Cass., 7 luglio 2003, n. 10659, in *Dir. e Giust.,* 2003, 34, 51, con nota di A. IANNACCONE, *Se il contribuente passa a miglior vita.* V. anche, Cass., 13 marzo 2001, n. 3865; Cass., 15 settembre 2003, n. 13504.

(10) In questo senso, trib. Palermo, 20 aprile 2004, in *Inf. Prev.,* 2004, 571.

rio a sostituirlo con altro credito, fino a concorrenza del valore, in caso di mancato riconoscimento nella fase giudiziale.

L'unico riflesso processuale generato dalla cessione dei crediti consiste nella espressa previsione di cui al co. 8 dell'art. 13 della legge n. 448 del 1998, che prevede il litisconsorzio necessario nel lato passivo tra l'INPS ed il cessionario, qualora i debitori promuovano, avverso i ruoli, giudizi di merito e di opposizione all'esecuzione.

Sul punto, però, la disposizione transitoria contenuta al co. 10 dell'art. 36 del d. lgs. n. 46, dopo aver precisato che "resta fermo quanto disposto in tema di cessione e cartolarizzazione dei crediti", aggiunge che "ai crediti oggetto della cessione si applicano le disposizioni del presente decreto, a partire dalla data della sua entrata in vigore", e secondo alcuni questo comporta che, a seguito della entrata in vigore del D. Lgs. n. 46 del 1999, nel quale gli oneri di notifica sono limitati — dopo l'ultima modifica richiamata *infra,* § 6 — all'ente impositore per quanto concerne il ricorso introduttivo ed al concessionario nel solo caso in cui il giudice pronunci la sospensione dell'esecuzione, "risulta pertanto implicitamente abrogata la precedente previsione dell'art. 13, comma 8, L. 23 dicembre 1998, n. 448, la quale, non a caso, si riferiva ancora alla vecchia L. 7 dicembre 1989, n. 389, e non poteva ancora contemplare i patti contrattuali poi intervenuti tra Inps e cessionario relativi anche alla gestione delle presenti controversie" (11).

Questa interpretazione sembra però collidere con la regola per cui il titolare del credito non può non essere parte nel giudizio in cui si discuta sulla esistenza dello stesso. Per questo motivo la dottrina più accreditata (Nicolini, 2003, 493; Perina, 2002, 1504; Fonzo, 2004, 687) sostiene la piena applicabilità, nelle controversie sui crediti contributivi ceduti, della regola del litisconsorzio necessario tra ente previdenziale e cessionario.

6. — La carenza di legittimazione passiva del concessionario nelle opposizioni sul merito della pretesa contributiva.

Anche nelle opposizioni alle iscrizioni a ruolo sono sorti problemi in ordine alla legittimazione passiva, in primo luogo quanto alla posizione del concessionario.

Nella prima formulazione dell'art. 24 si disponeva — co. 5 — l'obbligo di notifica del ricorso non solo all'ente impositore ma anche al concessionario, e questo ha indotto qualcuno a parlare di litisconsorzio necessario. In realtà il concessionario porta in esecuzione un credito altrui ed è pertanto difficile considerarlo parte processuale, ovviamente quando non si eccepiscano vizi connessi alla sua attività. È precisa, sul punto, la pronuncia con la quale la Suprema Corte, in materia tributaria, ha affermato che "nel giudizio di opposizione a cartella esattoria-

(11) Trib. Firenze, 5 marzo 2002, in *Lav. Giur.,* 2002, 600.

le, legittimi contraddittori sono soltanto l'opponente e l'ente impositore, giacché solo quest'ultimo è titolare della situazione sostanziale dedotta in giudizio, e non anche il concessionario, il quale, in quanto soggetto destinatario solo del pagamento, non è contitolare del diritto di credito, la cui inesistenza costituisce l'oggetto della domanda di accertamento" (12).

Oggi, comunque, ogni dubbio sul punto è fugato, perché l'art. 4 della legge 22 novembre 2002, n. 265 ha modificato il richiamato co. 5, cancellando l'onere di notifica del ricorso introduttivo del giudizio al concessionari.

Mi sembra di poter affermare che tale intervento normativo confermi l'assunto di partenza, che cioè si debba rigorosamente distinguere tra opposizioni nel merito ed opposizioni formali, atteso che — per queste ultime — non può essere in discussione la legittimazione passiva del concessionario.

7. — La competenza per territorio. Cass. (ord.) n. 6619 del 2003.

Il nuovo sistema non incide sulle regole della competenza per territorio, che resta del giudice del lavoro del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'ente competente alla gestione del rapporto contributivo, come ha ribadito la Corte di cassazione affermando che "ai sensi dell'art. 444, co. 3 c.p.c., giudice del lavoro territorialmente competente a onoscere delle opposizioni a cartella esattoriale riguardanti il mancato pagamento dei contributi previdenziali e le relative sanzioni, disciplinate dall'art. 24 D. Lgs. 26 febbraio 1999 n. 46, è il giudice del luogo ove ha sede l'ufficio dell'ente preposto ad esaminare la posizione assicurativa e previdenziale dei lavoratori; ne consegue che, ove nei confronti di uno stesso datore di lavoro siano state emesse più cartelle di pagamento, da parte di diverse sedi Inps, le relative opposizioni devono essere proposte e coltivate separatamente dinanzi ai diversi giudici territorialmente competenti, trattandosi di competenza per materia funzionale e inderogabile" (13).

8. — Il contrasto sugli effetti del decorso del termine di quaranta giorni per proporre il ricorso in opposizione.

Quasi superfluo, per la risonanza avuta, ricordare la questione sulla natura perentoria ovvero ordinatoria del termine di quaranta giorni previsto dalla legge per la proposizione della opposizione alla iscrizione a ruolo.

---

(12) Cass., 21 dicembre 2004, n. 23701; v. anche Cass., 24 giugno 2004, n. 11746.

(13) Cass., (ord.), 28 aprile 2003, n. 6619. Sul punto cfr. anche, trib. Agrigento, 26 marzo 2002, in *Inf. Prev.,* 2002, 1092.

Occorre peraltro prendere atto che — in questi termini — la questione è mal posta, ed in qualche modo finisce per non dare giustizia alla eleganza e complessità della tesi che ritiene imprediudicata — decorsi i quaranta giorni dalla notifica della cartella — la contestabilità del merito della pretesa (NICOLINI, 2002, 501; CINELLI 2002, 1492); a ben vedere, infatti, questa posizione, piuttosto che negare la perentorietà del termine, postula la limitata efficacia di titolo esecutivo della iscrizione a ruolo, con la conseguenza che il decorso del termine comporterebbe la decadenza dalla possibilità di contestare l'esecuzione forzata, senza tuttavia impedire la successiva azione giudiziaria diretta ad accertare la inesistenza dell'obbligo.

La natura ordinatoria del termine è invece affermata da altri autori (ASPRELLA, 1999, 867; NODARI, 2004, 484; FANTUZZi, 2004, 602; RATTI, 2005, 865) i quali richiamano il principio di cui all'art. 152 c.p.c., e concludono aderendo alla pronuncia con la quale si è affermato che "non e' perentorio il termine di quaranta giorni, stabilito dal comma 5, art. 24, d. lgs. n. 46/1999, per proporre opposizione all'iscrizione a ruolo effettuata dagli enti previdenziali, che, non presupponendo un preventivo accertamento giudiziale, non può dar luogo alla formazione di un titolo esecutivo immodificabile ed incontrovertibile senza alcuna verifica giudiziale e sulla base della sola autodichiarazione dell'ente previdenziale" (14).

Largamente prevalente, presso la giurisprudenza di merito, (15) è tuttavia l'adesione ad altra opzione ermeneutica (CAPURSO, 2001, 124; Id, 2002, 1564; CUNATI, 2002, 34; PERINA, 2002, 1498; FERRAU', 2003, 561; ID, 2005b, 566; CUCCURRU, 2003, 697; SCHIAVONE, 2003; FONZO, 2004, 688; MANZI, 2005), che attribuisce alla iscrizione a ruolo pluralità di funzioni, non quindi mero titolo esecutivo ma anche strumento di natura pubblicistica con il quale gli enti previdenziali, nel riprodurre il contenuto dell'accertamento, fanno valere le proprie pretese, e che può dare luogo a controllo giurisdizionale solo se tempestivamente impugnato nelle forme previste dalla legge, realizzando invece, in caso di acquiescenza del contribuente, una vera e propria preclusione pro iudicato non diversa da quella portata dal decreto ingiuntivo non opposto.

In altri termini, si ritiene che la riforma abbia attribuito agli enti previdenziali la potestà di far valere le proprie pretese attraverso l'emanazione di atti autoritativi, che acquisiscono, in mancanza di tempestiva impugnazione, la stabilità tipica del giudicato.

Ed infatti, come rilevato da altro giudice del merito, se si interpreta la norma secondo la *ratio* ed i principi del sistema di riscossione mediante ruoli, si giunge alla necessaria conclusione che il termine di legge sia posto proprio "per rendere incontrovertibile il titolo esecutivo dopo lo spirare del 40° giorno dalla notifica. L'ipotesi, in altri termini, va assimilata a quella del decreto ingiuntivo, relativamente al quale, pur

(14) Così, App. Bologna, 15 maggio 2003, in *Lav. Giur.,* 2004, 480.

(15) Cfr., App. Venezia, 1 marzo 2005, in *Lav. Giur,* 2005, 763; trib. Modena, 8 giugno 2001, 847, in *Inf. Prev.,* 2001, 847; trib. Biella, 4 giugno 2002, *ivi,* 2002, 1300; trib. Isernia, 5 giugno 2002, *ivi,* 2002, 1305; trib. Bologna, 26 settembre 2002, *ivi,* 2003, 563; trib. Parma, 24 gennaio 2003, *ivi,* 2003, 556; trib. Agrigento, 20 marzo 2003, *ivi,* 2004, 926; trib. Ragusa, 5 marzo 2004, *ivi,* 2004, 575.

non essendo prevista dal c.p.c. la perentorietà del termine per la opposizione, decorso il 40° giorno il decreto diviene esecutivo — definitivo — cosa giudicata" (16).

Secondo questa impostazione la tempestività dell'opposizione costituisce quindi presupposto processuale dell'azione, la cui mancanza è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (PERINA, 2002, 1499).

9. — Il problema dell'esercizio della autotutela amministrativa a seguito di cristallizzazione della pretesa per intervenuta decadenza del contribuente.

Proprio una pronuncia sulla perentorietà del termine di legge per la proposizione del ricorso (17) ha consentito di sollevare una interessante problematica intorno al rapporto tra tardività della opposizione, e conseguente incontrovertibilità nel merito della pretesa contributiva, ed estinzione del rapporto obbligatorio per prescrizione.

L'art. 3 co. 9 della legge n. 335 del 1995 dispone infatti che le contribuzioni di previdenza e di assistenza sociale obbligatoria si prescrivono e non possono essere versate con il decorso dei termini prescrizionali.

È opinione assolutamente condivisa che tale principio comporti l'estinzione *ex lege* del rapporto obbligatorio, con l'effetto che i contributi non possano essere versati, dando luogo in tal caso ad un indebito oggettivo, e che gli Enti non possano comunque accettare il pagamento e devono provvedere eventualmente alla restituzione, secondo un meccanismo che peraltro già si riteneva operante sotto la vigenza dell'art. 55 del R. D. L. n. 1827 del 1935.

Quid iuris, allora, se viene opposta tardivamente — o comunque non impugnata — una cartella di pagamento contenente contribuzioni prescritte?

Con la doverosa precisazione che qui si parla di prescrizione maturata prima dell'iscrizione a ruolo, perché l'estinzione dell'obbligo per prescrizione venuta in essere dopo l'iscrizione a ruolo può essere fatta valere — senza limiti temporali — in sede di opposizione all'esecuzione, non si può condividere la soluzione (proposta da FERRAÙ, 2005b, 567) di considerare il caso in esame come di mancanza radicale del potere impositivo, con conseguente inesistenza della cartella di pagamento rilevabile dal giudice anche in caso di tardività dell'opposizione, perché – come si è visto – la tempestiva proposizione del ricorso è condizione dell'azione ed è quindi questione preliminare ed assorbente, che il giudice deve affrontare e risolvere prima di ogni altra che riguardi l'esistenza del credito.

Né appare conferente il tentativo (RATTI, 2005, 866) di far discendere da questo nodo interpretativo un argomento a favore della natura ordinatoria del termine, atteso

(16) Così, in motivazione, trib. Vicenza, 23 novembre 2001, in *Inf. Prev.,* 2001, 1380.
(17) Si tratta di trib. Parma, 19 novembre 2004, in *Lav. Giur.,* 2005, 563.

che il fenomeno poteva presentarsi anche prima della riforma: si pensi a decreto ingiuntivo emesso per contribuzioni previdenziali prescritte e non opposto nei termini di legge.

Non voglio comunque sottrarmi al punto.

È evidente che la sentenza che in tale fattispecie dichiari l'inammissibilità del ricorso perché tardivo è corretta ma inidonea a soddisfare pienamente le esigenze di tutela del contribuente (come osserva, FERRAÙ, 2005b, 568).

Il problema è che la tutela del contribuente è ormai al di fuori del processo, ed introduce una spinosa questione, nota agli studiosi di diritto tributario, che da tempo si interrogano sull'esercizio del potere di autotutela nelle ipotesi di atti impositivi illegittimi e tuttavia cristallizzati per sopravvenuta decadenza del contribuente.

Con le riserve del caso, non mi sembra si possa dubitare della operatività del principio di irricevibilità dei contributi prescritti, anche in presenza di un titolo ormai definitivo perché non opposto nei termini. Si deve però considerare che, in materia, la questione è complicata dal fatto che la prescrizione dei contributi può incidere sui diritti pensionistici dei lavoratori dipendenti, che quindi sono controinteressati all'esercizio dell'autotutela.

Molto difficile è, inoltre, l'individuazione degli strumenti esperibili quando l'ufficio si rifiuti di esercitare l'autotutela, che parte della dottrina tributaria qualifica come interesse legittimo del contribuente a che l'esercizio del potere di annullamento abbia luogo in modo non arbitrario, mentre altra parte prospetta l'idea che il contribuente, ormai decaduto, resti privo di qualsiasi rimedio giurisdizionale (18).

10. — Il ruolo come strumento ordinario ma non esclusivo di riscossione dei crediti contributivi.

Un altro aspetto di rilievo è se l'iscrizione a ruolo costituisca l'unico strumento per procedere esecutivamente nei confronti dei contribuenti, ovvero se permanga la possibilità di acquisire un titolo diverso, che consenta poi di agire nelle forme di cui all'art. 474 e segg. c.p.c..

La dottrina (FONZO, 2000, 1554; NICOLINI, 2002, 476; GUADAGNINO, 2002, 1585) sembra non avere dubbi sul fatto che non siano precluse, anche dopo la riforma, le normali azioni monitorie, (19) e trae forte argomento a sostegno di questa tesi dalla mancata abrogazione dell'art. 635 comma 2° c.p.c., che espressamente attribuisce efficacia

(18) Per la giurisprudenza tributaria, Cfr., Cass., 9 ottobre 2000, n. 13412, nonché Cass., sez. un., 4 ottobre 1996, n. 8685, in *Il Fisco,* 1997, 5605, con nota di L. BARBONE, *Implicazioni aquiliane della discrezionalità amministrativa tra pretesa iniqua, lite temeraria e omessa autotutela.*

(19) In giurisprudenza, trib. Palermo, 31 marzo 2003, in *Inf. Prev.,* 2004, 1204.

di prova scritta per la ammissibilità della domanda di ingiunzione agli accertamenti eseguiti dagli uffici ispettivi.

Questa affermazione è da condividere, con la necessaria precisazione, però, che essa non configura una vera e propria facoltatività nella individuazione dello strumento di riscossione da parte dell'ente creditore, tipica del regime previgente al d. lgs. n. 46, in quanto la scelta politico-gestionale di affidamento al sistema esattoriale è oggi effettuata dallo stesso legislatore (FONZO, 2000, 1556).

Da ciò consegue che gli enti sono tenuti normalmente ad avanzare le proprie pretese attraverso lo strumento della riscossione mediante ruolo, pur potendo — in una fase successiva, ad esempio a seguito di acquisizione di altro titolo esecutivo, oppure nei casi in cui non possa più iscrivere a ruolo il credito per intervenuta decadenza — procedere secondo le modalità ordinarie (20).

11. — Accertamento giudiziale della fondatezza parziale della pretesa e sentenza di condanna al pagamento dei contributi. Cass. n. 5763 del 2002.

La giurisprudenza ha finora affrontato la questione solo indirettamente, interrogandosi sulla possibilità di intervenire con una pronuncia di condanna al pagamento della contribuzione dovuta — che costituirebbe quindi anche autonomo titolo esecutivo diverso dal ruolo — nelle ipotesi in cui, all'esito del giudizio, la pretesa risulti parzialmente fondata.

Nella prassi degli uffici giudiziari si equivalgono due diversi atteggiamenti.

Molti giudici annullano il ruolo e condannano l'opponente al pagamento della minor somma accertata, applicando in via analogica l'art. 653 co. 2 c.p.c., in materia di opposizioni a decreto ingiuntivo, e aderiscono così all'inquadramento offerto dalla Corte di cassazione, secondo la quale "in tema di riscossione di contributi previdenziali, l'opposizione avverso la cartella esattoriale di pagamento emessa ai sensi dell'art. 2 d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito, con modificazioni, nella l. 7 dicembre 1989 n. 389, dà luogo ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, senza che ne risulti mutata la domanda" (21).

(20) Cfr., Cass. 13 aprile 2001, n. 5540.

(21) Cfr. Cass., 20 aprile 2002, n. 5763, in *Inf. Prev.,* 2002, 1223, dove la Suprema Corte ha ritenuto che non costituisse domanda nuova — come tale inammissibile — la domanda di pagamento della minor somma ancora dovuta dal debitore, a seguito di versamenti parziali dell'importo indicato nella cartella esattoriale, formulata nell'atto di appello dall'ente previdenziale, che in primo grado si era limitato a chiedere la declaratoria di legittimità della cartella medesima. A questo principio si è uniformata, nella vigenza del d.lgs. n. 46, App. Genova, 2 ottobre 2002, in *Inf. Prev.,* 2003, 474.

Altri (PERINA, 2002, 1512) ritengono invece che il giudice del lavoro debba limitarsi ad accertare la debenza della minor somma rispetto a quella della cartella, dichiarando la illegittimità parziale del ruolo, in modo che — una volta eseguito da parte dell'ente previdenziale lo sgravio parziale della iscrizione a ruolo, in ossequio alla pronuncia giudiziale — il concessionario potrà proseguire *in executivis* con lo stesso titolo che ha dato origine alla procedura.

La prima tesi appare preferibile: come detto, la legge richiede che la pretesa venga avanzata mediante ruolo, ma è evidente che non si possa impedire agli enti di acquisire un titolo diverso, e segnatamente — nell'esempio qui riportato — una sentenza di condanna; anzi, si è fatto osservare sul punto che — trattandosi di giudizio di opposizione ad una richiesta di condanna già avanzata in sede extragiudiziale (per una analisi unitaria di questa categoria di controversie, MISCIONE, 2001, 405) — qualora si accerti in giudizio la debenza parziale dei contributi iscritti a ruolo, il debitore potrà essere condannato a pagare il minor importo dovuto senza che sia necessaria la domanda di condanna da parte dell'ente previdenziale, essendo tale domanda contenuta in quella di rigetto integrale dell'opposizione (in termini, GATTO, 2003, 483).

12. — Il principio di alternatività degli strumenti di esecuzione.

Non sembra compiutamente persuasiva neanche la posizione di chi (FONZO, 2000, 1556) sostiene che in tali circostanze l'unica via percorribile sia quella della esecuzione ordinaria.

La riscossione esattoriale può infatti avere come presupposto una pretesa dell'Istituto previdenziale, ed in tal caso mira a conseguire la definitività con il decorso del termine per l'opposizione, ma nulla esclude che possa essere utilizzata anche per portare in esecuzione crediti che già risultino da titolo avente efficacia esecutiva, svolgendo in questo caso la funzione più limitata di mero atto della riscossione.

Opera, in definitiva, un principio di alternatività, per cui l'ente creditore può — ripeto: ove vi sia pronuncia di condanna — sia agire nelle vie ordinarie che procedere, previa emissione di provvedimento di sgravio parziale, con la riscossione esattoriale (22).

Fondamentale, sul punto, la pronuncia con la quale la Suprema Corte ha precisato che dalla previsione, ancorché espressa, di un determinato procedimento, non sia lecito argomentare — con carattere di necessità – il divieto del ricorso ad un procedimento alternativo, e che la riscossione mediante ruoli delle entrate non implichi, in ragione della sua stessa natura di strumento agevolativo per l'ente creditore, l'obbligo di avvalersene pregiudicando così la possibilità di far invece ricorso agli strumenti ordinari di recupero (23).

(22) Per una ipotesi di cartella che segue la fase giurisdizionale, cfr., ad es., Cass., 11 novembre 2004, n. 21477.

(23) Cass., 13 aprile 2001, n. 5540; v. anche, Cass., 25 gennaio 1999, n. 659, in *Foro It.,* 1999, I, 1883.

13. — I crediti contributivi ceduti e riscossi in deroga alla regola della iscrizione a ruolo.

Questo principio di alternatività degli strumenti della riscossione trova anche applicazione, nel senso, come dire, opposto, per tutti quei crediti per i quali, ai sensi della disciplina transitoria di cui all'art. 13 della legge n. 448 del 1998, come sostituito dall'art. 1 della legge n. 402 del 1999 (sulle questioni di diritto transitorio cfr., FONZO, 2001, 687; GUADAGNINO, 2002, 1573), era stato esclusa l'iscrizione a ruolo, e cioè per quelli oggetto a) di dilazione concessa antecedentemente al 30 novembre 1999; b) di regolarizzazione contributiva agevolata prevista da norme di legge; c) dei procedimenti civili di cognizione ordinaria e di esecuzione.

La deroga alla regola generale della iscrizione a ruolo sta infatti a significare che l'Ente può sicuramente procedere nelle vie ordinarie, (24) ma non costituisce certo una preclusione all'utilizzo di quello strumento di riscossione, una volta che esso viene generalizzato per tutte le entrate contributive con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 46 del 1999.

La *ratio* della stessa deroga trova infatti fondamento in quanto detto: l'iscrizione a ruolo è lo strumento ordinario con il quale gli enti previdenziali avanzano le proprie pretese contributive, mentre in tutte le altre ipotesi, ad esempio nel caso di azioni di cognizione ordinaria avviate prima della riforma, e definite con sentenza di condanna, è possibile procedere esecutivamente sia nelle vie ordinarie che con lo strumento del ruolo, che qui svolge però — in presenza di provvedimento giurisdizionale — funzione di mero atto della riscossione.

14. — La posizione di attore sostanziale dell'ente previdenziale convenuto e l'efficacia probatoria dei verbali ispettivi. L'art. 8 co. 5 del D. Lgs. n. 124 del 2004.

Sul piano processuale l'opposizione alla iscrizione a ruolo presenta evidenti analogie con l'opposizione a decreto ingiuntivo richiesto dagli Enti previdenziali (25).

L'Istituto previdenziale opposto è attore sostanziale (cfr., per tutti, MISCIONE, 2001, 406), ed è dunque onerato della prova del diritto vantato.

Più analiticamente, lo schema processuale, ben chiarito da una recentissima pronuncia della Suprema Corte di cassazione (26), prevede che l'Istituto previdenziale che chieda i contributi deve provare i fatti costitutivi, e cioè i presupposti normali della

(24) Per l'interpretazione della norma transitoria v., in giurisprudenza, trib. Vicenza, (ord.), 31 luglio 2001, in *Inf. Prev.,* 2001, 680, e, trib. Vicenza 22 agosto 2001, ivi, 684.

(25) Cfr., App. Genova, 1 settembre 2004, in *Inf. Prev.,* 2004, 914.

(26) Cass., 19 settembre 2005, n. 18481.

pretesa, mentre al datore di lavoro incombe provare le circostanze eccettuative, e quindi, ad esempio, i fatti che giustificano una ipotesi di riduzione della contribuzione (27).

Il più tipico mezzo di prova, per gli enti previdenziali, è il verbale di accertamento ispettivo, e da molti anni si discute sulla sua efficacia probatoria, così come sulla rilevanza, nel processo, delle dichiarazioni rese agli ispettori da terzi, ad esempio i lavoratori dipendenti dell'ingiunto.

La questione merita qui di essere brevemente richiamata, perché oggetto di un recente intervento normativo.

Con l'art. 8 co. 5 del D. Lgs. n. 124 del 2004 il legislatore ha infatti precisato che i verbali di accertamento "sono fonti di prova ai sensi della normativa vigente relativamente agli elementi di fatto acquisiti e documentati e possono essere utilizzati per l'adozione di eventuali provvedimenti sanzionatori, amministrativi e civili, da parte di altre amministrazioni interessate" (28).

A parte l'attribuzione della facoltà di utilizzare anche i verbali redatti da funzionari di altre amministrazioni, già riconosciuta dalla giurisprudenza (29), sembra che la disposizione debba essere interpretata semplicemente come recezione del principio giurisprudenziale secondo il quale "I verbali redatti dagli ispettori del lavoro, o comunque dai funzionari degli enti previdenziali, fanno fede fino a querela di falso, ai sensi dell'art. 2700 c.c., solo relativamente alla loro provenienza dal sottoscrittore, alle dichiarazioni a lui rese ed agli altri fatti che egli attesti come avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, mentre, per quanto riguarda le altre circostanze di fatto che egli segnali di avere accertato nel corso dell'inchiesta per averle apprese da terzi o in seguito ad altre indagini, i verbali, per la loro natura di atto pubblico, hanno un'attendibilità che può essere infirmata solo da una specifica prova contraria. Il materiale raccolto dal verbalizzante deve, quindi, essere liberamente apprezzato dal giudice, il quale può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può attribuirgli il valore di vero e proprio accertamento addossando all'opponente l'onere di fornire la prova dell'insussistenza dei fatti contestati" (30).

15. — Gli impedimenti alla iscrizione a ruolo: a) Adesione all'avviso bonario e modalità dell'adempimento.

L'art. 24 pone alcune regole procedurali per gli Istituti previdenziali nell'esercizio del potere di iscrizione a ruolo, che possono dare luogo alla illegittimità dello stesso in quanto emesso in carenza di potere.

(27) Cass., 28 settembre 2004, n. 19373.

(28) Per il commento a questa disposizione di legge, O. MANZI, *Note sull'efficacia processuale dei verbali di accertamento ispettivo dopo il D. LGS. n. 124 del 2004,* in *Riv. Dir. Sic. Soc.,* 2005, 357.

(29) Cfr. Cass., 11 giugno 2001, n. 7832, in *Mass. Giur. Lav.,* 2001, 1121, con nota di E. SIGNORINI, *Sulla motivazione* per relationem *dell'accertamento tributario.*

(30) Così, da ultimo, Cass., 12 agosto 2004, n. 15702.

Trattandosi di procedimento di diritto pubblico, questi impedimenti devono considerarsi condizioni di procedibilità, rilevabili anche d'ufficio. Tuttavia la eterogeneità delle situazioni rappresentate e la mancanza di una precisa disciplina degli effetti di questi eventuali vizi dell'atto impositivo richiedono un esame analitico delle fattispecie.

È evidente che la più tipica modalità di estinzione dell'obbligazione è l'adempimento, che se anteriore alla iscrizione a ruolo ne impedisce la stessa emissione, mentre ove successivo determina l'obbligo per l'ente di effettuare lo sgravio e l'eventuale interesse dell'ingiunto ad opporsi all'esecuzione senza limiti temporali, *ex* art. 615 c.p.c.

L'art. 24, co. 2, prevede, nella ipotesi in cui l'Ente solleciti tale modalità di estinzione richiedendo il pagamento mediante avviso bonario al debitore, che non si proceda alla iscrizione a ruolo se il debitore provvede a pagare le somme dovute entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso stesso. Qualora, poi, ricevuto l'avviso, il debitore presenti domanda di rateazione, e questa venga accolta, si procede alla iscrizione a ruolo delle rate.

Il contribuente, tuttavia, non può contestare la lesione di alcun interesse nel caso di mancato esercizio della facoltà da parte dell'Ente, puramente discrezionale.

Secondo il condivisibile convincimento di un giudice di merito (31) l'avviso non è atto autonomamente impugnabile, ed è pertanto inammissibile la domanda giudiziaria con la quale si chieda l'annullamento dello stesso, potendo invece il contribuente, prima della iscrizione a ruolo, proporre un giudizio di accertamento negativo del credito (cfr., *infra,* § 17).

16. — b) L'esaurimento del procedimento amministrativo come condizione di procedibilità per l'iscrizione a ruolo. La formazione del silenzio rigetto.

Un secondo motivo di impedimento alla iscrizione a ruolo è previsto dal comma 4°, in forza del "in caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'art. 25".

È evidente qui la *ratio* deflativa del contenzioso giudiziario nelle ipotesi in cui non sussista ancora la *definitività* amministrativa della pretesa dell'ente, e quindi sia ancora possibile il ritiro in sede di autocontrollo.

È opportuno però precisare che in materia di contributi il ricorso amministrativo è facoltativo — e quindi, a differenza dei ricorsi per prestazioni, non è condizione neanche di procedibilità — e deve essere proposto entro un termine di legge comunque non perentorio, ai sensi dell'art. 8 della legge n. 533 del 1973, che sancisce la irrilevanza dei vizi, delle preclusioni e delle decadenze verificatisi nelle procedure amministrative riguardanti

(31) Trib. Agrigento, 3 giugno 2003, in *Inf. Prev.,* 2004, 923.

le controversie previdenziali. Da ciò deriva che l'effetto sospensivo in esame deve essere riconosciuto anche al ricorso amministrativo proposto oltre i termini.

Quanto poi alla interpretazione della locuzione "dopo la decisione del competente organo amministrativo" si è correttamente fatto rilevare (NICOLINI, 2002, 487) che questa decisione non deve essere necessariamente esplicita, poiché la legge dispone che, decorso inutilmente il termine previsto per la decisione, il ricorso si intende respinto. Con la formazione del silenzio rigetto viene quindi a cadere l'impedimento alla iscrizione al ruolo, che anzi deve essere comunque effettuata entro i termini di decadenza.

È comunque necessario non confondere l'effetto sospensivo del procedimento, provocato dalla presentazione del ricorso amministrativo, con la possibilità, per l'ente, di sospendere la riscossione in pendenza di gravame amministrativo. Questa facoltà, espressamente prevista dall'art. 25 co. 2 del D. Lgs. n. 46 del 1999, regola la fattispecie, evidentemente diversa, di ricorso amministrativo proposto dopo l'iscrizione a ruolo, per la quale ovviamente non opera la preclusione di cui si è detto. Come è stato acutamente osservato (PERINA, 2002, 1503), qui si tratta di sospensione amministrativa della sola riscossione, e quindi dell'attività esecutiva che il concessionario deve intraprendere decorsi sessanta giorni dalla notifica della cartella, ma che in alcun modo incide sul termine di quaranta giorni per la proposizione dell'opposizione di merito.

17. — c) Giudizio di accertamento negativo instaurato dal contribuente e paralisi dell'iscrizione a ruolo fino alla definizione della controversia. La natura cautelare del provvedimento esecutivo del giudice che restituisce all'ente previdenziale la potestà impositiva. La domanda riconvenzionale di condanna al pagamento della contribuzione.

Nella categoria dei cc.dd. *impedimenti* alla iscrizione a ruolo riveste posizione di assoluta centralità la condizione sospensiva prevista dal co. 3 dell'art. 24, per cui "se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di provvedimento esecutivo del giudice".

In altri termini, l'iscrizione a ruolo effettuata in data successiva al deposito presso la cancelleria del tribunale del ricorso in accertamento negativo dell'obbligo contributivo deve considerarsi illegittima (32), perché la legge inibisce la stessa possibilità per l'ente di avanzare una pretesa ormai all'esame dell'organo giurisdizionale (sul pericoloso incrocio tra le date di iscrizione a ruolo, deposito del ricorso e notifica di quest'ultimo all'ente previdenziale, CAPURSO, 2002, 1567).

(32) Sul punto cfr., trib. Modena, 8 giugno 2001, in *Lav. Giur.,* 2001, 847.

Sulla nozione — peraltro impropria, essendo più corretto parlare di giudizio di accertamento negativo — di *impugnazione dell'accertamento* sembra prevalere una interpretazione estensiva, volta a far rientrare, forse superando la lettera della norma, tutti i casi in cui venga portato davanti al giudice l'esame del presupposto, anche se investigato incidentalmente — purché *inter partes* — anche in relazione ad un *petitum* che non sia il pagamento della contribuzione. Si è così ritenuta "illegittima l'iscrizione a ruolo dei crediti contributivi previdenziali qualora (…) detta iscrizione derivi da un accertamento dell'Ente previdenziale previamente contestato in giudizio, anche attraverso il ricorso in opposizione a ordinanza ingiunzione per ragioni inerenti il merito della pretesa" (33).

Si discute molto, invece, sulla natura del *provvedimento esecutivo del giudice* che restituisce all'ente la potestà impositiva, in pendenza del giudizio, ed in particolare se possa considerarsi tale la sentenza di primo grado di rigetto della domanda.

Alcuni (ASPRELLA, 1999, 866) propendono per la soluzione affermativa, ma altrove (CAPURSO, 2001, 126) ho già avuto modo di replicare che la sentenza di mero accertamento negativo — per dottrina e giurisprudenza risalenti e consolidate — è provvedimento non esecutivo, perché "l'anticipazione dell'efficacia della sentenza rispetto al suo passaggio in giudicato ha riguardo soltanto al momento della esecutività della pronuncia, con la conseguenza (atteso il nesso di correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata) che la disciplina dell'esecuzione provvisoria di cui all'art. 282 c.p.c. trova legittima attuazione soltanto con riferimento alle sentenze di condanna, le uniche idonee, per loro natura, a costituire titolo esecutivo, postulando il concetto stesso di esecuzione un'esigenza di adeguamento della realtà al *decisum* che, evidentemente, manca sia nelle pronunce di natura costitutiva che in quelle di accertamento" (34).

Si deve quindi necessariamente ritenere che l'impedimento venga rimosso solo con il passaggio in giudicato della sentenza, momento che infatti costituisce anche *dies a quo* per il decorso del termine di decadenza per l'iscrizione a ruolo.

I principi di economia processuale e di logica giuridica che presiedono a tale disposizione, che intende evitare la notifica di atti inutili e vessatori nei confronti di soggetti che già si sono opposti in giudizio (35), cedono quindi il passo solo davanti ad esigenze di natura cautelare, che possono essere avanzate dall'ente previdenziale — in presenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* — con la richiesta di un *provvedimento esecutivo,* che può dunque concretarsi in un provvedimento *ex* art. 700 c.p.c., oppure — argomentando *ex* art. 423 c.p.c. — in una ordinanza di autorizzazione ad iscrivere a ruolo la parte del credito incorporata nel verbale ma non oggetto di contestazione o per la quale il giudice ritenga già raggiunta la prova (critici, sul punto, CUNATI, 2002, 33; GUADAGNINO, 2005, 32).

(33) Trib. Modena, 14 aprile 2005, *ivi,* 2005, 863.

(34) Così, Cass., 6 febbraio 1999, n. 1037, in *Il Fallimento e procedure concorsuali,* 2000, 142; v. anche, di recente, Cass., 10 novembre 2004, n. 21367.

(35) Così, in motivazione, trib. Ravenna, 28 gennaio 2003, in *Lav. Giur.,* 2003, 1147.

Non può peraltro essere messa in discussione la possibilità di proporre domanda riconvenzionale di condanna al pagamento dei contributi accertati, ed anzi appare proprio questo lo strumento processuale più idoneo per consentire agli enti di evitare l'attesa del passaggio in giudicato della sentenza. La sentenza di condanna, infatti, anche di primo grado, in forza della provvisoria esecutività, è sia *provvedimento esecutivo* idoneo *ex* art. 24 alla iscrizione a ruolo, che autonomo titolo per procedere alla riscossione nelle forme ordinarie.

18. (segue) — La ripartizione degli oneri probatori. Cass. n. 23229 del 2004.

Molto delicato, nelle controversie in accertamento negativo, il problema della ripartizione degli oneri probatori.

L'indiscutibile vantaggio, per il contribuente ricorrente, di bloccare la procedura esecutiva, è infatti controbilanciato dal pesante onere processuale di provare in causa l'insussistenza dell'obbligo contributivo, e ciò in ragione del principio secondo cui "l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto *fatti negativi,* in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo" (36).

L'assetto degli oneri probatori si presenta invece ancora diverso nella ipotesi — *supra* ipotizzata — di domanda riconvenzionale proposta dall'ente previdenziale per chiedere la condanna al pagamento della contribuzione, perché "qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo di un diritto del convenuto e questo ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria, ma formuli, a sua volta, domanda riconvenzionale per conseguire il riconoscimento del diritto negato da controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive e contrapposte pretese, restando soccombente chi non assolva tale onere" (37).

(36) Cass., 13 dicembre 2004, n. 23229, in *Inf. Prev.,* 2004, 1089, dove la Corte ha confermato la sentenza di merito, di rigetto della domanda di accertamento negativo della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, proposta al fine di contrastare l'esistenza di una obbligazione contributiva, in quanto il ricorrente non aveva provato nè chiesto di provare alcun fatto positivo antitetico con i dati del verbale ispettivo dell'Inps da cui risultava l'esistenza di lavoratori subordinati, nè aveva fornito elementi presuntivi in contrasto.

(37) Così, Cass., 16 giugno 2005, n. 12963.

19. — d) I termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo. La tesi della decadenza procedimentale.

Giunti a questo punto, dovrebbe essere ormai chiaro a tutti che la conseguita armonizzazione tra i procedimenti di riscossione coattiva, dei tributi e dei contributi, non può comportare (come già aveva opportunamente rilevato NICOLINI, 2002, 450) la automatica recezione, nella materia previdenziale, delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza tributarie, in considerazione anche delle numerose specificità che caratterizzano il rapporto contributivo.

Si è ad esempio appena vista la centralità che può assumere, in tema di opposizioni per contributi, il giudizio di accertamento negativo, che invece è precluso nel processo tributario, retto dal principio della tipicità degli atti impugnabili (38).

Quanto detto vale anche per l'interpretazione della disposizione — contenuta nell'art. 25 del D. Lgs. n. 46 del 1999 — che fissa dei termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo dei crediti degli enti pubblici previdenziali, con il duplice obiettivo, credo di poter rilevare, di accelerare la fase della riscossione, ed al tempo stesso di impedire che i debitori possano restare esposti a lungo al rischio di aggressione da parte del creditore.

Si tratta anche in questo caso di un impedimento, ma che qui opera come condizione risolutiva dell'esercizio della potestà di iscrizione a ruolo.

Più analiticamente, nel caso di crediti che scaturiscono da autodichiarazioni dei contribuenti il termine è stabilito alla fine dell'anno successivo alla scadenza del versamento, o dalla data di conoscenza da parte dell'ente se la comunicazione è tardiva, mentre per i crediti accertati in sede ispettiva la decadenza si compie alla fine dell'anno successivo alla notifica del verbale, salvo che quest'ultimo sia stato impugnato con giudizio di accertamento negativo, slittando in tal caso al 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui il provvedimento è divenuto definitivo.

Occorre comunque ricordare che le continue proroghe alla entrata in vigore della disciplina (39), fino alla attuale formulazione dell'art. 36 co. 6 del D. Lgs. n. 46 del 1999, come modificato da ultimo con l'art. 4 co. 25 della Legge n. 350 del 2003, secondo cui le disposizioni sulla decadenza si applicano ai contributi non versati e agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2004, comportano che le prime ipotesi di decadenza potranno venire in essere solo a far data dal 1° gennaio del 2006.

La dottrina ritiene, compatta (FONZO, 2000, 1555; NICOLINI, 2002, 487; CUCCURRU, 2003, 696; SCHIAVONE, 2003), che, stante anche l'inequivocabile titolo della rubrica dell'art. 25, il decorso del termine determini una decadenza meramente procedimentale, con preclusione dall'utilizzo dello strumento della riscossione, e non con estinzione *ex lege* del diritto di credito; si deve quindi ritenere che gli enti possano (anzi debbano) far valere tali crediti — ovviamente nei limiti prescrizionali — nelle

(38) Da ultimo, Cass., 9 giugno 2003, n. 9181, in *Il Fisco,* 2003, 4454.

(39) Cfr. art. 78 L. n. 388 del 2000 e art. 38 L. n. 289 del 2002.

forme ordinarie. È questo un ulteriore profilo di accentuato distacco dalla materia tributaria, nella quale la decadenza dell'ufficio determina l'estinzione dell'obbligo.

Resta il dubbio se l'intervenuta decadenza possa essere rilevata d'ufficio o costituisca eccezione in senso proprio, che l'opponente deve tempestivamente sollevare nel ricorso introduttivo (come già argomentato da FONZO, 2000, 1555).

Ho piena consapevolezza del principio espresso, in materia tributaria, dalla Corte di cassazione, secondo cui "il termine di decadenza stabilito, a carico dell'ufficio tributario ed in favore del contribuente, per l'esercizio del potere impositivo ha natura sostanziale e non appartiene a materia sottratta alla disponibilità delle parti, in quanto tale decadenza non attiene alla materia dei diritti indisponibili dello Stato alla percezione dei tributi, ma incide unicamente sul diritto del contribuente a non vedere esposto il proprio patrimonio — oltre un certo limite di tempo — alle pretese del fisco, sicchè è riservata alla valutazione del contribuente stesso la scelta di avvalersi o meno della relativa eccezione. Pertanto, ai sensi dell'art. 2969 c.c., detta decadenza non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, con l'ulteriore conseguenza che (…) la relativa eccezione non può essere proposta per la prima volta in grado d'appello" (40).

Credo però che nella materia previdenziale le decadenze abbiano natura pubblicistica, e che quindi appare preferibile la tesi (PERINA, 2003, 636; SCHIAVONE, 2003) che inquadra il vizio di nullità della iscrizione a ruolo tardiva come rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

20. — Rapporti di lavoro certificati e verbali ispettivi che ne disconoscono il contenuto. Preclusione alla iscrizione al ruolo o solo alla sua esecutorietà?

L'art. 79 del D. Lgs. n. 276 del 2003 prevede che "gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80", e quest'ultimo articolo precisa che "nei confronti dell'atto di certificazione, le parti e i terzi nella cui sfera giuridica l'atto stesso è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso, presso l'autorità giudiziaria (…) per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione".

Si pone qui il difficile problema del rapporto tra certificazione del rapporto di lavoro e potestà degli enti previdenziali di iscrivere a ruolo crediti fondati su verbali ispettivi che disconoscano il contenuto della certificazione.

Si tratta di un nuovo impedimento all'iscrizione a ruolo dei crediti contributivi?

(40) Così, Cass., 22 novembre 2004, n. 22015; v. anche, Cass. 20 febbraio 2003, n. 2552.

Sul punto le posizioni assunte dalla dottrina sono molto variegate (41).

Vi è, ad esempio, chi sostiene che la certificazione non possa costituire preclusione alla iscrizione a ruolo del credito, venendo poi rimessa alla valutazione del debitore ingiunto la scelta di avvalersi in sede di opposizione alla pretesa contributiva della certificazione, la cui rispondenza all'assetto reale del rapporto di lavoro può costituire oggetto di accertamento incidentale (42).

Oggi appaiono però prevalenti le posizioni di chi ritiene che la certificazione abbia un effetto preclusivo nei confronti dell'attività di riscossione degli enti, benché si discuta sull'oggetto della preclusione.

Secondo la tesi più accreditata, peraltro recepita dall'INPS con circ. n. 71 del 1° giugno del 2005, la certificazione costituisce vero e proprio impedimento alla iscrizione a ruolo, che dunque deve considerarsi illegittima se in contrasto con essa (43). Contro la stessa gli enti devono pertanto avviare preventivamente il ricorso giudiziario, preceduto dal tentativo di conciliazione, come espressamente previsto dall'art. 80 del D. Lgs. n. 276 del 2003.

Ho già avuto modo di rilevare (CAPURSO, 2005, 1036) come le evidenti incongruenze cui dà luogo — incidendo sul principio generale di autonomia del rapporto contributivo — questa impropria sospensione dell'esercizio dei diritti di credito da parte degli enti pubblici (44) possono forse essere superate interpretando la norma nel senso che gli effetti giuridici della certificazione destinati a permanere fino alla sentenza di merito non siano quelli sostanziali, che riguardano cioè il potere di autotutela degli enti, ma gli effetti che operano sul piano della attuazione effettiva del diritto, e che quindi non costituiscono preclusione all'esercizio del potere amministrativo, ma solo alla sua esecutorietà (45).

Secondo questa posizione, in sintesi, gli enti potrebbero iscrivere a ruolo un credito in presenza di verbale di accertamento che inquadri il rapporto di lavoro in modo difforme ma — in caso di impugnazione — non potrebbero avviare la riscossione fino alla pronuncia giudiziale, perché ogni attività diretta al recupero coattivo del credito sarebbe affetta da nullità, in forza del chiaro disposto del citato art. 79.

---

(41) Per una ricognizione delle diverse posizioni rinvio a P. CAPURSO, *Sulla efficacia legale della certificazione nel rapporto contributivo,* in *Riv. Dir. Sic. Soc.,* 2005, 329.

(42) In questo senso, ad esempio, G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti,* in *Lavoro e Diritti* (a cura di CURZIO P.), CACUCCI, 2004, 439; F. BORLA, *Profili previdenziali dei rapporti di lavoro,* in *Inf. Prev.,* 2003, 1520.

(43) M. CINELLI e C.A. NICOLINI, *Il DPEF per gli anni 2004-2007; la previdenza nel decreto di attuazione della "Legge Biagi",* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2003, III, 183; A. VALLEBONA, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2005, 267.

(44) Incongruenze evidenziate da A. TODARO, *Flessibilità dei contratti di lavoro e aspetti previdenziali,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2004, 928; ID., *L'impatto previdenziale della riforma del lavoro,* in *Inf. Prev.,* 2004, 462; F. BORLA, *op. cit.,* 1522.

(45) Cfr. anche A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro, Working paper* n. 41/2004, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", in www.unict.it.

Occorre comunque dire che la differenza tra queste due posizioni è molto meno accentuata di quanto sembri.

Nessun autore sembra infatti mettere in discussione la possibilità, per l'Istituto previdenziale, di chiedere, nello stesso giudizio di cognizione, l'accertamento della erroneità e/o difformità della certificazione e la condanna al pagamento dei contributi che la legge prevede per il rapporto di lavoro effettivamente instaurato.

In entrambi i casi l'unico effetto è dunque che non è possibile procedere ad esecuzione coattiva fino alla sentenza di merito, mentre sul piano processuale la posizione delle parti è identica, perché, come si è visto (*supra*, § 14), l'onere della prova è posto a carico dell'ente anche nella veste di convenuto opposto (46).

Piuttosto vale la pena di evidenziare — in conclusione — come si aggiunga in questo modo un ulteriore caso in cui opera il principio di alternatività degli strumenti della riscossione; ed infatti la sentenza che accerta l'erroneità della certificazione e condanna al pagamento dei contributi previdenziali previsti per il rapporto di lavoro effettivamente instaurato costituisce autonomo titolo esecutivo, che può essere riscosso coattivamente sia mediante ruolo che nelle forme di cui agli artt. 474 e segg. c.p.c..

Riferimenti Bibliografici

ASPRELLA, Cristina (1999) *La nuova esecuzione esattoriale,* in *Nuove Leggi Civili Commentate,* 840-883.

CAPURSO, Pietro (2001) *Iscrizione a ruolo dei crediti contributivi e processo del lavoro,* in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 123-27.

CAPURSO, Pietro (2002) *Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi,* in *Informazione Previdenziale,* 1553-1572.

CAPURSO, Pietro (2005) *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e n. 124/2004,* in *Lavoro e Previdenza Oggi,* 1021-1043.

CINELLI, Maurizio (2002) *L'operazione di cessione dei crediti: considerazioni sui nuovi problemi del contenzioso in materia di contributi previdenziali,* in *Informazione Previdenziale,* 1485-1492.

CUCCHI, Bruno (2002) *La disciplina della riscossione coattiva mediante ruolo (cd. esecuzione esattoriale),* Cedam, Milano, pp. 304.

CUCCURRU, Giommaria (2003) *Definizione del giudizio di opposizione a cartella esattoriale in materia previdenziale,* in *Informazione Previdenziale,* 687-699.

(46) *Contra,* A. VALLEBONA, *op. cit.,* 268, il quale rileva invece che questo *"determina una utile coincidenza della posizione formale e sostanziale di ciascuna parte del processo, poiché l'aggressore in senso sostanziale (ente previdenziale; direzione provinciale del lavoro) è costretto ad assumere anche la posizione di attore in senso formale per rimuovere la certificazione".*

CUNATI, Renzo (2002) *La riscossione tramite ruoli esattoriali e la cartolarizzazione dei crediti previdenziali INPS e INAIL,* in *Lavoro e Previdenza Oggi,* 23-45.

DE RUVO, Gaetano (2002) *Brevi osservazioni in materia di cartolarizzazione, con particolare riferimento alla cartolarizzazione dei crediti INPS e INAIL ed alla cessione di credito futuro,* in *Informazione Previdenziale,* 1589-1593.

FANTUZZI, Federica (2004) *Natura del termine per l'opposizione all'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali (nota a App. Bologna, 2 agosto 2003),* in *Lavoro e Previdenza Oggi,* 594-609.

FERRAÙ, Giovanni (2003) *Riscossione dei contributi previdenziali a mezzo ruolo: la controversa natura del termine di opposizione alla cartella* (nota a Trib. Parma, 24 gennaio 2003), in *Il Lavoro nella giurisprudenza,* 558-562.

FERRAÙ, Giovanni (2005a) *Perentorietà del termine di riscossione dei crediti previdenziali (nota a App. Venezia, 1 marzo 2005),* in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 766-771.

FERRAÙ, Giovanni (2005b) *Riscossione a mezzo ruolo di contributi previdenziali (nota a trib. Parma, 19 novembre 2004),* in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 566-568.

FONZO, Fabio (2000) *Cessione dei crediti contributivi dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e riscossione coattiva mediante ruolo,* in *Informazione Previdenziale,* 1528-1558 (nonché in *Informazione Previdenziale,* 2002, 1519-1550).

FONZO, Fabio (2001) *Ambito di competenza dell'INPS per il recupero dei crediti contributivi relativi a periodi anteriori alla cessione per la cartolarizzazione* (nota a trib. Vicenza, 31 luglio 2001, (ord.); 31 luglio 2001; 22 agosto 2001) in *Informazione Previdenziale,* 687-691.

FONZO, Fabio (2004) *L'operazione di cessione e cartolarizzazione dei crediti contributivi previdenziali: questioni applicative e processuali,* in *Giurisprudenza Italiana,* V, 686-689.

GATTO, Lisa (2003) *Rapporto tra ruolo e sentenza nel caso di accoglimento parziale dell'opposizione ex art 24 del d. lgs. n. 46/99* (nota a App. Genova, 2 ottobre 2002), in *Informazione Previdenziale,* 477-483.

GUADAGNINO, Angelo (2002) *Dalla cessione dei crediti INPS alla riscossione mediante ruolo: questioni di diritto intertemporale,* in *Informazione Previdenziale,* 1573-1588.

GUADAGNINO, Angelo (2005) *I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il decreto legislativo n. 124/2004,* in *Lavoro e Previdenza Oggi,* 1-37.

MANZI, Oreste (2005) *La riscossione esattoriale dei contributi previdenziali: orientamenti giurisprudenziali,* in corso di pubblicazione.

MISCIONE, Michele (2001) *L'opposizione a decreto ingiuntivo e ad altre pretese già avanzate,* in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 405-411.

NICOLINI, Carlo Alberto (2003) *Problemi del contenzioso in tema di recupero contributivo mediante ruoli,* in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale,* 447-503.

NODARI, Paola (2003a) *Illegittimità dell'iscrizione a ruolo e contestazione dell'accertamento dell'Inps* (nota a Trib. Ravenna, 28 gennaio 2003), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 1148-1152.

NODARI, Paola (2003b) *Opposizione contro l'iscrizione a ruolo nella riscossione dei contributi previdenziali* (nota a trib. Bologna, 26 settembre 2002), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 563-566.

NODARI, Paola (2004) *Crediti contributivi: perentorietà o mera ordinatorietà del termine stabilito dall'art. 24, comma 5, D. Lgs. n. 46/1999?* (nota a App. Bologna, 15 maggio 2003), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 483-486.

PERINA, Luigi (2002) *Questioni processuali inerenti al ruolo,* in *Informazione Previdenziale,* 1493-518 (nonché in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 2003, 627-640, con il titolo *Cessione, cartolarizzazione e riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi*).

RATTI, Luca (2005) *Anche l'opposizione a ordinanza ingiunzione rende illegittima la successiva iscrizione a ruolo del credito previdenziale,* (nota a trib. Modena, 14 aprile 2005), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza,* 864-869.

SCHIAVONE, Gaetano (2003) *La nuova realizzazione dei crediti previdenziali ceduti in massa,* in *www.unicz.it.*

ANTONIO CIMMINO

Avvocato INPS

TOTALIZZAZIONE MULTIPLA ED ESPORTABILITÀ DELLE PRESTAZIONI SPECIALI PECUNIARIE A CARATTERE NON CONTRIBUTIVO NEL RECENTE DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE

Sommario: 1. - Premessa. 2. - L'applicazione del regolamento n. 1408/71 CEE ad opera dell'INPS: principali aspetti critici. 3. - La totalizzazione multipla. 3a. - L'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee. 3b. - La posizione degli Organismi comunitari: la Commissione amministrativa delle Comunità Europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti. 3c. - La posizione dell'INPS. 3d. - L'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione. 3e. - Considerazioni conclusive. 4. - L'esportabilità delle prestazioni speciali pecuniarie a carattere non contributivo. 4a. - L'integrazione pensionistica al trattamento minimo. 4b. - Il caso Marcaletti: la sentenza mai scritta. 4c. - Il caso Stinco e Panfilo. 4d. - L'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione. 4e. - Il caso Koschintzki. 4f. - Dalla sentenza Stinco e Panfilo alla Koschintzki: considerazioni conclusive.

1. — Premessa.

Tra i soggetti a diverso titolo coinvolti in ambito nazionale nell'applicazione del regolamento n. 1408/71 CEE, l'Istituto Nazionale della Previdenza sociale rappresenta una delle figure che maggiormente hanno contributo all'emersione di rilevanti problematiche, di vasta eco nell'Unione europea.

La posizione di centralità che l'INPS riveste nel sistema italiano della sicurezza sociale ha reso quasi fisiologico, se non necessitato, il ruolo dialettico da esso svolto.

Nel quarto dei *consideranda* che preludono all'articolato del regolamento in esame, si legge come il Legislatore europeo abbia tenuto in debita considerazione il rispetto delle *"caratteristiche proprie alle legislazioni nazionali della sicurezza sociale",* sicché il regolamento stesso altro non configurerebbe se non uno strumento concepito al solo fine *"di elaborare unicamente un sistema di coordinamento".*

La preoccupazione di evitare "fughe in avanti", che prefigurassero la base prodromica di un costituendo modello integrato di sicurezza sociale in Europa, appare più che palese e trova eco anche nella giurisprudenza del Supremo Giudice comunitario *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 7 febbraio 1991, causa C-227/89, Roenfeldt/Bundesversicherungsanstalt fuer angestellte,* in Raccolta della giurisprudenza 1991, I-00323; *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 22 aprile 1993, causa C-65/92, Office national des pensions/Levatino,* in Raccolta della giurisprudenza 1993, I-02005; *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 5 ottobre 1994, causa C-165/91, Van Munster/Rijksdienst voor pensionen,* in Raccolta della giurisprudenza 1994, I-04661).

La normativa comunitaria in materia di previdenza sociale, non potendo aver l'effetto di modificare la normativa nazionale *(Roenfeldt, Levatino),* mira unicamente al coordinamento, non alla armonizzazione dei diversi regimi di sicurezza sociale degli Stati membri: è compito esclusivo di questi ultimi determinarne struttura e caratteristiche.

Quindi continuano a resistere inevitabili disparità fra i regimi, in ragione degli obiettivi nazionali, tanto per le condizioni di erogazione quanto per l'entità delle prestazioni, comunque nel rispetto dei principi generali fissati dal Trattato CE: segnatamente, la parità di trattamento e la non discriminazione in base alla cittadinanza .

Tuttavia, pur nella loro accezione minimalista, le norme del regolamento n. 1408/71 CEE rappresenteranno ancora per lungo tempo (sino all'entrata in vigore, condizionata alla negoziazione della normativa di attuazione, del regolamento del 29 aprile 2004 n. 833/2004 CE), la fonte regolatrice di fenomeni la cui incidenza andrà verosimilmente evidenziandosi ulteriormente a seguito della conclusione delle trattative per l'adesione dei nuovi Stati membri, come evidentemente traspare al punto 3.3.1 della comunicazione inviata dalla Commissione al Parlamento europeo il 16 novembre 2004 (COM 2004 752).

2. — *L'applicazione del regolamento n. 1408/71 CEE ad opera dell'INPS: principali aspetti critici.*

Per rimanere al periodo meno risalente nel tempo, preme qui sottolineare come i fronti, sui quali si è realizzata una frattura in ordine all'applicazione *ratione materiae* del regolamento in esame, siano essenzialmente due.

Da un lato, appare verosimilmente definito il contrasto che ha riguardato la tematica della totalizzazione multipla.

Dall'altro, in chiave ancora antinomica deve leggersi la vicenda che attiene alla esportabilità delle prestazioni speciali pecuniarie a carattere non contributivo (ed, in specie, dell'integrazione pensionistica al trattamento minimo), rispetto alla quale persistono rilevanti profili di criticità.

3. — La totalizzazione multipla.

Il primo dei temi sui quali si è recentemente misurato un contrasto interpretativo, adesso apparentemente composto, è quello della totalizzazione multipla che è realizzabile quando, tra uno Stato membro ed uno Stato terzo, sia stata stipulata una convenzione internazionale in materia di sicurezza sociale e la stessa convenzione venga poi invocata da un cittadino comunitario, ai fini della totalizzazione dei periodi lavorativi maturati in due o più Stati membri (oltre che, segnatamente, nello Stato terzo), nonostante l'insussistenza di alcuna convenzione stipulata tra lo Stato terzo in questione e lo Stato membro (o, gli Stati membri), estranei alla medesima convenzione internazionale la cui applicazione è reclamata.

3a. — L'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Dapprima, in *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 2 agosto 1993, causa C-23/92, Grana Novoa/Landesversicherungsanstalt* (in Raccolta della giurisprudenza 1993, I-04505), il Giudice europeo ha ritenuto che gli articoli 3, paragrafo 1, ed 1, lettera j, del regolamento n. 1408/71 CEE dovessero essere interpretati *"nel senso che la nozione di "legislazione", contemplata in detti articoli, non comprende le disposizioni delle convenzioni internazionali in materia previdenziale stipulate tra un solo Stato membro ed uno Stato terzo. Detta interpretazione non è inficiata dal fatto che dette convenzioni sono state recepite, trasformandole in legge, nell'ordinamento giuridico nazionale dello Stato membro interessato"*.

La fattispecie riguarda una cittadina spagnola che rivendica davanti all'Ente previdenziale tedesco, a fini pensionistici d'invalidità, il diritto alla totalizzazione dei contributi maturatati in conseguenza di periodi lavorativi trascorsi in Germania ed in Svizzera, il tutto in forza della convenzione internazionale in materia di sicurezza sociale esistente tra i due Paesi. La Grana Navoa non ha mai lavorato nel proprio Paese d'origine.

Il passaggio successivo (ed, a meno di un clamoroso overrule, finale) è rappresentato dalla sentenza della *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 15 gennaio 2002, causa 4 C-55/00, Gottardo/INPS* (in Raccolta della giurisprudenza 2002, I-00413), nella quale il Giudice comunitario ha:

— per un verso, anche se costretto *"a passare attraverso un'equiparazione dei diritti dei lavoratori a quelli delle imprese",* preso atto del nuovo corso esegetico che aveva per la prima volta preso corpo nella sentenza della *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN* (in Raccolta della giurisprudenza 1999, I-06161), come del resto autorevolmente evidenziato (punto 26 *delle conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomer del 5 aprile 2001*

nella causa C-55/00, Gottardo contro INPS, in Raccolta della giurisprudenza 2002, I-00413);

— per altro verso, fatta consequenziale applicazione del suddetto indirizzo attraverso un lapidario dispositivo che così recita: *"gli enti previdenziali competenti di un primo Stato membro sono tenuti, conformemente agli obblighi comunitari loro incombenti in virtù dell'art. 39 CE, a prendere in considerazione, ai fini dell'acquisizione del diritto a prestazioni di vecchiaia, i periodi contributivi maturati in un paese terzo da un cittadino di un secondo Stato membro quando, a parità di situazioni contributive, i detti enti, in applicazione di una convenzione internazionale bilaterale tra il primo Stato membro e il paese terzo, computano i periodi di tale natura maturati dai loro stessi cittadini".*

3b. — La posizione degli Organismi comunitari: la Commissione amministrativa delle Comunità Europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti.

La Commissione amministrativa delle Comunità Europee per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti – CASSTM, operante ai sensi dell'art. 80 e seguenti del regolamento n. 1408/71 CEE ha, dal suo canto, emanato la raccomandazione n. 22 del 18 giugno 2003 (in GUCE del 13 dicembre 2003, L 326), nella quale così conclude:

"1. I vantaggi derivanti, in materia di pensioni, da una convenzione di sicurezza sociale tra uno Stato membro e uno Stato terzo prevista per i lavoratori nazionali (autonomi e dipendenti) sono di massima concessi ai lavoratori (autonomi e dipendenti) cittadini di altri Stati membri nella stessa situazione obiettiva in applicazione del principio della parità di trattamento e di non discriminazione tra lavoratori nazionali e cittadini di altri Stati membri che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione in virtù dell'articolo 39 CE.

2. Le nuove convenzioni bilaterali di sicurezza sociale concluse tra uno Stato membro e uno Stato terzo dovrebbero contenere un riferimento specifico al principio di non discriminazione a motivo della nazionalità dei cittadini di un altro Stato membro che hanno esercitato il diritto alla libera circolazione nello Stato membro partecipe della convenzione in questione.

3. Gli Stati membri informano le istituzioni degli Stati con i quali hanno firmato convenzioni di sicurezza sociale, il cui campo di applicazione personale o materiale include unicamente i cittadini, circa le implicazioni della giurisprudenza Gottardo e chiedono la loro collaborazione per applicare la decisione della Corte. Gli Stati membri che intrattengono convenzioni bilaterali con uno stesso Stato terzo possono prendere iniziative congiunte per effettuare la richiesta di collaborazione. È ovvio che tale collaborazione rappresenta una condizione indispensabile per il rispetto della giurisprudenza.".

3c. — La posizione dell'INPS.

L'INPS, nel prendere atto tanto dell'indirizzo giurisprudenziale formatosi presso la Corte di Giustizia quanto della raccomandazione CASSTM n. 22/2003, ha emanato la circolare del 9 luglio 2004 n. 104, attraverso la quale è stata precisata la disciplina di dettaglio, in termini di prassi amministrativa, al fine di rendere effettivo quanto scaturito dall'*iter* sopra descritto.

Il sommario della suddetta circolare, significativamente, così recita: *"In base ai principi enunciati dalla Corte di Giustizia con la sentenza Gottardo/INPS, non può negarsi ad un cittadino comunitario quello che, in base ad una convenzione bilaterale di sicurezza sociale tra uno Stato terzo ed uno Stato membro, viene concesso ai cittadini di tale ultimo Stato membro".*

3d. — L'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione.

Non sempre univoco è apparso, viceversa, l'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Suprema Corte italiana.

Infatti, in *Cassazione 10 settembre 2003 n. 13273/03 - INPS c. Verdiglione,* il Verdiglione, sull'incontestato presupposto fattuale costituito dalla maturazione di contribuzione assicurativa in Germania ed Australia (oltre che in Italia), chiede all'INPS la liquidazione della pensione di vecchiaia ritenendo che il requisito contributivo sia perfezionato in ragione della totalizzazione dell'intero monte contributivo (*ex* art. 46 del regolamento n. 1408/71 CEE), nonostante l'insussitenza di alcuna convenzione internazionale in materia di sicurezza sociale tra Australia e Germania (viceversa, esistendone una soltanto tra Italia ed Australia).

L'*iter* argomentativo qui seguito dal Supremo Collegio lascia perplessi dal momento che, nel denegare il diritto alla totalizzazione, si è operata una *relatio* alla sentenza *Grana Novoa* (mentre non v'è riferimento al nuovo corso interpretativo del Giudice comunitario che ha trovato espressione nella successiva sentenza *Gottardo*).

Del tutto peculiare appare, per altro verso, la sintesi interpretativa adottata in *Cassazione 28 giugno 2003 n. 10305/03 - INPS c. Crusco:* in questo caso il Crusco rivendica il diritto alla pensione di anzianità, previa totalizzazione (ex art. 46 del regolamento n. 1408/71 CEE) della contribuzione assicurativa maturata in Francia e Stati Uniti (oltre che in Italia). Deve precisarsi che l'Italia ha stipulato distinte convenzioni internazionali in materia di sicurezza sociale con Francia e Stati Uniti (che però, viceversa, non hanno reciprocamente stipulato alcuna convenzione bilaterale in merito).

Nella fattispecie la Corte di Cassazione per un verso, nega l'applicabilità dell'indirizzo giurisprudenziale comunitario espresso in *Grana Novoa,* in ragione della totale distinzione tra le rispettive fattispecie.

Afferma infatti il Giudice della nomofilachia che in *Grana Novoa "l'assicurata chiedeva di avvalersi di una convenzione stipulata non dal proprio Stato (Spagna), ma da uno Stato membro (Germania) nei confronti di uno Stato terzo (Svizzera); nella specie (Crusco, ndr) viceversa, il cittadino italiano fa valere esclusivamente obblighi assunti dal proprio Stato, ossia quelli nascenti dalla convenzione italo statunitense e quelli nascenti dal regolamento comunitario che lega Italia e Francia, atti con i quali lo Stato italiano si è impegnato a considerare come svolti in Italia i periodi assicurativi svolti nei due Stati esteri; da ciò consegue che l'anzianità assicurativa va commisurata alla durata totale, e non alternativa, di tutti i suddetti periodi di assicurazione (totalizzazione). D'altra parte la suddetta pronuncia della Corte di Giustizia conferma che, ai sensi del regolamento comunitario citato, nessun obbligo sorge a carico della Francia per i periodi lavorativi assicurativi svolti negli Stati Uniti, neppure in presenza della convenzione, ratificata per legge, che lega questi ultimi allo Stato italiano"*.

Anche in questo caso, la Corte italiana opera una *relatio* alla sentenza *Grana Novoa* (e, parimenti, non prende in considerazione il nuovo corso interpretativo della Corte di Giustizia *ex* sentenza *Gottardo*).

Tuttavia la soluzione adottata appare corretta, quantomeno nella sostanza, poiché, da un lato, è stato negata rilevanza, in termini, al vetusto canone interpretativo espresso in *Grana Novoa;* d'altro canto, è stato riconosciuto il diritto alla totalizzazione, pur se facendo ricorso ad una sorta di "triangolazione" (che vede, come vertice lo Stato italiano rispetto a Francia e Stati Uniti: *"…è l'obbligo assunto dallo Stato italiano nei confronti dei due Stati che rende cogente la totalizzazione di entrambi i periodi esteri…"),* piuttosto che prendere invece in debita considerazione l'articolo 1, lettera j, del regolamento n. 1408/71 CEE nella nuova accezione interpretativa della nozione di *"legislazione",* contemplata e propugnata in Gottardo (nel senso della ricomprensione nella suddetta nozione *anche* delle convenzioni internazionali in materia previdenziale pur se stipulate tra un solo Stato membro ed uno Stato terzo).

3e. — Considerazioni conclusive.

Se dal punto di vista amministrativo-esecutivo la vicenda della totalizzazione multipla sembra essere approdata ad una definizione, ed altrettanto può affermarsi con riferimento all'indirizzo giurisprudenziale maturato presso la Corte di Giustizia, per quanto attiene invece agli orientamenti domestici della giurisprudenza di legittimità, verosimilmente, si vive ancora una fase di sedimentazione delle pronunce nella quale stenta a farsi strada la corretta affermazione dei nuovi indirizzi giurisprudenziali comunitari in tema.

L'obiettivo finale è dato dalla sommatoria dell'ampliamento della nozione di *"legislazione"* (articolo 1, lettera j, del regolamento n. 1408/71 CEE) alla forza di una diversa lettura della medesima nozione alla luce del fondamentale principio di non

discriminazione (artt. 39 e 42 CE e, per quel che qui attiene, art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71 CEE): la risultante della suddetta sommatoria evidenzia l'obbligo per cui *ogni* Stato membro, che ha concluso con uno Stato terzo una convenzione internazionale in materia di sicurezza sociale, è tenuto ad estendere a tutti i cittadini degli Stati membri *senza discriminazione alcuna basata sulla cittadinanza* i vantaggi sociali di cui godono i cittadini dello Stato membro che ha stipulato la convenzione internazionale in forza della medesima, poiché il Supremo Giudice comunitario si è chiaramente espresso nel senso che l'interpretazione della nozione di *"legislazione"* non può avere l'effetto di far venir meno l'obbligo, che grava indistintamente su ciascuno Stato membro, di rispettare i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza, previsti dall'articolo 39 CE.

4. — L'esportabilità delle prestazioni speciali pecuniarie a carattere non contributivo.

Se la tematica della totalizzazione multipla sembra, come detto, avviata ad una compiuta definizione, altrettanto non può affermarsi con riferimento alla complessa ed ardua problematica che fa capo all'esportabilità delle prestazioni speciali pecuniarie a carattere non contributivo.

Che si tratti di una materia di controversa attualità è confermato dalla proposta, del Parlamento europeo e del Consiglio, di modifica del regolamento n. 1408/71 CEE, presentata dalla Commissione il 31 luglio 2003 (COM 2003 465): detta proposta ha successivamente portato all'adozione del regolamento del 29 aprile 2004 n. 833/2004 CE, la cui entrata in vigore è però condizionata dalla definizione della normativa di attuazione, al momento attuale in fase di negoziazione.

I primi commenti sulla novella sono improntati allo scetticismo, non tanto per ciò che riguarda il campo di applicazione *ratione personae* (rispetto al quale si è definitivamente affermato il principio di cittadinanza dell'Unione europea), quanto piuttosto per ciò che attiene al campo di applicazione *ratione materie,* nel quale i progressi, se paragonati al vigente regolamento, sono stati giudicati assai modesti.

De iure condendo, uno tra i punti salienti che ha formato oggetto di rivisitazione specifica è da rinvenire nella normativa contenuta nell'attuale articolo 4, paragrafo 2 *bis* (del regolamento n. 1408/71), nel senso della precisazione degli elementi che identificano le prestazioni *speciali* pecuniarie a carattere *non contributivo.*

Detta modifica ha riguardato ovviamente anche l'Allegato II *bis* del medesimo regolamento, non soltanto nel senso della espunzione delle prestazioni *medio tempore* invalidate dalla Corte di Giustizia (come l'assegno di assistenza austriaco e l'assegno di maternità lussemburghese), ma anche della revisione delle prestazioni ivi previste al fine di verificarne la piena rispondenza ai criteri di *specialità* e di *non contributività* così come interpretati dalla recente giurisprudenza della Corte europea *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 8 marzo 2001, causa C-215/99, Jauch/Pensionversicherungsanstalt,*

in Raccolta della giurisprudenza 2001, I-1901; *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 31 maggio 2001, causa C-43/99, Leclere, Deaconescu/Caisse nationale des prestations familiares,* in Raccolta della giurisprudenza 2001, I-4265).

De iure condito, la problematica continua a riguardare la ben delimitata categoria delle prestazioni non contributive di tipo misto (caratterizzate dal posizionarsi *in medio,* nei sistemi di *welfare,* tra regime assicurativo in senso stretto ed assistenzialismo sociale puro), che pur rientrando nel campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento n. 1408/71 CEE, sono ivi contemplate nel quadro di un coordinamento peculiare.

Ferma la regola di esportazione prevista dall'articolo 10 del regolamento n. 1408/71 CEE, dette prestazioni vengono infatti erogate esclusivamente nel territorio dello Stato membro in cui risiede il beneficiario, allorquando figurano nell'Allegato II *bis* del regolamento medesimo: sono, quindi, *inesportabili.*

Per quel che riguarda l'Italia, il caso più eclatante è rappresentato della prestazione pensionistica di integrazione al trattamento minimo.

4a. — L'integrazione pensionistica al trattamento minimo.

Al punto H (che riguarda l'Italia), dell'Allegato II *bis* (esattamente alla lettera e), viene elencata tra le prestazioni *speciali* pecuniarie a carattere *non contributivo,* l'integrazione al trattamento minimo.

La legge 4 aprile 1952 n. 218 ha attuato, per la prima volta in Italia, il principio costituzionale *ex* articolo 38, secondo comma, garantendo agli assicurati la fruizione di prestazioni pensionistiche tali da mantenere almeno il livello di sussistenza (art. 9 legge n. 218/1955: *"le pensioni liquidate o da liquidare nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia e superstiti sono integrate fino a raggiungere un importo complessivo pari a 45 volte l'importo della pensione base"),* e prevedendo inoltre che l'ammontare annuo delle pensioni integrate ai sensi del predetto art. 9 non potesse essere inferiore a determinati importi minimi (art. 10, secondo comma).

La stessa legge, all'art. 16 (terzo comma), ha addossato allo Stato la spesa per i trattamenti minimi di pensione stabiliti dall'art. 10 (era prevista una minima partecipazione economica da accollarsi, in parte sui datori di lavoro e, per il residuo, sui lavoratori).

L'istituto dell'integrazione al trattamento minimo delle prestazioni pensionistiche è stato sempre confermato, modificato e completato attraverso i successivi richiami legislativi (legge 2 febbraio 1958, art. 13; legge 12 agosto 1962 n. 1338, in particolare artt. 2 e 19; legge 21 luglio 1965 n. 903, in particolare artt. 1, 2, 3, 9, 16, 18; decreto legge 22 dicembre 1981, convertito in legge 26 febbraio 1982 n. 54).

Attraverso l'articolo 6 del decreto legge 12 settembre 1983 n. 463 (convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 1983 n. 638) è stato, per la prima volta, intro-

dotto un limite reddituale, in seguito inasprito fino a ricomprendervi anche i redditi del coniuge non legalmente ed effettivamente separato (art. 4 del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 503), con la previsione ulteriore per cui al titolare di più pensioni, l'integrazione spetti su una soltanto di esse.

Attualmente la concreta applicazione del richiamato principio comporta che se la pensione, calcolata sulla base dei periodi assicurativi fatti valere dagli interessati, risulti di importo inferiore ad un "trattamento minimo" (indicato annualmente con provvedimento legislativo), detta pensione può essere integrata da una somma che consenta di raggiungere l'importo *ex lege,* sempre a condizione che l'interessato abbia i requisiti fissati dalla vigente normativa per poterne beneficiare.

4b. — Il caso Marcaletti: la sentenza mai scritta.

Con ordinanza del Tribunale di Roma in data 5 aprile 2002, nella causa Marcaletti c. INPS, si è proposto rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 CE (in GUCE del 15 giugno 2002, C 144/28), affinché la Corte di Giustizia si pronunciasse sulla validità dell'Allegato II *bis* al regolamento n. 1408/71 CEE nella parte in cui (punto H, lettera e), l'Allegato stesso include tra le prestazioni *speciali* pecuniarie a carattere *non contributivo* l'integrazione al trattamento minimo.

Prospetta il Giudice remittente l'eventuale contrasto dell'Allegato II *bis*, nella parte *de qua,* con gli articoli 39 e 42 CE in quanto vieta l'esportabilità (nel combinato disposto con gli articoli 4 e 10 *bis* del regolamento n. 1408/71 CEE), non già di una prestazione *speciale* a carattere *non contributivo* quanto, piuttosto, di un elemento di una prestazione contributiva (nella fattispecie, la pensione di vecchiaia), che non può essere soggetta al vincolo della residenza.

Il caso, rubricato al numero C-158/02 della Corte europea, pone quindi un tematica di tipo squisitamente classificatorio che implica la (in)esportabilità della prestazione, in ragione della *clausola di residenza* contenuta nell'articolo 10 bis citato: secondo la prospettazione del Giudice remittente, tale divieto non avrebbe ragione d'essere poiché l'integrazione al trattamento minimo prevista dalla legislazione italiana non avrebbe invece natura di prestazione *speciale* pecuniaria a carattere *non contributivo,* bensì di *"elemento di una prestazione contributiva … e, pertanto, non può essere soggetta a requisito di residenza".*

Se l'integrazione al trattamento minimo fosse espunta dal *numerus clausus* previsto nell'Allegato II *bis,* diverrebbe una prestazione nuovamente esportabile.

La posizione dell'INPS, espressa nelle osservazioni scritte depositate nel procedimento presso la Corte di Giustizia, si concretizza nella confutazione della tesi secondo cui l'integrazione al trattamento minimo rappresenterebbe un *"elemento di una prestazione contributiva"* in quanto, così come regolata dalla legislazione interna:

— non è parte integrante del trattamento pensionistico, cui *eventualmente* afferi-

sce, sia dal punto di vista logico (è subordinata, infatti, alla valutazione di requisiti estranei alla formula di calcolo prevista dal sistema pensionistico italiano), che cronologico (poiché la valutazione dei suddetti requisiti estranei alle modalità di calcolo del predetto trattamento viene operata solo *dopo* la determinazione dell'importo della pensione spettante);

— difetta del carattere della *non contributività* poiché il relativo onere è posto a carico della Collettività (benché il finanziamento del sistema previdenziale si basi sulla contribuzione a carico delle categorie — datori di lavoro e lavoratori — suddivisa in specifiche aliquote della retribuzione o dei redditi dei lavoratori autonomi, va tuttavia osservato come non sussista una aliquota a carico dei datori di lavoro o dei lavoratori — o autonomi — mirata specificamente a garantire l'integrazione al trattamento minimo della pensione inferiore al suddetto limite);

— in sintesi ha, soprattutto, carattere *aggiuntivo.*

La Corte, tuttavia, non è giunta ad un pronunciamento poiché il ricorso non è stato ulteriormente coltivato dalla parte attrice: il Supremo Giudice europeo ha così provveduto in conformità, disponendo la cancellazione della causa numero C-158/02 dal ruolo (con ordinanza in data 25 ottobre 2002, pubblicata in GUCE dell'11 gennaio 2003): l'esito della vicenda processuale lascia comunque propendere per la fondatezza della tesi propugnata dall'Istituto previdenziale.

4c. — Il caso Stinco e Panfilo.

Ben altre implicazioni ha comportato, invece, il caso *Stinco e Panfilo.*

Per comprenderne ogni aspetto occorre prendere le mosse proprio dalla sentenza della *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 24 settembre 1998, causa C-132/96, Stinco e Panfilo/INPS* (in Raccolta della giurisprudenza 1998, I-05225).

Nel caso di specie i signori Stinco e Panfilo, in sede di liquidazione del trattamento pensionistico di vecchiaia (*ex* articolo 46, paragrafo 2, lettera a, del regolamento n. 1408/71 CEE), si erano visti negare il diritto all'integrazione al trattamento minimo poiché, nel calcolare l'importo virtuale pensionistico che gli assicurati avrebbero teoricamente percepito se avessero lavorato sempre in Italia, l'INPS aveva tenuto conto (in entrambi i casi) dei *pro rata* erogati — rispettivamente — dal Regno Unito e dalla Francia.

Ciò ha fatto si che la pensione teorica complessivamente liquidata superasse, in entrambi i casi, il limite reddituale ostativo all'operatività del meccanismo di integrazione al trattamento minimo.

Il Pretore di Roma ha quindi devoluto al Giudice comunitario, in sede di rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 CE, la questione se, al fine di determinare l'importo del *pro rata* italiano, l'INPS avrebbe dovuto prendere come base di calcolo la pensione virtuale pura (detta anche teorica pura e semplice) oppure viceversa, per determinare detto

importo, l'Istituto previdenziale avrebbe dovuto identificare la base di calcolo per la pensione virtuale ivi comprendendo *anche* l'integrazione al trattamento minimo (pensione virtuale integrata).

Nell'*obiter dictum*, il Giudice comunitario ha innanzitutto confutato l'argomentazione secondo la quale *"la possibilità di esportare una prestazione come il complemento previsto dalla legge italiana"* possa presentare alcun nesso con la determinazione dell'importo teorico di una pensione (punto 17 della motivazione): quindi, nessun margine di operatività residuerebbe all'articolo 10 *bis* del regolamento n. 1408/71 CEE, in detta o simile fattispecie, poiché la norma in esame *"richiede un'interpretazione restrittiva"* (punto 16 della motivazione), in quanto derogatrice rispetto ad una normativa intesa a migliorare la condizione dei lavoratori migranti all'interno dell'Unione europea.

Soggiunge la Corte europea (punto 19 e 20 della motivazione), che neanche l'articolo 50 del regolamento n. 1408/71 CEE può essere invocato nel caso di specie, come invece prospettato dall'INPS stesso e dal Governo svedese, poiché riguardante la diversa problematica dell'attribuzione di una prestazione supplementare che vada oltre il minimo dovuto in forza delle norme ordinarie di una determinata legislazione nazionale (nello specifico vengono anche richiamati i punti 13 e 14 della sentenza della *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 17 dicembre 1981, causa 22/81, The Queen vs. Social security commissioner ex parte N. I. Browning,* in Raccolta della giurisprudenza 1981, I-03357).

Né può valere, sempre a dire della Corte, l'ulteriore prospettazione, fatta valere dall'INPS e dal Governo austriaco, secondo la quale una prestazione speciale pecuniaria non contributiva, come l'integrazione al trattamento minimo già contemplata nell'Allegato II *bis* (punto H, lettera e), possa non essere presa in considerazione nel computo dell'importo teorico di una prestazione individuale *ex* articolo 46 (paragrafo 2, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 10 *bis* già citato, in ragione della mancanza di alcun nesso tra la tematica dell'esportabilità e la determinazione dell'importo teorico di una pensione in regime comunitario.

Pertanto il Giudice comunitario conclude che l'articolo 46, paragrafo 2, lettera a, del regolamento n. 1408/71 CEE (nella versione consolidata a seguito dell'adozione dei regolamenti 2 giugno 1983, n. 2001; 30 aprile 1992, n. 1247; aprile 1992, n. 1248) debba essere interpretato *"nel senso che* ***obbliga l'ente competente a prendere in considerazione,*** *per determinare l'importo teorico della pensione assunto come base di calcolo del* pro rata, *un complemento destinato a raggiungere il trattamento minimo previsto dalla normativa nazionale".*

4d. — L'orientamento interpretativo della Corte di Cassazione.

In *Cassazione 10 giugno 2004, n. 11068/04 – Vitaliani c. INPS,* il Vitaliani chiede che l'INPS provveda a ricalcolare la pensione di vecchiaia (erogata in regime interna-

zionale) prendendo come base di calcolo l'importo virtuale comprensivo dell'integrazione al trattamento minimo (pensione virtuale integrata).

L'opzione adottata dalla Suprema Corte, di diniego, si basa sulla duplice considerazione per cui, per un verso, il Vitaliani incontestabilmente gode di redditi superiori ai limiti di legge *ex* art. 7, secondo comma, della legge 29 dicembre 1990 n. 407.

Per altro verso, la Corte considera che l'articolo 46 (paragrafo 2, lettera a) del regolamento n. 1408/71 CEE, prescrive che il calcolo della prestazione virtuale sia effettuato *"alla stregua della legislazione nazionale"*.

Soggiunge il Giudice della nomofilachia che detta interpretazione dell'art. 46 certo non si pone in contrasto con la sentenza *Stinco e Panfilo,* poiché la stessa Corte di Giustizia ivi afferma che *"una prestazione minima garantita dalla normativa dello Stato membro deve essere presa in considerazione nel calcolo dell'importo teorico previsto dall'art. 46, n. 2 lett. a) del regolamento n. 1408/71"* ma, specifica ulteriormente il Giudice italiano, *"ciò sul presupposto inespresso, perché nella fattispecie pacifico, che la integrazione spettava ai sensi della normativa nazionale: il che, come già rilevato, non avviene nel presente caso"*.

In *Cassazione 1 dicembre 2004, n. 22558/04 – INPS c. Pira,* gli eredi Pira chiedono che l'INPS provveda alla determinazione (in regime di totalizzazione *ex* art. 46, paragrafo 2 lettera a, del regolamento n. 1408/71 CEE), dell'importo teorico della pensione ai superstiti virtuale, da assumere come base per il calcolo del *pro rata,* ivi considerando anche l'integrazione al trattamento minimo (pensione virtuale integrata).

La soluzione affermativa adottata dalla Suprema Corte si fonda sul valore cogente, per l'ordinamento interno, dei principi di diritto comunitario enunciati dalla Corte di Giustizia: precisa il Giudice italiano che, nella specie, il riferimento alla sentenza *Stinco e Panfilo* appare ineludibile poiché, comparando le rispettive fattispecie, non può non concludersi che esse si trovino, l'una rispetto all'altra, in un rapporto di *"identità"*.

Inoltre la Suprema Corte italiana dimostra di ben conoscere il precedente costituito da *Cassazione n. 11068/04* e sottolinea la diversità delle rispettive fattispecie, poiché in quel caso *"la questione concerne la diversa ipotesi nella quale il reddito ostativo non derivi dal prospettato cumulo di pro quota della medesima pensione — a carico (delle istituzioni competenti) di paesi membri diversi (quali nella specie, Italia e Belgio) — ma da altre fonti di reddito (questione alla quale sembra riferirsi, tuttavia, Cass. n. 11068/2004, che nega, per questo, l'applicazione del principio enunciato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella sentenza 24 settembre 1998, causa 132/96 cit.)"*.

Orbene, dalla lettura comparativa delle due decisioni sembra, tuttavia, trasparire una asperità interpretativa o quantomeno, la necessità di un approfondimento ulteriore in chiave esplicativa.

Nonostante lo sforzo argomentativo compiuto in *Cassazione n. 22558/2004,* non appare rinvenibile nelle fonti, al fine della valutazione dei limiti di reddito entro i quali poter disconoscere il diritto all'integrazione al trattamento minimo, la distinzione tra *"altre fonti di reddito"* (questione alla quale sembra riferirsi *Cassazione n. 11068/04),*

e redditi che invece derivino *"dal … pro quota della medesima pensione – a carico (delle istituzioni competenti) di paesi membri diversi"*, che in *Cassazione n. 22558/2004* sono rappresentati dal *pro rata* a carico dell'Ente previdenziale del Belgio, mentre in *Stinco e Panfilo* sono costituiti dal *pro rata* delle pensioni erogate, rispettivamente, dal Regno Unito e dalla Francia.

Sembra che non vi sia possibilità di vie alternative, perché l'una ipotesi porta ad escludere l'altra e, soprattutto, nulla può darsi per scontato o, tanto meno, logicamente sottinteso, in caso di controversa applicazione del diritto comunitario.

Tant'è vero che la problematica è stata riproposta, sostanzialmente negli stessi termini, attraverso un nuovo rinvio pregiudiziale.

4e. — Il caso Koschintzki.

Con ordinanza del Tribunale di Bolzano del 9 gennaio 2004, nella causa Koschintzki Ursel c. INPS, è stata proposto rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 CE (in GUCE del 3 aprile 2004, C 85/15), affinché la Corte di Giustizia si pronunciasse sulla questione se, alla luce dell'articolo 42 CE, *"l'articolo 46 paragrafo 2 lettera b) del Regolamento n. 1408/71, possa essere interpretato nel senso che la base di calcolo del pro rata italiano debba essere costituita sempre dalla pensione virtuale integrata al minimo,* ***anche se fossero superati i limiti di reddito sanciti dalla legge nazionale italiana per l'integrazione al trattamento minimo,*** *ovvero se l'articolo 46. paragrafo 2 lettera b) debba essere interpretato nel senso che la base di calcolo del pro rata italiano debba essere costituita dalla pensione virtuale pura (importo teorico non integrato) nei casi in cui il pensionato superi i limiti di reddito sanciti dalla legge italiana per ottenere l'integrazione al trattamento minimo".*

Nella fattispecie la signora Koschintzki, titolare di una pensione di vecchiaia con decorrenza dall'ottobre 1996, vanta 262 settimane contributive in Italia e 553 in Germania.

La Koschintzki gode altresì di un reddito familiare superiore al limite di legge ai fini dell'integrazione al trattamento minimo e rivendica l'applicazione di una metodologia di calcolo pensionistico che abbia come base di partenza l'importo teorico integrato al trattamento minimo (pensione virtuale integrata) anziché l'importo teorico non integrato al minimo (pensione virtuale pura, cioè il metodo di calcolo applicato, nella specie, dall'INPS).

In data 4 maggio 2005, l'Avvocato generale Jacobs ha rassegnato le proprie articolate conclusioni, in ragione delle quali *"è pacifico che, se la signora Koschintzki avesse completato tutti i periodi in Italia, non avrebbe avuto tale diritto* (all'integrazione al trattamento minimo, ndr), *poiché alla data rilevante il reddito familiare superava il limite indicato dalla legge italiana a tal fine"* (punto 16).

Ammette inoltre l'Avvocato generale (punto 45) di concordare con l'INPS *"per quanto riguarda il metodo corretto di calcolo nella causa in esame, con la precisazione che, per il diritto comunitario, il diritto del richiedente all'integrazione dev'essere determinato con riferimento alla pensione totale spettante in seguito a cumulo e ripartizione* (del *pro rata*)".

Però aggiunge che *"Poiché, tuttavia, le affermazioni dell'INPS intendono avere una portata più generale, e ciò al fine di porre in dubbio i risultati della causa Stinco, rimando ai punti 17 e 20 della relativa sentenza in cui l'argomento è confutato"*.

In definitiva, secondo l'Avvocato generale Jacobs, la questione proposta dal Tribunale di Bolzano avrebbe dovuto essere così risolta *"Nel determinare, in conformità dell'art. 46, n. 2, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, l'importo teorico della pensione su cui si basa il calcolo della pensione pro rata, l'ente competente è tenuto a prendere in considerazione l'integrazione volta a portare la pensione al livello minimo per legge solo se la persona interessata, qualora avesse compiuto nello Stato membro in questione tutti i periodi assicurativi e/o di residenza compiuti nell'Unione europea, avrebbe avuto di fatto diritto a quell'integrazione ai sensi della legislazione nazionale rilevante"*.

A questo punto, occorre dar conto della posizione espressa dall'INPS il quale, sempre con riferimento al calcolo pensionistico in esame, ha riassunto nei seguenti passaggi l'esatta metodologia:

— determinazione dell'importo virtuale che sarebbe spettato all'assicurato se tutti i periodi di contribuzione fossero stati versati sotto la legislazione italiana;

— applicazione, all'importo della pensione virtuale, del coefficiente di riduzione dato dal rapporto tra i periodi di contribuzione in Italia e dal totale dei periodi di contribuzione estera;

— individuazione del *pro rata* della pensione italiana che, *solo* in presenza di tutti i requisiti previsti dalla legislazione italiana e comunitaria, può essere integrata al trattamento minimo previsto dalla legge nazionale.

Resta, in ultimo, da analizzare il perché l'INPS abbia insistito nella posizione sopra riferita (resistendo, neanche tanto velatamente, a quanto statuito in *Stinco e Panfilo*): ritiene infatti l'Istituto previdenziale italiano che, ove valesse il metodo di calcolo rivendicato dalla Koschintzki, si realizzerebbe una disparità di trattamento tra un ipotetico pensionato italiano e la ricorrente poiché, a parità di condizioni (795 settimane contributive), il pensionato che ha maturato il requisito contributivo interamente in Italia percepirebbe una pensione pura "a calcolo" pari a 18,87 euro, mentre la Koschintzki (con, si ribadisce, 262 settimane contributive in Italia e 553 in Germania o, se si vuole ampliare l'angolo visuale, in uno qualsiasi degli Stati membri), percepirebbe un *pro rata* italiano pari a 112,38 euro (al quale andrebbe ad aggiungersi il *pro rata* dell'altro Stato membro: nel caso di specie la Germania).

4f. — Dalla sentenza Stinco e Panfilo alla Koschintzki: considerazioni conclusive.

È facilmente intuibile come la composizione del contrasto richiedesse uno sforzo argomentativo di non poco conto.

Il punto focale *prima facie* si incentra sul come coniugare l'applicazione del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno con la necessità di evitare il verificarsi di uno dei paradossi del diritto comunitario medesimo, da identificarsi nell'effetto di *reverse discrimination.*

In precedenza, si è infatti insistito sulla forza cogente che deve essere riconosciuta ai fondamentali principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza (artt. 39 e 42 CE; art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1408/71 CEE): in particolare, la tutela antidiscriminatoria deve assurgere al ruolo di parametro unificatore indefettibile della materia giuslavoristica comunitaria.

Resta però da comprendere come sia possibile che, in ottemperanza a detto obbligo, si verifichino delle situazioni nelle quali il lavoratore migrante, che può invocare l'applicazione del diritto comunitario, può vedersi riconoscere maggiori tutele rispetto al cittadino sedentario (*Van Munster:* punti 28 e 29 della motivazione), nei cui confronti trova applicazione soltanto la normativa nazionale *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 28 giugno 1984, causa 180/83, Moser/Land Baden-Wuerttenberg,* in Raccolta della giurisprudenza 1984, I-02539), onde la discriminazione "al rovescio".

Un'attenta valutazione della sentenza della *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 21 luglio 2005, Koschintzki/INPS, causa C-30/04* (in Raccolta della giurisprudenza 2005, 00000), non può prescindere quindi dalla costante correlazione con quanto è statuito in *Stinco e Panfilo (stare decisis).*

È giusto sottolineare subito come, pur se la Corte comunitaria sembri accennare ad un *distinguishing* tra le rispettive fattispecie (punto 21 *Koschintzki;* punto 8 *Stinco e Panfilo),* in realtà siano state sottoposte al Supremo Giudice europeo tipologie assolutamente speculari nelle quali l'unica differenza apprezzabile consiste nel fatto che in *Koschintzki* la ricorrente supera i limiti reddituali previsti dalla normativa nazionale ai fini del riconoscimento del diritto all'integrazione pensionistica al trattamento minimo (mentre in *Stinco e Panfilo,* ciò non avviene).

Per il resto, il quesito sottoposto in via pregiudiziale alla Corte europea (punti 21/22 *Koschintzki;* punti 11/12 *Stinco e Panfilo)* è sostanzialmente identico poiché in entrambi i casi riguarda la modalità di determinazione dell'importo teorico della pensione, da assumere come base di calcolo per il *pro rata.*

Ci si vuole soffermare sul punto per evidenziare come in *Stinco e Panfilo* fossero quindi già presenti, e non soltanto *in nuce,* tutti i presupposti (normativi e fattuali), che, sette anni dopo, hanno portato all'emissione della sentenza *Koschintzki.*

E sostanzialmente identica si è anche mantenuta, in entrambe le controversie, la prospettazione difensiva INPS (che *medio tempore* non ha mai spontaneamente applicato la *Stinco e Panfilo),* basata in buona sostanza sull'affermazione del carattere di estraneità del meccanismo di integrazione al trattamento minimo rispetto alla metodologia pensionistica in senso stretto (in ragione dei corollari di non contributività,

aggiuntività e, quindi, eventualità dell'integrazione pensionistica medesima), quindi anche rispetto alla base di calcolo utile per la determinazione del *pro rata* italiano.

Però, in *Stinco e Panfilo,* il responso della Corte europea è stato lapidario essendosi fatta drastica applicazione dei canoni comunitari, sia implicitamente attinenti alla teoria generale del diritto *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger/Bedrijfsvereninging voor detail handel en ambachten,* in Raccolta della giurisprudenza 1964, I-00347. In detta sentenza la Corte afferma per la prima volta la "portata comunitaria" delle norme *ex* art. 39/42 CE e ribadisce l'impossibilità, per gli Stati membri, di determinare unilateralmente, attraverso la modifica del diritto del lavoro nazionale, il campo d'applicazione — in questo caso *ratione personae* — delle norme comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori. Dette norme, poiché definiscono i contorni di una delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato CE, non possono che essere interpretate alla luce della normativa comunitaria e comunque mai in senso restrittivo), che riguardanti il tema specificamente sottopostole *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 22 aprile 1993, causa C-65/92, Office national des pensions/Levatino,* in Raccolta della giurisprudenza 1993, I-02005. Nella fattispecie si dibatte della rilevanza *ratione materiae,* ai sensi dell'art dell'art. 46, paragrafo 2, lett. a, del regolamento n. 1408/71 CEE, del *"reddito garantito agli anziani"* cioè di un appannaggio della legislazione sociale belga, in tutto simile all'integrazione al trattamento minimo italiana, consistente in una prestazione di vecchiaia concessa ai residenti anziani le cui risorse economiche siano inferiori al minimo garantito dalla legge nazionale belga, per cui il reddito dei beneficiari deve essere integrato in misura pari alla differenza tra il suddetto minimo e le risorse di qualsiasi natura di cui i pensionati medesimi dispongano).

Se, quindi, il substrato è identico in entrambe le controversie, occorre chiedersi perché si sia giunti solo adesso alla soluzione secondo cui *"L'art. 46, n. 2, lett. a), del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nel testo modificato ed aggiornato dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001, come modificato dal regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 1995, n. 3096, dev'essere interpretato nel senso che, ai fini della determinazione dell'importo teorico della pensione assunto come base di calcolo del pro rata della pensione,* ***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 relativa all'integrazione medesima, un assicurato che abbia svolto la propria attività lavorativa interamente nello Stato membro interessato non possa aver diritto all'integrazione medesima".*

L'argomento si presta ad un duplice ordine di considerazioni, antinomiche tra di esse.

Una prima possibile lettura della *Koschintzki,* di impronta marcatamente riduttiva, porta a ritenere che la sentenza in esame non rappresenti un *overrule* della *Stinco e Panfilo,* ma ne costituisca soltanto una successiva, e fisiologicamente necessaria, espansione.

In altri termini la Corte europea, attraverso successive approssimazione, non avrebbe fatto altro che continuare ad affinare il proprio orientamento, che trova radici lontane *(Levatino, Stinco e Panfilo).*

Se così fosse, *nulla quaestio.*

Tuttavia, ragioni di coerenza sistematica, potrebbero accreditare anche una seconda lettura della *Koschintzki* in termini assai più ampi e coinvolgenti rispetto alla prima: infatti, in un mutato quadro europeo segnato tanto dalla profonda incertezza determinata dall'esito delle consultazioni referendarie (francese ed olandese) in ordine all'adozione della Carta costituzionale europea quanto dai timori connessi al processo di "allargamento" dell'Unione a 25 Stati membri, gli ideali europei mostrano il proprio attuale "limitato respiro".

In un simile lacerante contesto politico, le istanze dei Governi nazionali riprendono, quindi, forza.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, cioè l'organo istituzionalmente preposto alla vigilanza del rispetto delle fonti comunitarie nonché l'interprete supremo dei Trattati comunitari, oltre tali precipue funzioni, ha storicamente assunto quella di *"legislatore occulto",* in questo certamente favorita dall'inerzia del legislatore istituzionale, probabilmente troppo impegnato a far quadrare i conti di una volontà politica spesso dilaniata nella scelta della formula ideale per dare corpo alle istanze che trovano (mera?) enunciazione nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (si rammentano le espressioni immaginifiche di "Europa a più velocità", "Europa *"à la carte"* basata sul principio dell' *"opting in/out"* di ceppo anglosassone, "Europa a geometria variabile", "Europa a cerchi concentrici").

Quindi, se in passato il Giudice comunitario ha operato delle "interferenze funzionali", talvolta sconfinando anche nell'ambito più propriamente riservato al potere legislativo, ciò è potuto avvenire, oltre che per la latitanza di un'idea politica "forte", anche in ragione di diverso "sentire" la questione europea in se.

Il massimo organo giurisdizionale europeo, che in passato si è potuto attivare interpretando il ruolo di ingegnere sociale europeo a fronte della assenza di un deciso impegno delle altre Istituzioni comunitarie, nell'attuale contesto è costretto a fare di necessità virtù e non può esimersi dall'interpretare, attraverso le proprie decisioni, questo momento di disagio.

Per tornare al caso di specie, si comprende quindi come la perentorietà della sentenza *Stinco e Panfilo* si sia stemperata in *Koschintzki* laddove (si ribadisce, senza che sia intervenuto mutamento alcuno del quadro normativo, nazionale od europeo) improvvisamente vengono in rilievo i profili di *reverse discrimination* che erano, comunque, già deducibili in *Stinco e Panfilo.*

Ed a ben vedere, la discriminazione "al contrario" costituisce in *Koschintzki* solo l'*obiter dictum* mentre la *ratio decidendi* (in *Stinco e Panfilo* come in *Koschintzki*), è comunque rappresentata dalla determinazione della giusta metodologia per quantificare l'importo teorico della pensione, in regime comunitario, da assumere come base di calcolo del *pro rata.*

In ragione di ciò, non può passare inosservato il brusco passaggio dal *dictum* lapidario della *Stinco e Panfilo* (in cui l'articolo 46, paragrafo 2, lettera a, del regolamento n. 1408/71 CEE deve essere interpretato *"nel senso che* ***obbliga l'ente competente a prendere in considerazione,*** *per determinare l'importo teorico della pensione assunto come base di calcolo del pro rata, un complemento destinato a raggiungere il trattamento minimo previsto dalla normativa nazionale"*), al sottile bizantinismo della *Koschintzki* (in cui *"l'obbligo di prendere in considerazione l'integrazione medesima* ***non implica l'obbligo di attribuirle un contenuto diverso da quello che possiede ai***

sensi della normativa nazionale": punto 31 della motivazione).

La sentenza *Koschintzki* può quindi rappresentare un passo indietro nella tutela dei diritti pensionistici dei lavoratori migranti?

Probabilmente è ancora presto per affermarlo ma, paradossalmente, potrebbe essere lo stesso Giudice comunitario ad offrire l'argomento per mettere in discussione l'indirizzo garantista attraverso il richiamo ad un proprio precedente *(Corte di Giustizia delle Comunità Europee 22 giugno 1972, causa 1/72, Frilli/Stato belga,* in Raccolta della giurisprudenza 1972, I-00457), in cui si è affermato che le difficoltà che potrebbero sorgere dall'applicazione della normativa comunitaria a prestazioni come il *"reddito garantito agli anziani"* (di cui si è detto in precedenza), non pregiudicano il diritto e il dovere dei giudici di garantire la tutela dei lavoratori migranti: tuttavia tale tutela può e deve essere assicurata **solo se non sconvolge il sistema istituito dalla normativa nazionale** (punti 20 e 21 della motivazione).

Ben si comprende, quindi, come le implicazioni vadano oltre il mero ambito della *Koschintzki:* non bisogna dimenticare come in altri pronunciamenti del Supremo Giudice europeo si fossero indicati ben altri canoni esegetici.

Il riferimento è alla sentenza *Menzies (Corte di Giustizia delle Comunità Europee giugno 1980, causa 793/79, Menzies/Bundesversicherungsanstalt fuer angestellte,* in Raccolta della giurisprudenza 1980, I-02085, laddove il Giudice comunitario ha ribadito il principio per cui, quanto alle finalità dell'articolo 46 cit. il calcolo dell'importo teorico dev'essere effettuato mirando a garantire al lavoratore migrante l'importo teorico massimo cui avrebbe diritto se tutti i periodi di assicurazione fossero stati compiuti nello Stato interessato), ma soprattutto alla sentenza *Mura.*

Infatti, in *Corte di Giustizia delle Comunità Europee 13 ottobre 1977, causa 22/77, Fonds national de retraite des ouvriers mineurs/Mura* (in Raccolta della giurisprudenza 1977, I-01699), il Giudice comunitario esprime il principio del *favor* nei confronti del lavoratore migrante affermando che *"la censura secondo cui i lavoratori migranti sarebbero favoriti rispetto ai lavoratori che non hanno mai lasciato il loro Paese va disattesa, dato che* ***non vi può essere discriminazione quando le situazioni legali non sono paragonabili.*** *Le eventuali divergenze a favore dei lavoratori migranti sono dovute non già all'interpretazione del diritto comunitario, ma alla mancanza di un regime comune di previdenza sociale o alla mancata armonizzazione dei regimi nazionali esistenti, cui il semplice coordinamento attualmente in vigore non può ovviare"* (punti 9 e 10 della motivazione).

Non si può non cogliere il legame con quanto statuito dall'articolo 3, secondo comma, della Carta costituzionale italiana (principio di eguaglianza *sostanziale*).

In conclusione, solo l'esperienza potrà confermare se prevarrà la lettura meramente "additiva" della *Koschintzki* in un rapporto di continuità col precedente orientamento maturato presso il Supremo Giudice europeo *(Stinco e Panfilo):* se ciò non dovesse avvenire (e, cioè, se la sentenza *Koschintzki* rappresentasse solo l'inizio di un mutato "sentire" della tutela dei diritti sociali dei lavoratori migranti), è facile immaginare uno scenario futuro (quello dell'Unione europea comprendente 25 Stati membri, o più…) nel quale si evidenzierà un inasprimento del ricorso alla leva giudiziaria nei rispettivi ambiti domestici ed i giudici nazionali saranno verosimilmente chiamati ad approfondire il ruolo dialogico loro attributo dal Trattato CE.

PATRIZIA DE LUCA

Avvocato INPS

TRASFORMAZIONE DEL TITOLO PENSIONISTICO

Questione controversa, oggetto di svariati giudizi nei confronti dell'INPS, è quella relativa al riconoscimento, in favore dei titolari di pensioni di invalidità, in godimento fin da prima della revisione della disciplina della invalidità pensionabile (introdotta dalla legge n. 222 del 1984) del diritto alla trasformazione della suddetta pensione di invalidità in pensione di vecchiaia e la condanna dell'Istituto al pagamento delle differenze tra quanto percepito e quanto spettante in virtù del più favorevole nuovo trattamento pensionistico.

Un pregevole contributo all'analisi dell'*excursus* normativo e giurisprudenziale viene dalla recentissima pronuncia del Giudice Unico del Lavoro di Messina, dott. Beatrice Catarsini (Tribunale Messina, Sez. lavoro 26 ottobre 2005 n. 3442), che risolve, confermando la necessità della sussistenza del requisito contributivo ai fini della maturazione del diritto a pensione di vecchiaia, le molteplici controversie in tema.

Dunque, orientamenti giurisprudenziali contrastanti, nel tempo, riferibili all'esistenza o meno, nell'ordinamento previdenziale, di un principio generale di cd. "preclusività alternativa" delle prestazioni previdenziali.

Inizialmente, copiosa giurisprudenza afferma il principio di immutabilità del titolo pensionistico, che esclude la possibilità della trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia o di anzianità (v. Cass. 20 giugno 1972, n. 1971, 16 maggio 1973, n. 1402, 8 luglio 1973, n. 1982, 18 giugno 1975, n. 2451, 10 dicembre 1976, n. 4609, 25 gennaio 1977, n. 375, 10 aprile 1980, n. 2303, 9 maggio 1981, n. 3084, 7 luglio 1981, n. 4459, 9 marzo 1983, n. 1751, 22 dicembre 1983, n. 7563, 5 aprile 1991, n. 3567), desumendo tale principio generale di divieto di mutamento del titolo della pensione dall'art. 45 del r.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827 e dall'art. 9 del r.d.l. 14 aprile 1939 n. 636 (modificato dalla legge 4 aprile 1952 n. 218). Tali norme escludono la possibilità di conversione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia per il pensionato che abbia continuato a prestare attività lavorativa con diritto di accreditamento dei contributi previdenziali.

Va precisato tuttavia che la stessa giurisprudenza ammette eccezioni al principio,

da interpretarsi tuttavia in maniera restrittiva: art. 14 comma 4 del D.P.R. 27 aprile 1968 n. 488, art. 13 della Legge 30 aprile 1969 n. 153.

Il mutamento del quadro di riferimento normativo, sopraggiunto con l'emanazione della Legge n.222/84, che all'art.1 comma 10 ammetteva la trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia al compimento dell'età pensionabile, in presenza dei relativi requisiti di assicurazione e contribuzione, determina un cambiamento nell'orientamento giurisprudenziale. La Suprema Corte, con la sentenza 22 luglio 1992 n. 8820, evidenzia che il principio di immutabilità del titolo del trattamento pensionistico non ha più natura generalizzata.

Si identifica così un concetto generale di "posizione assicurativa" caratterizzata dalla sua unicità quale base fattuale che legittima tutti i possibili interventi di natura economica in favore del suo titolare e che è "di continuo finalizzata a soddisfare quelle esigenze sociali che il legislatore ha tipizzato nelle diverse fattispecie pensionistiche" (v. Cass. 7 maggio 1993 n. 5299, 2 aprile 1996 n. 3045, 20 febbraio 1998 n. 1821, 7 luglio 1998 n. 6603, 23 giugno 1999 n. 6418), e si riconosce, di conseguenza, il diritto alla conversione della pensione o dell'assegno di invalidità in pensione di anzianità o in pensione di vecchiaia.

Secondo le citate pronunce "il principio di alternatività tra i diversi tipi di pensione presiede proprio allo scopo di individuare e qualificare adeguatamente la situazione di bisogno in cui, in un dato istante, versa il soggetto protetto, è naturale conseguenza del carattere e della funzione giuridica dello stesso intervento previdenziale, volto com'è a garantire il reddito del soggetto entro limiti e secondo le modalità tecnico operative fissati inderogabilmente dalla legge".

Dunque, se unico fatto giuridico è lo stato di bisogno del soggetto, unica va considerata la prestazione previdenziale anche in presenza di più fattispecie pensionistiche rispetto allo stesso soggetto; in altri termini, al soggetto che possa far valere i requisiti richiesti per più tipi di pensione è dovuto un unico trattamento pensionistico, erogato esclusivamente nella misura in cui è capace la sua posizione assicurativa, a prescindere dal titolo della pensione accordata.

L'interessante pronuncia del Giudice di merito summenzionata risolve il rapporto tra trattamento di invalidità e pensione di vecchiaia riferendosi al dato normativo fornito dall'art. 1 comma 10 della Legge n. 222/1984, indipendentemente dalla circostanza se la pensione di invalidità sia stata attribuita nel regime precedente all'entrata in vigore della legge n. 222/1984, ovvero successivamente, poiché "in entrambi i casi il rischio protetto è il medesimo (ridotta capacità lavorativa) ma è consentito all'interessato lo svolgimento di un'attività lavorativa limitata in relazione alla ridotta capacità di lavoro, e quindi di ulteriori periodi di contribuzione che consentono, ove l'anzianità contributiva ed assicurativa sia idonea al conseguimento della pensione di vecchiaia, la trasformazione del titolo pensionistico, nella ricorrenza del requisito anagrafico". In tal senso, Cass. 4 maggio 2004, n. 8433, 19 maggio 2004, n. 9492, 22 novembre 2004, n. 22001, 17 dicembre 2004, n. 23523.

Nei giudizi volti al riconoscimento del diritto alla detta trasformazione, le ipotesi che il convenuto Istituto, costituendosi in giudizio, va ad evidenziare possono sinteticamente individuarsi nelle seguenti fattispecie:

— che l'Istituto abbia già provveduto alla trasformazione del titolo pensionistico, ai sensi della Circolare INPS n.91 del 15 maggio 2002, in applicazione dei principi enunciati dalle sentenze n. 1821, n. 6603 del 1998 e n. 4829, n. 4911 del 2001 della Corte di Cassazione, venendo così a cessare la materia del contendere;

— che controparte, all'epoca del compimento dell'età pensionabile, non perfezionasse il requisito contributivo previsto per il riconoscimento del diritto alla pensione di vecchiaia;

— che controparte, in quanto titolare di una pensione già integrata al trattamento minimo, non avrebbe ottenuto alcun beneficio economico da una eventuale trasformazione del titolo pensionistico.

In ordine alla prima ipotesi, l'Istituto, con circolare n. 91 del 15 maggio 2002, ammettendo, in punto di diritto, la trasformazione della pensione di invalidità , concessa ante Legge n. 222/84, in pensione di vecchiaia, aderisce all'orientamento da tempo assunto dalla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, da ultimo confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con sentenza n. 8433/04. Pertanto, "i titolari di pensione di invalidità sono ammessi a fruire della pensione di vecchiaia, ove più favorevole, dal 1° giorno del mese successivo a quello di presentazione della relativa domanda, in presenza dei prescritti requisiti di assicurazione, di contribuzione, di età e di cessazione del rapporto di lavoro dipendente. Dalla predetta data il richiedente la prestazione dovrà essere considerato titolare di pensione di vecchiaia a tutti gli effetti".

Più complesso, ovviamente, il dibattito in ordine alle restanti due ipotesi, che hanno dato luogo a varie pronunce di merito, a tutt'oggi sottoposte a gravame, con le quali il Giudice del Lavoro dichiarava il diritto di parte ricorrente alla trasformazione della pensione di invalidità, attualmente goduta, in pensione di vecchiaia, condannando l'INPS a corrisponderle le eventuali differenze dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda amministrativa, ritenendo applicabile tout court alla fattispecie la disciplina di cui alla Legge n. 222 del 1984, che consente, all'art. 1 comma 10, in presenza dei requisiti necessari, la trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia.

In ordine alla sussistenza del requisito contributivo, pur in presenza di rilevata eccezione di carenza contributiva all'epoca del compimento dell'età pensionabile (la parte non perfezionava il requisito contributivo previsto per il riconoscimento del diritto alla pensione di vecchiaia, ossia 780 o 1040 contributi), il Giudice di prime cure riteneva che, poiché parte ricorrente gode della prestazione da più di quindici anni rispetto alla data di proposizione della domanda giudiziale, la stessa avrebbe "maturato il diritto anche a prescindere dalla contribuzione accumulata in forza dell'attività lavorativa svolta" (fra tutte, Tribunale Messina Sezione Lavoro 17 febbraio 2005, n. 619).

Il convincimento sotteso dall'indicata pronuncia, e similari, è evidentemente frutto di un'errata applicazione del citato art. 1 comma 10 e dell'intera disciplina attuale in tema di trasformazione.

La Suprema Corte, con la citata sentenza n. 8433/2004, resa a sezioni unite, ha preliminarmente ritenuto che la regola di trasformazione dell'assegno di invalidità in pensione di vecchiaia introdotta dall'art. 1 comma 10 Legge n. 222 del 1984, se esclude l'esistenza di un generale divieto di mutamento del titolo pensionistico, non consente di affermare l'inverso principio di generale possibilità di mutamento della prestazione pensionistica.

Ne consegue che, stante il carattere estremamente frammentario del sistema previdenziale italiano, la soluzione della trasformazione del titolo va individuata in relazione alla disciplina dei singoli istituti, avendo riguardo alla specifica tutela accordata.

La Corte, quindi, nell'affermare il collegamento tra il trattamento di invalidità e la pensione di vecchiaia in relazione alla natura del rischio protetto, ossia la perdita della capacità di lavoro, ed alla esistenza di un'unica posizione assicurativa, ha ritenuto che la regola posta dall'art. 1 comma 10 Legge 222/84 per il titolare dell'assegno ordinario di invalidità possa trovare applicazione anche per il titolare di pensione di invalidità prevista dal precedente regime, in quanto manifestazione di un principio generale di idoneità dell'unica posizione assicurativa a realizzare i presupposti delle varie forme previdenziali considerate, in funzione della protezione dalla stessa situazione generatrice di bisogno.

Trattasi di un espresso ed esclusivo richiamo alla validità della regola posta dal citato comma 10 dell'art. 1 per la trasformazione dell'assegno ordinario in pensione di vecchiaia anche all'ipotesi di trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia, che esclude l'applicazione analogica di tutte le disposizioni previste dal richiamato articolo.

Non può dunque condividersi l'assunto del Giudice di primo grado che estende l'intera disciplina legale della trasformazione dell'assegno in pensione di vecchiaia, e non soltanto la mera possibilità della trasformazione, introducendo con ciò, in sostanza, un generalizzato sistema di trasformazione delle pensioni di invalidità ante Legge 222 in pensione di vecchiaia per il solo decorso del tempo.

Ancor più se si rammenti che la Suprema Corte (cfr. decisione n. 11411 del 17.11.1997) aveva affermato che il comma 10 in esame costituisce norma eccezionale e quindi, come tale, non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica.

Non va, inoltre, trascurato che nell'ordinamento delineato dalla vigente legislazione sussiste il principio secondo cui la pensione di invalidità continua ad essere erogata anche al perfezionarsi dei requisiti per il pensionamento di vecchiaia; l'art. 8 del D. L. n. 12.9.83, convertito nella Legge 11.11.1983, n. 638 stabilisce, infatti, che la corresponsione della pensione d'invalidità sospesa ai sensi del medesimo articolo è ripristinata "al raggiungimento dell'età prevista per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti".

Il legislatore ha inteso, quindi, prevedere, dopo l'eventuale sospensione, il ripristino della pensione d'invalidità ma non la sua trasformazione in pensione di vecchiaia.

In base alla normativa vigente, la trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia non si realizzerebbe automaticamente — come avviene per la trasformazione dell'assegno ordinario —, al perfezionarsi dei requisiti per la pensione di vecchiaia, ma solo a seguito di specifica domanda presentata dall'interessato: è dunque con ogni evidenza esclusa una generale estensione della disposizione in esame.

Avvalorano tale tesi, le considerazioni esposte dalla Suprema Corte, nella sentenza n. 622 del 14.1.2005, nella quale si afferma che, in relazione alla pensione di invalidità di cui alla citata legge del 1939, nessuna disposizione prevede la sua automatica trasformazione in pensione di vecchiaia: Per contro, viene espressamente richiamato l'annoso contrasto dottrinario e giurisprudenziale circa la possibilità di mutamento del titolo di pensione — nei casi di espressa domanda dell'assicurato —, ed in particolare la possibilità di ottenere, al compimento dell'età pensionabile, la trasformazione della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia. Si legge in sentenza: "…la questione è stata da ultimo risolta in senso affermativo dalle Sezioni unite di questa Corte che, con la sentenza n. 8433 del 2004, hanno appunto composto il contrasto che si era determinato. Tuttavia, proprio per la mancanza di qualsiasi previsione espressa dalla legge, non può ipotizzarsi la trasformazione "automatica" della pensione di invalidità in pensione di vecchiaia. È quindi indispensabile in primo luogo, secondo la regola generale che presiede alla pensione di vecchiaia, la espressa domanda dell'interessato. La necessità di inoltrare domanda per la pensione di vecchiaia era invero prevista dall'art. 62 del RDL 4 ottobre 1935 n. 1827, convertito in Legge 6 aprile 1936 n. 1155, come modificato dall'art. 18 del DPR 27 aprile 1968 n. 488; lo si desume dal fatto che la data della domanda determinava la decorrenza della prestazione, questa infatti maturava dal primo giorno del mese successivo alla richiesta. La disciplina fu poi innovata ad opera dell'art. 6 della Legge 23 aprile 1981 n. 155, nel senso che la pensione decorre dal primo giorno del mese successivo al compimento dell'età pensionabile, il che però non fa venire meno la necessità della domanda, che viene data come presupposto, contemplando detta disposizione la facoltà dell'assicurato di chiederne la decorrenza dal primo giorno del mese successivo alla presentazione della domanda.

Inoltre, per affermare che la originaria prestazione di invalidità si era trasformata in pensione di vecchiaia, oltre al requisito della domanda, sarebbe stato necessario accertare se al compimento dell'età pensionabile lo Sgaramella avesse effettivamente i requisiti per la pensione di vecchiaia, che sono notoriamente diversi da quelli richiesti per la pensione di invalidità,essendo prescritti per la prima almeno quindici anni di versamenti contributivi (art. 9 n. 1 del citato RDL n. 636 del 1939) successivamente aumentati a venti dall'art. 2 del Decreto legislativo n. 503 del 30 dicembre 1992; mentre per la seconda erano

previsti solo cinque anni di contribuzione (art. 9 n. 2 del medesimo RDL 636/1939). Invero tutto il dibattito intervenuto sulla possibilità di mutamento del titolo di pensione ha sempre avuto, come ovvio presupposto, che il titolare della pensione di invalidità avesse successivamente maturato, al compimento dell'età pensionabile, i requisiti prescritti per la pensione di vecchiaia". (Cass. 14.1.2005, n. 622).

In definitiva, appare evidente che ben diversa è la disciplina che regola la pensione d'invalidità di cui all'art. 10 del R.D.L. 14 aprile 1939 n. 626, convertito in Legge 6 luglio 1939 n. 1272, ovvero l'assegno di invalidità di cui alla Legge 12 giugno 1984 n. 222, e tale diversità impone un'attenta analisi normativa e giurisprudenziale delle singole fattispecie giudiziali.

ANGELO GUADAGNINO

Avvocato INPS

I MEZZI DI TUTELA CAUTELARE NEL SISTEMA DI RISCOSSIONE A MEZZO RUOLO DEI CREDITI PREVIDENZIALI

Sommario: 1. - La tutela cautelare nel sistema previgente il decreto legislativo 26 febbraio 1999 n. 46. 2. - La tutela cautelare dopo il decreto legislativo 26 febbraio 1999 n. 46. 3. - La tutela cautelare in sede amministrativa. 3.1. - La tutela nella fase che precede l'iscrizione a ruolo (art. 24, quarto comma). 3.2. - La tutela nella fase successiva all'iscrizione a ruolo (art. 25, secondo comma). 3.3. - La tutela nella fase della riscossione (art. 28). 3.4. - Altre ipotesi di sospensione amministrativa. 4. - La tutela cautelare in sede giudiziaria. 4.1. - La tutela nella fase che precede l'iscrizione a ruolo (art. 24, terzo comma). 4.2. - La tutela nella fase successiva all'iscrizione a ruolo (art. 24, sesto comma). 4.3. - La tutela dopo l'inizio dell'esecuzione (art. 29, terzo comma).

1. — La tutela cautelare nel sistema previgente il decreto legislativo 26 febbraio 1999 n. 46

Il sistema previgente l'entrata in vigore della riforma della riscossione a mezzo ruolo dei crediti previdenziali prevedeva già degli strumenti giuridici finalizzati ad assicurare al debitore/contribuente una tutela anche nella fase che precedeva la risoluzione della questione relativa alla fondatezza della pretesa contributiva fatta valere dall'ente impositore.

Per quanto riguarda il settore di competenza dell'Inps, quantunque la proposizione del ricorso amministrativo non sospendesse il provvedimento emanato (1), il direttore generale dell'Istituto, ove si evidenziassero profili di illegittimità, poteva sospendere l'esecuzione della decisione adottata dal consiglio di amministrazione (un tempo comitato esecutivo) e dai comitati amministratori delle gestioni, fondi e casse (2).

(1) Legge 9 marzo 1988, n. 89 art. 47 ultimo comma per il contenzioso in materia di contributi alla gestione dei lavoratori autonomi e art. 50 ultimo comma per il contenzioso in materia di classificazione dei datori di lavoro.

(2) Art. 48 legge cit.

Il provvedimento in questione doveva essere adottato nel termine di cinque giorni e sottoposto, previa indicazione della norma che si ritenesse violata, al consiglio di amministrazione il quale entro novanta giorni decideva o l'esecuzione della decisione o il suo annullamento.

Trascorso tale termine la decisione diveniva esecutiva.

Lungi dal costituire un'applicazione del principio generale di autotutela della pubblica amministrazione, il potere "*de quo*" rappresentava una sorta di impugnazione, da azionare nel breve termine di cinque giorni per motivi di sola legittimità e che produceva *ope legis* la sospensione della decisione impugnata (3).

Proprio per tale motivo era stata esclusa l'applicazione in via analogica del potere di sospensione di cui al citato art. 48 ai direttori regionali dell'Inps nei confronti delle decisioni emesse dal comitato regionale in materia di sussistenza del rapporto di lavoro (4).

In sede giudiziaria la tutela cautelare del debitore/contribuente era affidata al giudice competente a conoscere il merito della pretesa contributiva azionata dall'ente.

Al riguardo, per la riscossione dei propri crediti gli enti previdenziali erano soliti avvalersi del decreto ingiuntivo di cui agli artt. 633 e ss. c.p.c., provvisoriamente esecutivo *ex* art. 642, primo comma, c.p.c. così come previsto dall'art. 1, comma tredici, decreto legge 2 dicembre 1985, n. 688, convertito, con modificazioni, nella legge 31 gennaio 1986, n. 11 e dell'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 35 legge 24 novembre 1981, n. 689 (5).

Avverso i citati atti di riscossione il debitore poteva proporre opposizione, rispettivamente entro quaranta e trenta giorni dalla notifica dell'atto, al Pretore in funzione di Giudice del lavoro il quale, concorrendo gravi motivi, poteva sospendere la provvisoria esecuzione del provvedimento opposto.

2. — La tutela cautelare dopo il decreto legislativo 26 febbraio 1999 n. 46

La previsione della forma di riscossione a mezzo ruolo anche per le entrate degli enti previdenziali ha comportato l'esigenza, al fine di bilanciare la maggiore incisività di tale procedura esecutiva, dell'introduzione di norme tese ad assicurare al debitore una più efficace tutela in sede cautelare.

In considerazione di ciò è stato previsto un sistema di misure finalizzato ad attuare in via anticipata, rispetto alla decisione sul merito della pretesa contributiva, la tutela del debitore nell'intento di paralizzare l'azione di riscossione e, quindi, evitare danni ingiusti ed irreparabili.

(3) C.d.S., adunanza della sez. II, 29 settembre 1993, n. 924.

(4) Circolare Inps 12 luglio 1994, n. 211.

(5) Tra gli strumenti di riscossione rientrava anche l'ingiunzione *ex regio* decreto 14 aprile 1910, n. 639; inoltre, per i crediti assistiti da titoli esecutivi, gli enti previdenziali potevano avvalersi del servizio centrale della riscossione di cui al D.P.R. 28 gennaio 1988, n.43, ai sensi degli artt. 2 e 67 che sulla base di quei titoli emetteva i ruoli.

In questo contesto il decreto legislativo n. 46/1999 ha introdotto una disciplina alquanto articolata, nella struttura e nelle forme di attuazione, che si esplica sia all'interno dell'ordinamento particolare dell'ente impositore, che all'esterno avanti all'autorità giudiziaria.

In particolare, per quanto riguarda l'ambito amministrativo, la tutela può spiegare i propri effetti sia nella fase che precede l'iscrizione a ruolo del credito da parte dell'ente (art. 24, quarto comma), che in quella successiva (art. 25, secondo comma) e, perfino, quando è già in corso l'attività di riscossione (art. 28).

Sul versante giudiziario, la tutela cautelare si fa apprezzare per la pluralità dei rimedi ivi previsti, anch'essi diversificati nella disciplina a seconda delle fasi in cui gli stessi sono in concreto esperiti: prima dell'iscrizione a ruolo (art. 24, terzo comma), dopo tale iscrizione (art. 24, sesto comma) ed anche dopo l'avvio dell'esecuzione (art. 29, terzo comma).

3. — La tutela cautelare in sede amministrativa

Come illustrato al paragrafo precedente, al debitore/contribuente sono attribuiti dei rimedi da far valere direttamente nei confronti dell'ente impositore e finalizzati ad evitare e/o impedire i pregiudizi derivanti dall'iscrizione a ruolo o, qualora questa sia già avvenuta, dalla successiva attività di riscossione.

3.1. — La tutela nella fase che precede l'iscrizione a ruolo (art. 24, quarto comma)

Il quarto comma dell'art. 24 del dlgs. n. 46/99 dispone che *"In caso di gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio, l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo e comunque entro i termini di decadenza previsti dall'art. 25"*.

Anche se formalmente non si tratta di un'ipotesi di sospensione, nella sostanza è questo l'effetto che la norma in esame realizza.

Il sistema di riscossione a mezzo ruolo non ha apportato alcuna modifica in ordine alla gestione amministrativa del credito contributivo che spetta unicamente all'ente impositore il quale, in assenza di pagamento, ha l'obbligo di iscrivere a ruolo, a pena di decadenza, i contributi o premi, oltre che le relative sanzioni e somme aggiuntive, dovuti e non versati dal debitore nei termini previsti dalla legge, nonché quelli dovuti in forza degli accertamenti effettuati dagli uffici.

E proprio nei confronti di questa seconda categoria di crediti contributivi che si rivolge la disposizione *de qua*, restando, invece, esclusa dalla sua applicazione le ipotesi

in cui l'oggetto del gravame amministrativo è costituito da *"contributi e premi dovuti agli enti pubblici previdenziali non versati dal debitore nei termini previsti da disposizioni di legge"* (per esempio, i modd. DM 10 rimasti insoluti o le rate scadute di ciascuna emissione di bollettini per la riscossione dei contributi per i lavoratori autonomi).

L'inequivocità del testo (*"gravame amministrativo contro l'accertamento effettuato dall'ufficio"*) non lascia infatti alcun margine per un'applicazione in via analogica della norma anche all'altra tipologia di credito indicata dal primo comma dell'art. 24.

Oltre che la proposizione di un gravame amministrativo (giacché in presenza di un gravame giudiziario troverebbe applicazione il terzo comma) avente l'oggetto sopra specificato, è necessario che il credito non sia stato ancora iscritto a ruolo, posto che, diversamente, si ricadrebbe nell'ambito applicativo del secondo comma dell'art. 25.

Nell'ipotesi in cui il gravame ha per oggetto la sussistenza o la qualificazione del rapporto di lavoro, il competente organo amministrativo è, ai sensi dell'art. 17, secondo comma, del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, il Comitato regionale per i rapporti di lavoro istituito presso la Direzione generale del lavoro.

Poiché la disposizione dianzi citata prevede che la decisione debba intervenire entro novanta giorni, trascorsi i quali il ricorso si intende respinto, è questo il termine ultimo che l'ente impositore, in presenza di un gravame amministrativo, deve rispettare prima di procedere all'iscrizione a ruolo del credito.

Invero, considerato che il silenzio serbato oltre quel limite temporale ha il significato di una pronuncia negativa di rigetto, si potrà legittimamente procedere all'iscrizione a ruolo in quanto si è verificata la condizione prevista dal quarto comma dell'art. 24 (*"... l'iscrizione a ruolo è eseguita dopo la decisione del competente organo amministrativo"*).

Ad identica conclusione si perviene anche per le ipotesi in cui il ricorso abbia un oggetto diverso da quello indicato dal secondo comma dell'art. 17 dlgs. n. 124/04, trovando applicazione la disposizione in materia di ricorsi amministrativi secondo cui il gravame si intende respinto se la decisione non interviene nei novanta giorni dalla data di presentazione dello stesso (6).

3.2. — La tutela nella fase successiva all'iscrizione a ruolo (art. 25, secondo comma)

Il decreto legislativo prevede la possibilità di una tutela cautelare anche per le ipotesi in cui vi è già stata l'iscrizione a ruolo del credito.

Il quinto comma dell'art. 25 dispone che *"Dopo l'iscrizione a ruolo l'ente,in pendenza di gravame amministrativo, può sospendere la riscossione con provvedimento motivato notificato al concessionario ed al contribuente. Il provvedimento può essere revocato ove sopravvenga fondato pericolo per la riscossione"*.

(6) Art. 6 D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

A differenza del rimedio di cui al quarto comma dell'art. 24, applicabile alla sola ipotesi di crediti dovuti a seguito di accertamenti dell'ufficio, la sospensione *de qua* opera per qualsiasi tipologia di credito previdenziale, a prescindere dalla sua causale (quindi anche per i contributi e premi non versati alle scadenze previste dalla legge), purché già iscritto a ruolo (*"Dopo l'iscrizione a ruolo..."*).

L'altro presupposto indefettibile, che si ricava dalla lettera della norma, è rappresentato dalla *"pendenza di un gravame amministrativo"*.

Tuttavia, proprio questo elemento rende evidente l'esigenza di un coordinamento tra questa disposizione e quella di cui al già citato quarto comma dell'art. 24.

Al fine di attribuire un significato autonomo alla previsione dell'art. 25 e differenziarne l'ambito applicativo, si ritiene che essa disciplini l'ipotesi in cui il gravame amministrativo sia stato proposto dopo l'iscrizione a ruolo e che lo stesso non sia stato ancora deciso (ed appunto per tale motivo ne risulta la pendenza), ricavandosi da ciò la conferma del potere dell'ente impositore di intervenire anche dopo lo spirare del termine di novanta giorni (7).

Del resto, la negazione della permanenza di tale potere potrebbe comportare il rischio di privilegiare, nelle ipotesi di pronuncia di reiezione, la forma tacita del silenzio a discapito di quella espressa del provvedimento motivato (8).

L'effetto sospensivo della riscossione di cui si discute — differenza di quello impeditivi dell'iscrizione di cui all'art. 24 che discende in via automatica dalla presentazione del ricorso — ha natura discrezionale.

L'ente impositore, infatti, vi provvede a seguito di un procedimento incidentale e sulla base di un'espressa richiesta dell'interessato, non essendo al riguardo sufficiente la presentazione del ricorso.

La legge non specifica i requisiti per ottenere la sospensione.

La lacuna in sede amministrativa è stata colmata dall'Inps con circolare n. 210 del 13 dicembre 2000 per effetto della quale la concessione del provvedimento è limitata solo alle ipotesi in cui ricorrono i seguenti requisiti:

a) fondato dubbio sulla legittimità della pretesa contributiva;

b) acquisizione di documentazione di cui non si è in possesso da parte del contribuente o da parte di altra amministrazione;

c) necessità di nuovi approfondimenti normativi in situazioni controverse.

Le valutazioni dell'ente dovranno concludersi nel termine di 30 giorni dalla richiesta.

Oltre che discrezionale, quello di sospensione è anche un provvedimento motivato e per il quale è previsto l'obbligo della sua notificazione sia al contribuente, che al concessionario.

Quest'ultimo onere è la diretta conseguenza della scissione tra soggetto titolare

(7) Contra circolare Inps n. 61 del 15 marzo 2000 che sosteneva che la presentazione del gravame amministrativo dovesse essere anteriore al ruolo. La precisazione, tuttavia, dall'ente non è stata riportata nella successiva circolare n. 210 del 13 dicembre 2000.

(8) Così Capurso P., *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, in Lav. E prev. Oggi, n. 6, 2005, 1021 e ss.

del diritto di credito e soggetto titolare dell'attività di riscossione:essendoci già stata l'iscrizione a ruolo, il provvedimento di sospensione è infatti destinato a produrre effetti anche nei confronti di quest'ultimo, paralizzandone l'attività istituzionale (9).

Il provvedimento di sospensione (10) può essere revocato dall'ente laddove sopraggiunga un fondato pericolo per la riscossione.

Nonostante la legge non lo specifichi in modo espresso, anche tale provvedimento deve essere motivato — in quanto costituente pur sempre una forma di esercizio di un potere discrezionale — e comunicato sia al contribuente (nuovamente esposto alla potestà di riscossione coattiva), che al concessionario per il quale la revoca equivale ad un'autorizzazione a riprendere lo svolgimento degli atti esecutivi.

La sospensione disposta dall'ente ai sensi del secondo comma dell'art. 25 produce effetti soltanto sulle vicende relative alla riscossione del credito, paralizzandone l'attuazione e rinviandola in attesa dell'esito del ricorso amministrativo, ma non comporta affatto la sospensione dei termini per proporre opposizione per ragioni di merito, rilevato che un provvedimento amministrativo non può consentire la sostanziale inosservanza di un termine stabilito dalla legge.

Non a caso, il decreto legislativo n. 46/99 prevede termini diversi ed autonomi per le due ipotesi: 40 giorni per l'opposizione contro l'iscrizione a ruolo (art. 24, quinto comma) e 60 per il pagamento (art. 11, secondo comma) (11).

3.3. — La tutela nella fase della riscossione (art. 28)

Ai sensi dell'art. 28 del dlgs. n. 46/99 *"In caso di impugnazione del ruolo, il soggetto creditore può, con provvedimento motivato, sospendere la riscossione anche per le entrate diverse da quelle elencate dall'articolo 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546"*.

Posto che tra le entrate diverse da quelle soggette alla giurisdizione tributaria (12) rientrano quelle previdenziali, nell'individuare il contenuto e la portata della norma è necessario previamente operare un confronto con la disposizione di cui al secondo comma dell'art. 25 il cui testo è molto simile a quello dell'art. 28.

Invero, se l'*"impugnazione del ruolo"* di quest'ultima previsione normativa è quella in sede amministrativa, la stessa costituisce un doppione dell'altra: entrambe

(9) Per il contribuente la sospensione della riscossione rappresenta ai fini sanzionatori un periodo neutro, non essendo dovuti le ulteriori somme aggiuntive e l'aggio in favore del concessionario (circolare Inps 13 dicembre 2000, n. 210).

(10) In base al primo contratto di cessione stipulato tra l'Inps e la SCCI s.p.a., società di cartolarizzazione dei crediti Inps, l'ente previdenziale si era impegnato (punto 6.6) a non avvalersi della potestà sospensiva di cui al 2° comma dell'art. 25 del decreto n. 46/99. L'obbligo in questione, tuttavia, è venuto meno con i successivi contratti di cessione.

(11) In questi termini Trib. Vicenza, 5 settembre 2002, n. 164.

(12) Tali sono quelle elencate dall'articolo 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546.

infatti prevedono che vi sia già il ruolo, che vi sia un gravame amministrativo, che il provvedimento sospensivo incida sulla riscossione e che lo stesso sia motivato.

Diversamente se l' *"impugnazione del ruolo"* è quella giudiziaria.

Secondo questa opzione interpretativa l'ente potrà sospendere la riscossione — oltre che a seguito della proposizione ed in pendenza di un gravame amministrativo — anche quando il ruolo è stato impugnato avanti all'autorità giudiziaria ed a prescindere dalle determinazioni che questa potrà adottare sulla richiesta cautelare avanzata in quella sede.

3.4. — Altre ipotesi di sospensione amministrativa

Il decreto legislativo n. 46/99 prevede altre forme di sospensione della riscossione ad opera dell'amministrazione.

Due di queste sono regolamentate dall'art. 7.

Con la prima (13) si attribuisce all'ufficio il potere di concedere, su richiesta del contribuente, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di sessanta rate mensili o di sospendere la riscossione per un anno e, successivamente, di ripartire il pagamento fino ad un massimo di quarantotto rate mensili.

La riscossione poi può essere sospesa — ed è questa la seconda ipotesi — qualora si verifichino situazioni eccezionali, a carattere generale o relativi ad un'area significativa del territorio, tali da alterare gravemente lo svolgimento di un corretto rapporto con i contribuenti.

Il provvedimento, emesso con decreto del Ministero delle finanze, non può superare il limite temporale dei dodici mesi (14).

Infine, la sospensione in sede amministrativa della riscossione viene disposta, ai sensi dell'art. 26 dlgs. n. 46/99, a seguito della presentazione della domanda di rateazione (15).

4. — La tutela cautelare in sede giudiziaria

Anche in sede giudiziaria l'attuazione della tutela cautelare si manifesta attraverso diverse opzioni a seconda delle fasi in cui si trova il credito contributivo da riscuotere.

(13) Art. 19 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

(14) Art. 19 *bis* D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602.

(15) In materia di rateazione dei crediti Inps si vedano le circolari nn. 192/99, 161/00, 129/02, 74/04, 169/04, 81/05 e 106/05.

4.1. — La tutela nella fase che precede l'iscrizione a ruolo (art. 24, terzo comma)

Il terzo comma dell'art. 24 del dlgs. n. 46/99 stabilisce che *"Se l'accertamento effettuato dall'ufficio è impugnato davanti all'autorità giudiziaria, l'iscrizione a ruolo è eseguita in presenza di un provvedimento esecutivo del giudice"*.

La disposizione si presenta nella struttura identica, sia sotto il profilo lessicale, che degli effetti, a quella del comma successivo: in entrambe il legislatore delegato fa discendere dalla proposizione di un ricorso o gravame l'arresto, seppur temporaneo, dell'attività finalizzata all'iscrizione a ruolo, iscrizione che può legittimamente essere eseguita solo dopo che sia intervenuta una decisione.

Nel caso di specie, tale determinazione dovrà provenire dal giudice che, anche se non esplicitato nella norma, è quello avanti al quale l'accertamento effettuato dall'ufficio è stato impugnato.

Poiché quella originata dall'impugnazione in esame è una controversia in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie, trovando applicazione le disposizioni che regolano il processo del lavoro, giudice competente per materia sarà il tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Il legislatore delegato se, da un lato, non ha inteso subordinare l'esecuzione dell'iscrizione a ruolo ad un semplice *"provvedimento del giudice"*, dall'altro, non si è spinto fino a prevederne la *"definitività"*, accontentandosi, piuttosto, che tale provvedimento fosse *"esecutivo"*.

Il maggiore ambito applicativo di questa opzione legislativa non elimina, ma, al contrario, accentua l'esigenza di individuare la forma di questo provvedimento (16).

Per quanto in astratto giuridicamente ammissibile, la forma della sentenza (17) non è idonea a soddisfare l'esigenza di celerità che contraddistingue e giustifica la richiesta di un provvedimento esecutivo: l'ente previdenziale, infatti, ha interesse ad iscrivere a ruolo il credito nel più breve tempo possibile e, quindi, sarebbe illogico attendere l'esito del giudizio per poterlo fare.

Si ritiene pertanto che sia l'ordinanza il provvedimento giudiziario che meglio si presta a realizzare le evidenziate esigenze.

Ma quale tipo di ordinanza può adottare il giudice al fine?

In primo luogo va esclusa quella di cui all'art. 423 c.p.c. dato che il contenuto tipicamente di condanna di questa ordinanza non è compatibile con la finalità che si prefigge di realizzare il provvedimento esecutivo (cioè l'iscrizione a ruolo) e ciò perché ne esaurirebbe gli effetti (18): una volta ottenuta la condanna a pagare la

(16) Sull'argomento vedasi Guadagnino A., *I poteri ispettivi degli enti previdenziali dopo il decreto legislativo n. 124/2004*, in Lav. e prev. oggi, 1, 2005, 31 e ss.

(17) Ritiene che il provvedimento esecutivo possa essere la sentenza di primo grado C. Asprella, *La nuova esecuzione esattoriale*, in Nuove leggi civili comm., 1999, 866.

(18) Diversamente P. Capurso, *Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi*, in Inf. Prev., 2002, 6, 1568 — secondo cui la laconicità dell'espressione provvedimento esecutivo "fa propendere per un rinvio ai provvedimenti esecutivi che il giudice del lavoro può concedere in corso di causa, e dunque in particolare alla ordinanza – di cui all'art. 423 c.p.c.".

somma (sia perché non contestata — 1° comma — sia perché sulla stessa è stata raggiunta la prova — 2° comma), viene meno per l'ente impositore l'interesse all'iscrizione a ruolo (19).

Va quindi individuato un altro tipo di provvedimento ordinatorio che sia idoneo a produrre gli effetti previsti dalla norma.

Premesso che quello disciplinato dal 3° comma dell'art. 24 altro non è che un rimedio, attribuito al creditore, di natura cautelare finalizzato ad impedire che il tempo necessario all'accertamento della legittimità della fondatezza del credito possa recare un pregiudizio alle pretese di quel soggetto, a parere di scrive il provvedimento di cui si discute può rivestire la forma ed il contenuto dell'ordinanza di cui all'art. 669 *sexies* c.p.c..

Qualora poi la convocazione della controparte pregiudichi l'attuazione del provvedimento, il giudice, ai sensi del secondo comma dell'articolo sopra richiamato, potrà disporre anche con decreto motivato assunte, ove occorra, sommarie informazioni.

In entrambi i casi il provvedimento ha il contenuto di una pronuncia di autorizzazione della misura cautelare (20).

In quanto misura cautelare, il provvedimento emesso può essere revocato o modificato e può essere oggetto di reclamo ai sensi dell'art. 669 *terdecies* c.p.c..

4.2. — La tutela nella fase successiva all'iscrizione a ruolo (art. 24, sesto comma)

Nel corso del giudizio di primo grado il giudice può sospendere l'esecuzione del ruolo per gravi motivi (21).

La misura cautelare può essere adottata solo in presenza di una specifica istanza del ricorrente, dovendosi escludere il potere del giudice di disporre la stessa d'ufficio.

Ai fini della concessione della sospensione è necessario che i motivi che stanno a fondamento della stessa siano *"gravi"*.

La sospensione dell'esecuzione del ruolo può essere concessa sia nel contraddittorio delle parti, che *"inaudita altera parte"* a seguito della apposita richiesta contenuta nel ricorso in opposizione.

In questo caso il giudice, ove ricorrono i gravi motivi, sospende l'esecuzione provvisoria del ruolo con provvedimento in calce al decreto di fissazione dell'udienza di discussione.

---

(19) Un interesse, tuttavia, potrebbe sussistere per gli importi residui oggetto di contestazione o nei cui confronti non è stata raggiunta la prova. In questo caso, però, si ritornerebbe al punto di partenza, non potendosi richiedere, perché non ne ricorrono più i requisiti, una nuova ordinanza *ex* art. 423 c.p.c..

(20) Così C. Mandrioli, Manuale di diritto processuale civile, III, tredicesima edizione, 325. Secondo R. Cunati, *La riscossione tramite ruoli esattoriali e la cartolarizzazione dei crediti previdenziali Inps e Inail*, in Lav. Prev. Oggi, 2002, 33 il 3° comma dell'art. 24 attribuisce "al giudice, su richiesta dell'ente (...), soltanto il potere di verificare la regolarità formale e il *fumus boni iuris* dell'accertamento effettuato dall'ufficio, pronunciando, in caso positivo e alla prima udienza, il provvedimento esecutivo che costituisce una sorta di autorizzazione a procedere all'iscrizione a ruolo".

(21) Art. 24, sesto comma, dlgs. n. 46/99.

Questa soluzione è compatibile con la lettera della norma (*"Nel corso del giudizio di primo grado..."*), posto che nel rito del lavoro la pendenza del giudizio — e, quindi, il momento iniziale dello stesso — è determinata dal deposito del ricorso presso la cancelleria, di guisa che, quando il giudice sospende in calce al decreto di fissazione dell'udienza, si è già *"nel corso del giudizio di primo grado"*.

Proprio perché adottato in assenza di contraddittorio tra le parti, il provvedimento richiederebbe comunque una seppur succinta motivazione.

Il che, purtroppo, nella prassi avviene solo in rarissimi casi.

Se, invece, la richiesta di sospensione "*inaudita altera parte"* viene respinta (ovvero manca), il giudice, al fine di garantire il rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, fissa un'udienza *ad hoc* che precede quella di discussione ed avente per oggetto esclusivamente la trattazione e la definizione dell'istanza di sospensione.

A differenza di quanto avviene per la sospensione dell'esecuzione e della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo, laddove è espressamente previsto che il giudice provveda con ordinanza, nell'ipotesi che ci occupa la norma nulla dispone.

Ciò nonostante si ritiene che anche in questo caso, essendosi realizzato il contraddittorio tra le parti, il provvedimento finale debba rivestire la forma dell'ordinanza.

Una volta concessa la sospensione, il ricorrente ha l'obbligo di notificare il relativo provvedimento al concessionario e ciò al fine di arrestare il procedimento di riscossione in corso, essendo il ruolo già esecutivo.

Essendo stato soppresso l'obbligo di notifica del ricorso al concessionario (22), quella della notificazione del provvedimento di sospensione è l'atto attraverso cui per la prima volta il concessionario viene a conoscenza della proposizione di un ricorso avverso il ruolo.

Circa i limiti oggettivi della misura di cui si discute, la prassi di qualche ufficio giudiziario (23) ammette anche una sospensione parziale cioè limitata ad una parte del credito iscritto a ruolo.

Ciò si verifica soprattutto quando in sede di ricorso l'opponente espressamente riconosce la debenza di una parte del credito azionato e ne contesta solo in parte l'ammontare.

L'espressa previsione di un rimedio cautelare specifico quale quello disciplinato dal quinto comma dell'art. 24 rende inammissibile il ricorso ai provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. che invece si caratterizzano quali strumenti sussidiari e residuali, invocabili solo in assenza di un apposito procedimento d'urgenza (24).

4.3. — La tutela dopo l'inizio dell'esecuzione (art. 29, terzo comma)

La sospensione della riscossione può essere disposta dal giudice anche quando l'esecuzione è già iniziata; l'adozione del provvedimento, tuttavia, può avvenire solo in pre-

(22) Art. 4, comma *quater*, d.l. n. 209/02, convertito nella legge n. 265/02.

(23) Tra questi quello del Tribunale del lavoro di Vicenza.

(24) Tribunale di Catanzaro, ordinanza 6/9 luglio 2001, Dott. Santoemma, in Inf. prev., 697 e ss., 2002.

senza dei presupposti di cui all'art. 60 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'articolo 16 del decreto legislativo n. 46/99 (25).

Poiché l'esecuzione ha già avuto inizio, giudice competente ad emettere il provvedimento cautelare è quello dell'esecuzione.

A conferma dell'assunto vi è il dato letterale del richiamato art. 60 del D.P.R. n. 602/73 che espressamente attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di sospendere il processo esecutivo.

La concessione della misura è subordinata, oltre che alla sussistenza di *"gravi motivi"* — requisito richiesto per la sospensione del processo esecutivo disciplinato dal codice di procedura civile (art. 649) — anche al fondato pericolo che dal prosieguo della procedura esecutiva esattoriale possa derivare al debitore un danno grave ed irreparabile.

La disposizione, invece, non richiede che il pregiudizio sia anche *"imminente"* come nell'ipotesi dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. e ss..

Anche se non espressamente previsto dalla norma, ai fini della concessione della sospensione è richiesto il requisito del *"fumus"*, ricavandosi tale indispensabilità dai principi generali elaborati dall'interpretazione giurisprudenziale in materia di misure cautelari, principi che affermano come ineliminabili entrambi i requisiti (del *fumus e del periculum in mora*) anche in assenza di un autonomo richiamo legislativo.

La norma tace sulla forma che deve rivestire il provvedimento di sospensione che, comunque, presuppone un'istanza motivata da parte del debitore; tuttavia, anche in considerazione della natura discrezionale del provvedimento, si ritiene che lo stesso debba rivestire la forma dell'ordinanza, analogamente a quanto avviene per il provvedimento che sospende il processo esecutivo "ordinario" (26) (27).

(25) Art. 60 (Sospensione dell'esecuzione): *"Il giudice dell'esecuzione non può sospendere il processo esecutivo, salvo che ricorrano gravi motivi e vi sia fondato pericolo di grave e irreparabile danno"*.

(26) Art. 625, comma 1, c.p.c..

(27) La disposizione di cui al primo comma dell'art. 29, dlgs. n. 46/99 che prevede la sospensione (anche) per le entrate non tributarie si presenta rispetto alla sospensione disciplinata dal quinto comma dell'art. 24 in rapporto di *genus* a *species*. Essa infatti si applica alla sospensione della riscossione delle entrate non tributarie diverse da quelle previdenziali le quali, appunto, sono disciplinate dal quinto comma dell'art. 24.

ANGELA LAGANÀ

Avvocato INPS

INVALIDITÀ CIVILE E CITTADINI STRANIERI PRIVI DELLA CARTA DI SOGGIORNO

Sommario: 1. - La normativa di riferimento. 2. - Ordinanza del Tribunale di Monza del 2 marzo 2005 e Ordinanza del Tribunale di Milano del 15 marzo 2004. 3. - Le argomentazioni dei giudici remittenti. 4. - La sentenza n. 202 del 29.10.2004 del Giudice del Lavoro di Trento. 5. - I regolamenti comunitari. 6. - I lavoratori immigrati secondo i dati INPS.

1. — La normativa di riferimento

L'art. 39 della legge 6 marzo 1998 n. 40, poi confluito nell'art. 41 del T.U. Turco-Napolitano del 25.7.1998 n. 286, ha previsto che gli stranieri titolari di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno, siano equiparati ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche di assistenza sociale, ivi incluse, tra le altre, quelle previste in favore dei sordomuti, ciechi civili e invalidi civili.

L'Inps, in applicazione di tale normativa, ha previsto che l'assegno sociale in favore degli stranieri avrà decorrenza dal mese successivo a quello di presentazione della relativa domanda e comunque da data non anteriore al 27 marzo 1998, data di entrata in vigore della legge n. 40/1998 (circ. Inps 82/2000).

Con DPR 31 agosto 1999 n. 394, pubblicato nel Supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale n. 258 del 3 novembre 1999, è stato emanato il regolamento recante norme di attuazione concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

Il citato regolamento ha indicato, agli articoli 9/17, i criteri per l'acquisizione del permesso di soggiorno e della carta di soggiorno da parte delle categorie interessate ad ottenere i benefici di cui alla legge n. 40/1998.

L'Inps, nella citata circolare, ha chiarito che, per quanto riguarda il permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, è necessario che il termine di validità non sia scaduto alla data di presentazione della domanda di assegno sociale e inoltre che l'assegno dovrà essere erogato fino alla data di scadenza del permesso, salvo rinnovo dello stesso in tempo utile per la proroga.

A tal fine le prestazioni concesse saranno poste in scadenza alla fine del mese di cessazione della durata del permesso di soggiorno, con carico, per l'interessato di rinnovare la documentazione comprovante il permanere dei requisiti richiesti.

Per quanto riguarda la carta di soggiorno, poiché l'art. 17, comma 2, del DPR n. 394/1999, stabilisce che la stessa è a tempo indeterminato, per i titolari di suddetta carta, non deve essere pertanto prevista una data di scadenza dell'assegno (circ. Inps n. 82/2000).

Successivamente, l'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 23.12.2000 (legge finanziaria per il 2001) ha previsto che l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali, sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno nonché ai minori iscritti nella loro carta di soggiorno.

La norma sopravvenuta ha posto dei problemi sia di diritto sostanziale, in quanto sembrerebbe escludere dall'ammissione ai benefici gli stranieri titolari del solo permesso di soggiorno, per durata non inferiore all'anno, di cui all'art. 41 del D. Lgs. 25/7/1998 n.286 (già art. 39 legge 6/3/98 n. 40); sia di diritto intertemporale, in quanto non contiene una disciplina transitoria.

Su specifico quesito posto dal Ministero dell'Interno — Direzione generale dei servizi civili — in ordine all'applicazione dell'art. 80, comma 19, della Legge 23 Dicembre 2000, n. 388 concernente la concessione di provvidenze economiche in favore di minorati civili stranieri, il Consiglio di Stato nell'Adunanza della Sezione Prima, in data 28 Febbraio 2001, ha reso il parere n. 76/01.

L'Amministrazione ha posto al Consiglio di Stato un quesito circa i provvedimenti da adottare nei confronti degli stranieri che hanno in passato ottenuto le provvidenze di che trattasi sulla base della titolarità del permesso di soggiorno.

In particolare, l'Amministrazione ha chiesto se si debba provvedere alla revoca degli assegni di invalidità con effetto dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria ovvero, previa sospensione cautelare dei pagamenti, dalla successiva data di accertamento dell'insussistenza del requisito inerente la titolarità della carta di soggiorno.

Il Consiglio di Stato in sede consultiva, ha preliminarmente richiamato la normativa che ha disciplinato la materia, prima della citata legge finanziaria per il 2001:

— l'art 39 della L. 6.3.1998 n. 40, poi confluita nell'art. 41 del T.U. 25.7.1998 n. 286, che ha equiparato ai cittadini italiani ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni anche economiche, di assistenza sociale, incluse quelle previste per coloro che sono affetti da morbo di Hansen o da tubercolosi, per i sordomuti, per i ciechi civili, per gli invalidi civili e per gli indigenti, gli stranieri titolari della carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno, nonché i minori iscritti nella loro carta di soggiorno o nel loro permesso di soggiorno;

— il DPR 31.8.1999 n. 394, contenente il regolamento di esecuzione della legge, (che ha tra l'altro disciplinato le modalità di rilascio della carta e del permesso di soggiorno), per effetto del quale gli stranieri in possesso dei titoli suddetti hanno perciò potuto conseguire, previo riconoscimento dell'invalidità da parte delle competenti Commissioni mediche, le provvidenze economiche (assegni, pensioni ed indennità) previste dalla normativa di settore.

In questo quadro di riferimento si è inserito l'art. 80, comma 19, della L. n. 388 del 23.12.2000 (Legge finanziaria per il 2001), il quale ha in sostanza limitato la concessione delle provvidenze economiche agli stranieri titolari di carta di soggiorno, facendo in generale venire meno l'equiparazione ai cittadini italiani nei confronti dei titolari di permesso di soggiorno.

L'art. 80, comma 19, L. n. 388 del 2000, così recita: "Ai sensi dell'art. 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla normativa medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno; per le altre prestazioni e servizi sociali l'equiparazione con i cittadini italiani è consentita a favore degli stranieri che siano titolari di permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno".

A fronte della richiamata modifica normativa, il Consiglio di Stato ritiene che, dopo l'entrata in vigore della norma restrittiva, gli stranieri non titolari di carta di soggiorno non hanno più titolo a godere delle provvidenze in parola.

Si pone in evidenza che la norma interviene direttamente sui titoli di legittimazione alla percezione delle provvidenze assistenziali, rimodulando in senso restrittivo i requisiti costitutivi che consentono l'accesso alle provvidenze, facendo così venir meno l'equiparazione degli stranieri titolari di permesso di soggiorno ai cittadini italiani.

Poichè la concessione dei benefici assistenziali innesca un rapporto di durata, ne consegue che tale rapporto non possa che restare soggetto alla disciplina dettata dalla normativa vigente.

Da tale premessa il Consiglio di Stato fa discendere il corollario che, poiché nel rapporto assistenziale o previdenziale va ravvisata una serie di obbligazioni a cadenza periodica, ciascuna delle quali realizza l'intera prestazione dovuta nel periodo dato (C. Stato, sez. IV 12.1.1999, n. 7), dopo l'entrata in vigore della restrizione normativa, il pagamento di ulteriori rate risulta effettuato in difetto di adeguato titolo giustificativo.

Il Consiglio di Stato si preoccupa di chiarire che le conclusioni cui è pervenuto non possono essere revocate in dubbio per la circostanza che l'art. 80, comma 19, individua, con terminologia che lo stesso Consiglio definisce "non perspicua", un diritto soggettivo dei beneficiari a godere dell'assegno e delle altre simili provvidenze, posto che la Costituzione non vieta al legislatore di emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se abbiano per oggetto diritti perfetti, salvo, in caso di retroattività, il limite costituzionale della materia penale (cfr. Corte Cost. 17.12.1985, n 349).

Il Consiglio di Stato, non sottace inoltre, che la norma si prefigge l'evidente finalità di contenimento degli esborsi erariali.

Anche in considerazione di ciò, ne consegue che occorre procedere in via generalizzata alla immediata revisione della posizione degli stranieri che godono di provvidenze di invalidità civile, revocandone a decorrere dall'entrata in vigore della legge finanziaria la concessione a quanti non siano titolari di Carta di soggiorno.

Quanto alla sorte dei ratei sin qui indebitamente corrisposti nel corso dell'anno 2001 ai titolari di permesso, valuterà equitativamente l'Amministrazione, a fronte dell'evidente buona fede dei percettori e della non chiara decifrabilità della normativa di riferimento, se sia il caso di esperire azioni di ripetizione.

L'Inps con circolare n. 99/2003, richiamandosi al citato parere del Consiglio di Stato, ha disposto che le Sedi prendano in esame le domande di assegno sociale presentate entro il 31 dicembre 2000 da cittadini extracomunitari titolari di solo permesso di soggiorno di durata superiore ad un anno, e, verificata la sussistenza di tutti gli altri requisiti richiesti per il riconoscimento di detto assegno, provvedano a liquidare il rateo di assegno dal 1° giorno del mese successivo a quello di presentazione della domanda fino alla data del 31.12.2000 o alla scadenza del permesso di soggiorno, se anteriore.

Oltre la data del 31.12.2000 potranno mantenere il diritto alla percezione dell'assegno sociale soltanto i cittadini extracomunitari che nel frattempo fossero diventati titolari anche di carta di soggiorno.

L'Istituto nulla dice in relazione al recupero delle somme indebite.

Quanto ai profili sostanziali, si evidenziano le ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale e una pronuncia di merito che adotta una soluzione interpretativa che supera la questione di incostituzionalità.

2. — Ordinanza del Tribunale di Monza del 2 marzo 2005 e Ordinanza del Tribunale di Milano del 15 marzo 2004

— Ordinanza Tribunale di Monza - Atto di promovimento n. 424 del 2 marzo 2005 - pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 37 del 14 settembre 2005

Il fatto: un cittadino somalo, presente sul territorio nazionale e munito di permesso di soggiorno per lavoro dal 1992, dopo aver prestato in Italia per dieci anni attività di lavoro subordinato, comprovato dal libretto di lavoro e dall'estratto contributivo, è stato riconosciuto invalido civile al 100% al fine del trattamento economico di inabilità, che però non gli è stato corrisposto a causa della mancata presentazione della carta di soggiorno, considerata dalla legge 23.12.2000 n. 388, requisito indispensabile per la concessione delle provvidenze economiche di cui alla legge n. 118/1971 (art. 80, comma 19).

Il ricorrente, pur in possesso degli altri requisiti di legge per fruire della pensione di inabilità, non è in possesso della carta di soggiorno, né ha la possibilità di procurarsela perché privo di redditi ed ormai anche della capacità di conseguirli in ragione della stessa invalidità, che non gli consente di produrre adeguati redditi, servendogli anzi il trattamento stesso per sopperire a tale carenza.

La carta di soggiorno, ai sensi dell'art. 9 d.lgs. n. 286/1998, come modificato dalla legge n. 189/2002, viene attribuita allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno sei anni, titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminato di rinnovi, il quale dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e del proprio nucleo familiare.

L'I.N.P.S. ha ritenuto indispensabile per la liquidazione della prestazione la carta di soggiorno, anche per chi aveva presentato domanda in epoca antecedente la modifica legislativa, in ragione della natura del rapporto di durata che si instaura per effetto della concessione del beneficio, come tale esposto alle variazioni connesse al mutamento del titolo di legittimazione.

— Ordinanza Tribunale di Milano del 15 marzo 2004

Il fatto: il ricorrente, cittadino egiziano, presente dal 1989 sul territorio italiano, munito di permesso di soggiorno per lavoro dal 1991, dopo aver prestato in Italia regolare lavoro subordinato per quasi tre anni, è stato riconosciuto invalido civile al 100% ai fini del trattamento economico di inabilità.

Dopo aver percepito detto trattamento economico dal settembre 1998 all'aprile 2001, si è visto sospendere l'erogazione del beneficio economico, accordatogli in ragione delle sue gravi condizioni di salute, nonostante la persistenza delle stesse e della sua inabilità, a causa della sua mancata presentazione della carta di soggiorno, considerata dall'art. 80, comma 19 della legge 23.12.2000 n. 388, requisito indispensabile per la concessione delle provvidenze economiche *ex* L.118/71.

Pur avendo egli richiesto la carta di soggiorno, non la può ottenere, giacchè essa — in base all'art. 9 d.lgs 286/98, come modificato dalla legge n. 189/02, viene attribuita allo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato da almeno sei anni, titolare di un permesso di soggiorno per un motivo che consente un numero indeterminati di rinnovi, il quale dimostri di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari.

Proprio a causa della sua inabilità, egli non è in grado di produrre redditi, servendogli anzi il trattamento economico d'inabilità proprio per sopperire a tale carenza.

Il Comune di Milano, già erogatore del trattamento economico di cui è causa, ritiene, sostenuto da un parere del Consiglio di Stato, che, alla luce della nuova normativa, la carta di soggiorno sia indispensabile anche per chi già fruiva del beneficio al momento della modifica legislativa, in ragione della natura del rapporto di durata che instaura per effetto della concessione del beneficio.

Parti ricorrenti hanno sollevato la questione di legittimità sotto vari profili.

3. — Le argomentazioni dei giudici remittenti

I giudici *a quo* hanno ritenuto la questione rilevante nei giudizi in corso, in quanto nel primo caso la eventuale pronuncia di incostituzionalità della norma che pone per lo straniero, quale condizione per i benefici *ex* legge n. 118/1971 anche il possesso della carta di soggiorno in relazione al possesso di un reddito sufficiente comporterebbe per il ricorrente la concessione della prestazione richiesta; nel secondo caso, una eventuale pronuncia di incostituzionalità della citata norma, comporterebbe per il ricorrente il ripristino della pensione sospesagli.

Le ragioni spiegate dai giudici remittenti a sostegno della non manifesta infondatezza della questione sono sovrapponibili.

La questione di costituzionalità non appare manifestamente infondata in quanto i benefici economici previsti dalla legge n. 118/1971 si inquadrano nell'ambito della assistenza sociale, specificatamente prevista e sancita, quale obbligo dello Stato e diritto dei lavoratori e comunque delle persone *ex* art. 38 della Costituzione per assicurare tutela ai soggetti sprovvisti di reddito e menomati nella propria integrità psicofisica, anche sotto forma di tutela economica per evitare la loro emarginazione sociale; tali forme di tutela economica, costituenti diritti soggettivi in base alla legislazione vigente, hanno stampo universalistico ed attengono a diritti fondamentali della persona, a diritti vitali di sopravvivenza, come tali inviolabili e non attenuabili nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti; sotto questo aspetto, la normativa censurata appare in violazione dell'art. 2 e dell'art. 38 Cost. I° e II° c., quest'ultimo specificamente riferito ai lavoratori, a prescindere, perciò dal requisito di nazionalità o cittadinanza;

inoltre è configurabile un contrasto della disciplina in esame sia col principio di solidarietà sociale di cui allo stesso art. 2 Cost., sia col precetto di parità e di non discriminazione di cui all'art. 3 I° c. Cost., laddove, con la condizione della titolarità della carta di soggiorno e del connesso requisito reddituale richiesta agli stranieri invalidi, pur già lavoratori regolari e regolarmente soggiornanti in Italia, li discrimina introducendo per essi un trattamento deteriore per fruire della legge n. 118/71, in contraddizione anche con logiche solidaristiche e con la specifica *ratio* di sostentamento dei benefici dalla legge riconosciuti (aspetto che altresì rileva sotto il profilo della razionalità espresso dell'art. 3 Cost.);

anche il precetto di tutela della salute, sancito all'art. 32 Cost. come "diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività", appare leso dalla eliminazione di provvidenze a stranieri divenuti inabili — pur in precedenza loro accordate dall'ordinamento e di fatto fruite — senza apparenti ragioni di protezioni di beni di pari o superiore livello;

si considera altresì violato l'art. 10, l'art. 35 3° c. e l'art. 117 1° c. Cost. nella misura in cui la Repubblica, favorendo accordi ed organizzazioni internazionali nella regolazione del lavoro e vincolandosi agli obblighi internazionali e alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, nella sostanza si adegua e conferma ai principi espressi da organizzazioni che perseguono fini di giustizia sociale e il riconoscimento dei diritti dell'uomo, quale l'OIL in relazione alla sicurezza sociale;

si richiama specificamente in proposito l'art. 6 della convenzione OIL n. 97/49 (rat. con L. 1305/52), che in materia di sicurezza sociale vuole assicurato all'immigrato un trattamento non meno favorevole di quello applicato dagli Stati ai propri cittadini, nonché l'art. 10 della convenzione OIL n. 143/75 (rat. con L. 158/81) che per i lavoratori migranti garantisce parità di opportunità e di trattamento anche in materia di sicurezza sociale;

la normativa richiamata contrasta poi col principio di razionalità espresso all'art. 3 Cost. nella misura in cui, anziché limitarsi a regolare de futuro in modo difforme e più restrittivo per gli stranieri la materia dell'assistenza sociale (sub specie di provvidenze legate a condizioni inabilitanti di salute) e senza alcuna graduazione dell'intervento normativo, introduce norme che determinano l'eliminazione — senza alcuna gradualità e disciplina transitoria — di benefici assistenziali di durata, con valenza alimentare e vitale, già concessi in base a diversi criteri normativi anteriormente vigenti nella materia garantita dall'art. 38 Cost.

Entrambi i giudici hanno dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 comb. con l'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 in relazione all'art. 12, della legge 30 marzo 1971, n. 118 per contrasto con gli articoli 2, 3, 10, 32, 35, 38, 117, comma 1, della Costituzione nella parte in cui prevedono la necessità del possesso della Carta di soggiorno e della relativa condizione reddituale perché gli stranieri inabili civili, tali riconosciuti dalla pubblica amministrazione possano fruire (o continuare a fruire) della pensione di inabilità.

4. — La sentenza n. 202 del 29.10.2004 del Giudice del Lavoro di Trento

Il Giudice del Lavoro di Trento, ha invece risolto la questione, sulla base di un percorso argomentativo diverso, facendo riferimento alla normativa comunitaria e ad una nozione ampia e sovranazionale di sicurezza sociale, quale desumibile dal diritto comunitario, che, a differenza del nostro ordinamento, non distingue tra prestazioni contributive e non.

I Regolamenti Comunitari hanno efficacia diretta negli Stati membri. Il Giudice nazionale è quindi tenuto a disapplicare la normativa interna che collida con detta fonte comunitaria, di immediata applicazione, senza necessità di sottoporre la questione al vaglio della Corte Costituzionale.

Il fatto: il ricorrente, cittadino extracomunitario, lamentava che a far data dal 1.4.2002 gli era stata sospesa da parte dell'APAPI (Agenzia Provinciale per l'Assistenza e la Previdenza Integrativa) l'erogazione della pensione per invalidi civili assoluti, l'indennità di accompagnamento e l'assegno integrativo a favore degli invalidi civili assoluti, per il fatto di essere privo della carta di soggiorno. Chiedeva dunque il ripristino della pensione di invalidità e gli arretrati.

Il Giudice del Lavoro richiama innanzitutto il Regolamento CE n. 1408/71, cui

ha fatto seguito il Regolamento di attuazione CE n. 574/72.

Il Regolamento n. 1408/71 è relativo all'applicazione ai lavoratori dei regimi di sicurezza sociale, generali e speciali, contributivi e non contributivi. Esso trova applicazione, quanto ai soggetti destinatari, ai lavoratori che siano cittadini di uno stato membro.

Principio fondamentale dettato dal Regolamento n. 1408/71 è quello della parità di trattamento, in forza del quale le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri sono soggette agli obblighi e sono ammesse ai benefici della legislazione di ciascuno stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato.

L'art. 4, comma 4, prevede che rimanga esclusa dall'applicabilità del regolamento l'assistenza sociale.

Il Giudice di Trento ritiene che la pensione di inabilità civile non possa farsi rientrare nella nozione di assistenza sociale che, conformemente all'orientamento più volte espresso dalla Corte di Giustizia europea, riguarda quelle prestazioni in cui il bisogno costituisce un criterio essenziale di applicazione; mentre rientrano nella nozione di sicurezza sociale quelle prestazioni per le quali manchi ogni discrezione nel modo in cui sono erogate e conferiscono ai beneficiari una posizione giuridica definita.

Il Regolamento n. 1408/71 e il Regolamento n. 574/72 si applicavano soltanto a determinati cittadini di stati terzi.

La disciplina comunitaria di detti regolamenti è stata estesa a tutti i cittadini di paesi terzi, legalmente soggiornanti nel territorio di uno stato membro, sia pure limitatamente al periodo successivo al 1.6.2003, con il Regolamento CE n. 859/2003 del 14.5.2003 (pubblicato in GUCE n. 124/2003).

Tale Regolamento prevede, all'art. 2, comma 1, che i diritti nascenti dal Regolamento stesso non possono retroagire ad un periodo anteriore al 1.6.2003.

Il successivo comma 2 stabilisce che ogni prestazione che non è stata liquidata o che è stata sospesa a causa della cittadinanza o della residenza dell'interessato è liquidata o ristabilita, a richiesta dell'interessato, a decorrere da tale data.

Il Giudice di Trento osserva che il Regolamento in esame non prescrive che lo straniero sia in possesso di un titolo di soggiorno che gli consenta di permanere in via definitiva nel territorio di uno Stato membro.

Ne consegue che il ricorrente, in possesso da parecchi anni del permesso di soggiorno, sia in una situazione di soggiorno legale e sia quindi, per tale sua situazione, nella condizione di legge per usufruire del beneficio della pensione di invalidità.

Il Giudice condanna quindi la PAT a ripristinare la pensione di invalidità e a pagare gli arretrati dal 1.6.2003.

5. — I regolamenti comunitari

I sistemi di sicurezza sociale presenti nei diversi Stati membri derivano da tradizioni nazionali risalenti nel tempo e tengono conto della cultura di ciascuno Stato.

I regolamenti comunitari, piuttosto che incidere sul piano dell'armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali, prevedono un coordinamento delle normative stesse. In un quadro di coordinamento lo Stato membro conserva il proprio diritto di determinare i tipi di prestazioni e le condizioni di erogazione. Il diritto comunitario a sua volta impone alcune regole e principi al fine di garantire che l'applicazione dei diversi sistemi nazionali non leda coloro che esercitano il proprio diritto alla libera circolazione delle persone.

Il Regolamento CE n. 1408 del 1971 e le relative norme di applicazione contenute nel Regolamento n. 574 del 1972 hanno introdotto un sistema di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale a tutela del lavoro migrante.

Prima dell'estensione operata col Regolamento CE n. 859/2003, i Regolamenti n. 1408/71 e n. 547/72 si applicavano solo ad alcune categorie di cittadini di paesi terzi, vale a dire agli apolidi, ai rifugiati e ai familiari e superstiti dei cittadini comunitari sulla base della definizione fornita dallo stesso regolamento.

Il Regolamento n. 859/2003 estende le disposizioni del Regolamento n. 1408/71 e del Regolamento n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità e ha lo scopo di garantire al cittadino extracomunitario, che risieda legalmente sul territorio della Comunità, uno *status* giuridico con diritti uniformi e quanto più possibile analoghi a quelli di cui godono i cittadini dell'Unione europea.

Esso costituisce un nuovo punto di riferimento in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri.

Pertanto i cittadini degli Stati terzi che soggiornino legalmente in uno Stato membro devono ricevere un equo trattamento che attribuisca loro diritti ed obblighi analoghi a quelli spettanti ai cittadini degli Stati membri, rafforzandone così la non discriminazione.

Sul Regolamento CE n. 859/2003 del 14.5.2003 si segnala la circolare INPS n. 118 del 1 luglio 2003, "Estensione del campo di applicazione soggettivo della regolamentazione comunitaria di sicurezza sociale", che, non prendendo posizioni sul tipo di prestazioni interessate dal Regolamento in questione, e nel far riserva di fornire ulteriori istruzioni, richiama sin da subito le Sedi a prestare particolare attenzione nel rilevare la legalità del soggiorno o della residenza nello Stato U.E. che costituisce il presupposto per l'estensione della regolamentazione comunitaria ai cittadini degli Stati terzi, in quanto il solo requisito della cittadinanza di uno Stato terzo non costituisce motivo di reiezione della domanda.

Allo scopo di semplificare e chiarire le regole comunitarie relative al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, è stato emanato il regolamento CE n. 883/2004, pubblicato in GUCE n. 166/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Esso costituisce l'ultimo punto di riferimento in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri.

Il Regolamento si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di sicurezza sociale di uno degli Stati membri, nonché ai loro familiari e superstiti.

Il Regolamento abroga il Regolamento CE n. 1408/71, che tuttavia resta in vigore limitatamente agli effetti giuridici previsti dal Regolamento CE n. 859/2003, concernente i cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.

6. — I lavoratori immigrati secondo i dati INPS

In conclusione, appare utile riportare alcuni dati significativi riportati nella Sintesi del Rapporto Inps "Immigrazione: una risorsa da tutelare", a cura della D.G. - Monitoraggio dei flussi migratori, anche in considerazione della mole dei soggetti interessati alla questione, nonché sotto il profilo dei risparmi di spesa evidenziati nel parere della Corte dei Conti.

L'indagine ha esplorato la presenza di lavoratori migranti negli archivi dell'Inps relativa al 2002, che ha permesso di ottenere una fotografia del lavoro immigrato regolare.

Tra il 1991 e il 2002 i lavoratori immigrati iscritti all'INPS sono passati da 209.220 a 1.426.391, con un aumento di quasi 7 volte.

Nel 2002, dunque, i lavoratori extracomunitari assicurati presso l'INPS sono stati 1.426.391, ripartiti secondo i quattro archivi principali.

La stragrande maggioranza (69,5%) sono dipendenti, il 24,4% lavoratori domestici, il 3,3% operai agricoli e il 2,8% lavoratori autonomi.

Per quanto riguarda la composizione per sesso, un terzo (34,3%) del totale dei lavoratori assicurati sono donne.

Altrettanto importante per la comprensione del fenomeno è l'analisi dei dati su base regionale.

Emerge il ruolo catalizzatore delle regioni del Nord, dove è presente circa il 60% dei lavoratori extracomunitari; in particolare 460.509 (32,3%) sono nel Nord Ovest e 372.520 (26,1%) nel Nord Est.

Altri 341.324 (23,9%) sono presenti nelle regioni del Centro.

Le regioni del Sud e delle Isole accolgono complessivamente 172.807 lavoratori, il 12,1% del totale nazionale.

GINO MADONIA

Avvocato INPS

LA TUTELA DELLA MATERNITÀ NEL PARTO PREMATURO

1. — I beni tutelati prima e dopo il parto nel quadro normativo di riferimento: il Legislatore e la Corte Costituzionale

L'intero percorso che ci apprestiamo a compiere ruota intorno alla esatta individuazione, all'interno della cornice costituzionale formata dagli artt. 3 (principio di uguaglianza), 4 (diritto al lavoro), 29, 30, 31 (tutela della famiglia), 32 (diritto alla salute) e 37 (parità lavoratore/lavoratrice) (1), dei beni tutelati dalla normativa in favore della maternità tanto nel periodo anteriore quanto in quello successivo al parto ed alla verifica se l'Ordinamento garantisca effettività di tutela di tali beni nell'ipotesi di parto prematuro.

Il primo passo da compiere è dunque costituito dalla ricognizione del quadro normativo di riferimento nel suo processo evolutivo, caratterizzato dalla previsione di una tutela sempre più intensa della lavoratrice madre e del bambino nel periodo successivo alla nascita, *con ampliamento delle possibilità offerte ai genitori lavoratori subordinati di assisterlo e di vivere a stretto contatto con lui*, anche attraverso il riavvicinamento delle posizioni della madre lavoratrice e del padre lavoratore (2), al fine di garantire non solo l'integrità del bene salute tanto della madre quanto del bambino, ma anche, e soprattutto, *il rapporto che in tale periodo si svolge tra madre e figlio e tanto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologi, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino* (3).

(1) Oltre che dalle fonti normative comunitarie ed internazionali, per i cui riferimenti principali si veda: D'AMICO, Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro), in Giur. costit., 1999, 2254, in nota.

(2) Così MENGHINI, nota a C. Cost. n. 270/99, in Fam. e Dir. 1999, 530, cui si rinvia anche per una più completa esposizione — per il periodo anteriore all'entrata in vigore della riforma operata prima dalla l. n. 53/200 e poi dal T.U. n. 151/2001 — della evoluzione normativa in materia; delle diverse posizioni assunte in dottrina in ordine alla individuazione dei beni oggetto della specifica tutela e del contributo offerto dalla Corte Costituzionale nell'ampliamento della tutela per effetto di molteplici pronunce che in questa sede non saranno richiamate se non quando abbiano espresso principi utili alla risoluzione delle problematiche che specificatamente ci impegnano.

(3) C. Cost. n. 341/1991, in Giur. it., 1991, I, 1, 1249, n. DI NUNZIO.

1.1. — La legge n. 1204/1971

La prima tappa del percorso è costituita dalla l. n. 1204/71, i cui aspetti essenziali, certamente noti, possono essere così sinteticamente riassunti:

a) rafforzamento della stabilità del posto di lavoro ed ampliamento delle possibilità per la madre di assentarsi dal lavoro prima e dopo il parto (astensione obbligatoria *ex* art. 4; astensione facoltativa ed assenze per malattie del figlio *ex* art. 7; permessi giornalieri ex art. 10).

Ai fini di una migliore comprensione di quanto sarà in seguito esposto, appare utile riportare il testo del suddetto art. 4, che così recita: *È vietato adibire al lavoro le donne:*

a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto;

b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;

c) durante i tre mesi dopo il parto.

L'astensione obbligatoria dal lavoro è anticipata a tre mesi dalla data presunta del parto quando le lavoratrici sono occupate in lavori che, in relazione all'avanzato stato di gravidanza, siano da ritenersi gravosi o pregiudizievoli.

Tali lavori sono determinati con propri decreti dal Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali.

Il tempo in cui è imposta l'astensione dal lavoro è dunque diviso in due periodi rispettivamente di due e tre mesi — intervallati dal parto — con la conseguenza, da un lato che in ipotesi di parto prematuro la madre perde tutti i giorni mancanti tra la data effettiva e la data presunta del parto, e dall'altro che il periodo complessivo di astensione dal lavoro può superare i cinque mesi, ove la data effettiva del parto sia successiva a quella presunta, giusta la previsione di cui alla lettera b).

Tale disposizione non contiene dunque alcuna specifica previsione riferita al parto prematuro e dunque può ipotizzarsi che il legislatore abbia voluto riferire il termine *parto* tanto alla ipotesi fisiologica quanto alla ipotesi di evento ante termine.

Secondo altra ricostruzione potrebbe viceversa ipotizzarsi che il termine *parto* possa essere riferito unicamente all'evento a termine, con presenza di un vuoto normativo relativo alla diversa fattispecie del parto prematuro.

b) tutela della salute della madre, del nascituro e del neonato attraverso il divieto di adibizione della madre a lavori e mansioni incompatibili con lo stato di gestazione ovvero con il periodo neonatale (art. 3).

c) Limitazione della tutela da un lato unicamente in favore della madre, senza alcuna considerazione del ruolo paterno, e dall'altro unicamente in favore dei figli naturali, senza alcuna considerazione *delle esigenze di particolare maggior presenza dei genitori in occasione dell'ingresso di un bambino nella famiglia adottiva od affidataria* (4).

(4) MENGHINI, cit., 531.

1.2. — La legge n. 903/1977

La seconda tappa è costituita dalla l. n. 903/77, titolata *parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, per effetto della quale si compie un fondamentale passo diretto al superamento dei limiti di tutela della l. n. 1204/71 sopra indicati mediante la previsione:

a) da un lato del diritto alla astensione obbligatoria dal lavoro di cui all'art. 4, lett. c), l. n. 1204/71 anche in favore delle lavoratrici che abbiano ottenuto in affidamento preadottivo ovvero abbiano adottato bambini, durante i tre mesi successivi all'effettivo ingresso nella famiglia adottiva od affidataria, e dall'altro del diritto alla astensione facoltativa ovvero alla assenza per malattia, sia pure condizionatamente alla età del bambino adottato o affidato (art. 6);

b) del riconoscimento anche al padre del diritto all'astensione facoltativa dal lavoro e dell'astensione in caso di malattia del bambino minore di tre anni *in alternativa alla madre lavoratrice ovvero quando i figli sono affidati al solo padre* (art. 7) (5).

1.3. — La sentenza della Corte Costituzionale n. 270/99

Lo snodo centrale del percorso è costituito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 270/99 (6), emessa in seguito ad ordinanza di rimessione del Pretore di Bergamo del 15 giugno 1998 (7).

Con tale pronuncia, riferita ad una fattispecie di parto prematuro, qualificata additiva di principio dallo stesso Presidente della Consulta, *la Corte ha ritenuto in contrasto con la Costituzione la mancata previsione di una decorrenza dei termini del periodo di astensione obbligatoria idonea ad assicurare adeguata tutela in un momento in cui il bambino ha bisogno dell'assistenza a casa dopo le cure nelle strutture ospedaliere. Sottolineato che spetta al legislatore la scelta tra le diverse soluzioni possibili, quali l'ingresso del neonato nella casa familiare o la data presunta del parto, con l'accertare l'illegittimità la Corte ha rimesso al giudice — nelle more dell'intervento legislativo — il potere di individuare la regola idonea nel complessivo sistema normativo* (8).

Il Giudice delle leggi ha dunque ritenuto che la parola "parto" contenuta dal cit. art. 4. fosse riferibile non soltanto al parto a termine ma anche al parto prematuro e per l'effetto, richiamando i principi enunciati in precedenti decisioni citate nel corpo della

(5) L'art. 80, l. n. 184/1983 ha esteso le previsioni di cui ai suddetti artt. 6 e 7 anche alla fattispecie di affidamento familiare temporaneo.

(6) In: Giur. costit., 1999, 2248, n. D'AMICO, cit.; Riv. critica dir. lav., 1999, 787, n. PAGANUZZI; Mass. giur. lav., 1999, 1355, n. MANNACIO; Famiglia e dir., 1999, 529, n. MENGHINI; Dir. lav., 2000, II, 269, n. PALOMBA; Lavoro giur., 1999, 747, n. LEVI.

(7) In Orient. giur. lav., 1998, I, 646.

(8) Cfr. La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del Presidente Giuliano Vassalli, in Giur. cost. 2000, 1225.

motivazione (9), ha dichiarato incostituzionale la norma nella parte in cui non prevede la "neutralizzazione" del periodo di ricovero ospedaliero del neonato, con differimento della decorrenza del congedo di maternità *in un momento in cui il bambino ha bisogno dell'assistenza a casa dopo le cure nelle strutture ospedaliere* (10).

Consapevole della impossibilità autoapplicativa del principio enunciato, la Corte suggerisce al legislatore le alternative da seguire per colmare il vuoto normativo, assegnando al giudice remittente il compito di ricercare la regola da applicare nel caso concreto in attesa della produzione normativa.

Con la duplice opzione prospettata, partendo dall'esigenza di neutralizzare il periodo di ricovero valutato come fattore impeditivo dello svolgimento della funzione propria del congedo di maternità, che *oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo, necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre*, la Corte ritiene parimenti legittimo ancorare il decorso differito del congedo tanto al momento in cui presuntivamente il bambino potrà godere dell'assistenza dei genitori (data presunta del parto), quanto al momento in cui effettivamente il bambino potrà goderne (data dell'ingresso in famiglia).

Per converso il Giudice costituzionale inequivocabilmente rifugge la scelta di individuare il *dies a quo* del decorso del congedo nella data effettiva del parto poiché tale soluzione è certamente lesiva dei diritti dei genitori e del bambino costituzionalmente riconosciuti nei termini più volte indicati.

L'unico punto lasciato in ombra dalla Corte riguarda il titolo della sospensione del rapporto di lavoro cui avrà diritto la madre nel periodo immediatamente successivo al parto prematuro, necessaria per il recupero della sua integrità fisica e soprattutto psichica in conseguenza di un evento traumatico destinato ad incidere profondamente sul rapporto con il figlio (11).

La scelta in favore non della frazionabilità ma del differimento del congedo di maternità lascerebbe intendere che la sospensione del rapporto successiva al parto prematuro debba essere diversamente titolata mediante il ricorso — non riteniamo possano sussistere ulteriori alternative — al congedo per malattia, sia pure nella consapevolezza che tale opzione sembrerebbe collocarsi in contrasto con il disposto di cui all'art. 12, DPR 25/11/1976 n. 1026, secondo cui *È considerata invece come parto, a tutti gli effetti, l'interruzione spontanea, o terapeutica, della gravidanza successiva al 180° giorno dall'inizio della gestazione*.

Si potrebbe quindi obiettare che se l'ordinamento impedisce di considerare

(9) Nn. 332/88 e 1/87, rispettivamente in Riv. giur. lav., 1988, II, 193, n. COLACURTO, e in Corriere giur., 1987, 297, n. FELICETTI; Riv. giur. scuola, 1987, 305, n. DANIELE; Riv. giur. lav., 1987, II, 3, n. GALLI; Nuove leggi civ., 1987, 427, n. SILVAGNA; Mass. giur. lav., 1987, 155 (m), n. SAETTA.

(10) Diversamente, ove avesse ritenuto sussistente un vuoto normativo, avrebbe dovuto emettere sentenza interpretativa di rigetto, indicando la norma ovvero il principio da applicarsi al caso in esame, secondo l'analogia *legis*, ovvero l'analogia *juris*. Per un approfondimento ed uno sviluppo di tale alternativa, si veda: MANNACIO, cit., *passim*.

(11) Si rinvia sul punto al successivo § 2.2.

malattia il periodo susseguente alla interruzione della gravidanza successiva al 180° giorno — al contrario di quanto previsto per l'interruzione della gravidanza nel periodo anteriore, secondo quanto disposto oggi dall'art. 19 del T.U. n. 153/01 — a fortiori ciò dovrebbe impedire in riferimento al periodo successivo al parto prematuro.

Si potrebbe però replicare che le due fattispecie ben possono ricevere una disciplina contrapposta, riconoscendosi una maggiore tutela alla madre nel caso di interruzione avanzata della gravidanza, in considerazione della maggiore lesività dell'evento rispetto al parto prematuro, ponendosi per converso soltanto in tale ipotesi il problema della efficace tutela — attraverso il differimento del congedo — del rapporto genitore/figlio.

Avendo quindi chiarito le ragioni fondanti la decisione della Corte saremo in grado di valutare come le risposte fornite dal legislatore siano state del tutto inadeguate, rendendo inevitabile il soccorso della giurisprudenza di merito che, si ha motivo di ritenere, non tarderà a sottoporre nuovamente la questione al giudice delle leggi.

1.4. — La legge n. 53/2000 e il T.U. 151/2001

Tanto la stessa sentenza della Corte Cost. appena richiamata, quanto i suoi primi commentatori riferivano come già da tempo fosse stata rilevata la insufficienza della tutela offerta in caso di parto prematuro, e confidavano che la lacuna normativa potesse essere colmata in forza della previsione di cui all'art. 4 del disegno di legge n. 4624, presentato alla camera dei deputati il 03.03.1998, rubricato *Disposizioni in materia di astensione obbligatoria*, che così recita: *"All'articolo 4 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, è aggiunto, in fine, il seguente comma: In caso di parto prematuro la lavoratrice madre produce entro trenta giorni dalla data del parto il certificato attestante la nascita del bambino ed il certificato indicante la data presunta del parto, se non già esibito. Per il computo del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro si considera la data presunta del parto, mentre il periodo intercorrente fra la data effettiva del parto e la data presunta è equiparato al periodo di astensione obbligatoria connessa al parto"*.

Tale previsione avrebbe mutato profondamente il quadro definito dalla l. n. 1204/71.

Se è vero infatti che ancora una volta il tempo dell'astensione dal lavoro è sempre diviso in due periodi, da un lato la decorrenza del secondo periodo sarebbe stata agganciata non al parto effettivo, ma alla sua data presunta, e dall'altro sarebbe stato consentito il recupero del periodo intercorrente tra le due date, con la conseguenza che ove la precocità del parto fosse stata superiore ai due mesi, l'intero periodo di astensione obbligatoria avrebbe superato il termine complessivo di cinque mesi assegnato in via ordinaria, con previsione speculare — come sopra rilevato al § 1.1. — rispetto all'ipotesi di parto oltre termine.

Il legislatore non ha però tradotto in legge tale previsione, preoccupato forse da un lato delle negative conseguenze finanziarie sui bilanci degli enti previdenziali derivanti dall'allungamento del termine di astensione, mediamente stimato in un mese

nella relazione tecnica di accompagnamento al disegno di legge, e dall'altro dalle possibili critiche da parte del mondo delle imprese, di *eccessività del grado di tutela della legislazione italiana nei confronti della lavoratrice madre* (12).

L'art. 11, l. n. 53/2000, rubricato *Parti prematuri*, prevedeva infatti che: *All'articolo 4 della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sono aggiunti, in fine, i seguenti commi: Qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta, i giorni non goduti di astensione obbligatoria prima del parto vengono aggiunti al periodo di astensione obbligatoria dopo il parto.*

La lavoratrice è tenuta a presentare, entro trenta giorni, il certificato attestante la data del parto.

Tale disposizione è infine confluita nell'art. 16, lett. c) del T.U. che impone il divieto di adibire le donne al lavoro *durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta*. Si prevede poi che *Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto*.

La soluzione prescelta dal legislatore appare rispettosa delle prescrizioni contenute nella decisione n. 270/99 unicamente in riferimento ai parti prematuri collocati non prima di due mesi rispetto alla data presunta del parto, ma non è certamente idonea ad assicurare la dovuta tutela nelle ipotesi di parti prematuri collocati nel periodo anteriore, negando quindi la dovuta tutela proprio per quelle situazioni che maggiormente la richiedono, in considerazione della alta probabilità di ospedalizzazione del neonato e conseguente impossibilità di sviluppo del rapporto madre figlio.

La rilevanza accordata alla data presunta del parto, laddove si consente il recupero *post partum* dei giorni di congedo non goduti in precedenza, potrebbe forse costituire argomento per indirizzare la scelta tra le soluzioni proposte dalla Corte nell'ipotesi di parto prematuro, in favore dell'aggancio del dies a quo del congedo non alla data di ingresso in famiglia del neonato, ma alla data presunta del parto.

2. — Le soluzioni adottate dalla giurisprudenza di merito

Nonostante le critiche mosse da parte della dottrina alla utilizzazione delle sentenze additive di principio, tale tecnica decisoria è stata più volte utilizzata dal Giudice delle leggi, come si dà atto nel corso della stessa pronuncia (13).

(12) In senso critico della scelta legislativa, si veda: DEL PUNTA, cit. 750.

(13) (si vedano, per esempio, le sentenze n. 347/1998, in Giust. Civ. 1998, I, 2409, n. MORELLI; 295/1991, in Giust. Civ. 1998, I, 3042. Non si intende in questa sede drammatizzare le critiche mosse in dottrina alle sentenze additive di principio — si veda in proposito: D'AMICO, cit., *passim* — ormai pacificamente inserite nel diritto vivente. Si ritiene inoltre perfettamente compatibile con l'Ordinamento la possibilità che le norme giuridiche siano diversamente interpretate dai giudici che ben possono offrire soluzioni giuridiche diverse in fattispecie concrete identiche. Si rammenta in proposito che è attribuzione propria della Corte di cassazione l'esercizio della funzione nomofilattica che consiste proprio nella ricerca della uniforme applicazione delle norme giuridiche, in alternativa alla possibilità per il legislatore di emanare norme di interpretazione autentica.

La particolare natura della decisione, però, ha richiesto nel periodo immediatamente successivo, in assenza dell'auspicato intervento legislativo, un notevole sforzo interpretativo da parte della giurisprudenza, chiamata a colmare il vuoto normativo sanzionato dalla Corte.

Analogo sforzo continua ad essere profuso da quei giudici del merito che non ritengono appagante la soluzione fornita dall'art. 11 l. n. 53/2000, poi trasfusa nell'art. 16 del T.U. n. 151/2001.

2.1. — La giurisprudenza anteriore al Testo Unico

Analizzando la giurisprudenza edita formatasi nel periodo anteriore alla suddetta novella legislativa si riscontra l'adozione di entrambe le opzioni interpretative proposte dalla Corte (14).

Secondo un primo orientamento, infatti, *In ipotesi di parto prematuro, il periodo di astensione obbligatoria* "post partum" *decorre dal giorno susseguente alla data presuntivamente prevista per il verificarsi di una nascita regolare* (15).

Secondo altro orientamento, invece, *In caso di parto prematuro il periodo di astensione pre-parto non goduto si somma a quello da godere dopo il parto: l'intero periodo di astensione obbligatoria di cui all'art. 4, 1º comma, lett. a), l. n. 1204/1971, non goduto dalla ricorrente, si somma a quello di cui alla lett. c) della medesima disposizione* (16).

Entrambi gli orientamenti, quindi, disattendono la tesi che ancora il *dies a quo* dell'astensione (oggi congedo) alla data di ingresso in famiglia del neonato.

a) <u>L'ordinanza del Tribunale di Ravenna</u>

Il primo orientamento, partendo dal rilievo che la disciplina di cui all'art. 4 comporta se applicata al parto prematuro da un lato la *completa, ineliminabile decurtazione del termine di due mesi di astensione preventiva, cui ha fatto da sfondo lo specifico trauma da ricovero urgente*, e dall'altro *l'assegnazione di un periodo di astensione obbligatoria di tre mesi decorrenti secondo il canone di cui alla predetta lettera c) fruendo, cioè, di un lasso temporale che, in ragione dei particolari profili dell'evento, non ha integralmente risposto alle esigenze di tutela dei bisogni psicofisici della donna e del figlio gravemente compromessi dalla nascita prematura*, ritiene di dovere ancorare alla data pre-

(14) È singolare che proprio il Pretore di Bergamo, giudice remittente nell'incidente di costituzionalità sfociato nella sentenza n. 270/99, non abbia avuto modo di potere individuare la regola di giudizio, avendo le parti abbandonato la lite in seguito a composizione bonaria della stessa.

(15) Così Tribunale Ravenna, 13 ottobre 1999, in Riv. it. dir. lav. 2000, II, 323 n. CONTE; Dir. lav. 2000, II, 269, n. PALOMBA. In realtà la massima come sopra riportata non sembra esattamente rispondere, secondo quanto ci apprestiamo ad illustrare, al contenuto della decisione laddove intende salvaguardare anche il recupero del periodo ante-partum, non goduto a causa della prematurità.

(16) In questo senso T. Campobasso, ord., 01-02-2000, in Dir. lav., 2000, II, 269, n. PALOMBA.

sunta del parto, non solo il successivo periodo di tre mesi, ma anche il periodo di due mesi *ante partum* non goduto. A detta del giudicante sarebbe questo l'unico modo per rispondere ad esigenze tanto di *sufficiente e omogenea certezza per qualsiasi ipotesi del tipo di quella di cui si tratta*, quanto di riallineamento, *con il recupero del tempo intercorrente tra il parto effettivo e quello presunto*, [tra] *la vicenda concreta a quella astrattamente prevista come normale dalla scienza medica e dal legislatore, in modo tale da consentire la realizzazione, più ampia possibile, del coacervo di interessi connessi allo stato di maternità meritevoli di tutela quali appunto un sufficiente margine di recupero per la madre congiunto a una congrua permanenza a stretto contatto col bambino*.

Per completezza di motivazione il giudicante, lasciando trasparire il gradimento per una evoluzione ulteriore della tutela accordata, ritiene di non potere accogliere la soluzione che privilegia il riferimento alla data di ingresso in famiglia, ritenendo che ciò finirebbe *col dar vita a un criterio che eccede l'ambito di tutela legislativamente fissato per la maternità in questo momento storico, dato che non è possibile prescindere dalla regola generale che fissa in complessivi cinque mesi l'obbligatorietà dell'astensione dal lavoro e che, anche con riguardo alle patologie del neonato susseguenti a una nascita in tempi regolari, non prevede alcuna elasticità del suddetto termine* (17).

Già con tale pronuncia pertanto, anticipando quanto di lì a poco sarebbe stato disposto *ex lege* giusta la previsione dell'u.c. aggiunto all'art. 4 l. n. 1204/71, si abbandona l'originale approccio al problema costituito dalla necessità di postergare solo il *dies a quo* del periodo di astensione successivo al parto, con conseguente inevitabile perdita del periodo ante-partum, e si afferma per converso il principio secondo cui la madre deve comunque godere dell'intero periodo di cinque mesi di astensione/congedo, con decorrenza — contrariamente a quanto sarà affermato nel successivo art. 11 l. n. 53/2000 — fissata alla data presunta del parto: a ritroso per ciò che concerne il primo periodo di due mesi, e in avanti per ciò che concerne il periodo *post-partum* (18).

b) <u>L'ordinanza del Tribunale di Campobasso</u>

Il secondo orientamento, emerso — come si evince dalla motivazione della ordinanza — in un momento in cui l'art. 4 del disegno di legge n. 4624/98 aveva perso la sua formulazione originaria in favore del contenuto poi trasfuso in legge, prendendo le mosse dalla considerazione che *altre soluzioni, quale quella di collegare la decorrenza dell'astensione con lo stato di salute del neonato, non appaiono in linea con le finalità*

(17) Rileva però correttamente CONTE, cit., 325, — e sul punto torneremo in seguito — che *in considerazione di un anomalo svolgimento della gravidanza ben può il limite di cinque mesi essere in concreto superato (si pensi all'ipotesi in cui il parto avvenga successivamente alla data presunta, cosicché l'astensione precedente ad esso si prolunghi oltre i due mesi, ferma restando la durata di tre mesi per il periodo* post partum.

(18) Per la verità il senso della motivazione non è del tutto chiaro. Sembra però che laddove il giudicante ricerca il riallineamento *con il recupero del tempo intercorrente tra il parto effettivo e quello presunto*, [tra] *la vicenda concreta a quella astrattamente prevista come normale dalla scienza medica e dal legislatore*, abbia appunto come obiettivo la garanzia per la madre della fruizione dell'intero periodo di cinque mesi.

di tutela previste dall'art. 4 citato [l. n. 1204/71], *in quanto la protezione del neonato in periodi di malattia è già efficacemente attuata da altre disposizioni di legge, che permettono alla madre (…) di fruire di assenze dal servizio nei casi di malattia del figlio*, [ritiene] *più corretto che l'interdizione obbligatoria dal lavoro sia correlata esclusivamente al parto ed ai primi mesi di vita del neonato* (19).

Con tale pronuncia pertanto, si ritiene appagante considerare ogni questione assorbita ed ogni esigenza di tutela garantita dal riconoscimento dell'intero periodo di cinque mesi di astensione/congedo, con decorrenza però fissata alla data effettiva del parto, in conformità a quanto sarebbe stato di lì a poco disposto dal citato art. 11.

È del tutto evidente, però, che tale soluzione risponde alle censure della Corte unicamente per i parti prematuri di non oltre due mesi rispetto alla data presunta del parto, come già evidenziato al precedente 1.4.

2.2. — La giurisprudenza successiva al Testo Unico

a) La sentenza della Corte d'Appello di Brescia, n. 217/03 (20)

Secondo la massima della pronuncia in oggetto *In caso di parto prematuro, cui consegua un prolungato ricovero ospedaliero del neonato, la disciplina del congedo per maternità, come modificata dall'art. 11 della legge n. 53/2000, non consente il differimento della decorrenza dell'astensione obbligatoria alla data delle dimissioni ospedaliere, in quanto tale differimento indurrebbe una discriminazione irrazionale rispetto a patologie neonatali insorte successivamente ovvero rispetto a tutti quei casi in cui il congedo non possa essere fruito ordinariamente; manifesta è l'infondatezza delle relative censure di costituzionalità della norma sopra richiamata*.

Anche in questo caso, però, la massima come sopra riportata non fa giustizia del reale oggetto del giudizio e della esatta portata della decisione.

Come affermato dalla stessa Corte, infatti, in tale giudizio l'appellante non lamentava la mancata previsione del differimento del *dies a quo* del termine iniziale del congedo di maternità nel parto prematuro, *ma il fatto che questo periodo successivo alla dimissione delle figlie dall'ospedale non sia retribuito/indennizzato per i primi tre mesi come astensione obbligatoria e per quelli successivi come astensione facoltativa (con decorrenza dal termine di quella obbligatoria).*

Quello che viene chiesto è quindi un riconoscimento, per questi casi eccezionali, dei benefici economici per un periodo più lungo di quello riconosciuto in via generale a tutti gli altri aventi diritto.

Concludeva quindi che, *assicurato a tutti un trattamento minimo ritenuto congruo, l'entità complessiva dell'intervento economico sul piano previdenziale o il riconoscimento di maggiori benefici è rimesso alla discrezionalità del legislatore.*

(19) Così testualmente la pronuncia in commento.

(20) In www.inps.it.

Effettuato questo necessario distinguo, la sentenza della Corte offre tuttavia spunti utili — per quanto criticabili — al ragionamento che ci impegna.

Si legge infatti nel corpo della motivazione da un lato che *Tutta la disciplina dei congedi per maternità di cui al testo unico e la stessa sentenza della Corte Costituzionale richiamata si muovono nell'ambito di una precisa determinazione di periodi massimi di congedo con i relativi e diversificati trattamenti previdenziali*, e dall'altro che *Questi casi* [i parti prematuri di oltre due mesi], *si ripete eccezionali, possono essere assimilati ai casi di patologie neonatali. Anche la madre del bambino nato a termine ma malato o con gravi malformazioni o del bambino a cui viene diagnosticata una malattia dopo la dimissione dall'ospedale che determina un nuovo ricovero si trova in situazioni nelle quali non può godere del periodo di astensione obbligatoria con le modalità ordinarie e per la realizzazione delle finalità di cui si è detto. Ciò peraltro non determina alcuna discriminazione irrazionale, né vanifica la legislazione speciale a tutela della lavoratrice madre (artt. 3, 4, 31, 32, 37 Cost.). In tutti questi casi concorrono altri istituti che consentendo di prolungare l'assenza dal lavoro (astensione facoltativa per maternità per l'intero periodo di tempo usufruibile, godimento delle ferie maturate, aspettativa per motivi di famiglia e astensione dal lavoro per malattia del bambino) assicurano, sia pure in una situazione più difficoltosa, la possibilità di svolgere la funzione materna*.

Quanto alla prima obiezione è facile replicare per un verso che l'ordinamento prevede già una ipotesi di estensibilità ed incertezza della durata complessiva del congedo di maternità in riferimento al parto oltre termine, e per altro verso che la soluzione osteggiata dalla Corte di Appello di Brescia era proprio quella contenuta nella versione originale dell'art. 4 del disegno di legge n. 4624/98, abbandonata per preoccupazioni — sicuramente non trascurabili — di carattere finanziario ma non certo sistematico.

Quanto alla seconda obiezione si dubita fortemente che la *astensione facoltativa per maternità per l'intero periodo di tempo usufruibile, godimento delle ferie maturate, aspettativa per motivi di famiglia e astensione dal lavoro per malattia del bambino*, siano fungibili rispetto al congedo di maternità, atteso che, come già rilevato dal Pretore di Bergamo nella citata ordinanza di rimessione alla Corte, *gli interessi della madre e del minore nonché della famiglia nel suo complesso* [non] *possono dirsi efficacemente salvaguardati dall'esistenza di altri istituti, come l'astensione facoltativa prevista dalla stessa legge, visto che comunque l'esaurimento anticipato dell'astensione obbligatoria riduce la durata complessiva della tutela, proprio in un caso particolarmente meritevole, considerati da una parte i rischi che presenta il bambino prematuro in relazione allo sviluppo neuropsichico e affettivo, e dall'altra la situazione della madre, dopo l'esperienza traumatizzante dell'interruzione prematura della gravidanza, le angosce connesse al rischio di morte del bambino e il periodo di separazione durante l'ospedalizzazione dello stesso* (21).

(21) Sul punto si veda anche CONTE, cit., 325. Quanto alle repliche in ordine alla asserita violazione del principio di uguaglianza rispetto alla *madre del bambino nato a termine ma malato o con gravi malformazioni o del bambino a cui viene diagnosticata una malattia dopo la dimissione dall'ospedale* si rinvia a quanto illustreremo nel successivo § 3.1.

b) Le ordinanze del Tribunale di Palermo

Con due successive ordinanze il Tribunale di Palermo si è pronunciato in via d'urgenza su istanza della medesima madre lavoratrice in ordine alla individuazione del dies a quo del congedo nella ipotesi di parto prematuro di oltre due mesi (22), profondendo ogni sforzo diretto a fornire una interpretazione dell'art. 16 del T.U. resistente alle censure mosse dal Giudice delle leggi alla previgente normativa (23).

Nel caso di specie, quindi, come sottolineato dal Collegio palermitano, e come successivamente recepito dal Giudice monocratico, previa ricostruzione delle osservazioni della Corte e delle ragioni fondanti la più volte citata decisione n. 270/99, *non va sottovalutato il fatto che il Decreto Legislativo n. 151 del 2001, come previsto dall'art. 15 della legge delega n. 53 del 2000, è finalizzato a redigere* "il testo unico delle **disposizioni legislative vigenti in materia**" *di tutela e sostegno della maternità e della paternità, e che, secondo i principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, le uniche modifiche possibili (e dunque consentite) sono quelle che nel quadro del* "coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti", si rendano "necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa" *(art. 15, comma 1, lett. c. citato).*

Ed allora, posto che nell'ambito delle disposizioni legislative vigenti nella materia de qua *al momento della redazione del testo unico, vi era anche quella dell'art. 4 L. n. 1204 del 1971, così come modificata dalla pronuncia di illegittimità costituzionale n. 270 del 1999, la norma di cui alla lettera d) dell'art. 16 T.U., introdotta per i casi di parti prematuri* deve essere interpretata nel senso di fare decorrere il periodo di astensione dal lavoro da una data successiva rispetto a quella del parto prematuro, perché una interpretazione di segno opposto *configurerebbe una modifica del testo vigente — come risultante, giova ribadire, dalla sentenza di incostituzionalità —, da parte del legislatore delegato esorbitante i limiti riconosciutigli dalla legge delega.*

Sotto questo profilo, quindi, l'interpretazione dell'art. 16, lett. d) del D. Lgs. n. 151 di segno opposto rispetto a quello sopra indicato, sarebbe incostituzionale perché configurerebbe un eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

Tra le due soluzioni originariamente prospettate dalla Corte, allora, in accordo con il Tribunale di Palermo, l'interpretazione più aderente al profilo teleologico ed a quello sistematico sembra essere quella che fissa il dies a quo del congedo di maternità alla

(22) La prima del 13 luglio 2005, emessa in sede di reclamo e la seconda del successivo 3 ottobre, di prossima pubblicazione su informazione previdenziale, i cui files si allegano al presente lavoro. Entrambe le pronunce hanno riconosciuto sussistente il *fumus*, ma, mentre la prima ha ritenuto insussistente il *periculum* avendo la madre azionato la pretesa in un momento in cui godeva — sia pure erroneamente secondo quanto ritenuto dallo stesso collegio palermitano — del congedo di maternità, la seconda ha ritenuto sussistente anche il *periculum*, in quanto la pretesa è stata azionata successivamente al decorso del termine di cinque mesi dalla data effettiva del parto.

(23) Sulla efficacia della tutela dei diritti fondamentali mediante ricorso al procedimento cautelare e sui possibili contrasti tra tutela cautelare e questione di legittimità costituzionale si veda: CAMPANELLI, Le forme di tutela immediata dei diritti fondamentali tra giudice comune e Corte Costituzionale, in Giust. Civ., 2001, 423 e ss.

data di dimissione del figlio dall'ospedale e di ingresso effettivo nella casa familiare.

È questo, quindi, a parere del Collegio, *il criterio più idoneo a garantire un'efficace tutela dei diritti di rilevo costituzionale della madre e del neonato, secondo le indicazioni contenute nella sentenza della Corte n. 270, perché consente alla donna di astenersi dal lavoro proprio nel momento in cui il figlio, per essere uscito dall'ospedale, ha effettivamente bisogno del rapporto diretto ed intimo con la madre*.

Il Collegio palermitano si è quindi spinto al massimo — salve le perplessità che manifesteremo al successivo § 3.2. — nel riconoscere ogni tutela al rapporto madre/figlio, neutralizzando tutto il periodo intercorso tra la data effettiva del parto ed il successivo inserimento in famiglia del neonato, a partire dal quale ritiene debba decorrere l'intero periodo di cinque mesi di congedo di maternità, con ciò, di fatto, equiparando a tale momento quello della nascita effettiva del neonato.

Disconoscendo ogni rilevanza alla data presunta del parto, coerentemente, il Tribunale di Palermo ritiene non goduto il periodo di due mesi *ante-partum*, da recuperarsi per intero successivamente all'ingresso in famiglia.

Tale interpretazione sembra possa ricevere un sostegno di carattere sistematico, ove si consideri che la norma disciplinante la astensione dal lavoro in caso di adozione e la previsione riferita al parto oltre termine che consente di godere in via aggiuntiva dell'astensione dal lavoro anche nel periodo intercorrente tra la data presunta del parto e la data effettiva, inducono a ritenere che il legislatore abbia voluto disciplinare la materia nel rispetto del principio di effettività senza alcun aggancio a momenti soltanto presuntivamente individuati o individuabili.

La diversa opzione originariamente prospettata dalla Sentenza n. 270/99, secondo cui il *dies a quo* del congedo deve essere individuato nel giorno successivo alla data presunta del parto, potrebbe invece trovare un fondamento nella interpretazione restrittiva dell'art. 16 del Testo Unico n. 151 del 2001 ove si ritenesse che la parola "parto" sia riferibile esclusivamente al parto a termine, fattispecie diversa dal parto precoce, nonché dal parto prematuro (24).

Ove con il termine parto senza ulteriori qualificazioni possa farsi riferimento unicamente al parto a termine, sarebbe allora consentito sganciarsi dai collegamenti sistematici sopra evidenziati, con la conseguenza che in ipotesi di parto prematuro potrebbe allora preferirsi una interpretazione che, nel rispetto del principio di certezza del diritto, lasci decorrere il congedo di maternità a partire dalla data presunta del parto, con sacrificio però del principio di effettività.

Per converso, volendo rimanere agganciati al disposto di cui all'art. 4 l. n. 1204/71, la intervenuta riscrittura di tale norma ad opera del citato art. 16 sembra tracciata sul medesimo solco. La previsione di cui alla lettera d) di tale disposizione, sostanzialmente, assegna un ruolo centrale alla data presunta del parto, laddove impe-

(24) Come puntualmente riferisce MANNACIO, Parto prematuro e periodo di astensione obbligatoria *post partum*, in Mass. giur. lav., 1999, 1357: Nel linguaggio medico si ha parto a termine se esso (…) si verifica tra il 275° giorno e il 295° giorno dopo l'ultima mestruazione. Il parto prima del termine si distingue in parto precoce (tra il 265° e il 275° giorno) e parto prematuro (tra il 180° e il 265°). Il parto dopo il termine viene chiamato parto tardivo o serotino (se avviene dopo il 295° giorno).

disce l'adibizione al lavoro della donna che abbia precocemente partorito, imponendo di recuperare nel periodo di congedo post partum anche il periodo intercorrente tra la data del parto precoce e la data presunta.

3. — Possibili linee di sviluppo

3.1. — Differibilità del congedo anche in ipotesi di parto precoce e a termine.

Traendo spunto dall'iter argomentativo della più volte citata C. Cost. n. 270/99, appare evidente come, secondo l'impostazione della Corte — non del tutto condivisibile per le ragioni che ci apprestiamo ad esporre nel seguente paragrafo — la lesione dei beni tutelati dalla normativa sulla maternità non risulti causata dalla precocità/prematurità del parto in se stessa, quanto piuttosto dalla conseguente ospedalizzazione del neonato che, nel periodo immediatamente successivo alla nascita prematura, impedisce proprio la protezione del *rapporto che (…) necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre* (25).

Se allora la differibilità del periodo di congedo per maternità è giustificata dalle esigenze di tutela di tale rapporto, analoga possibilità dovrebbe essere estesa tanto alle ipotesi di ospedalizzazione del neonato successive al parto precoce quanto a quelle successive al parto a termine, quanto ancora alle ulteriori ospedalizzazioni del neonato prematuro successive al suo ingresso in famiglia, ovvero alla data presunta del parto (26).

La fissazione della decorrenza del congedo in caso di parto a termine — ma anche di parto precoce — riposa infatti sulla presunzione che salvo irrilevanti scarti temporali (che possono risolversi nei parti più "felici" anche a 48 ore), avvenuto parto e ingresso nella famiglia coincidono (27).

Ove per eventi patologici la dimissione del neonato venga ritardata, con conse-

(25) Sulla individuazione dei beni tutelati dalla normativa in oggetto si vedano le citate C. Cost. nn. 332/1988 e 1/1987.

(26) Sulla disparità di tutela accordata alla lavoratrice nell'ipotesi di ospedalizzazione del neonato in seguito a parto prematuro ed in seguito a parto a termine si veda: D'AMICO, cit., 2256; Tribunale Ravenna, cit. 272-273.

(27) Così MANNACIO, cit., 1359. Nessuna rilevanza deve essere naturalmente attribuita alle suddette 48 ore che certamente non devono essere "recuperate" successivamente all'ingresso in famiglia del neonato, ove si consideri da un lato che oggetto di tutela è anche la salute della madre, e dall'altro che già immediatamente dopo la nascita, in ospedale, ha inizio nelle situazioni fisiologiche il rapporto madre/figlio.

guente impedimento quindi della realizzazione degli interessi tutelati dalla norma, appare ingiusto applicare la medesima regola fissata per fattispecie sostanzialmente differente.

Dovendosi tuttavia, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto, fissare un limite alla frazionabilità del congedo in parola, riteniamo che questa debba essere consentita unicamente nelle ipotesi in cui il rapporto madre/figlio non sia nemmeno sorto in conseguenza della ospedalizzazione del bambino, non potendosi viceversa consentire ove eventi successivi al sorgere di tale rapporto ne impediscano temporaneamente lo sviluppo.

L'insorgenza, quindi, di situazioni patologiche richiedenti l'ospedalizzazione del neonato successivamente al suo ingresso nella famiglia natale, non dovrebbero a nostro avviso consentire l'interruzione del congedo di maternità in coerenza con quanto deciso dalla Corte, laddove consente non la frazionabilità del congedo, bensì unicamente la differibilità del medesimo.

Ove si volesse invece garantire la massima tutela delle parti, l'insorgenza delle suddette situazioni patologiche potrebbe consentire la frazionabilità del congedo unicamente se intervenuta entro il 3° mese successivo, da un lato alla data di ingresso in famiglia nell'ipotesi di parto prematuro (ovvero alla data presunta del parto ove si ritenesse preferibile accogliere tale soluzione); dall'altro alla data presunta del parto nell'ipotesi di parto precoce, e dall'altro ancora alla data effettiva del parto nell'ipotesi di parto a termine.

Avendo infatti l'ordinamento fissato in tre mesi (decorrenti secondo i criteri appena indicati) il periodo di sospensione del rapporto di lavoro conseguente alla maternità, per fare fronte agli eventi incidenti sul rapporto genitore/figlio verificatisi successivamente a tale periodo non potrebbe che farsi ricorso — nel rispetto del principio di uguaglianza — agli altri istituti previsti dall'ordinamento quali i congedi parentali *ex* art. 32 del T.U., ovvero al congedo per la malattia del figlio previsto dal successivo art. 47.

3.2. — La care neonatale

Sotto altro profilo, in applicazione massima del principio di effettività e nel rispetto principale delle esigenze di tutela del neonato in quanto soggetto più debole, l'individuazione della decorrenza del dies a quo del congedo per maternità nell'ipotesi di parto prematuro con ospedalizzazione potrebbe seguire una terza via, la cui percorribilità, tuttavia, deve necessariamente fare i conti con lo stato dell'arte in materia di protocolli nei reparti ospedalieri specializzati di neonatologia.

Tanto la sentenza n. 270/99, quanto le successive pronunce di merito del foro palermitano riposano infatti sulla convinzione che l'ospedalizzazione del nato prematuro impedisca il sorgere di quel rapporto genitore figlio la cui tutela è costituzionalmente imposta.

In realtà, però, è pur vero che con l'approssimarsi della data presunta del parto, anche il nato prematuro comincerà ad avere sempre meno bisogno di interventi di terapia intensiva e potrà viceversa cominciare ad avere progressivi contatti con il mondo esterno che culmineranno con l'inserimento nella famiglia natale.

È pertanto certo che già prima dell'inserimento in famiglia è ben possibile anche in ambiente ospedaliero la creazione del rapporto genitore/figlio, ove la presenza dei genitori sia consentita nei reparti specializzati di neonatologia (28).

In tale ipotesi allora, il differimento del congedo di maternità al momento successivo dell'ingresso in famiglia potrebbe tradursi in una resistenza ovvero in una impossibilità da parte dei genitori lavoratori di essere assiduamente presenti nella struttura ospedaliera con danno per il neonato.

La decorrenza del *dies a quo* del congedo potrebbe e dovrebbe allora forse essere sganciata da criteri rigidi ed automatici, per essere viceversa di caso in caso fissata dagli organi competenti (Ispettorato del lavoro), previa certificazione dell'ospedale in ordine alla necessità, utilità e possibilità di garantire all'interno della struttura una costante presenza del genitore (29).

Tale soluzione non appare all'evidenza praticabile de jure condito, richiedendo necessariamente norme e procedure attuative, ma sembra, *de jure condendo*, quella maggiormente rispettosa dei diritti della famiglia e in special modo del neonato, in un sistema di diritto del lavoro e della sicurezza sociale improntato ai precetti costituzionali e quindi attento non solo ai rapporti aventi contenuto patrimoniale, ma innanzi tutto ai diritti della persona.

Ulteriore soluzione del problema che ci impegna potrebbe essere individuata nel mantenimento di un diverso termine di decorrenza del periodo di astensione *pre-partum*,

(28) Sul punto si veda anche, con qualche cenno di diritto comparato: D'AMICO, cit., 2255.

(29) La tendenza ormai più accettata nel campo della scienza medica conforta la scelta in favore di una decorrenza "individualizzata" del congedo di maternità se è vero, come riferisce Orzatesi, Report da Convegni Nazionali ed Internazionali, "International Conference on Infant Development in Neonatal Intensive Care" and Workshop on "Research on Early Developmental Care for Premature Babies in Neonatal Intensive Care Units (EDC)", Londra, 13-14 marzo 2003 e 15 marzo 2003, in www.ospedalebambinogesu.it, che *La presenza dei genitori accanto al bambino deve essere incoraggiata e sostenuta facilitando il contatto madre-figlio, anche pelle a pelle (metodo marsupio), e l'allattamento al seno; L'applicazione delle suddette metodologie di intervento, pur aderendo a specifici protocolli, non deve essere effettuata in modo rigido e indifferenziato, ma deve essere individualizzata, tenendo conto delle esigenze e dei limiti di ogni singolo bambino e dei suoi genitori. È comunque necessario valutare oggettivamente, con metodologie scientificamente valide (studi controllati randomizzati, possibilmente multicentrici), la reale efficacia a breve e lungo termine di metodologie assistenziali più complesse (come la NIDCAP) e che richiedono un considerevole impiego di risorse, soprattutto umane, aggiuntive rispetto a quelle usualmente disponibili nelle Unità di TIN. Vale qui la pena di sottolineare che gran parte delle procedure assistenziali, improntate ai principî dell'umanizzazione e della "care" neonatale, sono state da tempo recepite e implementate nel Dipartimento di Neonatologia Medica e Chirurgica dell'Ospedale Bambino Gesù. Vi è un accesso libero dei genitori in reparto, con alcune piccole limitazioni di orario durante la visita e l'espletamento di alcune manovre diagnostico-assistenziali particolari. Ai genitori viene inoltre offerto un sostegno psicologico, per aiutarli a superare il primo impatto legato all'ingresso in TIN, per incoraggiarli a partecipare attivamente all'accudimento del loro bambino, anche con l'attuazione della marsupioterapia, e per favorire l'instaurarsi di un buon attaccamento precoce e l'inizio e il mantenimento dell'allattamento materno*.

rispetto al termine di decorrenza del periodo post partum, secondo modalità che in qualche modo ricalcano l'assetto della disciplina prevista dall'art. 4 del ricordato disegno di legge n. 4684/98, rivisitata alla luce dell'attenzione riservata dalla Corte Costituzionale al momento dell'ingresso in famiglia del neonato, e che hanno il pregio di eliminare ogni incertezza in ordine al titolo dell'astensione dal lavoro della madre nel periodo immediatamente successivo al parto prematuro (vedi supra: 1.3.).

Al fine di garantire lo sviluppo del rapporto genitore/figlio all'interno della struttura ospedaliera potrebbe allora ritenersi agganciata la decorrenza del periodo *pre-partum* alla data presunta del parto, e la decorrenza del periodo *post-partum* alla data dell'ingresso in famiglia del bambino, riconoscendosi altresì il diritto al congedo di maternità — analogamente a quanto previsto per il parto oltre termine — anche per il periodo di ospedalizzazione intercorrente tra le due date.

Certo è che, in considerazione della molteplicità delle soluzioni adottabili, un intervento legislativo, ovvero un intervento della Corte di Cassazione nella sua funzione nomofilattica, appare quanto mai opportuno.

3.3. — Parità uomo/donna nel parto prematuro

Come sopra rilevato, successivamente all'entrata in vigore della l. n. 1204/71, già a partire dalla l. n. 903/77, l'ordinamento si è mosso, anche e soprattutto per effetto di molteplici pronunce della Corte Costituzionale, verso il progressivo riconoscimento di uguali diritti ad entrambi i genitori, in conseguenza della nascita di un figlio naturale, ovvero dell'ingresso in famiglia di un figlio adottivo o in affidamento, anche temporaneo.

In particolare ricordiamo la citata sent. n. 341/1991 (30), che ha dichiarato *illegittimo, per violazione dell'art. 29, 2º comma, in relazione anche agli art. 30, 31, 2º comma, 37, 3, 1º e 2º comma, cost., l'art. 7, 1º comma, l. n. 903 del 1977, nella parte in cui non consente al lavoratore, affidatario di minore ai sensi dell'art. 10 l. n. 184 del 1983, l'astensione dal lavoro durante i primi tre mesi successivi all'effettivo ingresso del bambino nella famiglia affidataria, in alternativa alla moglie lavoratrice*; e la sentenza n. 179/1993 (31), che ha dichiarato *illegittimo, per violazione degli art. 3, 29, 30, 31 e 37 cost., l'art. 7 l. 9 dicembre 1977 n. 903, nella parte in cui non estende, in via generale ed in ogni ipotesi, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri previsti dall'art. 10 l. 30 dicembre 1971 n. 1204, per l'assistenza al figlio nel suo primo anno di vita.*

Con la prima decisione, come sopra già ricordato, il Giudice delle leggi giustifica

(30) Vedi nota n. 2.

(31) In Mass. giur. lav., 1993, 143, n. SAETTA; Toscana lavoro giur., 1993, 337, n. CAPPONI; Corriere giur., 1993, 928, n. BARBERA; Nuova giur. civ., 1993, I, 625, n. DITTA; Giust. civ., 1993, I, 2317 (m), n. BONAMORE; Riv. it. dir. lav., 1993, II, 642, n. PINTO.

l'estensione al padre dei diritti già riconosciuti alla lavoratrice sul rilievo che l'ordinamento intende tutelare soprattutto *il rapporto che in tale periodo si svolge tra madre e figlio e tanto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologi, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino*.

Con la seconda decisione, riprendendo le precedenti pronunce della Corte, si precisa poi che *nella delineata ottica della "nuova visione del ruolo dei genitori nella vita familiare, ed in particolare del modo in cui essi debbono con eguali diritti e doveri concorrere all'assistenza alla prole* (32)" [deve ormai ritenersi acquisito] *il superamento della concezione di una rigida distinzione dei ruoli e che un equilibrato sviluppo della personalità del bambino esige spesso l'assistenza da parte di entrambe le figure genitoriali anche per aspetti di carattere affettivo e relazionale*.

In coerenza con la ratio di questa evoluzione normativa e giurisprudenziale, ed in conformità dei principî costituzionali più volte evidenziati non si può che concordare con l'autore più volte citato (33), nel ritenere che anche nell'ipotesi di parto prematuro, non ponendosi al momento dell'ingresso in famiglia del neonato alcuna esigenza per la madre di riprendere le forze dopo il parto e di allattare il bambino con la necessaria frequenza — esigenza che sta alla base della infungibilità del congedo per maternità nell'ipotesi di parto naturale a termine — si possa ipotizzare che del congedo per maternità *possa godere, in via alternativa, anche il padre, visto che i genitori potrebbero decidere, ad ormai qualche mese dalla nascita, che sia quest'ultimo ad accudire per i primi tre mesi dopo la sua entrata in casa, essendo le cure, la vicinanza, la continua presenza e l'affetto del padre altrettanto utili al bambino quanto quelli della madre. Non è da escludere, quindi, che un'ulteriore questione di legittimità non venga proposta sotto l'indicato profilo*.

Fonti normative

Costituzione: artt. 3, 4, 29, 30, 31, 32, 37;
L. n. 1204/71: artt. 3, 4, 7, 10;
L. n. 903/77: artt. 6, 7.
L. n. 184/83: artt. 10, 80;
L. n. 53/00: artt. 11, 15
Testo Unico n. 151/01: artt. 16, 19, 32, 47;
Art. 12, DPR n. 1026/76
Art. 4 disegno di legge C. n. 4624/98.

(32) Cfr. C. Cost. n. 1/1987, cit.
(33) MENGHINI, cit.

Giurisprudenza

Corte Costituzionale

1/1987;
332/1988;
341/1991;
295/1991;
179/1993;
347/1998;
270/1999.

Corti di Appello

Brescia, n. 217/03.

Tribunali

Ravenna, Ord., 13.10.1999;
Campobasso, Ord., 01.02.2000;
Palermo, Ord., 13.07.2005;
Palermo, Ord., 03.10.2005.

Preture

Bergamo, Ord., 15.06.1998.

All. A

***LAVORO (Rapporto di)* - Retribuzione in malattia, gravidanza, puerperio - Parto prematuro - Congedo di maternità - Decorrenza.**

TRIBUNALE DI PALERMO - Ordinanza - 13 luglio 2005 - Pres. Perniciaro - Rel. Pignataro - Cerami (Avv.ti Croce, Mandalà) - Inps (Avv. Cola) - Tim Italia s.p.a. (Avv. Pessi).

In ipotesi di parto prematuro di oltre due mesi, l'intero periodo di congedo di maternità (5 mesi) decorre dalla data di dimissione del neonato dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare.

La ricorrente, dipendente di Tim Italia s.p.a., premettendo di avere partorito in data 25 marzo 2005 una bambina nata prematuramente (data presunta del parto 1 luglio 2005), che attualmente la bambina è ricoverata al Policlinico di Palermo e che pertanto essa non può prestarle alcuna assistenza, di non aver potuto usufruire dell'astensione obbligatoria antecedente al parto e di essere stata posta dall'Inps in astensione obbligatoria con decorrenza dal 25 marzo al 25 agosto 2005, rivendica il proprio diritto di fruire del congedo per maternità per il periodo di cinque mesi con decorrenza iniziale dalla data presunta del parto ovvero dalla data di ingresso in famiglia della neonata.

La pretesa è fondata sotto il profilo del *fumus boni iuris*.

L'istituto del congedo di maternità è oggi disciplinato dall'art. 16 del Testo Unico n. 151 del 2001, che, nel riprodurre il testo del previgente art. 4 L. n. 1204 del 1971, ha aggiunto alla lettera d) la norma secondo cui le donne non possano essere adibite al lavoro: *"durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto"*.

In virtù di tale norma, dunque, in caso di parto prematuro rispetto alla data presunta, al periodo di tre mesi di astensione *post partum* si aggiungono i giorni di astensione obbligatoria non goduti prima del parto, ferma restando, comunque, la durata massima di cinque mesi.

Resta il problema, tuttavia, di stabilire da quale data debba farsi decorrere il periodo di astensione dal lavoro nei casi (come quello in esame) in cui il bambino nato prematuramente sia ricoverato per lungo tempo in ospedale: se da quella del parto prematuro, come ritiene l'Inps, ovvero da una data successiva (quella presunta del parto a termine ovvero quella di ingresso del neonato nella famiglia).

La questione, nel vigore della precedente disciplina, è stata risolta dalla Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 270 del 30 giugno 1999, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *"dell'art. 4, primo comma, lettera c) della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri) nella parte in cui non prevede per l'ipo-*

tesi di parto prematuro una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino".

La Corte, in particolare, muovendo dal presupposto che "l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro post partum previsto dalla norma impugnata… — *oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo, necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre"*, ha osservato che nelle ipotesi di parto prematuro *"è notoriamente indispensabile che il bambino — per un periodo talvolta lungo — sia affidato alle cure di specialisti ed all'apparato sanitario, mentre la madre, una volta dimessa e pur in astensione obbligatoria dal lavoro, non può svolgere alcuna attività per assistere il figlio ricoverato nelle strutture ospedaliere; ed è invece obbligata a riprendere l'attività lavorativa quando il figlio deve essere assistito a casa.* ***È pertanto innegabile che detta situazione contrasti sia col principio della parità di trattamento, sia col valore della protezione della famiglia e con quello della tutela del minore, con violazione dei parametri costituzionali invocati****"*.

A parere di questo Collegio, quindi, l'interpretazione della norma vigente (art. 16, lett. d) a proposito dell'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del congedo di maternità nelle ipotesi in cui il bambino nato prematuramente sia ricoverato in ospedale, non può prescindere dall'autorevole principio fissato dal Giudice delle leggi, pena l'illegittimità costituzionale anche della nuova disciplina del Testo Unico del 2001.

È noto, invero, che tra diverse interpretazioni possibili di una norma il giudice deve preferire quella che sia coerente con i principi costituzionali coinvolti nella fattispecie.

Nel caso in esame, peraltro, non va sottovalutato il fatto che il Decreto Legislativo n. 151 del 2001, come previsto dall'art. 15 della legge delega n. 53 del 2000, è finalizzato a redigere *"il testo unico delle* ***disposizioni legislative vigenti*** *in materia"* di tutela e sostegno della maternità e della paternità, e che, secondo i principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, le uniche modifiche possibili (e dunque consentite) sono quelle che nel quadro del *"coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti"*, si rendano *"necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa"* (art. 15, comma 1, lett. c. citato).

Ed allora, posto che nell'ambito delle disposizioni legislative vigenti nella materia de qua al momento della redazione del testo unico, vi era anche quella dell'art. 4 L. n. 1204 del 1971, così come modificata dalla pronuncia di illegittimità costituzionale n. 270 del 1999, la norma di cui alla lettera d) dell'art. 16 T.U., introdotta per i casi di parti prematuri proprio in conseguenza dell'intervento della Corte Costituzionale, non può essere interpretata nel senso di fare decorrere il periodo di astensione dal lavoro dalla data del parto prematuro, perché ciò configurerebbe una modifica del testo vigente — come risultante, giova ribadire, dalla sentenza di incostituzionalità —, da parte del legislatore delegato esorbitante i limiti riconosciutigli dalla legge delega.

Anzi, proprio il rispetto del criterio fissato alla citata lettera c), del comma 1, dell'art. 15, avrebbe dovuto indurre il legislatore delegato, al fine di garantire *la coerenza*

logica e sistematica della normativa alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, a fissare il *dies a quo* del congedo da una data successiva a quella del parto prematuro.

Anche sotto questo profilo, quindi, l'interpretazione dell'art. 16, lett. d) del D. Lgs. n. 151 sostenuta dall'Inps sarebbe incostituzionale perché configurerebbe un eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

Non resta, quindi, che ritenere fondato il diritto dalla ricorrente di fruire dell'intero periodo di congedo di maternità (5 mesi) a decorrere dalla data di dimissione della propria figlia dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare.

È questo, invero, a parere di questo Collegio, il criterio più idoneo a garantire un'efficace tutela dei diritti di rilevo costituzionale della madre e del neonato, secondo le indicazioni contenute nella sentenza della Corte n. 270, perché consente alla donna di astenersi dal lavoro proprio nel momento in cui il figlio, per essere uscito dall'ospedale, ha effettivamente bisogno del rapporto diretto ed intimo con la madre.

La sussistenza del presupposto del *fumus boni iuris*, tuttavia, non basta per l'accoglimento del reclamo, difettando l'altro requisito del "pregiudizio imminente ed irreparabile", parimenti indispensabile per la concessione del provvedimento cautelare atipico.

Com'è documentale, infatti, la bambina è ancora ricoverata, mentre la madre può godere del periodo di congedo per maternità sino al 25 agosto 2005. In atto, quindi, non sussiste alcun pericolo di pregiudizio imminente, anzi è certo che nessun pregiudizio potrà verificarsi sino al prossimo 25 agosto.

D'altra parte, com'è noto, il provvedimento di rigetto della domanda cautelare non ne preclude la riproposizione quando si verifichino mutamenti delle circostanze di fatto (art. 669 *septies* c.p.c.).

In conclusione, pertanto, il reclamo va respinto per carenza del requisito del *periculum in mora*.

Tenuto conto della peculiarità delle questioni trattate e della circostanza che la domanda appare sostenuta dal *fumus boni iuris*, sussistono giuste ragioni per compensare integralmente anche le spese della presente fase del giudizio cautelare.

All. B

***LAVORO (Rapporto di)* - Retribuzione in malattia, gravidanza, puerperio - Parto prematuro - Congedo di maternità - Decorrenza.**

TRIBUNALE DI PALERMO - Ordinanza - 03.10.2005 - Dott. Martino - Cerami (Avv.ti Croce, Mandalà) - Inps (Avv. Fanara) - Tim Italia s.p.a. (Avv. Pessi).

In ipotesi di parto prematuro di oltre due mesi, l'intero periodo di congedo di maternità (5 mesi) decorre dalla data di dimissione del neonato dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare.

(Omissis) La ricorrente, dipendente della Tim Italia s.p.a., premettendo di avere partorito in data 25 marzo 2005 una bambina nata prematuramente (data prevista del parto 1 luglio 2005), la quale è rimasta ricoverata presso il Dipartimento Materno Infantile del Policlinico di Palermo fino all'8.8.2005 (data in cui la stessa ha fatto il suo ingresso in famiglia), di non aver potuto usufruire dell'astensione obbligatoria antecedente al parto e di essere stata posta dall'Inps in astensione obbligatoria con decorrenza dal 25 marzo al 25 agosto 2005, rivendica, in via d'urgenza, il proprio diritto di fruire del congedo per maternità per il periodo di cinque mesi con decorrenza iniziale dalla data di ingresso in famiglia della neonata.

Il ricorso appare fondato sia sotto il profilo del *"fumus boni iuris"* che del c.d. *"periculum in mora"* e, in quanto tale, va accolto.

Per quanto riguarda il primo, appare opportuno riportare integralmente la ricca e condivisibile ordinanza emessa dal locale Tribunale in sede di reclamo nell'ambito del precedente procedimento cautelare instaurato dall'odierna ricorrente:

"L'istituto del congedo di maternità è oggi disciplinato dall'art. 16 del Testo Unico n. 151 del 2001, che, nel riprodurre il testo del previgente art. 4 L. n. 1204 del 1971, ha **aggiunto alla lettera d) la norma secondo cui le donne** non possano essere adibite al lavoro: *"durante gli ulteriori giorni non goduti prima del parto, qualora il parto avvenga in data anticipata rispetto a quella presunta. Tali giorni sono aggiunti al periodo di congedo di maternità dopo il parto*".

In virtù di tale norma, dunque, in caso di parto prematuro rispetto alla data presunta, al periodo di tre mesi di astensione post partum si aggiungono i giorni di astensione obbligatoria non goduti prima del parto, ferma restando, comunque, la durata massima di cinque mesi.

Resta il problema, tuttavia, di stabilire da quale data debba farsi decorrere il periodo di astensione dal lavoro nei casi (come quello mi esame) in cui il bambino nato prematuramente sia ricoverato per lungo tempo in ospedale: se da quella del parto

prematuro, come ritiene l'Inps, ovvero da una data successiva (quella presunta del parto a termine ovvero quella di ingresso del neonato nella famiglia).

La questione, nel vigore della precedente disciplina, è stata risolta dalla Corte Costituzionale, la quale, con sentenza n. 270 del 30 giugno 1999, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale *"dell'art. 4, primo comma, lettera C) della legge 30 dicembre 1971, n. 1204 (Tutela delle lavoratrici madri) nella parte in cui non prevede per l'ipotesi di parto prematuro una decorrenza dei termini del periodo dell'astensione obbligatoria idonea ad assicurare una adeguata tutela della madre e del bambino*".

La Corte, in particolare, muovendo dal presupposto che *"l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro post partum previsto dalla norma impugnata... — oltre ad essere volto a tutelare la salute della donna, considera e protegge il rapporto che, in tale periodo, necessariamente si instaura tra madre e figlio, anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre",* ha osservato che nelle ipotesi di parto prematuro *"è notoriamente indispensabile che il bambino — per un periodo talvolta lungo — sia affidato alle cure di specialisti ed all'apparato sanitario, mentre la madre, una volta dimessa e pur in astensione obbligatoria dal lavoro non può svolgere alcuna attività per assistere il figlio ricoverato nelle strutture ospedaliere; ed è invece obbligata a riprendere l'attività lavorativa quando il figlio deve essere assistito a casa.* ***È pertanto innegabile che detta situazione contrasti sia col principio della parità di trattamento. sia col valore della protezione della famiglia e con quello della tutela del minore, con violazione dei parametri costituzionali invocati****"*.

A parere di questo Collegio, quindi, l'interpretazione della norma vigente (art. 16, lett. d) a proposito dell'individuazione del *dies a quo* per la decorrenza del congedo di maternità nelle ipotesi in cui il bambino nato prematuramente sia ricoverato in ospedale, non può prescindere dall'autorevole principio fissato dal Giudice delle leggi, pena l'illegittimità costituzionale anche della nuova disciplina del Testo Unico del 2001.

È noto, invero che tra diverse interpretazioni possibili di una norma il giudice deve preferire quella che sia coerente con i principi costituzionali coinvolti nella fattispecie.

Nel caso in esame, peraltro, non va sottovalutato il fatto che il Decreto Legislativo n. 151 del 2001, come previsto dall'art. 15 della legge delega n. 53 del 2000, è, finalizzato a redigere *"il testo unico delle* ***disposizioni legislative vigenti*** *in materia"* di tutela e sostegno della maternità e della paternità, e che, secondo i principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, le uniche modifiche possibili (e dunque consentite) sono quelle che nel quadro del *"coordinamento formale del testo delle disposizioni vigenti"*, *si rendano "necessarie per garantire la coerenza logica e sistematica della normativa"* (art. 15, comma 1, lett. c. citato).

Ed allora, posto che nell'ambito delle disposizioni legislative vigenti nella

materia *de qua* al momento della redazione del testo unico, vi era anche quella dell'art. 4 L. n. 1204 del 1971, così come modificata dalla pronuncia di illegittimità costituzionale n. 270 del 1999, la norma di cui alla lettera d) dell'art. 16 T.U., introdotta per i casi di parti prematuri proprio in conseguenza dell'intervento della Corte Costituzionale, non può essere interpretata nel senso di fare decorrere il periodo di astensione dal lavoro dalla data del parto, prematuro, perché ciò configurerebbe una modifica del testo vigente — come risultante, giova ribadire, dalla sentenza di incostituzionalità —, da parte del legislatore, delegato esorbitante i limiti riconosciutigli dalla legge delega.

Anzi proprio il rispetto del criterio fissato alla citata lettera c), del comma 1, dell'art. 15, avrebbe dovuto indurre il legislatore delegato, al fine di garantire *la coerenza logica e sistematica della normativa* alla luce della pronuncia della Corte costituzionale, a fissare il *dies a quo* del congedo da una data successiva a quella del parto prematuro.

Anche sotto questo profilo, quindi, l'interpretazione dell'art. 16, lett. d) del D. Lgs. n. 151 sostenuta dall'Inps sarebbe incostituzionale perché configurerebbe un eccesso di delega da parte del legislatore delegato.

Non resta, quindi, che ritenere fondato il diritto dalla ricorrente di fruire dell'intero periodo di congedo di maternità (5 mesi) a decorrere dalla data di dimissione della propria figlia dall'ospedale e di ingresso nella casa familiare.

È questo, invero, a parere di questo Collegio, il criterio più idoneo a garantire un'efficace tutela dei diritti di rilevo costituzionale della madre e del neonato, secondo le indicazioni contenute nella sentenza della Corte n. 270, perché consente alla donna di astenersi dal lavoro proprio nel momento in cui il figlio, per essere uscito dall'ospedale, ha effettivamente bisogno del rapporto diretto ed intimo con la madre.

Per quanto riguarda, poi, il requisito, altrettanto indispensabile del c.d. *periculum in mora*, appare evidente come i diritti di rango costituzionale (cfr. artt. 31 e 37 Cost.) alla cui tutela è preordinato l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro, subirebbero nelle more del giudizio ordinario (la cui durata, per i noti carichi di lavoro di questa sezione, supererebbe i tre anni) un *"pregiudizio imminente ed irreparabile"*, ove non venisse concesso alla ricorrente di fruire del detto periodo di astensione.

Appare, infatti, evidente che le esigenze di *"carattere relazionale ed affettivo... decisive sia per un corretto sviluppo del bambino, sia per lo svolgimento del ruolo della madre"* poste dal Giudice delle Leggi a fondamento dell'istituto dell'astensione obbligatoria, verrebbero radicalmente e definitivamente compromesse, ove, alla ricorrente venisse impedito di rimanere a stretto contatto con la bambina in questa delicatissima fase della sua crescita (peraltro caratterizzata da specifiche esigenze di cura ed assistenza fisica e sanitaria, come emerso in sede d'interrogatorio libero).

Né vale, peraltro, ad escludere il suddetto pericolo la possibilità per la madre (evidenziata dalle parti convenute) di ricorrere ad altre forme di legittima astensione dal lavoro quali, ad esempio, il congedo parentale, stante la chiara difformità di ratio di quest'ultimo (spettante ad entrambi i genitori e finalizzato alla tutela della salute psico-fisica del bambino) rispetto all'astensione obbligatoria (come detto strumentale alla tutela del particolarissimo rapporto madre-figlio che si instaura nei primissimi mesi di vita di quest'ultimo).

Il ricorso d'urgenza va, pertanto, accolto e va, quindi, dichiarato il diritto della ricorrente ad astenersi dall'attività lavorativa dall'8.8.2005 fino all'8.1.2006.

La statuizione sulle spese della presente fase va, infine, rinviata all'esito del giudizio di merito.

CHIARA MARRAS

Avvocato INPS

LA POSIZIONE CONTRIBUTIVA DEL SOCIO LAVORATORE

La posizione del socio lavoratore risulta profondamente innovata con l'entrata in vigore della Legge 142 del 3.04.2001, norma con la quale il legislatore ha inteso estendere la tutela già dettata in termini generali per i prestatori di lavoro anche a tutti i soci lavoratori delle cooperative — non solo quindi le cooperative di lavoro.

Considerando il fenomeno cooperativistico come aspetto generale, senza in questo momento tener conto di aspetti specifici di alcune tipologie di rapporti mutualistici, si può affermare che dalla nascita del fenomeno mutualistico ad oggi l'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale ha visto come protagonista la figura del socio lavoratore.

Originariamente era prevalente la teoria in base alla quale la prestazione del socio lavoratore, nelle cooperative di lavoro, non poteva essere qualificata come rapporto di lavoro subordinato, ma come obbligo scaturente dal contratto sociale (1).

In tale sfondo si inseriscono le sentenze della Corte Costituzionale (n. 334 del 20 luglio 1995 e n. 30 del 5/12 febbraio 1996).

Queste due sentenze hanno negato la possibilità per i soci lavoratori di cooperative di lavoro di beneficiare del Fondo di Garanzia, istituito presso l'INPS, per il trattamento di fine rapporto nel caso di insolvenza del datore di lavoro.

Come osservato in dottrina,(2) le due pronunce sopraccitate hanno messo in evidenza l'esistenza di una dualità determinata da un lato dalla prevalenza del rapporto associativo e dall'altro dall'obbligo esistente in capo alla cooperativa di rispettare alcune norme poste a tutela del lavoratore.

Nel corso degli anni il legislatore ha introdotto anche per i soci lavoratori norme poste a tutela dei lavoratori subordinati.

Vi sono state inoltre una serie di norme sul piano assicurativo e contributivo che hanno parificato le cooperative a tutti gli altri datori di lavoro.

---

1) *"Il lavoro nelle cooperative"* Marco Barbieri in *Lavoro e Diritti dopo il decreto legislativo 276/2003* a cura di Pietro Curzio – Cacucci Editore.

2) *"Il socio lavoratore dopo i recenti interventi legislativi in materia di cooperative"* Giorgio Bertinelli.

È bene precisare che tale equiparazione aveva valenza esclusivamente sul piano assicurativo.

L'orizzonte assume delle caratteristiche ben diverse con l'entrata in vigore della L. n. 142: viene infatti definitivamente sancita l'esistenza, accanto al rapporto associativo, anche di un rapporto di lavoro.

Al socio lavoratore è data infatti l'opportunità, o nel momento di costituzione del rapporto associativo o successivamente, di instaurare un ulteriore rapporto di lavoro sia esso in forma autonoma o subordinata o in qualsiasi altra forma, quindi anche la collaborazione coordinata non occasionale.

Perché tale possibilità sia reale e possa effettivamente essere utilizzata dal socio lavoratore è necessario che la cooperativa con la quale è associato abbia adottato un regolamento che disciplini il tipo di rapporto che si intende adottare con il soci lavoratori.

In base all'art. 9 della L. 14.2.2003 n.30 tale regolamento doveva essere adottato entro il 31.12.2003, termine prorogato al 31.12.2004 con la L. 27 febbraio 2004 n. 47, di conversione del decreto legge 24 dicembre 2003 n.355.

Questo nuovo termine è molto importante perché la stessa legge ha stabilito che il mancato rispetto di tale data comporta l'applicazione dell'art. 2545-sexiesdecies del codice civile dal quale si evince che nel (3) caso di malfunzionamento della cooperativa l'autorità governativa può revocare gli amministratori e nominare un commissario.

Da tale opzione della forma di rapporto di lavoro derivano i diversi obblighi in ambito contributivo e o fiscale.

Dispone l'art. 1 della legge di riforma che il socio lavoratore instaura anche *"…un ulteriore e* ***distinto*** *rapporto di lavoro in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa…"* e, dal punto di vista previdenziale, prosegue precisando che *"ai fini della contribuzione previdenziale ed assicurativa si fa riferimento alle normative vigenti per le diverse tipologie di rapporti di lavoro adottabili dal regolamento…"* ed ancora al 2° comma dispone che *" i trattamenti economici dei soci lavoratori con i quali si è instaurato un rapporto di lavoro subordinato… sono considerati, agli effetti previdenziali, reddito da lavoro dipendente"*.

Si precisa che, a seguito dell'entrata in vigore della L. 14 febbraio 2003 n. 30, è stato soppresso il termine *"distinto",* confermando così la predominanza del rapporto associativo.

È chiaro che non si tratta di semplice predominanza formale bensì sostanziale tanto che, venendo meno il rapporto associativo, viene meno anche il rapporto di lavoro.

Il comma 5 della medesima legge 142 del 2001 ha introdotto il principio che statuisce appunto che il rapporto di lavoro si estingue nell'ipotesi di recesso o di esclusione del socio.

Anche nell'ipotesi di socio lavoratore dovrà trovare comunque applicazione il principio ormai pacificamente ed uniformemente accolto in giurisprudenza, in termini

3) Vedi circolare 10/04 del 18 marzo 2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

generali, in ordine al rilievo da attribuirsi al c.d. *nomen juris* nella valutazione del carattere autonomo o subordinato di un rapporto di lavoro, essendosi al riguardo ripetutamente osservato che la pur preliminare indagine sull'effettiva volontà negoziale delle parti non può essere disgiunta da una verifica dei relativi risultati con riguardo alle modalità e caratteristiche concretamente assunte dalla prestazione nel corso del suo svolgimento, così da doversi riconoscere l'acquisizione di quel carattere quante volte tale svolgimento non si appalesi coerente con la sua originaria denominazione.

In questo senso si concorda con quanto affermato dalla dottrina più autorevole (4) per cui rimane indiscutibile il fatto che la qualificazione del rapporto di lavoro in presenza di interpretazioni contrastanti rimane sempre di competenza giurisdizionale, in relazione senza dubbio alla volontà delle parti, non di quella "dichiarata" ma quella effettivamente"praticata".

Da tali disposizioni discende che soltanto nel caso in cui la scelta relativa al tipo di rapporto di lavoro ricada su quello subordinato si applicano le norme di legge preesistenti, in particolare gli artt. 4 e 9 del DPR del 30 giugno 1965 n.1124 relativamente all'assicurazione sugli infortuni; l'art. 2 del RD 28.8.24 n. 1422 per l'assicurazione contro l'invalidità e la vecchiaia; per l'assicurazione contro la disoccupazione e la mobilità l'art. 24 della L. 24 giugno 1997 n. 196 (con esclusione dei soci della cooperative disciplinate dal DPR 602/70); l'art.1 del T.U. approvato con D.P.R. n. 797 del 30.5.55 per gli assegni familiari.

Fino all'entrata in vigore della L. 142/2001 le norme esistenti e di cui sopra hanno sempre equiparato, **ai fini contributivi,** i soci lavoratori ai lavoratori subordinati e le cooperative a qualsiasi altro datore di lavoro, senza necessità di dover indagare se realmente il rapporto tra loro instaurato fosse o meno di lavoro subordinato.

Appare legittimo pensare che si abbia la reviviscenza della precedente disciplina se la cooperativa associante non adempia all'obbligo di adottare il regolamento imposto dalla nuova disciplina.

Così troverà nuovamente applicazione l'art. 2, terzo comma, del R.D. n.1422 del 1924 il quale dispone che le società cooperative sono datori di lavoro ai fini dell'assicurazione I.V.S. rispetto ai soci che sono occupati nei lavori in cui sono impegnate, norma che quindi ha sempre operato una equiparazione finalizzata ad estendere ai soci le prestazioni previdenziali garantite alla generalità dei lavoratori.

Tale equiparazione ha poi trovato conferma anche nell'art. 24 della L. 196/1997 che ha esteso ai soci lavoratori la tutela, tramite l'intervento del Fondo di Garanzia istituito presso l'INPS, del trattamento di fine rapporto nell'ipotesi di insolvenza delle cooperative e che ha inoltre previsto anche per i soci lavoratori l'obbligo dell'assicurazione per la disoccupazione involontaria e le norme in materia di indennità di mobilità, disposizioni prima non applicabili in loro favore.

4) Prof. Cinelli nell'intervento al Convegno di studio sul tema *"Il socio lavoratore dopo i recenti interventi legislativi in materia di cooperative"* Pisa 24 novembre 2001.

Se invece il regolamento viene adottato si abbandona la precedente equiparazione, ai fini contributivi, delle società cooperative ai datori di lavoro e si applicheranno le norme esistenti a seconda della tipologia di rapporto di lavoro che si intenda attuare, alternativamente, con i soci sulla base del regolamento.

Pertanto al socio lavoratore spetterà la contribuzione previdenziale propria del tipo di lavoro per il quale si è optato e che sia anche effettivamente prestato (5).

Per quanto riguarda l'assicurazione dei soci lavoratori non esiste per la disciplina ai fini contributivi una normativa specifica, ma dipende dal tipo di inquadramento operato in sede di iscrizione della cooperativa stessa.

Per inciso si precisa che norme particolari continuano a sussistere per le cooperative che possano godere dell'applicazione del DPR 602/1970: si ricorda che tale disposizione non deve essere considerata come contenente una serie di agevolazioni contributive ma come uno speciale regime a cui debbono attenersi gli organismi destinatari che siano in possesso dei requisiti previsti ed esercitino le attività specificamente elencate nel DPR.

Altra importante novità viene introdotta con l'art. 6 della legge di revisione del 2001 il quale prevede che, ai fini della determinazione della base imponibile con riferimento al rapporto di lavoro subordinato, l'applicazione dei contratti collettivi del settore o della categoria e la garanzia di una retribuzione non inferiore ai minimi contrattuali.

Per i rapporti di lavoro non subordinato si fa invece riferimento ad un compenso "proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato" e in ogni caso non inferiore ai "compensi medi" che si riscontrano a seconda della tipologia della prestazione.

5) Cass. Civile, Sezioni Unite, 26 luglio 2004 n. 13967.

MIRELLA MOGAVERO

Avvocato INPS

BREVI NOTE SULLA MOTIVAZIONE DELLA CARTELLA DI PAGAMENTO IN MATERIA CONTRIBUTIVA. PROFILI PROCESSUALI.

Sommario: 1. Premessa. 2. La cartella di pagamento per crediti previdenziali. 3. L'eccezione di nullità della cartella per difetto o insufficienza di motivazione. 4. Contestazioni inerenti il merito della pretesa contributiva. Ipotesi di superamento e sanatoria del preteso deficit motivazionale. 5. La domanda riconvenzionale come mezzo per ovviare all'ipotetica nullità della cartella: ammissibilità?

1. — Premessa.

A distanza di oltre sei anni dalla riforma della riscossione, che ha esteso agli Enti Previdenziali il sistema dell'esazione a mezzo iscrizione a ruolo, e nell'imminenza operativa di un'ulteriore riforma (1), sembra interessante fare brevemente il punto sulla situazione della giurisprudenza in tema, con riferimento a talune problematiche, anche processuali, che sempre più spesso si pongono alla riflessione degli operatori.

Com'è noto, a far data dal 1999 (2) il Legislatore, sulla scorta di un intento unificatore e razionalizzatore, ha ritenuto di sostituire il previgente sistema del recupero dei crediti contributivi per via prevalentemente monitoria con quello, già attuato da tempo in via sistematica per i crediti erariali, del ruolo e della successiva notifica al debitore della cartella di pagamento.

Pare utile rammentare che, già antecedentemente, gli Enti disponevano, per il vero, di un mezzo celere per la riscossione dei propri crediti, avendo la prerogativa,

(1) D.L. 30 settembre 2005 n. 203 (Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia finanziaria e tributaria) artt. 3 ss. convertito, con modificazioni, in Legge 2.12.2005 n. 248.

(2) Decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 entrato in vigore il 1° luglio 1999.

stante l'efficacia di titolo esecutivo (3) dei modelli DM10 insoluti (le autodenunzie debitorie dei datori di lavoro), di azionare direttamente in via esecutiva la pretesa di pagamento, a mezzo notifica di atto di precetto.

Si era, tuttavia, ritenuto preferibile seguitare a far uso, in modo pressoché generalizzato, della procedura monitoria, al fine di ottenere il consolidamento del credito per il tramite del titolo giudiziale, che assicurava, all'evidenza, maggiori garanzie, tra le quali, ad esempio, la resistenza decennale al decorso del tempo. Al procedimento d'ingiunzione doveva altresì ricorrersi (pur essendo ovviamente ammissibile, ma non realistica, l'azione giudiziale ordinaria) in caso di attivazione di crediti derivanti da verbali ispettivi o da attestazioni di credito *ex* art. 635 II° comma C.P.C. (anche per i debiti dei lavoratori autonomi).

In tutti tali casi, l'emissione del titolo giudiziale passava necessariamente attraverso il filtro delle Avvocature degli Enti nonché il vaglio del Giudice del Lavoro e della Previdenza, cui la richiesta di emissione di decreto ingiuntivo si indirizzava previo deposito di tutta la documentazione amministrativa inerente e verifica, almeno potenziale, della relativa congruità.

Ben avrebbe potuto il Giudice, ravvisata la carenza o l'insufficienza dei requisiti o degli elementi di prova della domanda, negare l'emissione del titolo.

Il decreto ingiuntivo, esecutivo *ex lege,* nasceva dunque con un *imprimatur,* beninteso provvisorio, che dava tuttavia attendibilità, fino a prova, *rectius* deduzione contraria, al credito e garanzie, almeno astratte, al destinatario.

L'esame del fascicolo documentale depositato in cancelleria consentiva, infatti, alla parte destinataria dell'azione di recupero di essere appieno edotta della *causa petendi* e di valutare l'opportunità di proporne contestazione.

All'ortodossia della via giudiziale il Legislatore ha, come detto e sull'onda di un disegno efficientista, preferito lo strumento del ruolo che, se promette, almeno in linea teorica, il soddisfacimento più tempestivo e massivo dei crediti degli enti (specie se contestualizzato alla cessione dei crediti ed alle relative anticipazioni finanziarie, nell'ottica delle impellenti emergenze della finanza pubblica), d'altra parte genera increspature che parte della giurisprudenza, sempre più sensibile al sistema delle tutele, non ha esitato a evidenziare e sanzionare.

2. — La cartella di pagamento per crediti previdenziali.

Gli Enti Previdenziali, dal luglio 1999 e con l'unica eccezione dei crediti già oggetto, a quella data, di esecuzione o contenzioso, provvedono quindi all'esazione dei propri crediti a mezzo iscrizione a ruolo.

(3) L'art. 2, primo comma, del D.L. 9 ottobre 1989 n. 338, conv. in L. 7 dicembre 1989 n. 389, attribuiva espressamente efficacia di titolo esecutivo al titolo stragiudiziale costituito dal cd. Modello DM 10/M. Tale norma è stata abrogata dall'art. 37 del D. Lgs. 26 febbraio 1999 n. 46.

Da tale momento l'Ente viene a perdere, di fatto, la gestione diretta dell'attività di recupero, affidata, per il tramite del sistema di cartolarizzazione e cessione dei crediti in massa, al soggetto concessionario della riscossione, cui compete l'intera serie degli adempimenti relativi, uno dei quali, quello precipuo ai fini che ne occupano, è l'emissione della cartella di pagamento, la cui notificazione, ai sensi dell'art. 21 comma 1°, II° periodo, del Decreto legislativo 31.12.1992 n. 546, vale anche come notificazione del ruolo, nel suo estratto.

A norma dell'art. 25 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come modificato dall'art. 11 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46, la cartella di pagamento, da notificare al contribuente iscritto a ruolo, deve essere redatta in conformità al modello approvato con decreto del Ministro delle Finanze.

In attuazione della norma citata, i decreti dirigenziali 28 giugno 1999 (4) e 11 settembre 2000 (5) hanno approvato il modello di cartella e le avvertenze riguardanti la proposizione del ricorso contro tale atto, prevedendo modalità differenziate per i diversi tributi.

In materia contributiva, la cartella esattoriale deve essere redatta in conformità allo specifico modello approvato con decreto del Ministro delle Finanze 3.09.1999 n. 321 (6), che, all'art. 6, ne ha definito il contenuto minimo, indicando gli elementi che devono essere irrinunciabilmente esplicitati nella cartella onde rendere edotto il destinatario della causale e del periodo temporale di riferimento della pretesa dell'amministrazione.

Il contenuto minimo della cartella di pagamento è dunque, ai sensi del comma 1, costituito dagli elementi che, espressamente richiamati dall'articolo 1, commi 1 e 2, dello stesso decreto, devono essere specificamente e chiaramente elencati nel ruolo.

- l'ente creditore;
- la specie del ruolo;
- il codice fiscale e i dati anagrafici dei debitori;
- il codice di ogni componente del credito, tecnicamente definita "articolo di ruolo";
- il codice dell'ambito;
- l'anno o il periodo di riferimento del credito;
- l'importo di ogni articolo di ruolo;
- il totale degli importi iscritti nel ruolo;
- il numero delle rate in cui il ruolo deve essere riscosso, l'importo di ciascuna di esse e la cadenza delle stesse;
- la data di consegna al concessionario.

(4) Decreto del Direttore Generale del Dipartimento delle entrate. In G.U. n. 173 del 26.07.1999 "Approvazione dei modelli della cartella di pagamento e dell'avviso di intimazione ai sensi degli artt. 25 e 50 del DPR 29.09.1973 n. 602.

(5) Decreto del Direttore Generale del Dipartimento delle entrate 11 settembre 2000 "Integrazione del decreto dirigenziale 28 giugno 1999, di approvazione dei modelli della cartella di pagamento e dell'avviso di intimazione, ai sensi degli articoli 25 e 50 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602".

(6) Decreto del Ministro delle Finanze 3 settembre 1999, n. 321 (GU n. 218 del 16/09/1999) "Regolamento recante norme per la determinazione del contenuto del ruolo e dei tempi, procedure e modalità della sua formazione e consegna, da emanare ai sensi degli articoli 4 e 10 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46".

Il comma 2 precisa che nell'elenco di cui al comma 1 è contenuta, per ciascun debitore, anche *l'indicazione sintetica degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo; nel caso in cui l'iscrizione a ruolo consegua ad un atto precedentemente notificato, devono essere indicati gli estremi di tale atto e la relativa data di notifica.*

Giova precisare, tuttavia, che le citate norme di previsione hanno natura meramente regolamentare, essendo il decreto ministeriale un atto amministrativo, che non ha ovviamente natura legislativa, ma di fonte normativa di rango secondario e non sembrerebbe poter determinare alcuna statuizione in termini di nullità assoluta, limitandosi a dettare alcune regole dal tenore sostanzialmente ordinatorio.

Nella generalità dei casi, le cartelle di pagamento emesse ad istanza dell'INPS-S.C.C.I. s.p.a. (7) recano, comunque, espressa indicazione dell'Ente impositore, del titolo della pretesa, del periodo di riferimento, della tipologia di contribuzione richiesta, del regime sanzionatorio applicato, della data di esecutività del ruolo, esaudendo pienamente ed efficacemente le condizioni richieste dalle previsioni regolamentari.

Peraltro, e ciò rappresenta, per certi versi, un paradosso, l'Ente non ha modo di attuarne un controllo diretto e preventivo, non avendo la disponibilità della cartella (e della data di notifica della stessa ai fini di verificare la tempestività dell'eventuale opposizione) se non quando ne estrae copia dal fascicolo avverso a fronte di un ricorso giudiziale o, quanto alla data di notifica, attiva laboriose ricognizioni presso la società concessionaria della riscossione.

Ma neppure quest'ultima conosce direttamente e "fisicamente" la cartella.

L'iter di emissione è infatti svolto <u>esclusivamente per via telematica</u>.

Semplificando:

- il ruolo (l'elenco delle singole partite creditorie e dei relativi riferimenti) è trasmesso in rete, non esistendo praticamente più, di norma, alcun supporto cartaceo;
- il Consorzio Nazionale dei Concessionari lo riceve e smista, per competenza territoriale, alle varie società di riscossione, che lo prendono in carico con timbro telematico e lo restituiscono al Consorzio;
- ciascuna delle società "prenota" la stampa delle cartelle che è attuata da un unico centro per l'intero territorio nazionale;
- a tal punto, sulla base di criteri predeterminati (luogo di notifica, disponibilità o meno di personale notificatore in loco etc.), il sistema seleziona le modalità di spedizione, per posta o a mezzo di messo notificatore.

In ogni caso, la cartella nasce ed esiste <u>in unica copia per singolo destinatario</u>, restando all'incaricato della riscossione unicamente il referto di notifica ed eventualmente, ove necessaria per la produzione in giudizio (8), la sola stampa dell'estratto di ruolo.

(7) Società di cartolarizzazione dei crediti dell'INPS.

(8) Art. 57 comma 2 D.P.R. n.602/1973.

Sino al momento in cui si faccia istanza in cancelleria di estrazione di copia, il contenuto della cartella è quindi, per lo stesso Ente creditore, solo intuibile a seguito della consultazione degli archivi informatici interni (quelli che la originano, per il tramite del c.d. *infasamento*), restando tuttavia ignote talune vicende inerenti le modalità e le fasi dell'azione di riscossione, che spesso assumono rilievo decisivo nel giudizio successivo (es. la riemissione della cartella e la sua rinotifica nelle procedure concorsuali o ai coobbligati, come i soci di società di persone, ai fini della prescrizione o dell'eccezione di "giudicato" paragiudiziale).

La circostanza non è di poco momento allorquando interferisca con un mondo, quello del processo civile, avvezzo alla cura della forma.

3. — L'eccezione di nullità della cartella per difetto o insufficienza di motivazione.

Come già rilevato, l'art. 6 del cit. decreto 3 settembre 1999 n. 321 prevede il "contenuto minimo" della cartella di pagamento, con un'elencazione di elementi che sembrerebbe tassativa ed esaustiva, ma per il cui difetto non risulta peraltro sancita legislativamente in modo espresso la comminatoria della nullità *(ubi lex voluit, dixit).*

Il comma 2 precisa testualmente, che *"nell'elenco di cui al comma 1 è contenuta, per ciascun debitore, anche l'indicazione sintetica degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo; nel caso in cui l'iscrizione a ruolo consegua ad un atto precedentemente notificato, devono essere indicati gli estremi di tale atto e la relativa data di notifica".*

Mentre è agevole recepire appieno il senso, ma non l'esatto contenuto di riferimento, della seconda parte della norma, che indica la necessità, ove la cartella sia stata preceduta da altro atto notificato al debitore (verbale d'accertamento od anche gli eventuali avvisi bonari o ancora le precedenti diffide?) di indicarne i precisi estremi (9), con motivazione c.d. *per relationem,* altrettanto non è a dirsi relativamente alla prima parte.

L'utilizzo della locuzione *anche* sembra infatti smentire ciò che alla prima lettura della norma sembrerebbe palese e cioè che la diligente enunciazione dei dati elencati nel primo comma possa esaudire le condizioni minime di motivazione della cartella.

Invero, a ben vedere, gli elementi ivi descritti paiono più riferiti a codici e lessico telematico (e, come ha rilevato la Cassazione — si veda la recentissima sentenza 18415/2005 —, l'indicazione nella cartella del solo codice numerico delle voci creditorie azionate contrasta con la disciplina sulla trasparenza amministrativa, con le

(9) Non di allegare gli atti stessi; ove pure si richiamasse, non pertinentemente, l'obbligo di allegazione, *ex* art. 7 legge 27.7.2000 n. 212 (Statuto del contribuente), va precisato che esso riguarda comunque solo gli atti non conosciuti o altrimenti conoscibili dal "contribuente" (Cass., sez. trib., 16 marzo 2005 n. 5755).

norme dello Statuto del contribuente e viola l'articolo 24 della Costituzione perché non consente un'adeguata difesa), che non ad un contenuto descrittivo e motivazionale di facile ed immediata intelleggibilità per il destinatario.

Si rammenta che la giurisprudenza tributaria, che sembrerebbe sul punto pienamente esportabile, ha da tempo sottolineato (da ultima, tra le molte, Cassazione sez. tributaria 12.08.2004 n. 15638) l'obbligo per l'Amministrazione creditrice di chiarire (sia pure succintamente) le ragioni (intese come indicazione sia della mera causale che della motivazione vera e propria) dell'iscrizione nel ruolo, proprio per consentire all'interessato di verificare se sussistono i presupposti per tale iscrizione e di difendersi in giudizio: il contenuto minimo di tali indicazioni va, appunto, commisurato all'esigenza di consentire al contribuente un non eccessivamente difficoltoso esercizio del proprio diritto alla difesa.

Al riguardo, sottolinea la Corte, "una congrua, sufficiente ed intelligibile motivazione deve sempre sussistere in relazione ai presupposti (ed alle finalità) dell'atto. Alla cartella di pagamento, prosegue la Corte, (in ciò smentendo il proprio precedente orientamento di cui, ad esempio, alla sentenza n. 14306 del 1999, secondo cui "in materia di tributi non è espressamente invocabile il principio di trasparenza degli atti amministrativi, ai sensi dell'art. 3 (10) della legge n. 241 del 1990, dalla cui applicazione sono esplicitamente esclusi i procedimenti tributari — art. 13"), sono comunque applicabili i principi di ordine generale indicati per ogni provvedimento amministrativo dall'art. 3 della l. n. 241 del 1990, nonché le specifiche disposizioni dettate in materia tributaria dall'art. 7 della l. n. 212 del 2000 (Statuto dei diritti del contribuente) (11).

---

(10) Motivazione del provvedimento (1) Art. 3. 1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere. (1) Rubrica apposta dall'articolo 21 della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

(11) L 27/07/2000 n. 212 - Art. 7 *Chiarezza e motivazione degli atti.*

1. Gli atti dell'amministrazione finanziaria sono motivati secondo quanto prescritto dall'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente la motivazione dei provvedimenti amministrativi, indicando i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione. Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama.

2. Gli atti dell'amministrazione finanziaria e dei concessionari della riscossione devono tassativamente indicare:

a) l'ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato o comunicato e il responsabile del procedimento; b) l'organo o l'autorità amministrativa presso i quali è possibile promuovere un riesame anche nel merito dell'atto in sede di autotutela; c) le modalità, il termine, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa cui è possibile ricorrere in caso di atti impugnabili. 3. Sul titolo esecutivo va riportato il riferimento all'eventuale precedente atto di accertamento ovvero, in mancanza, la motivazione della pretesa tributaria. 4. La natura tributaria dell'atto non preclude il ricorso agli organi di giustizia amministrativa, quando ne ricorrano i presupposti.

Ove pure si negasse l'applicabilità, *stricto jure,* alla cartella di pagamento "contributiva" di tale ultima disciplina, espressamente riferita agli "atti dell'amministrazione finanziaria" (nel cui alveo si esclude comunemente possa ritenersi, allo stato, attratto l'atto dell'ente previdenziale), non v'è dubbio che l'obbligo di motivazione — intesa come *"indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"* — sarebbe comunque inferito, a monte ed in generale, dal citato art. 3 della l. n. 241 del 1990, che si applica ad ogni tipo di provvedimento amministrativo (12) e, quindi, anche agli atti evidenzianti una pretesa tributaria nei confronti del contribuente (v. anche Corte cost., ordinanza n. 117 del 2000) o, analogicamente, una pretesa contributiva.

Una diversa interpretazione si porrebbe del resto, come non ha mancato di sottolineare la Corte, in insanabile contrasto con la Costituzione, in riferimento agli artt. 3 (sotto il profilo della disparità di trattamento, rispetto agli altri atti della pubblica amministrazione, e del difetto di ragionevolezza) e 24 (sotto il profilo della ingiustificata lesione del diritto di difesa del contribuente) (13).

L'indicazione sintetica degli elementi sulla base dei quali è stata effettuata l'iscrizione a ruolo di cui al comma 2 dell'art.1 Decr. 321/1999 è dunque da leggersi in tale contesto interpretativo.

Essa non è (non solo) la descrizione del titolo (tipologia specifica del credito, tecnicamente "causale") della pretesa contributiva, che ovviamente deve essere rigorosamente annotata, ma attiene alla eziologia della stessa.

La differenziazione non è formalistica ma di sostanza. In altre parole, non pare sufficiente, ad esempio, che sia trascritto " contributi aziende", ma occorre sia precisato se essi originano da autodenunzie del debitore (modelli DM10) ovvero da rettifiche operate d'ufficio dall'INPS.

Nei fatti, si ritiene per lo più, nella giurisprudenza di merito, che il modello di cartella confezionato specificamente per i crediti contributivi dia sufficiente contezza della motivazione della pretesa allorché essa attenga ai contributi denunziati e non versati (la dizione "modello DM10" compare espressamente con indicazione di ciascuna mensilità insoluta ed è valutata sufficientemente esplicita per destinatari qualificati quali le imprese). Parimenti non destano, o almeno non dovrebbero destare, perplessità le cartelle relative a contribuzione dovuta dai lavoratori autonomi, che indicano specificamente ed analiticamente la descrizione della causale del credito e delle relative singole rate scadute.

In siffatti casi l'obbligo contributivo afferisce a pagamenti, per così dire, automatici, che presuppongono una collaborazione positiva, corrente e periodica, del contribuente, il cui inadempimento non può, secondo canoni di diligenza media, non essere conosciuto dall'interessato ed è comunque adeguatamente esplicitato nella cartella.

(12) E che ha fatto transitare, nel diritto amministrativo, il vizio di motivazione dal contesto delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, a quello della violazione di legge.

(13) Cassazione sez. tributaria 12.08.2004 n. 15638.

Più rigore ci si attende laddove, invece, il credito ed il relativo ruolo siano stati generati da un atto impositivo o autoritativo dell'amministrazione.

E, a tale riguardo, stante la specificazione della seconda parte del comma I° Decr. Cit. 321/1999 *(nel caso in cui l'iscrizione a ruolo consegua ad un atto precedentemente notificato, devono essere indicati gli estremi di tale atto e la relativa data di notifica),* vi è da chiedersi se essa assorba la condizione precedente o si aggiunga alla stessa. E cioè, ove fosse, ad esempio, precedentemente intercorso un verbale ispettivo regolarmente notificato alla parte, se sia sufficiente che lo stesso venga specificamente citato nei suoi estremi od occorra che sia richiamato, sia pure nel contenuto essenziale (14) *(es. "ritenuta natura subordinata del rapporto lavorativo intercorso con i sigg…",* ovvero *"ritenuta non spettanza delle agevolazioni contributive per mobilità o fiscalizzazione")* nel contesto della cartella.

Sul punto deve registrarsi un indirizzo giurisprudenziale di merito (15), secondo il quale meriterebbero annullamento per difetto di motivazione ed indeterminatezza cartelle di pagamento che non abbiano adeguatamente specificato, con riferimento alla singola fattispecie oggetto di pregresso verbale, la *causa petendi* dell'addebito, per tale intendendosi il sintetico contenuto delle stesse valutazioni e qualificazioni assunte in sede ispettiva o comunque operate dall'amministrazione (16). La cartella, per non rischiare la propria caducazione, dovrebbe essere, secondo tale interpretazione, praticamente "auto-portante".

L'orientamento non pare in alcun modo condivisibile.

Deve infatti rilevarsi che l'eventuale nullità del ruolo e della conseguente cartella, per via della mancanza degli *"estremi dell'atto precedentemente adottato"* e della *"data di notifica del medesimo",* o, addirittura, della sintesi enunciativa degli addebiti di cui al verbale non potrebbero che conseguire da una statuizione espressa (data la gravità della conseguenza: la nullità, appunto) e, comunque, legislativamente posta (poiché *in subiecta materia* vale comunque il principio della riserva di legge), statuizione che nella disciplina vigente non si ravvisa. In ogni caso, la sanzione di nullità della cartella sembrerebbe comunque delimitata, anche secondo la lettura teleologica del combinato disposto delle disposizioni soprarichiamate, all'ipotesi di mancata esplicitazione nel contesto dell'atto — notificato al contribuente — degli elementi essenzia-

(14) Analogamente a quanto previsto in materia tributaria dall'articolo 56 del dpr 633/1972 quinto comma, peraltro per la sola ipotesi che la motivazione dell'avviso di accertamento faccia riferimento **"ad un altro atto non conosciuto né ricevuto dal contribuente;** in tal caso questo deve essere allegato all'atto che lo richiama, salvo che quest'ultimo non ne riproduca il contenuto essenziale. L'accertamento è nullo se non sono rispettate le disposizioni di cui al presente comma".

(15) *Sic, ex plurimis,* Tribunale di Como sentenza n. 158/2005 in data 1-14.06.2005, in corso di gravame; *ex plurimis,* Tribunale di Genova sentenza n. 2857/03 in data 5.11.2003, in corso di gravame; *ex plurimis* Tribunale di Torino sentenza n. 6383/2003 in data 23.09/17.11.2003, in corso di gravame.

(16) *Sic* MICELI : "Motivazione *per relationem.* Dalle prime elaborazioni giurisprudenziali allo Statuto del Contribuente" in " Rivista di diritto tributario" , 2001, I, p.1170.

li fondanti la pretesa creditoria, in quanto tale lacuna comporti l'impossibilità obiettiva di apprenderne la giustificazione ed effettuare il necessario controllo sulla correttezza della pretesa creditoria.

Ma ove, nella fattispecie, risultino correttamente indicati, sia pur in estratto, tutti i dati necessari all'individuazione del titolo del credito azionato e sia citato lo stesso atto presupposto, già notificato alla parte (e quasi sempre già avversato in fase amministrativa), non pare sia compatibile con le esigenze, anche tecniche, di semplicità e celerità dell'azione di riscossione, pretendere che l'operatore incaricato dei flussi di "infasamento" riprenda via via ciascun fascicolo cartaceo e, previa rilettura di ciascun verbale, ne improvvisi un vaglio critico e ne dia succintamente conto nel ruolo.

L'obbligo di motivazione e l'adeguatezza del suo esercizio da parte dell'ente vanno valutati in una sorta di ponderazione comparativa degli interessi e dei valori in discussione.

Se da una parte meritano certamente rilievo il dovere di trasparenza ed il diritto di difesa, dall'altra non possono essere asserviti ad un ridondante formalismo ed onerati da adempimenti eccessivamente gravosi i compiti di riscossione dell'amministrazione previdenziale, che si riverberano nell'interesse pubblico all'osservanza dell'obbligo contributivo.

Del resto, la cosiddetta motivazione *per relationem* — alla stregua della quale i motivi del provvedimento non sono nel medesimo espressamente riferiti, ma sono desumibili da altri atti dello stesso procedimento, specificamente richiamati nell'atto finale e già notificati alla parte — dopo essere stata ampiamente legittimata dall'elaborazione giurisprudenziale, risulta istituzionalizzata per effetto del più volte citato art. 3 della l. n. 241 del 1990.

Se, dunque, la funzione della motivazione consiste nel rendere edotto il contribuente dei presupposti di fatto e di diritto sui quali la pretesa è fondata, nonché dell'*iter* logico-giuridico in base al quale l'Amministrazione è giunta ad esercitarla in via autoritativa, non pare potersi revocare in dubbio che, ove nella cartella sia espressamente citato, negli esatti estremi temporali di riferimento, il verbale ispettivo originatore dell'addebito, già portato alla conoscenza del destinatario e, si presume, dotato di propria completezza argomentativa, il titolo sia adeguatamente motivato, sia pur *aliunde,* e non possa efficacemente censurarsi sotto il profilo formale.

Va peraltro sottolineato come dovrebbe essere cura dell'amministrazione previdenziale approntare ogni utile rimedio che eviti, nel ruolo, compilazioni imprecise (ad esempio il solo lasso temporale complessivo interessato dall'inadempienza contributiva e non anche gli estremi numerici e cronologici del verbale di accertamento e la sua data di notifica al destinatario), lacunose (es. l'omissione della paternità del verbale che non promani dallo stesso ente creditore), generiche (note di rettifica per verifiche d'ufficio, citate apoditticamente senza alcuna specificazione di eventuali pregressi atti già notificati alla parte ovvero senza indicazione, che in questo caso si ritiene quantomeno opportuna, "del contenuto essenziale").

4. — Contestazioni inerenti il merito della pretesa contributiva. Ipotesi di superamento e sanatoria del preteso deficit motivazionale.

La cartella pervenuta alla notifica del destinatario può, come detto, indurre nel medesimo dubbi sulla sua correttezza formale.

Nell'esperienza giudiziale, si è avuto conto della fantasiosa molteplicità delle obiezioni di carattere formale rilevate dalla difesa degli opponenti, la più parte delle quali è risultata, per il vero, agevolmente superabile alla lettura attenta delle disposizioni disciplinanti i requisiti della cartella, disposizioni di cui, per definizione, i modelli ministeriali riprodotti nella confezione telematica dei singoli atti paiono essere pedissequa esteriorizzazione, con intrinseco *fumus* di legittimità.

Gli affanni difensivi dei ricorrenti si sono invece spesi più incisivamente in relazione al già dibattuto tema del contenuto motivazionale della cartella.

Quasi e per lo più nella forma di un'eccezione di stile, come tale, invero, disattesa *de plano* dalla maggioritaria giurisprudenza di merito, molte opposizioni a cartelle emesse in materia contributiva hanno proposto la contestazione della efficacia e validità della cartella stessa in quanto, a dire degli opponenti, nulla perchè inadeguatamente motivata.

In proposito, vi è innanzitutto da chiedersi se il difetto di motivazione, in quanto vizio formale dell'atto, sia, come tale, rilevabile con l'autonomo rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 C.P.C. da proporsi al Giudice del Lavoro *ex* art. 618 bis CPC e secondo le forme del rito del lavoro nel termine di cinque giorni dalla notifica del titolo.

Nulla *quaestio* se l'opposizione sia stata proposta entro il termine di cinque giorni dalla notifica, rendendo in tal modo sostanzialmente irrilevante la qualificazione tipologica dell'azione intrapresa avanti al Giudice comunque competente per materia e certamente esaminabili le contestazioni di carattere formale svolte. In tal caso il rilievo potrà essere sindacato dal Giudice, sempre che, come si dirà *infra,* non possa ritenersi sostanzialmente superato dal contesto delle difese (anche nel merito) del ricorrente ovvero dalla dinamica processuale innestata dal convenuto (domanda riconvenzionale).

Ove, come detto, l'opposizione sia tempestiva e si limiti a censurare la forma dell'atto, essa potrà virtualmente sortire, se il Giudice ravvisi un profilo di nullità e non di mera irregolarità funzionale, la sanzione dell'annullamento giudiziale. Sarà tuttavia per il ricorrente una soddisfazione del tutto provvisoria, che comporterà certamente il differimento temporale dell'azione esecutiva ma non anche, ovviamente, una definizione del rapporto sostanziale controverso.

Il dubbio sorge nell'ipotesi in cui l'opposizione, attinente solo — od anche — ai profili formali del titolo, sia stata proposta oltre tale termine.

In proposito si è recentemente pronunziata la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 21863 del 18 novembre 2004, ha chiarito che *"nella disciplina della riscossione mediante iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali, di cui al d.lg. n. 46 del 1999, l'opposizione agli atti esecutivi è prevista dall'art. 29, comma 2, che, per la relativa*

regolamentazione, rinvia alle "forme ordinarie", e non dall'art. 24 dello stesso d.lg., che si riferisce, invece, all'opposizione sul merito della pretesa di riscossione. Ne consegue che ***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 d.P.R. n. 602 del 1973, si identifica nella cartella esattoriale****".*

"La cartella — osserva la Corte — *essendo un estratto del ruolo, costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'art. 49 del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602, come modificato dall'art. 16 del decreto legislativo n. 46 del 26 febbraio 1999, onde la società avrebbe dovuto proporre opposizione entro detto termine e non già nel termine di quaranta giorni, di cui all'art. 24 del decreto legislativo citato, come si assume nel primo e terzo motivo di ricorso, perché, questo è il termine accordato per l'opposizione nel merito della pretesa contributiva, mentre, per quanto concerne l'opposizione agli atti esecutivi, l'art. 29 secondo comma del decreto legislativo n. 46 dispone che "le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongono nelle forme ordinarie" intendendo così richiamare le disposizioni del codice di procedura, ossia l'art. 617"* (17).

Ne deriva che, ove risulti dedotta la sola eccezione di forma, tale dovendosi ritenere l'obiezione di difetto o insufficienza di motivazione, la tardività rispetto al termine di cinque giorni di cui all'art. 617 CPC rende inammissibile l'opposizione (18).

Dove sia dedotta, oltre il termine di cinque giorni, anche tale eccezione formale, la giurisprudenza di merito si è per lo più orientata a ritenere tale motivo di opposizione inammissibile (19), dirigendosi direttamente, per l'effetto, al merito della contesa (20).

Il ricorso giudiziale nel più ampio termine di 40 giorni dalla notifica della cartella di pagamento è infatti espressamente qualificato dalla legge "opposizione **contro l'iscrizione a ruolo**" (art. 24 comma 4) e **"opposizione contro il ruolo per motivi inerenti il merito della pretesa contributiva"** (art. 24 comma 5), con locuzioni terminologiche eloquenti ed antinomiche rispetto all'opposizione sulla mera forma del titolo specificamente contestato.

Ed è, del resto, l'art. 29 comma 2° D.Lgs 46/99 a prevedere espressamente che per le entrate non devolute alle commissioni tributarie — nel cui novero, salvo isolate tesi interpretative, vi sono anche i crediti contributivi — non si applichi la disposizione del comma 1° dell'art. 57 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602, che limita i motivi di opposizione di cui agli artt. 615 e 617 c.p.c., e **le opposizioni all'esecuzione ed agli atti esecutivi si propongano nelle forme ordinarie.**

(17) Nello stesso senso, tra le altre, anche Corte d'Appello di Venezia sentenza 1.03.2005 n. 97/05.

(18) In tal senso, ad esempio, Tribunale di Cremona n.186/2004 inedita.

(19) In tal senso, ad esempio, Tribunale di Sondrio sent. n. 4/2003 in Inf. Prev. N.3/2003 pag. 911.

(20) *Contra, ex plurimis,* Tribunale di Genova sent. 2857/2003 cit. che, ravvisata la graduazione, rispettivamente in principalità ed in subordine, delle domande di declaratoria di illegittimità della cartella per vizio di motivazione e di annullamento della pretesa nel merito, ha ritenuto, sulla fondatezza della prima, preclusa la seconda.

Nei fatti e per quanto si è constatato, chi impugna la cartella deduce altresì, prudenzialmente, una contestazione, quantomeno generica, dell'*an debeatur*, che innesta nel giudizio la fase propriamente cognitoria.

In tal caso, potrebbe ritenersi a priori superato ed emendato, oltre che spesso dedotto ormai fatalmente fuori termine, il preteso deficit motivazionale della cartella.

Ciò, a maggior ragione quando parte opponente deduca circostanziatamente, in relazione allo stesso fondamento dell'addebito di cui in cartella, contrastando in modo espresso il merito della pretesa contributiva.

In tal caso, anche operandosi una valutazione dell'idoneità motivazionale del titolo opposto con ricorso al c.d. giudizio *ex ante* (o della prognosi postuma), non potrà che concludersi che la cartella si è palesata in grado di porre il destinatario nella piena conoscenza della *causa petendi* della pretesa, tanto da averne introdotto in giudizio la specifica contestazione.

Ma anche quando parte ricorrente si sia limitata ad una contestazione generica, sembra a chi scrive che l'introduzione della stessa consenta di ritenere ormai irreversibilmente attivato, a prescindere da ipotetici vizi formali del titolo, pur tempestivamente rilevati, il giudizio sul merito della pretesa contributiva.

Si rammenta che, com'è noto, l'opposizione alla cartella di pagamento emessa dal concessionario per la riscossione per crediti contributivi non ha, come si ritiene abbia il processo tributario, natura di impugnazione demolitoria dell'atto, ma introduce un ordinario giudizio di cognizione sul fondamento della pretesa creditoria dell'Ente ovvero sul rapporto previdenziale: detta opposizione, una volta proposta, devolve al giudice adito la piena cognizione circa la legittimità e la fondatezza della pretesa stessa, con la conseguenza che il Giudice del Lavoro ha il potere-dovere di esaminare l'intera vicenda, con cognizione non limitata alla verifica della legittimità *formale* dell'atto, ma estesa — nell'ambito delle deduzioni delle parti, e consentendolo la materia — all'esame completo del merito della pretesa fatta valere con l'iscrizione a ruolo, onde stabilirne l'eventuale (quand'anche parziale) fondatezza.

In tal senso, Corte di Cassazione — 19.12.2001/20.4.2002, n. 5763/02: "Il processo relativo a controversia per il pagamento di contributi previdenziali — benché instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale e/o mediante richiesta di provvedimento d'urgenza volto a sospenderne o fermarne l'esecuzione — dà luogo, in ogni caso, ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo". Ed è la stessa Corte a richiamare, in proposito, la propria risalente giurisprudenza (sentenze n. 4995 del 1987 delle Sezioni Unite, 542 del 2001 della Sezione Tributaria, 8624 del 1993 della Sezione Lavoro).

Ove l'impugnativa avversa involga espressamente il merito della pretesa, l'ipotetica nullità della cartella per vizio motivazionale sembrerebbe dunque superata e sostanzialmente sanata.

La natura sostanziale e non processuale degli atti autoritativi attraverso i quali l'amministrazione enuncia ed aziona le ragioni della propria pretesa creditoria non pare infatti di ostacolo all'applicazione di istituti appartenenti al diritto processuale,

quali il regime delle nullità e delle sanatorie per raggiungimento dello scopo dell'atto, *ex* art. 156 c.p.c. (in argomento, Cass. Sez. Unite n.19854/2004) (21).

Né potrebbe obiettarsi che, onde poter rilevare la nullità, è necessario che l'opponente si costituisca e contesti la validità della cartella. Quel che conta non è infatti che l'opponente si sia costituito, ma che, costituendosi, abbia espressamente dedotto sul merito della controversia, in tal modo dando, come detto, incontrovertibilmente conto di averne appieno colto ed individuato l'oggetto, in ciò valicando ed emendando ogni eventuale, asserito deficit di motivazione della cartella.

Apparirebbe del tutto illogico e contraddittorio ritenere che le pretese carenze motivazionali della cartella abbiano leso il diritto di difesa del destinatario (è la *ratio* dell'onere di motivazione), laddove il diritto di difesa risulti efficacemente esercitato per via di controdeduzioni mirate e puntualmente argomentate nel contesto del ricorso.

Un approccio metodologico che dia rilievo formalistico al mero assetto esteriore dell'atto impugnato, trascurando di considerare che il processo di opposizione a ruolo è (rimasto) chiaramente, nel disegno del Legislatore, un processo sul rapporto contributivo, traslerebbe il contenzioso previdenziale in una sorta di sotto-dimensione processuale.

La pronunzia di nullità di una cartella per asserito vizio di motivazione, specie laddove siano comunque in discussione complesse questioni contributive, banalizzerebbe il giudizio e lo degraderebbe ad un modulo demolitorio (contiguo al proto-rito tributario) che, nei fatti, la legge ha inteso, se non epurare, quantomeno circoscrivere (anche con il ribadito riferimento al ristretto termine di impugnativa di cinque giorni) al rimedio specifico dell'opposizione agli atti esecutivi.

Senza tener conto che una siffatta pronunzia contrasterebbe altresì con ragioni di economia processuale, non costituendo, ovviamente, un ostacolo alla riedizione del titolo che, rimosso per difetto formale, una volta riemesso dall'Ente (*rectius*, su disposizione dell'Ente), previa rettifica o integrazione formale, attiverebbe verosimilmente ulteriori fasi processuali in relazione ai profili sostanziali del credito controverso.

Si rileva l'esistenza di un ulteriore indirizzo della giurisprudenza di merito (22) secondo cui la deduzione, anche oltre il termine per l'opposizione agli esecutivi, dell'eccezione di forma del titolo (sotto il profilo della motivazione), pur potendo condurre ad una pronunzia di nullità della cartella, non esime dal dovere di affrontare il merito della controversia.

Ed a tal fine, stante l'inversione dei ruoli processuali, l'opponente, conosciuto solo dopo la costituzione del resistente l'intero contenuto dei fatti costitutivi della pretesa creditoria, ben potrà chiedere, secondo tale orientamento, ai sensi dell'art. 420 C.P.C. commi 5° e 6°, la remissione in termini quanto alle deduzioni istruttorie ovvero la possibilità di integrare le proprie difese.

---

(21) Sulla sanabilità *ex* art. 156 cpc di eventuali nullità formali Tribunale di Savona n. 507/2002 in data 28.11.02/28.02.03 inedita.

(22) *Sic* Corte d'Appello di Genova n. 816/2004 in Inf. Prev n. 5-6/2004 pagg. 914 ss.

5. — La domanda riconvenzionale come mezzo per ovviare all'ipotetica nullità della cartella: ammissibilità?

Le cause di opposizione a cartella di pagamento ai sensi dell'art. 24 D.Lgs 46/1999 introducono come detto, attraverso l'impugnazione del ruolo, cioè dell'atto unilaterale accertativo, sia pur per via stragiudiziale, dell'esistenza del credito, un giudizio sul rapporto contributivo.

In siffatto tipo di cause, alla stessa stregua di quanto avviene in tutte le procedure di opposizione ad accertamenti *ante causam* ed avveniva, anche in materia contributiva, nelle opposizioni a decreto ingiuntivo, è parte intimante ad assumere la veste di attore in senso sostanziale, mentre il ricorrente è il convenuto di fatto.

Stante tale schema processuale, è del tutto ovvio che l'onere della prova della sussistenza della pretesa creditoria gravi sull'attore (Ente Previdenziale) mentre controparte può limitarsi a resistere, anche, al limite, come più sopra rilevato, con una contestazione generica, "al buio", non sembrando invocabile tout court, in siffatto tipo di giudizi ed a ragione dell'anzidetta inversione di ruoli processuali, il c.d. "principio di non contestazione" (23), per quale, com'è noto, alla contestazione omessa o generica si annette un effetto legale tipico, ovvero la pacificità del fatto non specificamente ed adeguatamente contestato, risultando, per l'effetto, espunto dal *thema probandum* il fatto investito dalla contestazione generica o dal silenzio (24).

Si rammenta che, ai sensi dell'art. 416 cpc, il resistente (attore sostanziale) ha l'onere di costituirsi in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza di discussione a pena di decadenza dalla proposizione dei mezzi di prova di cui intende valersi, dando al proprio atto difensivo più il contenuto della domanda *ex* art. 414 cpc che non piuttosto quello della memoria di costituzione *ex* art. 416 cpc (Cass. n. 5045/99). L'atto di costituzione dell'opposto, rileva la Cassazione (25), è infatti riconducibile, piuttosto che allo schema della memoria difensiva, a quello di un atto integrativo della domanda azionata con la richiesta del decreto ingiuntivo, sicché l'opposto ha l'onere di proporre con essa tutte le deduzioni e le eccezioni intese a paralizzare i fatti estintivi e modificativi dedotti dall'opponente o le pretese vantate dall'opponente in via riconvenzionale.

---

(23) Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 761 del 23 gennaio 2002 (fattispecie in tema di contestazione in radice dell'*an debeatur*, in difetto di espressa contestazione dei conteggi allegati dall'attore a prova del *quantum debeatur*) che, in sostanza, equipara la non contestazione alla ammissione implicita, rendendo inutile la prova del fatto non espressamente contestato.

(24) Gli effetti di una possibile connessione di tale principio con un giudizio a ruoli processuali formalmente invertiti sarebbero forse circoscrivibili, in ipotesi di analitica e dettagliata contestazione dell'*an debeatur* da parte dell'opponente, alla non contestazione del *quantum,* che esimerebbe l'ente dalla relativa prova.

(25) Cass. Lav. 24.03.1998 n. 3115.

Nel processo di opposizione a ruolo è pertanto, parimenti, onere dell'Ente dedurre un'esauriente esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si fonda la domanda creditoria azionata con titolo stragiudiziale, con indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova, a sopperire alla cui carenza non sono invocabili i poteri officiosi del Giudice *ex* art. 421 c.p.c., che non possono essere esercitati per recuperare le decadenze in cui è incorsa la parte (Cass. n. 10343/00).

Quando il ricorso in opposizione a ruolo proponga obiezioni di tipo formale e, in particolare, contesti il vizio di motivazione della cartella, vi è da chiedersi se, per cautela difensiva e ferme restando, ovviamente, tutte le ulteriori difese ed eccezioni del resistente, sia valutabile, oltre che ammissibile in rito, l'opportunità di proporre, nella memoria difensiva, domanda riconvenzionale, con relativa istanza di differimento dell'udienza. Ciò, ovviamente ed in special modo, dove ci si confronti con un Foro in cui, nell'orientamento giurisprudenziale in tema, si sia già riscontrata la propensione alla valorizzazione dell'elemento formale ed esteriore del ruolo.

È a tutti noto che per domanda riconvenzionale si intende la domanda proposta dal convenuto nei confronti dell'attore nell'ambito del medesimo processo, al fine di ottenere un provvedimento a sé favorevole, diverso e indipendente dal rigetto totale o parziale della domanda dell'attore.

Relativamente alle condizioni di ammissibilità della domanda riconvenzionale, si registra in dottrina una contrapposizione tra una soluzione di rigore, secondo la quale, *ex* art. 36 cod. proc. civ. (riconvenzionali che "dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione"), il convenuto potrebbe proporre solo domande riconvenzionali che presentino un rapporto di connessione con la domanda dell'attore, anche al fine di evitare il rischio di un potenziale conflitto di giudicati, ed una più estensiva, secondo la quale, *ex* art. 104 cod. proc. civ. (che consente all'attore la contestuale proposizione di una pluralità di domande anche non connesse tra di loro), al convenuto sarebbe comunque consentito proporre domande riconvenzionali prive di qualsiasi collegamento con la pretesa dell'attore.

La giurisprudenza appare orientata nel senso di richiedere comunque la sussistenza di un "collegamento obiettivo" tale da indicare, in ottemperanza al principio di economia processuale, l'opportunità del *simultaneus processus.*

Si premette che il tema della compatibilità con il processo di opposizione a cartella di cui all'art. 24 D.Lgs 46/1999 della "domanda riconvenzionale" e della "chiamata in giudizio del terzo", nella duplice accezione del "litisconsorzio" e della "chiamata in garanzia", istituti accomunati dall'effetto di ampliare l'oggetto originario del giudizio attraverso la proposizione di domande ulteriori, non risulta ancora, allo stato e a quanto consta, adeguatamente approfondito da dottrina e giurisprudenza.

La Cassazione, si ribadisce, ha, com'è noto, in più riprese chiarito (sentenze n. 4995 del 1987 delle Sezioni Unite, 542 del 2001 della Sezione Tributaria, 8624 del 1993 della Sezione Lavoro) che il processo relativo a controversia per il pagamento di contributi previdenziali — benché instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale dà luogo, in ogni caso, ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi

inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, al rapporto contributivo, con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalla cartella, anche ed eventualmente nella minore misura residua ancora dovuta (Cass. n. 5763/2002 cit).

È altresì noto che, secondo la giurisprudenza anche della Suprema Corte (tra le molte Cass. 18767/2004) nel giudizio di cognizione introdotto dall'opposizione a decreto ingiuntivo solo l'opponente, nella sua posizione sostanziale di convenuto, può proporre domande riconvenzionali, non anche l'opposto che incorrerebbe nel divieto di proporre domande nuove; più specificamente, nel giudizio di opposizione svolgentesi secondo il rito del lavoro, lo *"ius poenitendi"* del convenuto opposto — rispetto alla domanda azionata in sede monitoria — rimane confinato nei limiti previsti dall'art. 420 comma 1 c.p.c.; in particolare, esclusa ogni possibilità di proporre domande, eccezioni e conclusioni nuove, restano possibili unicamente mere "emendationes", comunque subordinate alla doppia condizione dei gravi motivi e della autorizzazione del giudice (26).

Ciò, salvo il caso in cui, per effetto di una riconvenzionale proposta dall'opponente, la parte opposta venga altresì a trovarsi nella posizione processuale di convenuto, essendo generalmente ammessa la c.d. *reconventio reconventionis,* purché la domanda riconvenzionale si ponga **in relazione di consequenzialità** rispetto alle eccezioni del convenuto ai sensi del comma 4 dell'art. 183 c.p.c..

La domanda riconvenzionale dell'INPS in cause di opposizione a decreto ingiuntivo è stata ritenuta ammissibile (*rectius* necessaria) dalla Suprema Corte per dedurre in via principale, e non meramente incidentale, ad esempio, una domanda di simulazione laddove l'Ente avesse, con ricorso per decreto ingiuntivo, azionato una domanda intesa ad ottenere da parte dell'asserito datore di lavoro il pagamento di contributi previdenziali e relativi accessori, adducendo che lo stesso avesse dissimulato rapporti di lavoro subordinato con alcuni lavoratori sotto l'apparenza di contratti di associazione in partecipazione stipulati fra essi ed altri soggetti; nel successivo giudizio di opposizione al decreto, introdotto dal datore di lavoro con la contestazione della simulazione, ove nella comparsa non fosse stata svolta alcuna domanda riconvenzionale di accertamento della simulazione dei contratti di associazione in partecipazione, la relativa questione è stata ritenuta soggetta ad un accertamento meramente incidentale e strumentale ai fini della riconducibilità dei rapporti alla fattispecie del lavoro subordinato e non oggetto di una domanda proposta in via principale (27).

Sembra, al pari, necessaria ove si contrappongano alle conclusioni dell'opponente domande che, non limitate alla mera conferma del titolo opposto o, comunque, del relativo credito, siano comunque legate al *petitum* principale da un rapporto di connessione oggettiva per identità o comunanza del titolo giuridico posto a fondamento o, comunque, da un legame giuridico-fattuale, come quando, ad esempio, si azionino domande di garanzia o si muti parzialmente la *causa petendi* della richiesta contributiva.

(26) Cass. Lav. 24.03.1998 n. 3115 in *Giur. It.* 1999, 509.
(27) Cass. Lav. N. 19294/2004.

Rientra entro siffatte ipotesi il caso, che nella pratica giudiziale si è sperimentato, della deduzione, in causa in cui si sia dedotta in via principale la qualificazione della natura subordinata di rapporti di lavoro asseriti autonomi, della domanda subordinata di connotazione dei rapporti stessi come collaborazioni coordinate e continuative, con conseguente richiesta di condanna al versamento della relativa contribuzione. Quantunque quest'ultima sia di importo per definizione inferiore al *petitum* originario (e dunque in esso virtualmente ricompreso) si ritiene che, comportando l'innesto nel giudizio e nei confronti di parte avversa di un ulteriore *thema decidendum,* sia pur di tipo qualificatorio ed intrinsecamente connesso all'oggetto stesso del processo, possa e forse debba svolgersi nella forma della domanda riconvenzionale; sembra, del resto, palesemente contrario ai principi di economia processuale ipotizzarne il differimento di trattazione ad un'ulteriore eventuale sede giudiziale (previa integrazione e/o rettifica dell'attività amministrativa sottostante) e lesivo del diritto di difesa sostenerne la deduzione come mera domanda subordinata, senza consentirne replica, anche in forma di rituale memoria difensiva (e non mere note ai sensi dell'art. 420 6° comma C.P.C.), all'opponente.

L'orientamento a tenore del quale, nonostante la sua posizione formale di convenuto, l'opposto in causa di opposizione a decreto ingiuntivo è sostanzialmente attore nel procedimento e come tale non può proporre domande riconvenzionali, se non sotto forma di *reconventio reconventionis,* poiché eluderebbe in tal modo il divieto di *mutatio libelli,* sembra poter essere relativamente rivisitato con riguardo al procedimento di opposizione a ruolo ed alle sue peculiarità.

Tale procedimento, si è visto, attiva, mediante la contestazione di un titolo stragiudiziale (la cartella di pagamento), un ordinario giudizio di cognizione sul rapporto contributivo in cui l'Ente opposto può, secondo la Cassazione, innestare legittimamente una domanda di condanna al relativo importo.

La richiesta di condanna sembrerebbe tuttavia configurarsi, al cospetto della domanda di annullamento o declaratoria di nullità della cartella e delle conclusioni della difesa di parte resistente nel mero senso della reiezione dell'opposizione e della conferma del titolo, come domanda formalmente "nuova", sia pur intrinsecamente legata da un nesso di inscindibile correlazione, d'ordine sostanziale e processuale, con il titolo opposto. Essa mira infatti, ed in ciò l'opposizione a ruolo si differenzia significativamente dall'opposizione a decreto ingiuntivo (28), a sostituire al titolo di formazione extragiudiziale, di cui sia censurata la legittimità formale, un titolo giudiziale, con conseguenze di non poco conto in relazione, ad esempio, al termine di prescrizione, al tipo di esecuzione attivabile, al soggetto deputato ad attivarla, all'estensibilità agli aventi causa.

Se pure la cartella non opposta (o rispetto a cui si siano già vanamente spesi i rimedi giudiziali) è ritenuta dalla dottrina prevalente idonea ad acquisire la stabilità del

(28) In dissenso: Capurso *"Le nuove controversie previdenziali sugli obblighi contributivi"* in Inf. Prev. 6/2002 p. 1572; Perina *"Questioni processuali inerenti al ruolo"* in Inf. Prev. 6/2002 p. 1511 ss.

giudicato (29), è palese come essa non sia comparabile, quanto agli effetti ed al contenuto accertativo, con una vera e propria sentenza di condanna.

Ecco allora che, specie in presenza di obiezioni inerenti la regolarità formale della cartella, a maggior ragione, ma non solo, se dedotte nel termine rituale di cinque giorni dalla notifica ed a prescindere dalla qualificazione attribuita dalla parte all'azione intrapresa, lo svolgimento della domanda di condanna in via riconvenzionale, o, quantomeno, la sua prospettazione con siffatta eventuale (ed ulteriore) connotazione (con rispetto, ovviamente, delle relative forme) sembra un'opportunità processuale da potersi prendere in considerazione, rispetto alla cui ammissibilità non paiono sussistere insormontabili ostacoli.

Opportunità che vieppiù si avvalora, come sopra detto, in caso di deduzione, ad esempio, nel contesto dell'accertamento del merito della controversia, di domande non meramente incidentali di simulazione ovvero di subordinate riqualificatorie della fattispecie o, ancora, di rideterminazione del *quantum.*

Non pare che, in ordine alla proponibilità della domanda riconvenzionale nel procedimento di opposizione a ruolo, possano sussistere impedimenti conseguenti alla titolarità del credito (S.C.C.I. o INPS), essendo comunque l'Ente mandatario con rappresentanza della società di cartolarizzazione, ovvero all'ipotetica obbligatorietà della riscossione a mezzo ruolo (30), apparendo *"giuridicamente assurdo ed al limite della legittimità costituzionale negare la possibilità dell'INPS di esercitare la facoltà di chiedere in via riconvenzionale la condanna di chi agisce per ottenere l'accertamento negativo di un credito contributivo"* (31) ovvero, ed al pari, del debitore che agisce, non di rado dilatoriamente, per ottenere la rimozione per motivi formali di un titolo stragiudiziale.

In ogni caso, la *chance* difensiva pare, in tali casi, preponderante sul relativo rischio.

Se, infatti, il Giudicante fosse orientato a ritenere, con la giurisprudenza maggioritaria anche della Suprema Corte, che il preteso vizio formale della cartella è superato dalle deduzioni nel merito del ricorrente o, comunque non esime da una pronunzia sul rapporto, che legittima una sentenza di condanna, lo svolgimento della domanda riconvenzionale sarà risultato pleonastico.

Ma se, come taluna giurisprudenza di merito, pur minoritaria, si ritenesse che il vizio formale del titolo ne può comportare l'ablazione giudiziale, la deduzione della domanda riconvenzionale (32), al fine dello svolgimento della richiesta di accertamento e condanna al pagamento del debito contributivo, potrà evitare una prevedibile soccombenza ed esimere dalla sorte di dover poi esperire in secondo grado l'istruzione probatoria della causa, consentendo, in ogni caso, la rafforzata salvaguardia delle posizioni creditorie dell'Ente Previdenziale e dei diritti sottostanti.

---

(29) Interessante, sul punto, la recente sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 544/2005 (conf. N.913/2004) che tale efficacia di giudicato sostanziale attribuisce, anche in conflitto con un concomitante giudizio di accertamento negativo, alla cartella divenuta definitiva a seguito di estinzione per inattività delle parti (fattispecie di mancata riassunzione nei termini di giudizio sospeso) del processo di opposizione a ruolo.

(30) Sulla persistente possibilità di azionare in via giudiziale i crediti contributivi, *ex plurimis,* Tribunale di Palermo n. 124/2003 in Inf. Prev. Nn 5-6/2004 pagg.1204 ss.

(31) *Sic* Fonzo: "Cessione dei crediti contributivi dell'INPS e riscossione coattiva mediante ruolo" in Inf. Prev. N.6/2002 pagg.1519 ss.

(32) In senso affermativo Trib. Genova sent. 2857/2003 cit..

ITALO PIERDOMINICI

Avvocato INPS

IL PROCESSO PREVIDENZIALE COME VERIFICA DEI PROBLEMI DELL'ENTE

L' Inps ed i suoi "ausiliari": la soluzione data in tre casi nei quali è emersa la responsabilità dell'ausiliario. Analisi delle problematiche e delle implicazioni.

La Corte di Appello di Ancona Giudice del Lavoro in occasioni diverse, accogliendo ogni volta la domanda dell'Inps di accertare la responsabilità di soggetti terzi per i danni ad esso cagionati nell'esercizio dell'attività loro affidata, sempre strumentale all'esercizio dell'azione amministrativa di competenza dell'Istituto previdenziale stesso, ha posto in evidenza ogni volta, come una sentenza può fare, elementi "patologici" propri della attività amministrativa "delocalizzata".

L'Inps in tutti i casi è stato convenuto in giudizio "per fatto del terzo" ed è risultato soccombente nei confronti dello attore.

Si tratta di tre casi, diversi tra loro ma accomunati dal rapporto intersoggettivo tra l'Inps ed altri Enti o persone giuridiche.

Essi, visti uno per uno, senza una visione di insieme, niente altro rappresentano che la sorte del giudizio; assieme, invece, potrebbero rappresentare un fenomeno sul quale indagare al fine di un miglioramento dell'azione amministrativa con eliminazione delle cause di quegli errori.

Soprattutto nell'attuale momento storico in cui si parla insistentemente e convintamente di sinergie tra Enti quale modulo auspicato dell'operare amministrativo.

Quanto ad un caso (materia dell'invalidità civile) va subito annotato che la frammentazione delle competenze amministrative ha imposto, come è noto, l'intervento armonizzatore della Suprema Corte di Cassazione (12681/02-13892/02) al fine di definire le giuste parti del processo (con il seguito dell'art. 42 D.L. 269/03) e di recente che il Governo ha emanato un decreto legge 203/05 (art.10) per unificare nell'Inps le competenze e funzioni già del Ministero dell'Economia e dunque con un intento finalmente razionalizzatore.

Quanto al secondo caso (attuazione della legge 257/92 e successive modificazioni in materia di accesso ai benefici) l'Inps ha accettato in sede interministeriale che all'Inail fosse affidato l'incarico dell'accertamento del rischio di esposizione all'amianto (circolari Inps 255/93-129/94-304/95). Si tratta di qualificare la natura del rapporto instauratosi tra i due Enti.

Nulla veniva "concordato" in punto gestione del possibile (e prevedibile) contenzioso conseguente quanto a legittimazione passiva (inizialmente tra i due Enti convenuti in giudizio, ovvero tra quello convenuto in giudizio dall'attore e l'altro chiamato in causa, si è registrato un conflitto negativo) o quanto alla necessità /opportunità (anche al fine di supportare i fondamenti dell'attività amministrativa in sede di verifica giudiziale) di assicurare il contraddittorio tecnico in sede di Consulenza tecnica d'ufficio con la messa a disposizione da parte dell'Inail di tecnici quali consulenti di parte aventi cognizione dell'oggetto di causa o in punto oneri dei giudizi e criteri di riparto degli stessi.

Ai fini della qualificazione giuridica da un punto di vista amministrativistico dello schema adottato soccorrono quali possibili paradigmi:

- l'accordo tra Pubbliche Amministrazioni *ex* art.15 L.241/90, ipotesi certamente non ricorrente e da escludersi per difetto della forma scritta (legge citata art.11 c. 2 -3);
- l'instaurazione di un rapporto organico, anch'esso da escludersi trattandosi di un rapporto (intersoggettivo) tra due Enti;
- esercizio di fatto da parte di personale Inail di funzione pubblica propria dell'Inps (attività finalizzata allo accertamento del rischio di esposizione all'amianto) con l'implicazione della riconducibilità degli effetti e della responsabilità in capo all'Inps.

La pronuncia della Corte di Appello (sentenza 134/02, pag. 11) muove, in relazione alla prospettazione delle parti, dall'assunto che "... il carattere non vincolante delle attestazioni dell'Inail non esclude pertanto una assunzione di responsabilità dell'Istituto che le aveva rilasciate qualora la loro erroneità fosse discesa da comportamenti dolosi o colposi nell'ambito della prodromica funzione di verifica tecnica che l'Istituto (Inail) aveva accettato di svolgere".

È importante annotare che successivamente la legge 179/02 art.18 c. 8 ed il DL 269/03 conv. L. 326/03 art. 47 c. 2-4-5 hanno espressamente attribuito alle attestazione la natura di certificazione alle attestazioni dell'Inail in tal modo almeno demarcando i rapporti tra gli Enti.

Tali norme pongono invero la necessità di una indagine se si tratti davvero di certificazione, al di là delle denominazione adottata, ovvero di attestazioni di altro tipo trattandosi di atti valutativi.

La certificazione è atto amministrativo privo di natura e carattere provvedimentali (e non avente contenuto di volizione) e consiste in una dichiarazione di scienza finalizzata a creare una certezza legale privilegiata ai fini specifici dei diritti di cui alla normativa in questione: c'è da chiedersi quale rapporto si configuri tra interessato ai benefici e Inail soggetto pubblico avente in esclusiva il potere certificatorio.

C'è da chiedersi inoltre se, a seguito della legge 179/02 e del D.L. 269/03, a fronte del mancato rilascio da parte dell'Inail dell'attestazione l'interessato abbia l'onere del previo esperimento dell'azione ordinaria al Tar contro il silenzio rifiuto ovvero, in subordine o in alternativa, se l'Inail non sia limitatamente a questo profilo — e comunque anche in punto pretesa insufficienza della attestazione — parte necessaria del giudizio avanti al Giudice del lavoro.

Il terzo caso attiene alla accertata (concorrente) responsabilità del Concessionario alla riscossione a titolo extracontrattuale per avere notificato la cartella a soggetti diversi dal debitore in difetto di iscrizione a ruolo nei loro confronti, più precisamente a soggetti eredi del debitore nei cui confronti l'Inps aveva iscritto a ruolo in evidente stato di falsa rappresentazione della realtà (in ordine alla di lui esistenza in vita) e ciò pur essendo emersa in sede di notificazione la notizia della morte del debitore.

Senza l'erronea notificazione non solo il giudizio non sarebbe stato instaurato, ma, anzi, l'Ente impositore mediante le notizie acquisite tramite la relata di omessa notificazione e la richiesta di discarico da parte del Concessionario avrebbe potuto (ri)valutare, re melius perpensa, i fondamenti della propria pretesa creditoria e semmai vantarla nei confronti dei giusti soggetti.

I casi :

1) IL MINISTERO DEL TESORO E POI IL MINISTERO DELL'ECONOMIA IN MATERIA DI INVALIDITA' CIVILE : RESPONSABILITA' PER L'ERRONEO MANCATO ACCERTAMENTO DELLA INVALIDITA' (Corte Appello Ancona Lavoro 37/04).

La Suprema Corte di Cassazione con sentenze 12681/02 e 13892/02 ha fissato principi armonizzatori della normativa in materia di invalidità civile risolvendo la vexata questio dell'individuazione nell'Inps del legittimato passivo tra gli Enti Ministero – Regione – Inps (tra i quali, tutti convenuti in giudizio ad iniziativa del ricorrente, si palesava conflitto negativo).

Cass. Civ. 12681/02 e 13892/02 in motivazione: "…..la legislazione attualmente vigente, interpretata in conformità ai principi di garanzia del diritto di difesa in giudizio (art 24, secondo comma, Cost.), di economia, di ragionevole durata del processo (art. 111 secondo comma, Cost.) e di diritto all'assistenza sociale (art. 38, primo comma Cost.), è nel senso che soltanto gli enti chiamati dalla legge a rispondere del debito, regioni oppure Inps, debbano essere convenuti in giudizio, tanto nelle azioni di mero accertamento dei singoli diritti alle prestazioni di assistenza sociale quanto nelle azioni di condanna. E ciò quali che siano i soggetti amministrativi della cui opera regioni e Inps si avvalgono, e che in senso civilistico assumono la figura di ausiliari del debitore (art. 1228 cod. civ.). Sono per contro inammissibili le domande di accertamento delle sole condizioni sanitarie….".

La Corte di appello (37/04 *ex plurimis*) ha ritenuto che la valutazione della sussistenza del requisito sanitario può costituire ragione di azione di responsabilità all'interno del rapporto tra debitore, cioè l'Inps, e ausiliario, cioè il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Posto che ovviamente la domanda di manleva era stata ritualmente introdotta dall'Inps, la Corte aveva accertato che il ricorrente era stato sottoposto a visita da parte della competente Commissione medica periferica con riconoscimento di permanente inabilità in misura inferiore al gradiente di legge e che il CTU invece aveva accertato che già alla data della domanda amministrativa e, dunque, prima della visita suddetta il ricorrente era invalido al 100%.

Di conseguenza al Ministero dell'Economia — stante la sua rilevata posizio-

ne di ausiliario del debitore Inps – deve essere ricondotta nel rapporto interno la responsa-bilità dell'erronea valutazione effettuata dalla Commissione medica con l'implica-zione della fondatezza della domanda di manleva proposta dall'Inps al fine del rimborso delle somme corrisposte dall'Inps al ricorrente a titolo di spese processuali.

Lo schema dell'art. 1228 cc "Responsabilità per fatto degli ausiliari" secondo cui il debitore risponde anche dei fatti dolosi o colposi dei terzi dei quali si avvale ai fini dello adempimento della obbligazione implica il diritto del debitore di rivalersi nei confronti dell'ausiliario: il mezzo processuale è la chiamata in garanzia ex. art. 106 cpc (impropria).

2) IL RUOLO DELL'INAIL NEI PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI PER LO ACCERTAMENTO DELLA ESPOSIZIONE ULTRADECENNALE ALL'AZIONE MORBIGENA DELL'AMIANTO AL FINE DEL DIRITTO AI BENEFICI EX L.257/92. RESPONSABILITA' DA FATTO ILLECITO DELL'INAIL ALLORCHÉ NON PROVVEDA SULLA DOMANDA DEL LAVORATORE DI RILASCIO DELL'ATTESTAZIONE DI ESPOSIZIONE AL RISCHIO AMIANTO O PER IL CASO DI CONDOTTA NEGLIGENTE.

(Corte di Appello Ancona Lavoro n.134/02).

A seguito dell'entrata in vigore della legge 257/92 e successive modificazioni ed integrazioni previo accordo tra gli enti e le parti sociali a livello di Ministero all'epoca del lavoro, come sopra cennato, si determinò che spettasse all'Inps erogare la prestazione previdenziale e/o accreditare la maggiore anzianità assicurativa ed all'Inail rilasciare (previ i necessari accertamenti ed a domanda) l'attestazione di esposizione all'amianto nella soglia di rischio per periodo ultradecennale.

La Corte di Cassazione ha statuito che, in considerazione che l'attore agisce per l'accertamento del diritto ad una prestazione previdenziale, l'unico legittimato in tali controversie è l'INPS (*ex plurimis* Cass. Civ. 2447/02 - 2677/02 - 8859/01) pur non potendosi escludere che dalla esposizione all'amianto possano scaturire situazioni giuridiche soggettive direttamente rilevanti nei confronti dell'Inps o del datore di lavoro e perciò direttamente azionabili nei confronti di questi soggetti.

Qui è interessante notare che, sul piano dei fatti, apparentemente a dispetto del principio secondo il quale è legittimato passivo il soggetto che ha leso o contestato un diritto facendo sorgere in capo all'attore l'interesse ad agire (Cass. Civ. 13631/01), è legittimato passivo l'Inps che è un soggetto di fatto estraneo al procedimento amministrativo di accertamento della esposizione qualificata, e della relativa durata, all'azione morbigena dell'amianto.

Potrebbe essere aggiunto, quanto almeno alla fase sino alla data di entrata in vigore del D.L. 269/03, che il principio del contraddittorio presuppone il diritto anche, e soprattutto, dell'attore a confrontarsi nel merito con la parte che in lui ha fatto sorgere l'interesse ad agire (e si potrebbero tentare interpretazioni alla luce degli artt. 24 e 111 cost.) per individuare nell'Inail il giusto contraddittore: si tratta in verità di un errore gestionale dell'Inps che ha accettato di delegare ad altri (Inail) — e senza una

disciplina di salvaguardia — una attività che gli era propria perchè ineriva direttamente ed istituzionalmente.

Nulla peraltro veniva "concordato" a titolo di corollario in punto gestione del possibile (e prevedibile) contenzioso conseguente quanto alla legittimazione passiva (inizialmente tra i due Enti convenuti in giudizio o chi dei due chiamato in causa si è registrato un conflitto negativo) ed alle sue implicazioni o quanto alla necessità/opportunità (anche al fine di supportare i fondamenti dell'attività amministrativa in sede di verifica giudiziale) di assicurare il contraddittorio tecnico in sede di Consulenza tecnica d'ufficio con la messa a disposizione da parte dell'Inail di tecnici quali consulenti di parte aventi cognizione dell'oggetto di causa o in punto oneri dei giudizi e criteri di riparto degli stessi.

Si è sopra cennato ai paradigmi ai fini della qualificazione giuridica da un punto di vista amministrativistico dello schema adottato.

Se si trattava di esercizio di fatto da parte di personale Inail di funzione amministrativa propria dell'Inps (attività finalizzata allo accertamento del rischio di esposizione all'amianto) l'implicazione evidente deve essere la riconducibilità degli effetti e della responsabilità in capo all'Inps.

La pronuncia della Corte di Appello (sentenza 134/02, pag.11) muove, in relazione alla prospettazione delle parti di quel giudizio e di altri analoghi ed ha le specificità di quei giudizi, dall'assunto che "... il carattere non vincolante delle attestazioni dell'Inail non esclude pertanto una assunzione di responsabilità dell'Istituto che le aveva rilasciate qualora la loro erroneità fosse discesa da comportamenti dolosi o colposi nell'ambito della prodromica funzione di verifica tecnica che l'Istituto (Inail) aveva accettato di svolgere".

Si è sopra detto che successivamente la legge 179/02 art. 18 c. 8 ed il DL 269/03 conv. L. 326/03 art. 47 c.2-4-5 hanno espressamente attribuito alle attestazione la natura di certificazione alle attestazioni dell'Inail, si ritiene in tal modo almeno demarcando i rapporti tra Enti.

Ebbene nel caso rappresentato alla Corte di Appello di Ancona è accaduto che ai lavoratori tutti di impresa che aveva cessato l'attività al momento della richiesta di rilascio di attestazione ed al momento dunque degli accertamenti propedeutici — l'Inail negasse a tutti l'esposizione all'amianto con la conseguenza che tutti adirono il Giudice del Lavoro convenendo in giudizio l'Inps.

I (previ) accertamenti compiuti dall'Inail risultarono incompleti in relazione anche alla specificità in fatto della cessazione dell'impresa e dunque dell'onere anche per questo di particolare diligenza negli accertamenti: in tal modo sorse l'interesse ad agire di tutti i lavoratori contro l'Inps (unico legittimato passivo per le ragioni sopra dette) con evidente danno in sé e per sé per l'Inps stesso oltre ai danni intesi come esborsi a titolo di spese di soccombenza, spese di CTU, spese per interessi da ritardato adempimento.

In particolare la Corte (sentenze nn.134/02-135/02) determinò che "…l'avere..fondato il rilascio delle attestazioni — ovviamente tutte negative — su un parere formulato in base ad una documentazione lacunosa e non preceduto dall'esple-

tamento di nuove penetranti indagini configura obiettivamente una condotta improntata a superficialità e negligenza….. Senza contare che, proprio in considerazione della lacunosità della documentazione in proprio possesso l'Inail prima di redigere un parere, che proprio per tale lacunosità non avrebbe offerto garanzie di rispecchiare effettivamente la situazione ambientale dell'azienda come si era sviluppata negli anni avrebbe dovuto, se lo avesse ritenuto necessario, rappresentare l'insufficienza dei dati in suo possesso agli altri Enti interessati (e, segnatamente, l'Inps che dell'inesattezza delle attestazioni avrebbe dovuto sopportare le conseguenze) anche al fine di ottenerne la collaborazione e, se del caso, di ridefinire le modalità di svolgimento della funzione affidatagli…. è ravvisabile una condotta improntata a negligenza e conseguentemente la prova della responsabilità dell'Istituto per i danni che ne sono derivati. Sotto tale profilo deve rilevarsi che la reiezione della domanda da parte dell'Inps ha trovato causa nella inesattezza dell'attestazione negativa colpevolmente rilasciata dall'Inail e che pertanto quest'ultimo deve rispondere dei danni che l'appellante ha patito per essere stato – fondatamente – convenuto in giudizio dal lavoratore".

Si ritiene importante notare che la Corte giudicante ha ritenuto ravvisabile proprio sulla scorta del rapporto intersoggettivo e con qualificazione prettamente civilistica, a prescindere dai paradigmi amministrativistici sopra cennati, un fatto illecito e, di conseguenza, responsabilità aquiliana.

3) RISCOSSIONE DEI CONTRIBUTI A MEZZO CONCESSIONARIO – RESPONSABILITA' DEL CONCESSIONARIO VERSO L'INPS PER ERRONEITÀ DELLA NOTIFICAZIONE DELLA CARTELLA (sentenza Corte di Appello Ancona 649/03).

Ai fini dell'esazione dei crediti contributivi l'Inps ai sensi degli artt.17 c.1 e 24 D.leg.vo 46 /99 e 13 L.448/98 si avvale dei Concessionari.

Accadde che l'INPS iscrivesse a ruolo nell'anno 2000 un credito contro persona fisica morta il 13.5.1983, per contributi degli anni 1982-1983 (cioè 17 anni prima della iscrizione a ruolo) con un evidente macroscopico errore.

Un caso "paradossale" che, se non si fosse verificato, avrebbe dovuto essere provocato "in vitro" quale caso di scuola al fine di verificare le debolezze di sistema attraverso l'analisi dei comportamenti degli attori protagonisti

Certamente se l'Inps avesse conosciuto il decesso (di propria iniziativa, o perché gli eredi ne avessero fatta comunicazione) non avrebbe iscritto a ruolo contro una persona fisica (ormai) inesistente e avrebbe valutato (sussistendone le condizioni di esistenza del credito e quella soggettiva) l'opportunità di vantare o meno la pretesa contro gli eredi e, conseguentemente, se iscrivere a ruolo.

È un fatto è emerso con la acquisizione dell'originale della relata di notificazione che la figlia avesse denunciato all'Ufficiale Notificatore del Concessionario il decesso del debitore (tanto è vero che ella ricevette la notifica quale "figlia chiamata all'eredità").

Non si applica ai crediti contributivi la norma dell'art. 65 DPR 600/73 sulla responsabilità solidale degli eredi del contribuente per le obbligazioni tributarie il cui presupposto si sia verificato prima della morte del *dante causa*.

Una questione preliminare consisteva nella verifica dell'esistenza o meno di una omissione da parte del Concessionario in sede di formazione della cartella *ex* art. 3 c. 4 D. M. Tesoro n. 321/99 (G.U. 218 del 16.9.1999) di verificare tramite il codice fiscale la esistenza in vita del preteso debitore.

La seconda questione concerneva se nella notificazione del ruolo (atto dell'Ente impositore) e della cartella (atto di Concessionario) da parte del Concessionario a persona diversa (ancorché "erede") del preteso debitore e nella qualità di chiamato alla eredità si configurasse un errore e dunque una condotta illecita per violazione di legge con conseguente responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Inps nonostante l'errore primigenio dell'Inps (per avere iscritto a ruolo nei confronti di persona fisica inesistente)..

La Corte di Appello ha ritenuto configurarsi la responsabilità extracontrattuale del Concessionario concorrente con quella dell'Inps.

Irrilevante in questa sede la domanda se la Corte avrebbe potuto spingersi sino a ritenere che la condotta del Concessionario spezzò il nesso causale tra l'errore dell'Inps ed il fatto, tesi non peregrina.

Avv. Italo Pierdominici

In allegato le sentenze citate.

Sentenza n. 37/04 R.G.72-79/ 03

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Ancona, composto dai Magistrati:

TAGLIENTI DOTT. ALBERTO Presidente
BANDINI DOTT. GIANFRANCO Consigliere
MICONI DOTT.SSA FRANCESCA Consigliere rel

ha pronunciato lo seguente

SENTENZA

Nelle Cause d'appello riunite promosse, la prima con ricorso depositato in data 10/02/03

DA

I.N.P.S., in persona del Presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti I. Pierdominici e M. Palma ed elettivamente domiciliati presso lo sede Inps di Ancona in P.za Cavour 21, giuste procure generali alle liti per atti notaio F. Lupo di Roma del 7.10.93

-RICORRENTE
CONTRO

XXXXXXXX rappresentato e difeso dall'avv. R. Ciciani ed elettivamente domiciliato in Ancona presso l'Avv. A. Bucci via San Martino 23, giusta delega a margine della memoria di costituzione

e la seconda, con ricorso depositato in data 11/ 02/2003

DA

REGIONE MARCHE, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Pasquale De Bellis ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura Regionale, in Ancona, Via Giannelli 36, giusta delega a margine del ricorso in appello

-RICORRENTE
CONTRO

XXXXXXXXXX

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - CONTUMACE

I.N.P.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Pierdominici, F. Fiori e S. Mazzaferri ed elettivamente domiciliato presso lo sede Inps di Ancona in P.za Cavour 21 giusta procure generali alle liti notar F. Lupo di Roma del 7.10.93 e 15.7.97.

- RESISTENTE

OGGETTO: Pensione inabilità

Causa posta in decisione nell'udienza del 30.11.2004.

Il procuratore dell'appellante INPS ha concluso:

Piaccia all' Ecc.ma Corte di Appello di Ancona, contrariis reiectis, in parziale riforma della impugnata sentenza, così provvedere:

- assolvere l'INPS da ogni onere delle spese dirette, e pur in via solidale con gli altri convenuti nei confronti dello attore XXXXXXXXX e per l'effetto condannare il Ministero o chi di giustizia a pagare al sig. XXXXXXXX le spese di lite come liquidate;

- in via subordinata in accoglimento della domanda dell'INPS dichiarare il Ministero tenuto a manlevare l'INPS dagli oneri del giudizio di primo e secondo grado.

Con ogni connessa e conseguenziale pronuncia di legge.

Vittoria di spese, diritti ed onorari del grado verso il Ministero ove esso contestasse l'appello INPS.

Il procuratore dell' appellato XXXXXXXXX ha concluso:

Chiede la conferma dello sentenza impugnata in punto alla declaratoria del diritto del signor XXXXXX a percepire la pensione di invalidità civile a decorrere dall' 1.4.1999 con gli interessi di legge e le spese processuali comunque rimettendosi al giudizio della Corte sul punto della legittimazione passiva; con vittoria delle spese di lite di questo secondo grado da distrarre a favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario.

Il procuratore dell'appellante REGIONE MARCHE ha concluso:

Voglia la Corte d'Appello Ecc.ma accogliere la presente impugnazione e per l'effetto riformare la sentenza n. 159 del 9 dicembre 2002 del Tribunale del Lavoro di Camerino, nel limiti sopra indicati, in articolazione dei motivi d'appello, dichiarando:

- la carenza di legittimazione passiva della Regione Marche;

- non provato il diritto del Sig. XXXXXXXX alle richieste provvidenze economiche e comunque non tenuta la Regione Marche alla erogazione della corrispondente prestazione economica e al pagamento dei relativi interessi;

- non tenuta la Regione Marche al pagamento delle spese processuali di primo grado, spese di CTU comprese.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi del giudizio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza in data 9.12.2002 il Tribunale di Camerino — Giudice del Lavoro, pronunciando sul ricorso proposto da XXXXXXXX nei confronti dell'Inps, del

Ministero del Tesoro (ora dell'Economia e delle Finanze) e della Regione Marche, dichiarava che il ricorrente aveva diritto a percepire la pensione di invalidità civile, oltre agli interessi e condannava i convenuti in solido al pagamento delle spese processuali.

Avverso la sentenza proponeva appello l'Inps con ricorso depositato in dato 10-2-2003; deduceva che: 1 - avendo chiesto che la questione incidentale dell'accertamento del requisito sanitario fosse decisa con efficacia di giudicato nei confronti del Ministero del Tesoro ed essendo esso appellante legittimato passivo in forza di disposizione di legge, ma non parte soccombente, stante la sua funzione di Ente erogatore, erroneamente, il primo Giudice non lo aveva assolto dall'onere delle spese; 2 - in subordine doveva essere accolta la domanda di manleva relativa agli oneri del giudizio, domanda sulla quale il primo Giudice non si era pronunciato.

Avverso lo medesima sentenza proponeva appello anche la Regione Marche, con ricorso depositato in data 11-2-2003: deduceva: 1 - il proprio difetto di legittimazione passiva, dovendosi ritenere il procedimento limitato all'accertamento sanitario; 2 - il difetto di motivazione della sentenza in ordine all'eventuale esistenza del requisiti non sanitari comunque non provata: 3 - la mancata indicazione di quale dei convenuti sia tenuto ad eseguire la prestazione economica; 4 - essa appellante non poteva ritenersi tenuta al pagamento degli interessi, non essendo in alcun modo responsabile del ritardo nel pagamento della provvidenza economica; 5 - l'onere delle spese processuali doveva gravare unicamente sul Ministero dell'Economia e delle Finanze stante la ritenuta erroneità dell'accertamento sanitario, avvenuto prima del conferimento alle Regioni e all'Inps delle competenze in materia di concessione ed erogazione dei benefici a favore degli invalidi civili; 6 – nessuna domanda o pronuncia di condanna era ammissibile nei confronti di essa appellante presupponendo questo la preventiva definizione in sede amministrativa o giurisdizionale della questione attinente al requisito sanitario.

Si costituiva in giudizio il XXXXXXXXX chiedendo la conferma della sentenza impugnata in ordine al diritto alla percezione della provvidenza e rimettendosi al giudizio di questa Corte sul punto della legittimazione passiva.

Non si costituiva il Ministero dell'Economia e delle Finanze e veniva dichiarato contumace.

Previa riunione dei procedimenti all'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

l. Secondo l'insegnamento della Corte regolatrice, che si condivide, nel vigente sistema processuale, l'impugnazione proposto per prima assume la qualifica di impugnazione principale e determina la pendenza dell' unico processo nel quale sono destinate a confluire tutte le impugnazioni proposte contro la medesima sentenza; le impugnazioni successive alla prima hanno perciò carattere di impugnazioni incidentali, pur

se irritualmente proposte nella forma dell'impugnazione principale sia che si tratti di impugnazioni incidentali tipiche, sia che si tratti di impugnazioni incidentali autonome, dirette cioè a tutelare un interesse non nascente dal gravame, ma rivolte contro un capo autonomo e diverso della pronuncia; ne consegue che, nel caso d'appello, le impugnazioni successive alla prima, le quali, anzichè essere proposte nelle forme e nei termini di cui all'art. 343 cpc (ovvero, nel processo del lavoro, di cui all'art. 436 cpc), sono state introdotte in via autonoma non sono inammissibili, ma si convertono, per il principio di conservazione degli atti giuridici, in gravami incidentali, purchè proposte nel termine prescritto per quest'ultima impugnazione (cfr. Cass., n 2878/88; 5687/200l; 14167/2001); pertanto, nel caso in discussione, l'impugnazione proposta dalla Regione Marche va qualificata come appello incidentale.

2. Il primo motivo dell'appello principale presuppone la soluzione della questione relativa alla individuazione degli enti legittimati passivi nei procedimenti giudiziari relativi al riconoscimento delle provvidenze assistenziali, questione in cui si risolve il primo motivo dell'appello incidentale della Regione Marche che quindi, va esaminato per primo.

In proposito la Corte osserva quanto segue.

Nella vigenza della legge n. 537/1993 e del regolamento approvato con dpr n. 698/1994 le SSUU della Corte di Cassazione, con sentenza n. 483/2000 avevano affermato che la separazione tra fase dell'accertamento sanitario e fase della concessione dei beneficio assistenziale, nonchè l'espressa attribuzione della legittimazione passiva a due distinti Ministeri, come stabilito dalla normativa, comportavano che il cittadino potesse chiedere, alternativamente, il mero accertamento dello status di invalido nei confronti del Ministero del Tesoro ovvero lo condanna del Ministero dell'Interno alla erogazione, previo accertamento solo incidentale dell'invalidità.

Era stato, poi, ulteriormente precisato che il Ministero del Tesoro avrebbe dovuto essere chiamato, nella causa volta ad ottenere la condanna all'erogazione nei confronti del Ministero dell'Interno, soltanto ove l'attore avesse domandato l'accertamento dello status di invalido con efficacia di giudicato (cfr. Cass. n 4887/2002).

L'art. 130 dl.vo n 112/1998, tuttavia, ha successivamente stabilito che:

"l. *A decorrere dal centoventesimo giorno dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo* [cioè dal 3 settembre 1998]*, la funzione di erogazione di pensioni, assegni e indennità spettanti, ai sensi dello vigente disciplino agli invalidi civili è trasferita ad un apposito fondo di gestione istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*

"2. *Le funzioni di concessione dei nuovi trattamenti economici o favore degli invalidi civili sono trasferite alle Regioni, che, secondo il criterio di integrale copertura, provvedono con risorse proprie alla eventuale concessione di benefici aggiuntivi rispetto a quelli determinati con legge dello Stato. per tutto il territorio nazionale.*

"3. *Fermo restando il principio della separazione tra la fase dell'accertamento sanitario e quella della concessione dei benefici economici, di cui all'articolo 11 della legge 24 dicembre 1993. n. 537, nel procedimenti giurisdizionali ed esecutivi relativi alla concessione delle prestazioni e dei servizi, attivati a decorrere dal termine di cui*

al comma 1 del presente articolo, la legittimazione passiva spetta alle Regioni ove il procedimento abbia od oggetto le provvidenze concesse dalle regioni stesse ed all'lNPS negli altri casi anche relativamente a provvedimenti concessori antecedenti al termine di cui al medesimo comma 1".

Nella norma appena riportata — a differenza che nella disciplina precedente, nella quale alla separazione dei procedimenti di accertamento dei requisiti sanitari e di corresponsione delle provvidenze corrispondeva la distinta attribuzione della legittimazione passiva ai due Ministeri, dell'Interno e del Tesoro — non viene effettuata alcuna distinzione fra accertamento e condanna, ma viene attribuita la *"Legittimazione passiva"* all'lnps o alle Regioni, in corrispondenza della titolarità passiva del debito, e ciò tanto nelle azioni di mero accertamento dei singoli diritti alle prestazioni assistenziali, quanto nelle azioni di condanna.

Nel presente giudizio attesa l'epoca di proposizione della domanda giudiziale, non assume invece rilievo quanto disposto in ordine alla posizione di litisconsorte necessario del Ministero dell'Economia e delle Finanze dell'art. 42 dl n. 269/03.

In particolare, poi, per quanto alla posizione della Regione, il dcpm 26-5-2000, all'art. 2, ha disposto che "l. *a decorrere dal* 1° *gennaio 2001 le regioni a statuto ordinario esercitano le funzioni in materia di concessione dei trattamenti economici a favore degli invalidi civili di cui all'art. 1 la tipologia delle prestazioni economiche erogata agli invalidi civili ed alle categorie assimilate è indicata nell'unita tabella 1, che fa parte integrante del presente decreto".*

Omissis....

3 — *Ai sensi del combinato disposto dell'art 131 comma 1, e dell'art. 132° comma (lettera g) del decreto legislativo n. 112 del 1998 resta attribuita all'apposito fondo istituito presso l'istituto nazionale della previdenza sociale (i.n.p.s.) la funzione di erogazione dei trattamenti economici in favore dei minorati civili già trasferiti in attuazione dell'art. 130, comma 1, del medesimo decreto legislativo n. 112 del 1998.*

4. — *a norma dell'art. 130, comma 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 , fermo restando il principio della separazione tra la fase dell'accertamento sanitario e quella della concessione dei benefici economici, di cui all'art. 11 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nei procedimenti giurisdizionali ed esecutivi relativi alla concessione delle prestazioni e dei servizi attivati a decorrere dal 3 settembre 1998, centoventesimo giorno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 3 marzo 1998, n. 112, la legittimazione passiva spetta alle regioni ove il procedimento abbia ad oggetto le provvidenze concesse dalle regioni stesse e all'Inps negli altri casi anche relativamente a provvedimenti concessori antecedenti la predetta data del 3 settembre 1998".*

Come si vede, il dcpm citato — che, in ogni caso essendo fonte subordinata alla legge, è privo di efficacia abrogativa della legge stessa — contiene le medesime disposizioni dell'art. 130 dl.vo n. 112/1998, sia in ordine alle funzioni amministrative delle Regioni, sia in ordine alla legittimazione nei procedimenti giurisdizionali.

Analogamente, l'art. 80. comma 8, legge n. 388/00 — che recita *"le regioni possono prevedere che lo potestà concessiva dei trattamenti di invalidità civile di cui all"articolo 130 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e successive modificazioni, può essere esercitata dall' inps a seguito della stipula di specifici accordi tra le regioni medesime ed il predetto istituto. Negli accordi possono essere definiti, tra l'altro, i rapporti conseguenti all'eventuale estensione dello potestà concessiva ai benefici aggiuntivi corrisposti dalle regioni con risorse proprie nonchè la destinazione all' Inps. per il periodo dell'esercizio dello potestà concessiva da parte dell'istituto, di risorse derivanti dai provvedimenti attuativi dell'articolo 7 del predetto decreto legislativo n 112 del 1998"* — si riferisce esclusivamente ad attività amministrative in materia di concessione dei benefici e non riguarda la legittimazione a resistere nel giudizi.

Dunque, non ha riflesso nella legittimazione passiva — perchè non influisce su detta titolarità del debito — la previsione di funzioni amministrative, da parte di altri Enti, nel procedimento di concessione delle provvidenze (art. 45 dl.vo. 96/1999; dcpm 26-5-2000: art. 80. commi 7 ed 8, legge n. 388/2000): si tratta infatti di soggetti amministrativi rispetto ai quali è prevista una attività "ausiliaria" nei confronti del debitore. inquadrabile, dal punto di vista civilistico, nell'art. 1228 cc.

In ordine, poi alle azioni di accertamento, queste non potranno avere od oggetto il mero requisito sanitario, ma dovranno investire la singola prestazione assistenziale dal momento che, secondo i principi generali, la azione giudiziaria può tendere all'accertamento di situazioni giuridiche soggettive e non di semplici fatti, quali sono la mera esistenza di una menomazione fisica.

Infine, l'art. 37, comma 5, legge n 448/1998, secondo cui *"nei procedimenti giurisdizionali relativi ai verbali di visita emessi dalle commissioni, mediche di verifica, finalizzati all' accertamento degli stati di invalidità civile, cecità civile e sordomutismo, nonchè ai provvedimenti di revoca emessi dal Ministero del tesoro, del bilancio e dello programmazione economica nella materia di cui al presente articolo la legittimazione passiva spetta al Ministero medesimo",* attribuisce al Ministero del Tesoro — ora Ministero dell'Economia e delle Finanze — soltanto funzione di controllo delle provvidenze già in godimento, in quanto si riferisce esclusivamente ai provvedimenti di revoca ed agli accertamenti delle Commissioni di verifica.

In conclusione, dunque, l'interpretazione della legislazione applicabile ai fini de quibus nella presente controversia, effettuata secondo i principi costituzionali di garanzia del diritto di difesa in giudizio, di economia e di ragionevole durata del processo e di diritto alla assistenza sociale, conduce ad individuare come legittimati passivi — sia rispetto alle azioni di accertamento dei singoli diritti alle prestazioni assistenziali, sia rispetto alle azioni di condanna soltanto gli enti tenuti secondo la legge a rispondere del debito, cioè tenuti ad erogare le prestazioni indipendentemente dai soggetti che abbiano svolto attività amministrative volte all'accertamento del debito stesso: e dunque l'INPS, nel caso in cui il debito gravi su tale Istituto: la Regione nel caso in cui il debito gravi su questa.

Le ragioni fin qui svolte sono poste alla base di alcune pronunce della Sezione del Lavoro della Corte di Cassazione, secondo cui *"ai sensi della nuova disciplina di*

cui all'art. 130 del D.Leg.vo n. 112 del 1998, che ha accentrato presso le Regioni o l'Inps la erogazione delle pensioni, assegni e indennità per la invalidità soltanto i suddetti enti, chiamati a rispondere del debito, e cioè le Regioni, per le provvidenze dalle stesse concesse, ovvero l'Inps, negli altri casi devono essere convenuti in giudizio nei procedimenti giurisdizionali di accertamento del diritto a prestazione per la invalidità o di condanna (essendo per contro inammissibile l'azione di mero accertamento delle condizioni sanitarie)" (cfr Cass. n. 13892/2002- n. 12681/2002).

La espressione *"le provvidenze concesse dalle regioni stesse",* contenuto sia nel comma 3 dell'art. 130 d.l.vo n. 112/1998, sia nell'art. 2, comma 4, dcpm 26.5.2000, deve essere intesa, pertanto, come riferita ai *"benefici aggiuntivi rispetto a quelli determinati con legge dello Stato"* che il comma 2 dell'art. 130 stesso consente alle Regioni di istituire ed erogare con fondi propri queste soltanto essendo le provvidenze assistenziali di cui le Regioni possono essere debitrici; e non invece alle prestazioni previste per tutto il territorio dello Stato che, seppure oggetto di procedimento concessorio condotto dalle Regioni (e, quindi, concesse dalla Regione dal punto di vista meramente procedimentale), debbano essere erogate dall'INPS. Consegue da quanto fin qui argomentato che nel presente giudizio, relativo a fattispecie successiva alla entrata in vigore del dl.vo n. 112/98, soggetto legittimato passivamente rispetto alla domanda di accertamento e di condanna alla erogazione della provvidenza assistenziale è l'INPS, in quanto soggetto passivo della obbligazione alla erogazione, nel mentre è da escludersi la legittimazione passiva della Regione Marche.

Quanto al Ministero dell' Economia e delle Finanze (la cui posizione di soggetto passivamente legittimato sarebbe parimenti da escludersi sulla scorta delle considerazioni che precedono) deve rilevarsi che nel presente giudizio la sua legittimazione passiva, ritenuta dal primo Giudice, in difetto di impugnazione è ormai intangibile per effetto del giudicato interno.

3 — Da quanto sopra consegue che va accolto l'appello incidentale della Regione Marche, con la reiezione delle domande svolte nei suoi confronti.

Con il ricorso introduttivo del giudizio (e restando con ciò assorbita la disamina dei suoi ulteriori motivi di gravame).

4 — La riforma nel senso anzidetto della sentenza di prime cure impone a questo Corte di pronunciare sulle spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio, restando così assorbita la disamina del primo motivo di gravame dell'Inps.

Attese le rilevate posizioni di soggetti passivamente legittimati (e quindi a tutti gli effetti soccombenti nei confronti delle parti private che hanno agito in giudizio) dell'Inps e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, deve essere pronunciata la loro condanna in solido al pagamento delle spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio nei confronti del XXXXXXX, liquidate come in dispositivo e da distrarsi a favore dei difensore antistatario.

Le spese di CTU, nella misura liquidata in prime cure, essendo la consulenza attinente al requisito sanitario, vanno definitivamente poste a carico del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Ogni questione di attribuzione di responsabilità nelle funzioni amministrative o sanitarie "ausiliarie" (nel caso di specie quelle riconducibili al Ministero

dell'Economia e delle Finanze in ordine alla valutazione dello sussistenza del requisito sanitario) può essere tuttavia ragione di azione di responsabilità all'interno del rapporto fra debitore (Inps) ed ausiliario (Ministero dell'Economia e delle Finanze).

In prime cure l'Inps ha in effetti svolto domanda riconvenzionale di manleva nei confronti del Ministero (cfr. la sua memoria difensiva) riproposta in questo grado. Dagli atti di causa risulta che il XXXXXXX era stata sottoposto a visita da parte della competente Commissione medica periferica con riconoscimento di permanente inabilità lavorativa in misura inferiore al 100%.

Il CTU ha invece accertato che, già alla data della domanda amministrativa, e dunque prima della visita medica suddetto, il XXXXXXXX era invalido al 100%.

Al Ministero dell'Economia e delle Finanze, stante la sua rilevata posizione di ausiliario del debitore Inps, va quindi ricondotta, nel rapporto interno, la responsabilità dell'erronea valutazione effettuata dalla Commissione medica.

La domanda di manleva dell'Inps va pertanto accolta con la condanna del Ministero dell'Economia e delle Finanze a rimborsare all'Istituto quanto dal medesimo corrisposto, a titolo di spese processuali al XXXXXXXX.

5. — Tenuto conto della natura delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per dichiarare integralmente compensate fra l'Inps, la Regione Marche e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio analogamente, anche quelle relative ad entrambi i gradi del giudizio tra il XXXXXX e la Regione Marche vanno integralmente compensate.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'lnps nei confronti di XXXXXXXX, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Regione Marche, nonché sull'appello incidentale di quest' ultima, avverso la sentenza in data 9-12-2002 del Tribunale di Camerino - Giudice del Lavoro, accolto l'appello incidentale e, per quanto di ragione, quello principale e in conseguente parziale riforma dell'impugnata sentenza, che conferma nel resto, così provvede:

l) respinge le domande svolte nei confronti della Regione Marche con il ricorso introduttivo del giudizio;

2) condanna l'lnps e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in solido fra loro, a rifondere a XXXXXX, le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio, da distrarsi a favore del difensore antistatario e che liquida, quanto al primo grado, nella misura indicata nell'impugnata sentenza, e, quanto al presente grado d'appello, in complessivi euro 1.023, di cui euro 465 per onorari ed euro 451 per diritti;

3) dichiara integralmente compensate fra l'Inps, la Regione Marche e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonchè fra il XXXXXX e la Regione Marche, le spese di lite relative od entrambi i gradi del giudizio;

4) pone definitivamente a carico del Ministero dell'Economia e delle Finanze le spese di CTU nella misura liquidata in prime cure;

5) condanna il Ministero dell'Economia e delle finanze a rimborsare all'Inps quanto dal medesimo corrisposto a titolo di spese processuali a XXXXXXXX.

Ancona 30.1.2004

Sentenza 134/02 R.G.119/01

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEl POPOLO ITALIANO

La Corte di Appello di Ancona, composta dai Magistrati:

TAGLIENTI DOTT. ALBERTO Presidente
BANDINI DOTT. GIANFRANCO Consigliere
MICONI DOTT.SSA FRANCESCA Consigliere rel. ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa d'appello promossa con ricorso depositato in data 23/03/01 DA I.N.P.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti I. Pierdominici e M. Palma ed elettivamente domiciliato presso la sede Inps di Ancona in P.zza Cavour 21, giuste procure generali alle liti notar F. Lupo di Roma del 7.10.93 e 9.9.97.

- RICORRENTE -
CONTRO

I.N.A.I.L., in persona del Direttore *pro-tempore,* rappresentato e difeso dagli Avv.ti V. Ceccarini e G. Ferraccioli ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Inail di Ancona Via Piave 25, giusta procura generale alle liti per rogito notaio G. Salvatore di Ancona, rep. N. 67116 del 17 settembre 1999

- RESISTENTE
E

xxxxxxxxx rappresentato e difeso dall'Avv. R. Gaetani ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. A. Grassini in Via Fazioli n. 8 ad Ancona per delega a margine del ricorso di primo grado.

- RESISTENTE

OGGETTO: riconoscimento benefici pensionistici L. 257/92 art. 13 c. 8 Causa posta in decisione nell'udienza del 22/03/2002.

CONCLUSIONI

Il Proc. del ricorrente ha così concluso:
"Piaccia all'Ecc.ma Corte di Appello di Ancona Giudice del Lavoro di appello, in

parziale riforma della sentenza impugnata e dell'ordinanza del 07.04.2000 in virtù della riserva di appello ritualmente formulata, così provvedere:

- dichiarare che l'INAIL è litisconsorte necessario e comunque il diritto dell'INPS in relazione alla prospettazione difensiva e chiamarlo in causa ex art. 106 c.p.c.

- stante l'accoglimento della domanda del ricorrente accertare che la responsabilità esclusiva del diniego in sede amministrativa è dell'INAIL e di conseguenza esonerare l'INPS dall'onere delle spese di primo grado a favore del lavoratore ricorrente condannando l'INAIL a pagare al lavoratore o al suo procuratore difensore distrattario spese, diritti ed onorari del primo grado e, occorrendo, di questo grado del giudizio;

- condannare l'INAIL a pagare all'INPS spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi del giudizio.

Il Proc, dell' INAIL ha così concluso:

Voglia l'Illustrissima Corte adita confermare l'ordinanza del Tribunale di Macerata del 07.IV.2000 nella parte in cui viene dichiarata la carenza di legittimazione processuale passiva dell'INAIL, confermare la sentenza del Tribunale di Macerata n. 56/2001; respingere l'appello proposto dall'INPS siccome improponibile e/o inammissibile e comunque infondato con condanna dell'appellante al pagamento delle spese di lite ed al risarcimento del danno per lite temeraria.

- Ordinare la cancellazione delle espressioni sconvenienti ed offensive contenute nell'atto di appello e condannare l'INPS al risarcimento del danno, da valutarsi in via equitativa, nei confronti dell'INAIL per tutte quelle espressioni ingiuriose non attinenti all'oggetto della causa e per l'offesa che l'atto di gravame, letto nel suo complesso, reca al buon nome dell'Istituto appellato.

In via istruttoria e assolutamente subordinata, si insiste nelle richieste avanzate nella memoria di costituzione nel giudizio di primo grado.

Il Proc. del XXXXXXXXXXXX ha così concluso:

Voglia la Corte di Appello, dichiarata la scindibilità dell'azione concernente la manleva pretesa dall'INPS nei confronti dell'INAIL, rispetto alla domanda originaria proposta da XXXXXX, dichiarare la carenza d'interesse di quest'ultimo al giudizio di appello cui è stato evocato dall'INPS, con vittoria delle spese legali del grado, in favore dell'Avv. R. Gaetani. antistatario.

Sempre in via istruttoria si chiede, si opus, di depositare tutta la documentazione relativa agli accertamenti svolti dall'INAIL ed i carteggi ed atti indicati in premessa, e di citare testi sui capitoli di cui in premessa, e di citare testi sui capitoli di cui in premessa preceduti da " vero che", purchè ciò non comporti un'immotivata inversione dell'onere della prova.

In via assolutamente subordinata e nel merito, accertare la correttezza dell'operato dell'INAIL.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 7-8-1998 XXXXXXXX conveniva l'INPS dinanzi al Giudice del Lavoro di Macerata per chiedere che gli venissero riconosciuti i benefici

pensionistici di cui all'art. 13, comma 8, della legge n. 257/92, assumendo che aveva lavorato alle dipendenze della SGI spa per oltre dieci anni, espletando varie mansioni, in modo da restare esposto all'amianto, senza peraltro essere stato assicurato contro il relativo rischio.

Esponeva che la SGI, sino alla sua chiusura, avvenuta il 30.6.1994, si era occupata della riparazione, revisione, manutenzione ordinaria e straordinaria, costruzione e demolizione di materiale rotabile (carrozze, carri, bagagliai ecc.) contenente amianto per conto delle Ferrovie dello Stato.

L'INPS si costituva in giudizio resistendo al ricorso; chiedeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'INAIL e del datore di lavoro, essendo a suo avviso necessario un accertamento con natura di giudicato della avvenuta esposizione all'amianto e dell'obbligo assicurativo contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, anche ai sensi dell'art. 34 cpc; chiedeva altresì la chiamata in causa dell'INAIL al fine di ottenerne la condanna al pagamento delle spese di lite e a tenerlo indenne dalle spese in favore del lavoratore in ipotesi di soccombenza.

Autorizzata dal Giudice la chiamata in giudizio dell'INAIL in ordine alla sola domanda di manleva e formulata dall'INPS riserva d'appello avverso l'ordinanza relativa, l'INAIL si costituiva eccependo, in ordine alla richiesta svolta nei suoi confronti, l'incompetenza del Giudice adito, l'inammissibilità della chiamata in causa, la propria carenza di legittimazione passiva e, nel merito, l'infondatezza della domanda di manleva.

Il Tribunale, tenuto conto dell'attestazione rilasciata dall' INAIL, a seguito di istanza di riesame, in cui veniva dichiarato che il XXXXXX era stato esposto all'amianto per un periodo ultradecennale, accoglieva la domanda attrice, dichiarando che il ricorrente aveva diritto all'applicazione del beneficio contributivo di cui all'art. 13, comma 8 della legge n. 257/92 e che l'INPS era tenuto a riconoscergli i relativi accrediti; respingeva la domanda di manleva svolta dall'INPS nei confronti dell'INAIL e condannava l'INPS al pagamento delle spese di lite nei confronti delle altre parti.

Riteneva il Giudice — quanto alla domanda di "garanzia impropria" — che nel caso concreto non risultasse un comportamento colposo o doloso dell'INAIL nello svolgimento del procedimento amministrativo, in quanto la seconda attestazione di esposizione all'amianto, favorevole al lavoratore, era stata emessa a seguito dell'esame di documentazione ulteriore rispetto a quella prodotta dal ricorrente in sede amministrativa, e precisamente di documentazione che era stata acquisita dalle Ferrovie dello stato solo a seguito di ordine giudiziale, e quindi a seguito di fatti nuovi; inoltre il parere INAIL non rivestiva carattere vincolante e ben avrebbe potuto essere disatteso dall'INPS, ente in condizioni di autodeterminarsi.

Avverso la sentenza, nonchè avverso l'ordinanza 7-4-2000, proponeva appello l'INPS con ricorso depositato il 23-3-2001 e ne chiedeva la riforma per i seguenti motivi:

- erroneamente il primo Giudice aveva ritenuto che il parere INAIL non fosse vincolante per l'INPS; ed infatti l'INAIL aveva rilasciato una certificazione al lavoratore, e non un mero parere all'INPS;

- erroneamente il Giudice aveva affermato che l'INPS aveva il potere di autode-

terminarsi e di disattendere quella certificazione, essendo invece l'INPS tenuto, in forza dell'accordo organizzativo intervenuto tra Ministero del Lavoro, INPS, INAIL e parti sociali, ad erogare le prestazioni sulla base degli accertamenti e della attestazione rilasciata dall'INAIL;

- erroneamente il Giudice aveva ritenuto la insussistenza di un comportamento colposo dell'INAIL, essendo invece risultato che detto Ente aveva meccanicamente rilasciato a tutti i lavoratori certificazioni negative - poi risultate inesatte - a seguito di indagini superficiali e lacunose, senza acquisire documentazione presso le FS e presso la USL e senza compiere indagini territoriali ed ispettive di sorta: il rilascio di dette certificazioni errate aveva esposto l'INPS ad un vasto contenzioso ed alla relativa soccombenza, con i conseguenti oneri di spese legali.

Chiedeva;

1) che l'INAIL fosse dichiarato litisconsorte necessario, e comunque che fosse dichiarato il diritto dell'INPS a chiamarlo in causa ex art. 106 cpc per l'accertamento con effetti di giudicato della questione incidentale relativa all'obbligo contributivo speciale;

2) che fosse accertata lo responsabilità esclusiva dell'INAIL del diniego opposto in sede amministrativa alle richieste del lavoratore, per avere l'Ente condotto l'indagine tecnica demandatagli in modo colposamente superficiale ed incompleto, e di conseguenza che l'INPS fosse esonerato dall'onere delle spese di primo grado dovute al lavoratore ricorrente, risultato vittorioso, con condanna dell'INAIL al pagamento in favore del lavoratore o de suo procuratore antistatario delle spese di primo ed eventualmente di secondo grado;

3) che l'INAIL fosse condannato a rifondere all'INPS le spese di entrambi i gradi. Si costituiva il XXXXXXXXX e deduceva la definitività della decisione di primo grado a suo favore e la propria carenza di interesse alla materia del contendere nel presente giudizio d'appello;

chiedeva pertanto il rimborso delle spese legali, per essere stato indebitamente chiamato nel giudizio di secondo grado.

Si costituiva l'INAIL e chiedeva il rigetto del gravame; deduceva;

- la inesistenza del litisconsorzio necessario dell'INAIL rispetto alla domanda svolta in prime cure dal lavoratore;

- la inammissibilità della domanda di condanna dell'INAIL al pagamento delle spese legali al lavoratore o al suo procuratore, in quanto domanda proveniente da soggetto — l'INPS — non legittimato a proporla; segnalava che in ogni caso l'unico soccombente verso il lavoratore era stato l'INPS, talchè non era ipotizzabile una condanna alle spese a carico di una parte non soggetta a pronunzie di condanna di merito;

- la decadenza dell'appellante, ai sensi dell'art. 346 cpc, dalla domanda di manleva per le spese di giudizio, domanda non riproposta nell'atto di appello e quindi abbandonata;

- nel merito, la infondatezza della domanda dell'INPS, il quale non aveva neppure impugnato il capo della sentenza contenente la sua condanna alle spese verso il lavoratore, condanna che avrebbe potuto essere evitabile; la inammissibilità della sud-

detta domanda, mancando ogni rapporto diretto fra l'INPS e l'INAIL e per indeterminatezza del titolo della affermata responsabilità, la insussistenza di qualsiasi comportamento colposo o dolo dell'INAIL.

Chiedeva inoltre la cancellazione di alcune espressioni, ritenute sconvenienti e offensive, contenute nell'atto d'appello, e la conseguente condanna dell'appellante al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa.

Chiedeva infine la condanna dell'appellante alle spese del grado ed al risarcimento del danno per lite temeraria.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; lo Corte pronunziava sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1 — Il gravame contro l'ordinanza che ha negato il litisconsorzio necessario dell'INAIL rispetto alla domanda svolta dal lavoratore è infondato.

Preliminarmente, va segnalato che l'Istituto appellante ha espressamente dichiarato di non appellare lo sentenza di primo grado nel capo relativo al diritto del lavoratore; pertanto sono venute meno, nel caso all'esame, la necessità e la utilità di un accertamento con forza di giudicato dell'obbligo assicurativo contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto e, quindi, l'interesse dell'appellante a censurare la mancata integrazione del contraddittorio.

Per completezza di motivazione, va comunque affermato che "Il beneficio della rivalutazione contributiva previsto dall'art. 13, comma ottavo, della legge n. 257 del 1992 in favore dei lavoratori del settore dell'amianto ha carattere pensionistico, essendo finalizzato a consentire un piu' rapido raggiungimento dell'anzianita' contributiva utile per ottenere le prestazioni pensionistiche dell'assicurazione generale obbligatoria. Ne consegue che nella controversia instaurata dal lavoratore ai fini del riconoscimento del relativo diritto l'unico soggetto legittimato a stare in giudizio è l'INPS, essendo tale ente il solo tenuto ad operare la richiesta rivalutazione". (in tal senso: Cass. 8859/2001).

2 — Quanto ai motivi di gravame concernenti la domanda di manleva per le spese di primo grado dovute al lavoratore, domanda che il primo Giudice ha respinto nel merito, occorre preliminarmente valutare la eccezione di decadenza ai sensi dell'art. 346 cpc sollevata dall'appellato INAIL.

Con l'atto d'appello l'INPS ha chiesto che fosse accertato che la responsabilità esclusiva del diniego in sede amministrativa è dell'lNAIL e di conseguenza che l'INPS fosse esonerato dall'onere delle spese di primo grado a favore del lavoratore ricorrente, condannando l'INAIL a pagare al lavoratore o al suo procuratore difensore distrattario le spese del primo grado di giudizio e, occorrendo, anche del presente.

Osserva il Collegio che dal contenuto dell'atto d'appello, alla luce delle cui motivazioni lo domanda va qualificata (cfr, in particolare, le pagine 6 e 7 del ricorso d'appello) e delle stesse conclusioni (ove testualmente è richiesto "l'esonero dell' Inps dal-

l'onere delle spese di primo grado a favore del lavoratore ricorrente") si evince chiaramente come l'appellante ha inteso far valere (anche) una causa di garanzia impropria nei confronti dell' INAIL e quindi, in sostanza, ha inteso essere sollevato dagli oneri delle spese di lite nei confronti del lavoratore.

Benchè, dunque, non sia stata espressamente reiterata nelle conclusioni del ricorso d'appello la richiesta di essere manlevato, è indubbio che tale è la finalità a cui tende l'appellante, esplicitata attraverso lo richiesta di esonero dalle spese di primo grado verso il lavoratore vittorioso.

La condanna diretta dell'INAIL alla rifusione delle spese di lite sostenute dal lavoratore è invece domanda effettivamente inaccoglibile, non essendo ravvisabile alcuna soccombenza dell'Ente nei confronti del lavoratore stesso, il quale ha svolto le sue domande esclusivamente verso l'INPS.

3 — L'INAIL ha inoltre eccepito che la mancanza di ogni attività dell'assicurato ricorrente nella fase amministrativa avrebbe potuto configurarsi come giusto motivo di compensazione delle spese, cosicchè l'INPS, non avendo impugnato la statuizione concernente la rifusione delle spese di lite a favore del lavoratore non potrebbe dolersene chiedendone il rimborso.

L'eccezione è infondata, per il rilievo che l'INAIL non indica quale attività (doverosa) il lavoratore non avrebbe svolto nella fase amministrativa, cosicchè non è dato comprendere quali ragioni l'INPS avrebbe dovuto addurre a censura della mancata compensazione delle spese.

Qualora poi l'INAIL avesse inteso far riferimento al fatto che la sua circolare n. 252/95 imponeva al lavoratore di corredare la richiesta di dichiarazione con la documentazione a sostegno della domanda, va rilevato come non sia stato comunque specificato quale fosse, in ipotesi, la documentazione che il lavoratore avrebbe (colposamente) omesso di produrre.

4 — L' INAIL ha ancora eccepito che :

- la domanda di garanzia impropria deve ritenersi inammissibile e infondata mancando ogni rapporto tra INAIL e INPS;

- la chiamata in garanzia sarebbe improponibile in quanto generica e comunque carente dell'indicazione se di natura contrattuale o extracontrattuale.

Osserva la Corte che la mancanza di un rapporto contrattuale fra le parti (nel caso, tra l'INPS e l'INAIL) non impedisce di per sè la possibilità di esercizio della domanda di garanzia impropria, che dovrà ritenersi fondata su una pretesa responsabilità di natura extracontrattuale.

Nello specifico l'INPS ha poi chiaramente indicato, fin dalla memoria difensiva di primo grado, il fondamento della dedotta responsabilità dell'INAIL (all'epoca ovviamente eventuale, non essendo ancora stata accertata lo sussistenza del diritto azionato), ravvisandolo nell'incarico assunto dall' INAIL in sede di procedimento amministrativo di rilasciare gli attestati, previ i necessari accertamenti in fatto e amministrativi, di avvenuta esposizione del lavoratore all'amianto, e da tale prospettazione era chiaramente evincibile la natura extracontrattuale di tale responsabilità.

5 - Prima di affrontare il merito della domanda di garanzia impropria, deve essere

rilevata l'infondatezza dell'opposizione dell' INAIL alle nuove produzioni documentali indicate nell'atto di impugnazione ed effettuate contestualmente al deposito del ricorso introduttivo, stante il consolidato insegnamento di legittimità, che questa Corte condivide, secondo cui nel rito del lavoro è ammessa la produzione di nuovi documenti in grado d'appello, purchè specificati nel ricorso introduttivo e depositati contestualmente allo stesso (cfr.. *ex plurimis,* Cass., S.U.. n.9199/90).

In adesione al medesimo insegnamento, deve invece ritenersi inammissibile l'ulteriore produzione documentale effettuata dall'INPS all'udienza di discussione, non ravvisandosi comunque l'indispensabilità della stessa ai fini del decidere.

6 — La sentenza impugnata ha qualificato la domanda di manleva dell'lNPS come di garanzia impropria, ritenendo che a fondamento della stessa fosse posto un comportamento *contra jus* tenuto dall'INAIL nella fase amministrativa, comportamento che avrebbe condotto al contenzioso giudiziale.

L'esame della domanda suddetta presuppone dunque l'accertamento di una responsabilità extracontrattuale dell'INAIL nella fase amministrativa.

7 — Nel merito della sussistenza della dedotta responsabilità dell'INAIL, osserva la Corte che lo materia oggetto del giudizio è regolata come segue.

L'art. 13, comma 8, della legge n. 257/92, come sostituito dall'art. l, comma 1, D.L. n.169/93, convertito in legge n. 271/93, dispone che: *"Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni I'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto. gestita dall'INAIL, è moltiplicato, ai fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1.5'.*

Come risulta dalla documentazione in atti e, in particolare, dalla Circolare dell'INAIL del 23.11.1995, a seguito di riunioni tenutesi presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, con lo partecipazione dell'INPS, dell'INAIL e delle parti sociali, venne affidato all'INAIL l'incarico dell'accertamento del rischio, vale a dire "di svolgere le funzioni di verifica tecnica e di attestazione dei periodi eli esposizione all'amianto di ogni singolo lavoratore" che ne avesse fatto motivata richiesta.

In particolare, per le richieste dei benefici previdenziali provenienti da lavoratori dipendenti per i quali le aziende non avevano pagato il premio per asbestosi (come nel caso in questione) e che tuttavia erano stati esposti al rischio amianto, il lavoratore avrebbe dovuto presentare lo richiesta di dichiarazione all'INAIL, corredandola, oltre che con lo documentazione a sostegno della domanda, anche con il curriculum professionale rilasciatogli dall'azienda, con l'indicazione, per ogni periodo, delle mansioni effettivamente svolte.

La Sede INAIL, acquisita la documentazione prodotta, doveva poi sottoporre l'intera pratica, "integrandola con tutti gli elementi di valutazione in suo possesso, raccolti ove necessario anche attraverso accertamenti ispettivi", all'esame dalla Contarp regionale.

Quest'ultima avrebbe poi emanato un parere che fotografasse in sintesi lo situazione ambientale dell'azienda come si era sviluppata negli anni, *"individuando analiticamente ireparti e/o gli ambienti di lavoro, le attività e le mansioni a rischio di amianto e i relativi limiti temporali.*

La Sede INAIL, esaminato alla luce delle conclusioni del parere Contarp il curriculum professionale di ogni singolo lavoratore, gli avrebbe rilasciato una dichiarazione attestante i periodi di esposizione all'amianto ovvero la non avvenuta esposizione a tale rischio.

In caso di eventuali opposizioni, veniva altresì previsto il riesame della pratica da parte della Consulenza regionale.

Infine, sulle certificazioni attestanti l'esposizione all'amianto, oppure il pagamento del premio supplementare, doveva essere apposta lo seguente annotazione finale;

"La presente dichiarazione è rilasciata ai fini del conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13. comma 8° della legge n. 257/1992 modificato dalla legge n. 271/1993. e non produce gli effetti di cui agli articoli 1988 (promessa di pagamento e ricognizione di debito) e 1944 (interruzione di prescrizione) del codice civile" (cfr Circolare INAIL cit.).

Nel caso qui in discussione, i fatti si sono svolti nel seguente modo.

Con parere trasmesso all'Ufficio gestione in data 10.12.1996, la Contarp concludeva che nessuno dei lavoratori che avevano operato alle dipendenze della SGI di Civitanova Marche era stato esposto, durante la propria attività lavorativa presso tale ditta, a concentrazioni di fibre di amianto tali che avessero superato o eguagliato il valore delle 100 fibre/litro, intesa come media annuale e come valore medio sulle otto ore lavorative giornaliere.

Seguiva la dichiarazione INAIL negativa resa al lavoratore e la successiva reiezione della domanda di quest' ultimo da parte dell'INPS.

Con "parere aggiunto" reso in data 7-3-2000 a seguito dei ricorsi amministrativi presentati dai lavoratori la Contarp riconosceva, limitatamente a determinati reparti della SGI e a determinati anni, che l'esposizione a fibre di amianto dei lavoratori ivi addetti fosse da ritenere significativa.

Seguiva il rilascio a favore del XXXXXXXXXXXXXXX della dichiarazione INAIL attestante la sua esposizione all'amianto per un periodo ultradecennale, dichiarazione che ha condotto all' accoglimento della domanda giudiziale del lavoratore.

Il Giudice di primo grado ha ritenuto che la attestazione INAIL di cui si è detto non fosse vincolante per l'INPS, essendo detto ultimo Ente in grado di autodeterminarsi, in quanto "*dotato di proprie risorse e poteri di indagine oltre che, ovviamente, di capacità di valutare, nell'esercizio del potere discrezionale, la sussistenza dei fatti posti dalla legge a fondamento del riconoscimento del beneficio contributivo e potendo "pervenire a negare o riconoscere il beneficio senza essere in ciò impedito da una diversa decisione dell' altro Istituto assicuratore".*

L'assunto non è condivisibile.

Atteso infatti che l'INAIL aveva ricevuto e accettato l'incarico, a seguito di riunioni a livello ministeriale, *"di svolgere le funzioni di verifica tecnica e di attestazione dei periodi di esposizione all'amianto di ogni singolo lavoratore"* che ne avesse fatto motivata richiesta, ne discende il legittimo affidamento dell'INPS sull'attendibilità delle attestazioni rilasciate all'esito di tale verifica e, al contempo, l'irrilevanza, ai fini che qui interessano, della non vincolatività di tali attestazioni; né va dimenticato che

una reiterazione degli accertamenti da parte dell'INPS, in difetto della quale non vi sarebbe stata possibile ragione giustificativa per discostarsi dalle attestazioni INAIL (positive o negative che fossero), nel delineato contesto della ripartizione dei compiti tra i due istituti avrebbe comportato un illogico appesantimento dell'azione amministrativa, sia sotto il profilo temporale che sotto quello dell'economicità del servizio, e quindi una sostanziale violazione, come evidenziato dall'appellante, di quella finalità di buon andamento della pubblica amministrazione che trova esplicito riconoscimento nell'art. 97 della Costituzione.

Il carattere non vincolante delle attestazioni dell'INAIL non esclude pertanto un'assunzione di responsabilità dell'Istituto che le aveva rilasciate qualora la loro erroneità fosse discesa da comportamenti dolosi o colposi nell'ambito della prodromica funzione di verifica tecnica che l'Istituto stesso aveva accettato di svolgere.

8. — Il parere della Contarp del 1996, sulla base del quale venne rilasciata l'attestazione negativa che ha dato origine alla presente causa, indicava la documentazione che era stata presa in esame (documentazione interna del 1979 e del 1981; informazione su carri ferroviari fornita dalle Ferrovie dello Stato; documentazione varia fornita dalla ditta) e dava espresso conto del fatto che vi era assoluta carenza di qualsiasi documentazione e informazione per il periodo lavorativo che andava dal 1963 al 1974 e che per gli anni 1991 e 1992 non vi era disponibilità di documentazione tale da poter far riscontrare un'attività lavorativa correlata al materiale amianto.

L'elaborazione di tale parere non fu preceduta da alcuna specifica nuova indagine; l'unica indagine ispettiva disponibile e utilizzata risaliva a molti anni primo della chiusura dell'azienda: la documentazione fornita dalla ditta proveniva da un soggetto portatore di un interesse obiettivamente contrario all'evidenziazione dei rischi di esposizione all'amianto per i lavoratori.

Tenuto poi conto che per i lavoratori interessati non erano stati corrisposti i contributi per l'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, che ciò fa presupporre che l'INAIL non disponesse di elementi di valutazione idonei ad imporre tale corresponsione e che in ogni caso quei lavoratori, ove fossero stati effettivamente esposti in misura significativa all'amianto, avrebbero avuto diritto al beneficio contributivo, deve ritenersi che la verifica demandata all'INAIL non avrebbe potuto prescindere dallo svolgimento di ulteriori indagini e dall'acquisizione, anche per mezzo delle opportune richieste, di quelle fonti informative di cui altri soggetti verosimilmente erano in possesso.

L'avere, al contrario, fondato il rilascio delle attestazioni (ovviamente tutte negative) su un parere formulato in base ad una documentazione lacunoso e non preceduto dall'espletamento di nuove penetranti indagini, configura obiettivamente una condotta improntata a superficialità e negligenza.

Il parere successivo della Contarp (reso nel 2000 e sulla base del quale potè essere rilasciata l'attestazione positiva al XXXXXXXXXX) testimonia ovviamente l'inesattezza del precedente.

In tale parere viene precisato che "quanto successivamente descritto non era noto al momento della redazione del precedente parere in quanto non evincibile dalla docu-

mentazione a suo tempo acquisita" ed è specificato che quella acquisita successivamente era costituita; dalle risultanze della specifica ispezione congiunta svolta da INAIL/INPS/Direzione Provinciale del Lavoro;- dalla documentazione progettuale di fonte FS riferita a rotabili ferroviari carri e a rotabili ferroviari carrozze.

Si tratta all'evidenza di fonti cognitive che già esistevano al momento della formulazione del primo parere e che avrebbero potuto quindi essere richieste (la documentazione progettuale delle Ferrovie dello Stato) ovvero che avrebbero potuto essere acquisite svolgendo le opportune (e doverose) nuove indagini.

Senza contare che, proprio in considerazione della lacunosità della documentazione in suo possesso, l'INAIL, prima di far redigere un parere che, proprio per tale lacunosità, non avrebbe offerto garanzie di rispecchiare effettivamente la situazione ambientale dell'azienda come si era sviluppata negli anni, avrebbe dovuto, se lo avesse ritenuto necessario, rappresentare l'insufficienza dei dati in suo possesso agli altri Enti interessati (e, segnatamente all'INPS, che dell'inesattezza delle attestazioni avrebbe dovuto sopportare le conseguenze), anche al fine di ottenerne la collaborazione e, se del caso, di ridefinire le modalità di svolgimento della funzione affidatagli. Non può dunque essere condiviso l'avviso del primo Giudice che esclude la sussistenza di una responsabilità dell'INAIL sul rilievo che la seconda attestazione di tale Ente, favorevole al lavoratore, era successiva all'esame di ulteriore documentazione rispetto a quella inizialmente prodotta dal ricorrente in sede amministrativa e, segnatamente, alla documentazione versata negli atti di causa a seguito di ordini di esibizione e richieste di informazione sulle lavorazioni eseguite presso la SGI.

Ciò sia perchè la funzione accertativa del rischio, demandata all'INAIL, non doveva essere svolta unicamente sulla scorta della documentazione fornita dal lavoratore a corredo della domanda (com'è del resto ovvio, implicando l'accertamento della situazione ambientale dell'azienda un'attività di indagine che solo gli Enti preposti alla tutela dei diritti riconosciuti ai lavoratori hanno competenza e i mezzi per svolgere); sia perchè l'INAIL aveva il dovere di richiedere quella documentazione poi acquisita in sede giudiziale e, nell'eventualità che tale documentazione gli fosse stata rifiutata, richiedere la collaborazione degli altri Enti interessati e, comunque, rappresentare agli stessi l'insufficienza dei dati in suo possesso.

Nell'avere viceversa l'INAIL fondato le proprie attestazioni su un parere reso in base a una documentazione palesemente lacunosa e insufficiente, trascurando di svolgere le pur possibili ulteriori indagini e di acquisire i documenti necessari allo scopo, è ravvisabile una condotta improntata a negligenza e, conseguentemente, la prova della responsabilità dell'Istituto per i danni che ne sono derivati.

Sotto tale profilo deve dunque rilevarsi che la reiezione della domanda del XXXXXX da parte dell' INPS ha trovato causa nell'inesattezza dell'attestazione negativa colpevolmente rilasciata dall'INAIL e che pertanto quest' ultimo deve rispondere dei danni che l'appellante ha patito per essere stato (fondatamente) convenuto in giudizio dal lavoratore.

Per tutte le ragioni esposte, l'appello va accolto, risultando superflue le istanze istruttorie formulate, con la condanna dell'INAIL a rivalere l'INPS delle somme che quest'ulti-

mo, sulla base dell'impugnata sentenza, è tenuto a versare al XXXXXXX o al suo difensore antistatario, per rifusione delle spese di lite sopportate nel primo grado di giudizio.

9. — La domanda dell'INAIL di cancellazione di alcune espressioni contenute nell'atto d'appello (perchè ritenute sconvenienti ed offensive) e quella correlata di risarcimento del danno vanno disattese.

È evidente infatti che l'INPS, fondando lo propria domanda sulla pretesa condotta colposa dell'INAIL, doveva necessariamente porre in luce quegli aspetti della condotta di quest'ultimo che, a suo avviso, risultavano indicativi della colpa della controparte, cosicchè le locuzioni adoperate — che comunque, a giudizio del Collegio non trasmodano in gratuite espressioni ingiuriose — appaiono finalizzate all'individuazione delle negligenze dell'Ente appellato e, quindi, pertinenti all'oggetto del giudizio.

10. — Seguendo il criterio della soccombenza, ma tenuto conto che è stata negata la dedotta necessità di integrazione del contraddittorio nei confronti dell'INAIL, quest'ultimo va condannato a rifondere all'INPS lo metà delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio (quelle del grado d'appello dovendo peraltro essere liquidate sulla base del valore della sola domanda di garanzia impropria), nella misura indicata per l'intero in dispositivo, ravvisandosi giusti motivi per le compensazione della metà residua.

Va invece disposta lo compensazione integrale delle spese di lite fra XXXXXXXXX e le altre parti per quanto riguarda il presente grado di appello, poichè la notifica del ricorso all'assicurato ha costituito una mera denuntiatio litis, nessuna domanda essendo stata rivolta contro di lui, cosicchè la sua costituzione in giudizio risulta essere assolutamente superflua.

PQM

La Corte, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'lnps nei confronti dell'lnail e di XXXXXXXXX avverso la sentenza in data 14-16.2.2001 del Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro e avverso l'ordinanza resa nel giudizio di primo grado in data 7.4.2000, disattesa ogni contraria domanda, istanza, deduzione ed eccezione, accolto l'appello per quanto di ragione e in conseguente parziale riforma dell'impugnata sentenza, così provvede;

1) condanna l'lnail a rivalere l'lnps delle somme che quest'ultimo, sulla base dell'impugnata sentenza, è tenuto a versare a XXXXXXXXX, o al suo difensore antistatario, per rifusione delle spese di lite sopportate nel primo grado di giudizio;

2) condanna l'Inail a rifondere all'Inps la metà delle spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio che liquida per l'intero quanto al primo grado in complessivi euro 790,00, di cui euro 413,00 per onorari ed euro 361,52 per diritti, e, quanto al presente grado d'appello, in complessivi euro 830,00, di cui euro 413,00 per onorari ed euro 325,36 per diritti, con compensazione dell'altra metà;

3) dichiara integralmente compensate fra XXXXXXXX e le altre parti le spese di lite relative al presente grado di appello.

Ancona, 22 marzo 2002

Sentenza n. 649/03 R.G. 785/02

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI ANCONA

composta dai Signori
DR. GIANFRANCO BANDINI Presidente reI.
DR. ALESSANDRO CENTINARO Consigliere
DR.SSA FRANCESCA MICONI Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa d'appello promossa con ricorso depositato in data 20.12.2002

DA

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE - I.N.P.S., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandatario della società S.C.C.I. (Società di Cartolizzazione dei Crediti Inps) spa con gli avv.ti Italo Pierdominici e Mario Palma per procure generali alle liti notaio F. Lupo di Roma rispettivamente n. 22927 e n. 22911 del 7.10.1993 elettivamente domiciliato in Ancona P.za Cavour 21

- APPELLANTE
CONTRO

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

con gli avv. ti Maurizio Cinelli e Carlo Alberto Nicolini, anche domiciliatari in Ancona per mandato a margine della memoria di costituzione e risposta

- APPELLATA

MARCHERISCOSSIONI S.P.A., subentrata a SE.RI.MA. (SERVIZIO RISCOSSIONE MACERATESE) S.PA, in persona del legale rappresentante *p.t.* con gli avv.ti Graziano Pambianchi e Ulderico lacopini per procura generale alle liti notaio Gianferro rep. n. 62173 del 29.11.1999, registrato il 6.12.1999 e con domicilio eletto in Ancona c/o lo studio del/'avv. M. Belelli

- APPELLATA

Oggetto: riforma della sentenza n. 522/2002 in data 13 - 20.11.2002 del Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro in punto: opposizione a ruolo e a cartella di pagamento.

Causa trattata all'udienza in data 19.12.2003.

CONCLUSIONI

Il procuratore dell'lnps ha concluso:

Piaccia alla Corte di Appello di Ancona, contrariis rejectis, in riforma della impugnata sentenza: dichiarare l'opposizione di XXXXXXXXXX inammissibile ovvero infondata in fatto ed diritto;

accertato che il Concessionario Serima non è parte necessaria del processo, in caso di soccombenza dell'lnps, accertare la responsabilità di Serima per i fatti e le causali di cui in premessa e per l'effetto condannare Serima a manlevare l'lnps da ogni onere connesso al giudizio nei confronti di XXXXXXXX anche a titolo di regolamento delle spese e a risarcire all'lnps ogni danno patito e patendo.

Nel merito, in via riconvenzionale e subordinata, accertare che XXXXX XXXXXXX era debitore dell'lnps di L. 4.049.800 a titolo di contributi o la diversa di giustizia oltre somme aggiuntive maturate e maturande.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi del Giudizio.

In via istruttoria si reiterano tutte le istanze istruttorie richieste in primo grado.

Il procuratore diXXXXXXXXXXX ha concluso:

Voglia codesta Corte, ogni contraria istanza disattesa, dichiarare inammissibile, ovvero respingere l'avverso ricorso, confermando la sentenza impugnata; comunque accogliere le conclusioni già rassegnate nel primo grado di giudizio e quindi dichiarare l'inesistenza e la nullità degli atti impugnati, e l'infondatezza di tutte le pretese dell'lnps; con vittoria di spese ed onorari di entrambi i gradi, da distrarsi ai sottoscritti avvocati, quali antistatari.

Il procuratore della Marche riscossioni ha concluso;

Chiedendo che la Corte, contrariis rejectis, rigetti l'appello proposto dall' Inps contro la sentenza sopra indicata del Tribunale di Macerata, con vittoria di spese, diritti ed onorari. *Salvis juribus.*

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso in opposizione ex dl.vo n. 46/99, depositato in data 2.4.2001 avanti al Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro, XXXXXXXX, premesso che le era stata consegnata, in data 28.2.2001, una cartella esattoriale relativa al pagamento della somma di lire 12.056.066, di cui era indicato come creditore l'lnps, a titolo di contributi e somme aggiuntive, recante come preteso debitore suo padre XXXXXXXXXXXXX, defunto il 13.3.1983, e deducendo:

- l'inesistenza e la nullità del ruolo esattoriale, della cartella di pagamento e della notifica, per avvenuto decesso del preteso debitore;

- la nullità del ruolo esattoriale e della cartella di pagamento, sotto ulteriori svariati profili;

- la prescrizione di tutte le somme richieste e l'infondatezza della pretesa creditoria;

chiese che, previa sospensione dell'esecuzione del ruolo, fosse dichiarata l'inesistenza e comunque la nullità assoluta del ruolo, della cartella e della relativa notifica; in via subordinata, nel merito, chiese che fossero dichiarate non dovute le somme richieste.

Per l'udienza fissata per provvedere sulla richiesta di sospensione dell'esecutorietà, l'lnps si costituì con memoria eccependo il difetto di legittimazione dell'opponente e contestando le doglianze relative alla nullità della cartella di pagamento e alla prescrizione della pretesa creditoria.

L'istanza di sospensione venne accolta.

Nella fase di merito l'lnps si costituì con memoria ribadendo le difese già svolte nella fase interinale; svolse inoltre domanda riconvenzionale perchè fosse accertato che XXXXXXXX era obbligato al pagamento della somma iscritta a ruolo e perchè, in caso di soccombenza, la concessionaria SE.RI.MA. spa (di cui chiese l'intervento in causa) fosse condannata a manlevarlo da ogni onere connesso al presente giudizio e a risarcirlo dei danni, stante la sua responsabilità per l'indebita notificazione della cartella a soggetti diversi da XXXXXX e in violazione delle norme sulle notifiche.

La SE.RI.MA. spa si costituì sul ricorso in opposizione chiedendo il rigetto della domanda svolta nei suoi confronti; con successiva memoria, a seguito della notifica della comparsa dell'lnps, si riportò alle conclusioni già rassegnate.

Infine il Giudice adito, con sentenza in data 13 - 20.11.2002:

dichiarò nulla l'iscrizione a ruolo di cui alla cartella opposta;

respinse la domanda riconvenzionale dell'lnps, dichiarando che non erano dovute da XXXXXXXXX le somme per contributi pretese in cartella;

condannò l'lnps alla rifusione delle spese di lite in favore dell' opponente;

respinse la domanda dell'lnps contro la SE.RI.MA. spa;

compensò le spese di lite tra l'opponente e la SE.RI.MA. spa e tra l'lnps e la SE.RI.MA. spa.

Avverso l'anzi detta sentenza, notificata in data 10.12.2002, l'lnps, con ricorso depositato in data 20.12.2002, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno che: 1- la SE.RI.MA. spa non era litisconsorte necessaria; 2-XXXXXXXXX non aveva interesse ad agire; 3- la SE.RI.MA. spa doveva essere condannata a manlevare esso appellante del danno rappresentato dall'onere delle spese liquidate a suo carico a favore dell'opponente; 4- il credito dell'lnps non era prescritto.

L'appellata XXXXXXXXXXXX si è costituita in giudizio resistendo al gravame.

Si è altresi costituita in giudizio, resistendo al gravame, la Marcheriscossioni spa, ubentrata alla SE.RI.MA. spa in forza dell'atto di fusione di quest'ultima con la SE.RI.T. spa.

All'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni trascritte come in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si dà per già nota.

2. — Il primo motivo di gravame, relativo alla qualità di litisconsorte necessario che il primo Giudice ha affermato in relazione alla SE.RI.MA. spa, è inammissibile per difetto di interesse.

Invero, attesa la costituzione in giudizio, già in primo grado, della SE.RI.MA. spa e l'avvenuta proposizione nei suoi confronti della domanda di manleva, risulta assolutamente ininfluente, ai fini di valutare (per quanto rileva nel presente grado di appello) l'interesse ad agire della XXXXXXX la responsabilità della stessa SE.RI.MA. spa riguardo alla richiesta di manleva e l'accertamento del debito verso l'lnps di XXXXXXXX, stabilire se la partecipazione della società concessionaria al giudizio di opposizione fosse o meno necessaria.

3. — In ordine al secondo motivo di gravame, inerente all'interesse ad agire di XXXXXXX, l'lnps ha dedotto che quest'ultima non poteva subire alcun pregiudizio con la notificazione di un titolo formato nei confronti di un altro soggetto, tenuto anche conto che gli eredi non sono solidalmente responsabili con il de cuius del pagamento di quanto dovuto per contributi omessi od evasi da quest'ultimo; sempre ad avviso dell'appellante, l'interesse della XXXXXXXX sarebbe sorto solo allorchè fosse iniziata ai suoi danni un'esecuzione sulla base di un ruolo formato verso altri.

Osserva il Collegio che XXXXXXXXX, in quanto erede del padre XXXXXXXXX, era succeduta, quanto meno pro quota, nel patrimonio di quest'ultimo, cosicchè deve ravvisarsi il suo interesse ad agire, facendo valere anzitutto l'inesistenza del titolo esecutivo, al fine di impedire che in forza dello stesso potesse essere iniziata un'esecuzione suscettibile di riguardare anche il suo patrimonio.

In altri termini, se è indubbio che, in ipotesi di esecuzione forzata fondata sul titolo qui controverso, XXXXXXXX avrebbe potuto eccepire la nullità del titolo medesimo, non può disconoscersi il suo interesse a far valere anche in sede di opposizione tale nullità, così da scongiurare la possibilità stessa dell'inizio di tale esecuzione forzata.

Al contempo, sempre in considerazione della sua qualità di erede, XXXXXXXXX era legittimata altresì alla domanda (subordinata) di accertamento negativo del debito contributivo del padre.

Il motivo all'esame non può dunque essere accolto.

4. — In via di priorità logica va ora esaminato il quarto motivo di gravame, concernente l'eccepita (e ritenuta dal primo Giudice) prescrizione del credito vantato dall'lnps nei confronti di XXXXXXXXXXX.

Al riguardo deve peraltro rilevarsi come l'Istituto abbia sostanzialmente riproposto le deduzioni svolte in proposito nel giudizio di primo grado, non censurando specificamente le argomentazioni del primo Giudice che costituiscono le ragioni fondanti della decisione sul punto.

In particolare l'lnps ha nuovamente dedotto che la prescrizione sarebbe stata interrotta con lettera raccomandata del 20.9.1995 ricevuta da "XXXXXXX moglie convivente", nulla tuttavia argomentando avverso l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui tale diffida non costituiva atto interruttivo in quanto il XXXXXXX era già deceduto da 12 anni e sua moglie era stata XXXXXXX, come dimostrato dal certificato prodotto dalla difesa dell'opponente (al che va altresì aggiunto che, come pure documentalmente provato, la stessa XXXXXXX era morta in data 22.4.1984).

Deve quindi senz'altro riconoscersi come sull'affermata inefficacia di atto interruttivo della prescrizione della lettera in questione si sia formato il giudicato interno (dovendo comunque osservarsi, per completezza di motivazione, che tale affermazione è senz'altro condivisibile, essendo evidente che non può costituire interruzione della prescrizione un atto indirizzato a persona ormai defunta e ricevuto da soggetto del quale non è provata la qualità di erede del destinatario).

Ciò premesso deve rilevarsi quanto segue:

qualora, come afferma l'appellante, il dies a quo vada fatto decorrere dal momento in cui l'lnps ha potuto accertare il reddito di impresa e cioè da quando il Ministero delle Finanze aveva reso disponibili i redditi (luglio 1989 per i redditi 1983, anno della morte del XXXXXXX - cfr atto d'appello, pag. 10), il termine prescrizionale decennale, vigente prima della modifica di cui all'art. 3 legge n. 335/95, in assenza di atti interruttivi compiuti entro il 31.12.1995, era divenuto quinquennale; né, al riguardo, vale opporre che avrebbe costituito riconoscimento di debito, e quindi interruzione della prescrizione, il previo pagamento ad opera del contribuente di parte del debito contributivo (quello in misura fissa), per l'assorbente rilievo che, come evidenziato dal primo Giudice (e anche a questo specifico riguardo nessuna argomentazione critica è stata svolta dall'appellante), non sono concepibili atti interruttivi della prescrizione verificatisi anteriormente all'inizio della sua decorrenza (XXXXXXXXXXXXX, come detto, è morto il 13.5.1983);

qualora invece dovesse ritenersi, come pure afferma ancora l'appellante, che l'obbligo contributivo avrebbe carattere unitario, essendo configurato come contributo annuo (ma si tratta di interpretazione che questa Corte non condivide, atteso che il contributo di cui qui si discute è solo quello aggiuntivo a percentuale, di cui all'art. 2, comma 2, di n. 791/81, convertito in legge n. 54/82, allora dovrebbe conseguentemente reputarsi che il termine prescrizionale decorresse dall'avvenuto pagamento del debito contributivo calcolato in misura fissa; tale evento (non avendo cornunque l'lnps dedotto la data del suo verificarsi) andrebbe tuttavia necessariamente collocato temporalmente prima della morte del debitore (13.5.1983), cosicchè il termine prescrizionale (decennale) si sarebbe compiuto al più tardi nel 1993.

Deve quindi riconoscersi che, al momento dell'iscrizione a ruolo nell'anno 2000 del credito contro XXXXXXXX per contributi 1982 - 1983, tale credito era prescritto.

Anche il motivo all'esame va quindi disatteso.

5. — In ordine al terzo motivo, inerente alla domanda di manleva svolta in primo grado dall'lnps nei confronti della SE.RI.MA. spa, va osservato quanto segue.

L'errore addebitato alla SE.RI.MA. spa (formazione della cartella esattoriale e sua successiva notifica a soggetto diverso dal destinatario, benchè quest'ultimo fosse defunto) concorre con quello dello stesso Inps, che iscrisse a ruolo un credito prescritto nei confronti di un soggetto deceduto 13 anni prima (dovendosi altresì rilevarsi che, al momento della formazione della cartella, la SE.RI.MA. spa non aveva concreta ragione di ritenere che il debitore indicatole dall'Istituto fosse morto).

Deve pertanto riconoscersi che anche tale indebita iscrizione a ruolo, e non soltanto, dunque, i comportamenti addebitati alla SE.RI.MA. spa, ha costituito causa determinante della presente controversia giudiziale.

Ciò non toglie che l'instaurazione del giudizio nei confronti dell'lnps trovi concausa nell'errore in cui incorse la SERI.MA. spa, la quale, pertanto, in via extracontrattuale, deve rispondere, nei limiti della propria concorrente responsabilità, dei danni subiti dall'lnps per effetto del giudizio di opposizione intentato dalla XXXXXXX nei confronti dell'Istituto.

Deve peraltro essere tenuto in considerazione, ai sensi dell'arI. 1227, comma 2, cc, il comportamento processuale dell'lnps (in quanto rilevante ai fini della quantificazione delle spese di lite e, quindi, del danno patito) che, anzichè limitarsi a riconoscere la nullità dell'iscrizione a ruolo (e provvedere in via di autotutela alla revoca), facendo così venir meno la ragione del contendere (la domanda di accertamento negativo del debito, svolta dalla XXXXXXX, era stata infatti proposta solo in via subordinata), resistè all'opposizione (e alla stessa istanza di sospensione), eccepì infondatamente il difetto di legittimazione passiva dell'opponente, svolse domanda riconvenzionale per l'accertamento del debito contributivo di XXXXXXXX e negò, del pari infondatamente, l'intervenuta prescrizione del credito vantato: in tal modo determinando la trattazione anche di questioni del tutto estranee ai vizi di notifica della cartella esattoriale addebitati alla SE.RI.MA. spa e, al contempo, aggravando le spese di lite dell'opponente poi risultata vittoriosa; così come esulano dalla responsabilità risarcitoria dell'odierna appellata Marcheriscossioni spa le spese del giudizio di appello gravanti sull'lnps per effetto dell'infondata impugnazione proposta nei confronti della XXXXXXXXX.

In concreto, pertanto, nessun'altra ragione di danno potendo ravvisarsi in base alle emergenze processuali e stimandosi di pari gravità gli errori dell'lnps e della SE.RI.MA. spa, la Marcheriscossioni spa deve essere condannata a manlevare l'lnps dal 50% delle spese processuali di primo grado da rifondere a XXXXXXXX, limitatamente, peraltro, a quelle strettamente inerenti alla proposizione del ricorso introduttivo e ai successivi limitati incombenti processuali nell'ambito dei quali si sarebbe esaurito il giudizio di prime cure in ipotesi di avvenuto riconoscimento, da parte dell'lnps, della fondatezza della svolta opposizione.

Avuto riguardo al valore della controversia, dette spese, per l'intero, vanno determinate in complessivi euro 946,00, di cui euro 348,71 per onorari ed euro 511,29 per diritti, con conseguente condanna della Marcheriscossioni spa a manlevare parzialmente l'lnps dall'onere delle spese di lite di primo grado in favore di XXXXXXX in ragione di complessivi euro 473,00.

6. — In definitiva, sulla scorta delle suddette assorbenti ragioni, l'appello va accolto nei limiti anzidetti, con conseguente parziale riforma dell' impugnata sentenza, confermata nel resto.

7. — Seguendo il criterio della soccombenza e tenuto conto della peculiarità delle questioni trattate e delle ragioni del decidere, l'appellante va condannato a rifondere all'appellata XXXXXXX le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio, liquidate come in dispositivo e da distrarsi a favore dei difensori antistatari, mentre si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente tali spese fra l'lnps e la Marcheriscossioni spa e fra XXXXXXX e la Marcheriscossioni spa.

P.Q.M.

La Corte, definitiva mente pronunciando sull'appello promosso dall'lnps, in proprio e quale mandatario della S.C.C.I. spa, nei confronti di XXXXXXXXXXX e della Marcheriscossioni spa, subentrata alla SE.RI.MA. spa, avverso la sentenza n. 522/2002 in data 13 - 20.11.2002 del Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro, disattesa ogni contraria domanda, istanza, deduzione ed eccezione, accolto l'appello per quanto di ragione e in conseguente parziale riforma dell'impugnata sentenza, che conferma nel resto, cosi provvede:

1) **condanna** la Marcheriscossioni spa a manlevare parzialmente l'lnps dall'onere delle spese di lite di primo grado in favore di XXXXXX in ragione di complessivi euro 473,00;

2) **condanna** l'lnps a rifondere a XXXXXXXXXXXX le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio, da distrarsi a favore dei difensori antistatari e che liquida, quanto al primo grado, nella misura indicata nell'impugnata sentenza, e, quanto al presente grado d'appello, in complessivi euro 1.540,00, di cui euro 909,66 per onorari ed euro 490,34 per diritti;

3) **dichiara** integralmente compensate fra l'lnps e la Marcheriscossioni spa e fra XXXXXXXXXXXXXXX e la Marcheriscossioni spa le spese di lite relative ad entrambi i gradi del giudizio.

Cosi deciso in Ancona il 19 dicembre 2003.