ISSN 1593-5914

MAGGIO-AGOSTO 2004

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

NN. 3-4

# INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

**Direttore:** VITTORIO CRECCO

**Direttore Responsabile:** ANNALISA GUIDOTTI

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

*In questi numeri:*

**- Corte Cass. 6 marzo 2004, sentenza n. 4606..... 496**
Contributi - Prescrizione - Denuncia del lavoratore all'INPS - Effetti

**- Corte Cass. 2 marzo 2004, sentenza n. 4247..... 509**
Assicurazione contro le malattie - Visita domiciliare di controllo - Obbligo di reperibilità - Giustificato motivo di assenza

**- Corte Cass. 28 giugno 2004, sentenza n. 11979 ..... 644**
Contributi - Soci di cooperative di lavoro - Decreto Ministeriale di contribuzione agevolata - Ambito territoriale di efficacia

**- Corte Cass. 17 giugno 2004, sentenza n. 11377 ..... 654**
Contributi - Iscrizione gestione separata - Rimborso contribuzione - Esclusione - Condizioni

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

3-4

MAGGIO-AGOSTO 2004

# INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

**Redattori:**
ANTONIO TODARO
FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI

**Comitato di redazione:**
PIETRO CAPURSO
GIORGIO CRACA
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
MAURO NORI
COSIMO PUNZI
ALESSANDRO RICCIO
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

*3*

**MAGGIO-GIUGNO 2004**

GRAF 3 - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: 24 giugno 2005

# SOMMARIO N. 3/2004


| | | | |
|---|---|---|---|
| INDICI | | pag. | VII |
| **DOTTRINA** | | | |
| TODARO A.: | «L'impatto previdenziale della riforma del lavoro». | » | 447 |
| LAGALA C.: | «La previdenza agricola dopo le riforme degli ultimi dieci anni». | » | 466 |
| MORAGGI D: | «La giurisdizione in materia di pubblico impiego: i concorsi interni». | » | 475 |
| **GIURISPRUDENZA** | | | |
| CORTE COSTITUZIONALE - Ordinanza | | » | 484 |
| CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili | | » | 489 |
| CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili | | » | 551 |
| TRIBUNALI - Sezioni Civili | | » | 565 |
| OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini) | | » | 580 |


*- Gli articoli - che devono pervenire alla Redazione su supporto magnetico - impegnano solo la responsabilità dei rispettivi Autori.*
- Corte Costituzionale*: si omette di indicare l'intervento, tramite l'Avvocatura dello Stato, della Presidenza del Consiglio dei Ministri.*
- Suprema Corte di Cassazione: *le conclusioni del P.M. vengono riportate solo se difformi.*

# SOMMARIO N. 4/2004


| | | | |
|---|---|---|---|
| INDICI | | pag. | VII |
| **DOTTRINA** | | | |
| VIGNERA G.: | «Sulla provvisoria esecutività *ex lege* del decreto ingiuntivo». | » | 603 |
| ROSSI A.: | «Il parziale esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro». | » | 622 |
| LO SCALZO C.: | «Il decreto ministeriale 27.10.2004 di attuazione dell'art. 47 decreto legge n. 269/03 in materia di benefici previdenziali per l'amianto: tra disposizioni attuative e disposizioni sostanzialmente innovative». | » | 635 |
| **GIURISPRUDENZA** | | | |
| CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili | | » | 644 |
| CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili | | » | 707 |
| TRIBUNALI - Sezioni Civili | | » | 717 |
| TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI | | » | 731 |
| OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini) | | » | 733 |


*- Gli articoli - che devono pervenire alla Redazione su supporto magnetico - impegnano solo la responsabilità dei rispettivi Autori.*
- Corte Costituzionale*: si omette di indicare l'intervento, tramite l'Avvocatura dello Stato, della Presidenza del Consiglio dei Ministri.*
- Suprema Corte di Cassazione: *le conclusioni del P.M. vengono riportate solo se difformi.*

**INDICE DELLE SENTENZE NN. 3-4/2004**


| *GIURISDIZIONE* | *NUMERO DECISIONE* | *DATA* | *PAG.* |
|---|---|---|---|
| CORTE COSTITUZIONALE | | | |
| (Ordinanza) | 143/04 | 6.4/14.5.2004 | 484 |
| CORTE DI CASSAZIONE | | | |
| (Sezioni Civili) | 11979/04 | 28.6.2004 | 644 |
| | 11931/04 | 26.6.2004 | 648 |
| | 11929/04 | 26.6.2004 | 652 |
| | 11377/04 | 17.6.2004 | 654 |
| | 10517/04 | 1.6.2004 | 658 |
| | 10228/04 | 27.5.2004 | 660 |
| | 8432/04 | 4.5.2004 | 665 |
| | 6972/04 | 8.4.2004 | 670 |
| | 6646/04 | 5.4.2004 | 677 |
| | 5656/04 | 20.3.2004 | 679 |
| | 5157/04 | 12.3.2004 | 686 |
| | 5152/04 | 12.3.2004 | 690 |
| | 5151/04 | 12.3.2004 | 693 |
| | 5149/04 | 12.3.2004 | 696 |
| | 5139/04 | 12.3.2004 | 698 |
| | 5132/04 | 12.3.2004 | 700 |
| | 5017/04 | 11.3.2004 | 703 |
| | 4792/04 | 9.3.2004 | 489 |
| | 4633/04 | 6.3.2004 | 491 |
| | 4613/04 | 6.3.2004 | 494 |
| | 4606/04 | 6.3.2004 | 496 |
| | 4535/04 | 5.3.2004 | 499 |
| | 4248/04 | 2.3.2004 | 504 |
| | 4247/04 | 2.3.2004 | 509 |
| | 4165/04 | 1.3.2004 | 512 |
| | 4067/04 | 27.2.2004 | 514 |
| | 4064/04 | 27.2.2004 | 519 |
| | 4046/04 | 27.2.2004 | 525 |
| | 3941/04 | 26.2.2004 | 528 |
| | 3569/04 | 23.2.2004 | 531 |
| | 3566/04 | 23.2.2004 | 535 |
| | 2340/04 | 6.2.2004 | 538 |
| | 2316/04 | 6.2.2004 | 542 |
| | 390/04 | 14.1.2004 | 544 |
| | 336/04 | 14.1.2004 | 547 |

| *GIURISDIZIONE* | *NUMERO DECISIONE* | *DATA* | *PAG.* |
|---|---|---|---|
| CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili) | | | |
| Brescia | 145/04 | 1.4/8.6.2004 | 707 |
| Brescia | 101/04 | 11.3/30.4.2004 | 551 |
| Milano | 411/04 | 6.5/24.5.2004 | 553 |
| Milano | 374/04 | 21.4/11.5.2004 | 557 |
| Palermo | 768/04 | 8.4/10.5.2004 | 708 |
| Palermo | 692/03 | 20.3/8.7.2003 | 712 |
| Palermo | 596/03 | 20.3/9.6.2003 | 560 |
| Roma | 4459/03 | 22.10.2003 | 714 |
| TRIBUNALI (Sezioni Civili) | | | |
| Agrigento | 259/03 | 4.2.2003 | 565 |
| Busto Arsizio | 106/04 | 9.6.2004 | 717 |
| Milano | 1923/04 | 21.6.2004 | 719 |
| Novara | 74/04 | 24.05.2004 | 568 |
| Palermo | 928/04 | 1.4/23.7.2004 | 721 |
| Palermo | 544/04 | 20.2/20.4.2004 | 571 |
| Palermo | 3603/03 | 28.11.02/4.3.2003 | 572 |
| Palermo | 2632/03 | 29.10.03/22.1.2004 | 573 |
| Ragusa | 204/04 | 9/12.3.2004 | 722 |
| Ragusa | 192/04 | 4/9.3.2004 | 724 |
| Ragusa | 186/04 | 2/5.3.2004 | 575 |
| Rieti | 658/03 | 16.12.2003 | 726 |
| Roma | 8443/04 | 29.4.2004 | 729 |
| Trapani | 342/03 | 15.4.2003 | 577 |
| T.A.R. | | | |
| Campania | 6459/04 | 8.7.2004 | 731 |

## INDICE ANALITICO NN. 3-4/2004

### CONTRIBUTI

- Contributi volontari - Periodi già coperti da contribuzione - Cumulo - Esclusione - Inesatte informazioni fornite dall'INPS - Irrilevanza. (pag. 712)

- Danni per omessa assicurazione - In genere - Domanda diretta del lavoratore contro l'INPS per la costituzione di una rendita vitalizia - Inammissibilità - Limiti. (pag. 658)

- Esonero e sgravi - Benefici previsti dall'art. 8, comma 9, l. 407/90 - Precedente rapporto *part-time* - Requisito occupazionale - Insussistenza. (pag. 565)

- In genere - Aspettativa per svolgimento delle funzioni di sindaco - Calcolo della retribuzione utile - Superminimo individuale - Rilevanza - Fondamento - Fattispecie soggetta *"ratione temporis"* alla disciplina dettata dalla legge n. 816 del 1985. (pag. 648)

- In genere - Condono - Clausola di riserva *ex* art. 81, L. n. 448 del 1998 - Condizioni di efficacia - Fattispecie. (pag. 698)

- In genere - Prescrizione - Termine breve introdotto dalla legge n. 335 del 1995 - Applicabilità del termine ordinario - Denuncia del lavoratore all'INPS - Sufficienza. (pag. 496)

- In genere - Sanzioni amministrative per indebita applicazione di sgravi contributivi - Sopravvenienza della disciplina più favorevole dettata dall'art. 116, comma dodicesimo, della legge n. 388 del 2000 - Applicabilità retroattiva - Esclusione. (pag. 670)

- In genere - Soci di cooperative di lavoro - D.M. prevedente contributi agevolati per provincia e per settore di attività - Atto normativo - Configurabilità - Ambito di operatività - Riferibilità anche ai soci operanti fuori della provincia considerata - Esclusione - Fondamento. (pag. 644)

- Pendenza giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione - Iscrizione a ruolo - Esperibilità - Pendenza giudizio di accertamento negativo della pretesa contributiva - Recupero a mezzo ruolo - Occorre provvedimento esecutivo del giudice. (pag. 551)

- Prescrizione - Presentazione denunce annuali della contribuzione (modelli 01/M e 03/M) - Effetto interruttivo - Sussistenza. (pag. 707)

- Retribuzione imponibile - Lavoratori dello spettacolo assunti a termine con contratto di durata - Determinazione della base contributiva - Riferimento ai giorni di lavoro effettivo - Necessità - Fondamento - Fattispecie. (pag. 686)

- Retribuzione imponibile - Somme erogate dal datore di lavoro per il servizio mensa relativamente ai periodi anteriori al regime previsto dall'art. 17 del D.Lgs. n. 503 del 1992 - Commutabilità - Criteri - Costo effettivo del servizio - Riferimento - Necessità - Controvalore del servizio indicato in contratto collettivo - Rilevanza - Esclusione. (pag. 514)

- Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Lavoratori nei paesi della Comunità Europea - Totalizzazione - Presupposti - Disciplina *ex lege* n. 29 del 1979 - Ricongiunzione presso gestioni speciali per lavoratori autonomi - Condizioni - Esistenza di un periodo di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria per lavoratori dipendenti di almeno cinque anni immediatamente anche alla domanda - Conseguenze - Diritto alla ricongiunzione in caso di contributi versati all'estero - Sussistenza. (pag. 504)

- Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Ricongiunzione dei periodi contributivi nella gestione artigiani - Condizioni - Esistenza di un periodo di almeno otto anni di contribuzione in detta gestione - Necessità - Esistenza, nel periodo immediatamente precedente alla presentazione della domanda, di un periodo di cinque anni di contribuzione ininterrotta nell'AGO - Necessità - Esclusione - Fondamento. (pag. 491)

- Rimborso - Azione giudiziaria - Proponibilità - Domanda amministrativa - Necessità. (pag. 572)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Art. 5, terzo comma, sui contratti di riallineamento contributivo - Sanatoria delle pendenze contributive a condizioni agevolate - Applicazione del relativo accordo provinciale - Relativo onere probatorio - Spettanza all'imprenditore deducente gli effetti della sanatoria a proprio vantaggio. (pag. 660)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Rimborsi dovuti dall'INPS *ex* sentenza Corte Cost. n. 261 del 1991 - Rateizzazione *ex* art. 1, terzo comma, D.L. n. 71 del 1993, convertito in legge n. 151 del 1993 - Esclusione di aggravio per rivalutazione o interessi - Interpretazione - Interessi e rivalutazione maturati fino alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale - Computabilità - Esclusione - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza. (pag. 665)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi aggiuntivo e supplementare - Disciplina *ex* art. 59 DPR n. 218 del 1978 - Applicazione - Presupposti - Verifica dell'effettivo incremento occupazionale - Riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Conseguenze - Società di nuova costituzione - Applicabilità degli sgravi - Condizioni. (pag. 670)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi *ex* art. 18 D.L. n. 918 del 1968, conv. in legge n. 1089 del 1968 - Presupposti - Relativo onere probatorio - Spettanza all'azienda interessata - Accertamento relativo del giudice di merito - Censurabilità in sede di legittimità - Limiti - Fattispecie. (pag. 518)

- Somme aggiuntive - Regime sanzionatorio *ex* L. 388/2000 - Irretroattività. (pag. 556)

- Versamento - A mezzo di "marche" - Idoneità - Condizioni. (pag. 700)

- Versamento - Obbligo - Mancata identificazione dell'assicurato - Irrilevanza. (pag. 577)

**INFORTUNI SUL LAVORO E MALATTIE PROFESSIONALI**

- Agricoltura - Infortunio subito nel corso di attività' di organizzazione dell'attività economica aziendale - Tutela assicurativa - Esclusione - Fattispecie. (pag. 652)

- Assicurazione - Malattie professionali - Rapporto con le lavorazioni - Controversie in materia di previdenza e assistenza - Poteri istruttori di ufficio - Esercizio - Configurabilità - Presupposti - Fattispecie relativa a domanda per riconoscimento causa di servizio. (pag. 690)

**LAVORO (RAPPORTO DI)**

- Collaborazioni coordinate e continuative - Inserimento stabile in organizzazione aziendale - Ulteriori indici di subordinazione - Lavoro subordinato - Sussiste. (pag. 556)
- Contratto di lavoro socialmente utile - Utilizzo da parte dell'INPS in lavori di pubblica utilità - Sporadico utilizzo nell'ausilio a mansioni istituzionali - Novazione - Rapporto di lavoro subordinato di natura pubblicistica - Insussistenza. (pag. 553)
- Lavoro subordinato - Associazioni sindacali - Sindacati (postcorporativi) - Attività sindacale - Aspettativa dei lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettorali od a cariche sindacali provinciali e nazionali - Aspettativa per svolgimento della funzioni di sindaco - Calcolo della retribuzione utile - Superminimo individuale - Rilevanza - Fondamento - Fattispecie soggetta *"ratione temporis"* alla legge n. 816 del 1985. (pag. 648)

**LEGGI**

- Fonti del diritto - Regolamenti - Statali - Ministeriali (e interministeriali) - D.M. di natura regolamentare - Atto normativo - Configurabilità - Concessione di contributi agevolati in favore di cooperative - Ambito di operatività - Riferibilità anche ai soci operanti fuori dalla provincia considerata - Esclusione - Fondamento. (pag. 644)

**PENSIONI**

- Assegno di invalidità - Mancata presentazione a visita medica - Rigetto domanda. (pag. 708)
- Casse di mutualità e fondi previdenziali - Previdenza marinara - Lavoratori marittimi - Soppressione della Cassa di Previdenza Marinara - Passaggio all'assicurazione generale obbligatoria - Anzianità contributiva - Benefici *ex* artt. 24 e 25 della legge n.413 del 1984 nei confronti dell'AGO - Passaggio al sistema pensionistico per i dipendenti statali - Riconoscimento dei benefici - Esclusione. (pag. 489)
- Cosa giudicata civile - Effetti del giudicato (preclusioni) - Previdenza (assicurazioni sociali) - Assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti - Assegno di invalidità - Sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità - Accertamento giudiziale - Estensione del giudicato - Esistenza degli elementi costitutivi - Stato invalidante - Inclusione - Conseguenze - Revoca dell'assegno per recupero della capacità di guadagno - Mutamento della relativa situazione di fatto rispetto al precedente accertamento giudiziale - Necessità. (pag. 693)
- Cumulabilità - Diritto alla pensione supplementare previsto dall'art. 5 legge 1338 del 1962 - Conseguibilità solo in capo ai pensionati da lavoro dipendente - Lavoratori autonomi - Utilizzabilità dei contributi accreditati in altre gestioni - Limiti. (pag. 531)

- Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Diritto alla pensione di reversibilità - Domanda amministrativa - Necessità - Diritto agli interessi per il ritardato pagamento - Decorrenza. (pag. 535)

- Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dall'Enel e dalle aziende elettriche private - Determinazione della retribuzione pensionabile - Applicabilità dell'articolo 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153 - Limiti. (pag. 717)

- Lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto - Pensionamento anticipato *ex* art. 4 D.L. n. 501 del 1995 - Aumento figurativo o convenzionale dell'anzianità contributiva - Rilevanza ai fini della misura dei trattamenti pensionistici - Esclusione. (pag. 719)

- Lavoratori autonomi - In genere - Contributi versati all'assicurazione generale obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti - Diritto del lavoratore autonomo al computo ai fini della misura della pensione a carico della gestione separata - Restituzione dei contributi in caso di inutilizzabilità a tali fini - Presupposti - Conseguimento del diritto a pensione autonoma o ai trattamenti pensionistici previsti dall'art. 3 D.M. n. 282 del 1996 - Spettanza della restituzione - Esclusione. (pag. 654)

- Pensione di anzianità - Fondo Elettrici - Soppressione - Evidenza contabile separata - Trasferimento - Assicurazione Generale obbligatoria - Domanda - Effetti - Decorrenza. (pag. 568)

- Pensione di inabilità - Condizioni - Accertamento in concreto - Necessità. (pag. 525)

- Pensione di invalidità - Prestazioni di invalidità liquidate in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale - Divieto di cumulo con la rendita vitalizia erogata dall'INAIL - Limiti - Identità dell'evento invalidante. (pag. 538)

- Pensione di invalidità - Revoca - In genere - Sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità - Accertamento giudiziale - Estensione del giudicato - Esistenza degli elementi costitutivi - Stato invalidante - Inclusione - Conseguenze - Revoca dell'assegno per recupero della capacità di guadagno - Mutamento della relativa situazione di fatto rispetto al precedente accertamento giudiziale - Necessità. (pag. 693)

- Pensioni a carico del Fondo di previdenza INPS - Natura sostitutiva dell'A.G.O. - Esclusione - Requisiti - Decorrenza del diritto. (pag. 679)

- Prestazioni assistenziali - Revoca a seguito di verifica negativa del requisito sanitario - Ripetibilità delle somme indebitamente erogate - Condizionamento alla sospensione cautelativa delle erogazioni - Esclusione. (pag. 544)

- Prestazioni indebite a carico dell'INPS - Ripetizione - Esclusione sulla base del reddito imponibile per l'anno 2000 - Disparità di trattamento tra pensionati e inadeguatezza della tutela per i percettori in buona fede con reddito superiore al limite indicato - Rilevanza della questione - Motivazione - Carenza - Manifesta inammissibilità della questione. (pag. 484)

- Responsabilità per ritardato pagamento - Colpa dell'ente previdenziale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a domanda presentata ad ente previdenziale iugoslavo ai sensi della Convenzione italo - jugoslava del 1957. (pag. 542)

**PRESCRIZIONE CIVILE E DECADENZA**

- Cessazione degli effetti civili del matrimonio - Diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio - Decorrenza unica della prescrizione dalla data della sentenza - Esclusione - Dalle scadenze delle singole prestazioni imposte dal titolo - Decesso dell'*ex* coniuge - Diritto del superstite alla quota della pensione di reversibilità - Incidenza. (pag. 546)

**PRESTAZIONI**

- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 16 legge 23 luglio 1991 n. 223 - Soggetti destinatari - Individuazione - Criteri - Attività industriale - Rilevanza. (pag. 499)

- Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Indennità di mobilità *ex* art. 16 legge 23 luglio 1991 n. 223 - Soggetti destinatari - Individuazione - Criteri - Attività industriale - Rilevanza. (pag. 499)

  Assicurazione contro le malattie - Assistenza economica - Indennità - Impiegati dell'industria - Esonero dal pagamento del contributo di malattia dovuto all'INPS - Configurabilità - Fondamento. (pag. 494)

- Assicurazione contro le malattie - Prestazioni - Assistenza economica - Indennità - Visita domiciliare di controllo - Obbligo di reperibilità - Giustificato motivo di esonero - Allontanamento dal domicilio ai fini di visita presso il medico di fiducia - Rilevanza - Condizioni - Accertamenti e valutazioni relativi - Censurabilità in sede di legittimità - Limiti - Fattispecie. (pag. 509)

- Provvidenze per l'editoria - Esodo dei lavoratori dipendenti - Benefici del prepensionamento e dell'indennità aggiuntiva - Spettanza di quest'ultima in caso di cessazione del rapporto di lavoro successiva al 31 dicembre 1988 - Esclusione. (pag. 729)

- Trattamento ordinario di integrazione salariale - Silenzio del Comitato Amministratore della Gestione Prestazioni Temporanee ai Lavoratori Dipendenti - Natura - Silenzio inadempimento: insussistenza - Termini di impugnazione dei provvedimenti: decorrenza. (pag. 731)

- Trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili - Indennità di mobilità - Incompatibilità delle prestazioni - Sussiste. (pag. 726)

**PROCESSO CIVILE**

- Accertamento rapporto di lavoro - Ipotetico datore di lavoro - Interesse ad agire - Insussistenza. (pag. 572)

- Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Previa presentazione della domanda amministrativa - Condizione di proponibilità - Disposizioni *ex* artt. 8 legge n. 5 del 1973 e 148 disp. Att. cod. proc. civ. - Applicabilità - Esclusione - Temporaneo difetto di giurisdizione - Configurabilità - Rilevabilità in ogni stato e grado di giudizio - Sussistenza - Omessa tempestiva eccezione da parte dell'ente tenuto alla prestazione - Rilevanza - Esclusione. (pag. 696)

- Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Azione giudiziaria per ottenere prestazioni previdenziali - Termine di decadenza *ex* art. 47 DPR n. 639 del 1970 - Decorrenza in caso di avvenuta proposizione del ricorso amministrativo - Dalla comunicazione della decisione sul ricorso amministrativo o dall'avvenuta formazione del silenzio rigetto. (pag. 703)
- Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Domanda giudiziale in materia di prestazioni previdenziali - Decadenza prevista dall'art. 47 DPR n. 639 del 1970 - Limiti - Controversia attinente all'esistenza del diritto alla prestazione previdenziale - Applicabilità - Fattispecie. (pag. 677)
- Controversie - Procedimento litisconsorzio - Giudizio promosso dal lavoratore contro il datore di lavoro per la regolarizzazione del rapporto assicurativo - Posizione dell'istituto assicuratore - Litisconsorte necessario - Esclusione. (pag. 528)
- Controversie - Procedimento spese giudiziali - Nuova disciplina *ex* art. 152 disp. att. cod. proc. civ. - Condanna del lavoratore soccombente - Condizioni - Applicabilità alle cause in corso - Esclusione. (pag. 512)
- Controversie in materia di assistenza e previdenza - spese. (pag. 708)
- Giudicato tra datore di lavoro e lavoratore - Misura della pensione - Efficacia riflessa - Esclusione. (pag. 560)
- Interessi legali - Mancata richiesta ai sensi dell'art 44, n.4, d.l. 269/2003 - Improponibilità della domanda. (pag. 721)
- Intervento volontario - Costituzione del terzo interveniente - Termine per l'intervento - Precisazione delle conclusioni - Applicabilità all'intervento del terzo dei limiti posti per la costituzione del convenuto - Esclusione. (pag. 714)
- Litisconsorzio necessario - Ordine di integrazione del contraddittorio - Inottemperanza - Improseguibilità del giudizio. (pag. 722)
- Litisconsorzio necessario - Ordine di integrazione del contraddittorio - Inottemperanza - Improseguibilità del giudizio. (pag. 724)
- Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza - Procedimento di primo grado - Prova - Poteri del giudice - Poteri istruttori di ufficio - Esercizio - Doverosità - Presupposti - Approfondimenti richiesti dalle risultanze istruttorie - Rilevanza - Verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie. (pag. 689)
- Riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi - Notifica del ruolo a soggetto defunto - Opposizione proposta dall'erede - Inammissibilità. (pag. 571)
- Rito lavoro - Riscossione coattiva contributi - Opposizione avverso ruolo esattoriale - Deposito del ricorso oltre quaranta giorni -Inammissibilità. (pag. 575)
- Verbale di accertamento - Azione di accertamento negativo - Interesse ad agire - Insussistenza. (pag. 573)

ANTONIO TODARO

# L'IMPATTO PREVIDENZIALE DELLA RIFORMA DEL LAVORO

***SOMMARIO: 1. — I contratti atipici e la c.d. flessibilità. 2. — La somministrazione: profili. 2.1. — L'obbligazione contributiva. 2.2. — L'indennità di disponibilità. 2.3. — L'inquadramento nel settore terziario del somministratore. 2.4. — La somministrazione irregolare. 3. — Il lavoro intermittente. 3.1. — L'indennità di disponibilità. 3.2. — La disciplina previdenziale. 4. — Il lavoro ripartito. 4.1.— Segue: La risoluzione per impedimento. 4.2. — I contributi e le prestazioni previdenziali. 5. — Il* **part-time***. 5.1. — Segue: Specificità. 6. — Il lavoro a progetto: Il progetto e le sue eccezioni. 6.1. — La disciplina previdenziale. 7. — Le prestazioni occasionali accessorie. 7.1. — Aspetti previdenziali. 8. — Criteri e linee di tendenza della riforma sul versante previdenziale: Il criterio di non discriminazione. 8.1. — Segue: Il riproporzionamento. 8.2. — Segue: Il riscatto. 8.3. — Segue: L'integrazione. 8.4. — Segue: Lo* **stand-by***. 8.5. — Segue: L'attenuazione delle tutele. 8.6. — Segue: La previdenza disponibile. 8.7. — Segue: La previdenza sanzione. 8.8. — Segue: La previdenza sospesa. 9. — Conclusioni.***

## *1. — I contratti atipici e la c.d. flessibilità*

I contratti di lavoro c.d. atipici si connotano per il superamento dello schema del lavoro subordinato a tempo pieno indeterminato verso forme più flessibili che consentano di moltiplicare le occasioni di occupazione e in tale modo superarne la precarietà e la frammentarietà. In tale direzione il contratto di somministrazione attenua la rigidità del lavoro subordinato, riducendone il peso contributivo e retributivo mediante l'inquadramento nel terziario ed una speciale disciplina per i periodi non lavorati; il contratto a chiamata circoscrive gli oneri del lavoro subordinato ai periodi di effettiva prestazione; il lavoro ripartito incide sulla unipersonalità della prestazione in cambio di una più agevole risolubilità (1).

In ogni caso, la valutazione sulla flessibilità e sulle norme che la realizzano non può essere operata esclusivamente sul piano giuridico dato che è lo scenario economico a verificare la compatibilità delle scelte normative con gli obiettivi di crescita e di incremento della occupazione.

(1) G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004, pag. 3 e segg; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, pag. 15.

Al riguardo le rilevazioni statistiche, purtroppo ancora insufficienti, avvertono che il lavoro atipico rappresenta sinora una quota residuale dell'occupazione complessiva e che nel Mezzogiorno assorbe in misura ancor più modesta la domanda di lavoro. Sicché appare difficile immaginare che i nuovi strumenti possano risolvere adeguatamente le esigenze di impiego di manodopera e di sviluppo dell'economia nelle aree depresse (2).

In tale quadro si inserisce, pure per gli aspetti previdenziali, la lettura dei nuovi contratti.

### *2. — La somministrazione: profili*

La somministrazione (art. 20), come è noto, è il contratto mediante il quale un soggetto fornisce a un'impresa, che le utilizza, le prestazioni di un lavoratore (3).

Il rapporto di lavoro intercorre tra il lavoratore e il fornitore; l'utilizzazione è riconducibile all'impresa destinataria della somministrazione. Coesistono, dunque, due rapporti giuridici: quello di somministrazione e quello di lavoro subordinato (4).

Mediante la somministrazione si realizza una forma di dissociazione (5) fra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione; non è una figura nuova perché ha un precedente nel lavoro temporaneo (art. 4, Legge 24 giugno, 1997, n. 196); realizza una ipotesi di lavoro subordinato (art. 23, comma primo) fra il somministratore e il lavoratore; può essere a tempo indeterminato o a tempo determinato (art. 22, commi secondo e terzo), totale o parziale.

### *2.1. — L'obbligazione contributiva*

Il somministratore è tenuto alla retribuzione e agli oneri previdenziali (art. 21, k,).

L'utilizzatore è tenuto a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro (art. 21, lettera I).

Somministratore e utilizzatore sono obbligati in solido nei confronti del lavoratore e degli enti previdenziali (artt. 23, comma terzo, 21, lettera k).

Al riguardo mentre la legge delega prevede, *tout-court*, la solidarietà fra fornitore e utilizzatore (art. 1, lett. m, *sub*. 4), la legge delegata indica una obbligazione princi-

(2) *Rapporto 2004 sull'economia del Mezzogiorno*, a cura della Svimez, Bologna 2004, pag. 197 e segg.

(3) G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 157.

(4) A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, pag. 99.

(5) A. VALLEBONA, *op. loc. cit.*; TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, pag. 89 e segg.; *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, pag. 99.

pale (del fornitore), un'obbligazione sussidiaria (dell'utilizzatore), unite dal vincolo di solidarietà (art. 23, comma 3 e 21, lett. k cit.) (6).

La solidarietà opera, secondo la previsione dell'art. 1292 cod. civ., a seguito dell'inadempimento del somministratore.

Nel caso dell'obbligazione previdenziale, allo scadere del termine fissato dalla legge, l'adempimento potrà essere richiesto a ciascuno degli obbligati in solido (c.d. *beneficium ordinis*).

### *2.2. — L'indennità di disponibilità*

Nel rapporto a tempo indeterminato il somministratore corrisponde al lavoratore, per il periodo in cui quest'ultimo non è utilizzato (art. 22, comma terzo), l'indennità di disponibilità (non contemplata nella legge delega), già prevista nell'art. 4, comma terzo, della legge n. 24 giugno 1997, n. 196 sul lavoro temporaneo e ora estesa al lavoro intermittente.

Essa non è qualificabile come retribuzione, perché non è corrispettivo di una attuale prestazione lavorativa ma è un indennizzo (non risarcimento) per i periodi durante i quali il lavoratore aspetta di essere utilizzato (art. 22, comma terzo) (7). In proposito la circostanza che l'indennità sia assoggettata a contribuzione non sembra sufficiente per affermarne la natura retributiva: innanzitutto perché la retribuzione presuppone una prestazione lavorativa e non la mera disponibilità, inoltre perché la contribuzione è talvolta indipendente dalla retribuzione e infine perché la retribuzione non può essere esclusa, come dispone l'art. 22 in esame, dal computo di ogni istituto di legge o di contratto o settore (8).

Pertanto all'indennità non si adattano i parametri di proporzione e di adeguatezza, previsti dall'art. 36 della Costituzione, né il vincolo di solidarietà.

Su di essa sono calcolati e versati i contributi previdenziali, anche in deroga alla vigente normativa sul minimale contributivo (art. 25, comma primo), è operata la riduzione in caso e in proporzione dell'utilizzazione a tempo parziale anche presso il somministratore (art. 22, comma terzo), analogamente a quanto già previsto dall'art. 4 della legge 24 giugno 1997, n. 196; non è operata l'integrazione contributiva, come pure si argomenta dall'art. 36, comma settimo, che la prevede espressamente per il lavoro a chiamata, con una evidente differenza di disciplina che non sembra giustificata (9).

---

(6) BIANCA, *L'obbligazione*, Diritto Civile, Milano, 2003, IV, pag. 712 e segg.

(7) R. ROMEI, *Il nuovo mercato del lavoro, dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, in Commentario a cura 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.

(8) Contra: G. NICOLINI, *La somministrazione di lavoro, profili generali*, in *La riforma del mercato del Lavoro - Commento al dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di L. Galantino, Torino, 2004, pag. 180.

(9) C. LAGALA, *op. loc. cit.*, pag. 401.

### *2.3. — L'inquadramento nel settore terziario del somministratore*

Il somministratore è inquadrato, ai fini previdenziali e assicurativi, nel settore terziario (10) e quindi gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi e assistenziali e le prestazioni, con salvezza dell'assicurazione per gli infortuni o del settore agricolo e domestico (art. 25, commi terzo e quarto), sono quelli del settore terziario, senza alcun rilievo per il diverso eventuale inquadramento dell'impresa utilizzatrice.

Al riguardo la legge delega prevede che il trattamento assicurato ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non sia inferiore a quello cui hanno diritto i dipendenti di pari livello della impresa utilizzatrice (art.1, comma 2, lett. m, *sub*. 5) (11).

Tuttavia va osservato che essa si riferisce al trattamento economico e non all'obbligazione contributiva, non solo perché nel sistema della legge il trattamento economico è distinto dagli oneri contributivi ed è regolato da criteri non estensibili all'obbligazione contributiva ma soprattutto perché l'omologazione dell'obbligazione contributiva del somministratore e dell'utilizzatore costituisce una eccezione espressamente prevista e limitata all'assicurazione contro gli infortuni e a quella del settore agricolo e domestico (art. 25, commi terzo e quarto).

Del resto l'eventuale equiparazione dell'obbligazione contributiva priverebbe persino di economicità la somministrazione.

D'altra parte non sussiste un principio secondo cui la forma previdenziale è conseguente all'attività del lavoratore, dato che è piuttosto frequente che essa si adegui all'attività del datore. Sicché ad attività lavorative identiche possono corrispondere forme previdenziali diverse (si pensi, ad esempio, agli addetti ai servizi di trasporto dipendenti rispettivamente da imprese industriali o commerciali o da aziende di telefonia o di trasporto vero e proprio), senza alcuna violazione del principio di parità, tenuto conto della diversità dei rapporti, della specificità dei relativi trattamenti e, sul versante previdenziale, della ragionevolezza delle diverse forme di tutela.

Una conferma dell'assunto è data dalle forme di previdenza alternative o sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria, le quali, come pure ha osservato la Cassazione, si adattano, piuttosto che al contenuto delle prestazioni del singolo dipendente, alla natura dell'attività esercitata dall'imprenditore (12).

Dunque non sembra fondata l'affermazione secondo cui l'obbligazione contributiva e le relative prestazioni debbono adeguarsi all'attività del lavoratore secondo un criterio di geometria variabile e che nel caso della somministrazione debbano adeguar-

---

(10) Sul punto vedi, A. PANDOLFO, *La previdenza del lavoro a progetto e somministrato nel decreto n. 276/2003*, in *Riv. Dir. Sic. Sociale*, 2004, pag. 100; ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, *cit.*, pag. 316; A. LASSANDARI, *Somministrazione di lavoro*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Commentario al Dlvo 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da F. Carinci, Milano, III, 2004, pag. 387 e segg; B. ANGELLO, *La somministrazione di lavoro: il trattamento previdenziale*, in *La Riforma del Mercato del Lavoro*, *cit.*, pag. 279 e segg.

(11) M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2000, pag. 129.

(12) Cass. 23 febbraio 1998, n. 1145, in *Giust. Civ.*, 1998, pag. 2239.

si all'attività del lavoratore (13).

Sul versante previdenziale, all'inquadramento del somministratore nel terziario debbono corrispondere i contributi e le prestazioni del detto settore, a meno che, come è accaduto per gli sgravi (attratti alla disciplina dell'art. 2195 cod. civ.), sussistano norme speciali derogatorie della disciplina previdenziale.

Per quanto riguarda le prestazioni, va osservato che le integrazioni salariali e l'indennità di mobilità, non sono dovute perché incompatibili con l'inquadramento del datore nel terziario.

Senza dire che la legge delegata (art. 22, comma quarto) chiarisce che le disposizioni di cui all'art. 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, non trovano applicazione anche nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato e che in questo caso trovano applicazione l'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e le tutele del lavoratore di cui all'art. 12. Con evidente esclusione della integrazione salariale e dell'indennità di mobilità.

L'indennità di malattia va corrisposta, in coincidenza con i periodi di utilizzazione, in ragione dell'ultima retribuzione percepita prima dell'evento sospensivo; durante le fasi di aspettativa il trattamento non è dovuto perché non è riferibile ad una attività effettiva sospesa per effetto della malattia (14).

Analogamente, l'indennità di maternità va corrisposta in coincidenza con i periodi di utilizzazione e va rapportata (art. 16 legge 30 dicembre 1971, n. 1204) alla retribuzione media globale giornaliera percepita nell'ultimo periodo (quadrimestrale o mensile) precedente l'evento (15).

Infine, l'indennità di disoccupazione è dovuta dopo la conclusione del rapporto di somministrazione in ragione della attività svolta e non pure dei periodi di disponibilità.

Regola estensibile pure all'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, tenuto conto della irrilevanza, ai fini normativi e contrattuali, dell'indennità di disponibilità.

### *2.4. — La somministrazione irregolare*

Fuori dei limiti e delle condizioni previsti dall' art. 20 e dall'art. 21, lettere a), b), c), d), e), e cioè nel caso di somministrazione irregolare ( per omessa elencazione degli estremi dell'autorizzazione, del numero dei lavoratori, dei casi e ragioni di ordine tecnico, dei rischi, della data di inizio e di durata delle prestazioni), il lavoratore può chiedere al giudice la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato con l'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione (art. 27, comma primo).

La norma persegue scopi meramente sanzionatori (16): le irregolarità previste

(13) Vedi sul punto A. ANDREONI, *Il lavoro temporaneo: norme previdenziali*, in Commento alla legge n. 196/1997 a cura di F. Liso e U. Carabelli, Milano, 1999, pag. 388 e segg.

(14) In senso parzialmente difforme, C. LAGALA, *op. e loc. cit.*

(15) In senso difforme, C. LAGALA, *op. e loc. cit.*

(16) G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 194; SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro, cit.*, pag. 431.

dall'art. 21 lett. a), b), c), d), e), non modificano la struttura del rapporto di lavoro con il somministratore, né la posizione dell'utilizzatore.

Peraltro l'elencazione tassativa delle situazioni sanzionate non sembra consentire l'estensione della sanzione ad altre ipotesi.

A seguito della costituzione giudiziale del rapporto subordinato, i pagamenti eseguiti dal somministratore sono imputati all'utilizzatore, che è tenuto alle differenze contrattuali e contributive derivanti dal suo diverso inquadramento; il lavoratore ha diritto alle differenze sui contributi e sulle prestazioni; il vincolo di solidarietà si estingue con effetto retroattivo.

Nei confronti dell'ente previdenziale,l'utilizzatore dovrà versare le differenze contributive, le quali, essendo versate in ritardo rispetto alla scadenza, debbono essere maggiorate delle somme aggiuntive secondo la previsione dell'art. 116 della legge 23 dicembre 2000, n. 388.

### *3. — Il lavoro intermittente*

Il contratto di lavoro intermittente (*job on call*) è quello mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione lavorativa; può essere stipulato a tempo determinato o indeterminato (art. 33); è concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente (art. 34, comma primo); è riconducibile al rapporto subordinato (temporaneo) (17).

In via sperimentale può essere concluso per prestazioni rese da soggetti in stato di disoccupazione con meno di 25 anni di età ovvero con più di 45 anni di età espulsi dal ciclo produttivo o iscritti alle liste di mobilità e di collocamento (art. 34, comma secondo).

### *3.1. — L'indennità di disponibilità*

Per i periodi durante i quali il lavoratore garantisce la disponibilità è corrisposta la relativa indennità (art. 36, comma 1), sulla quale sono versati i contributi previdenziali, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo (art. 36, comma secondo).

Detta indennità, secondo la legge delega (art. 4, comma primo, *sub*. a) ), deve essere congrua, ma tale congruità, essendo relativa a un indennizzo, non pare riferibile ai parametri costituzionali sulla retribuzione.

L'indennità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo (art. 36, comma terzo); non è dovuta in caso di malattia o di altro impedimento (art. 36, comma quarto); si perde, per un periodo di 15 giorni, in caso di omessa informazione della malattia o di altro impedimento (art. 36, comma quinto); si restituisce in

(17) G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 76.

caso di risoluzione del contratto, per ingiustificato rifiuto alla chiamata e per il periodo a questa successivo (art. 36, comma sesto).

L'indennità è suscettiva di integrazione a carico dei lavoratori nella misura risultante dalla differenza con la retribuzione convenzionale (art. 36, comma settimo), secondo una previsione che, come si è osservato, non si rinviene nel contratto di somministrazione e che ha un precedente nell'art. 9 della legge 24 giugno 1997, n. 196 (sul lavoro interinale).

Come è evidente, la disciplina sopra delineata conferma che l'indennità di disponibilità non è assimilabile alla retribuzione, essendo escluso che questa sia restituita in caso di risoluzione, sia perduta per omessa informazione della malattia o dell'impedimento o infine sia inferiore al minimo convenzionale.

Significativa, infine, nel senso di escludere qualsiasi carattere retributivo dell'indennità di disponibilità, appare la disposizione secondo cui, per tutto il periodo durante il quale resta disponibile, il lavoratore non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo (art. 38, comma terzo).

Durante periodi predeterminati (nell'arco della settimana, del mese o dell'anno) "l'indennità di disponibilità è corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro" (art. 37).

Secondo la non felice formulazione della norma, l'indennità è dovuta, limitatamente ai periodi indicati, in caso di chiamata effettiva e per la parte che residua all'utilizzo e quindi non è dovuta in caso di mancata chiamata (18).

### *3.2. — La disciplina previdenziale*

Ai fini previdenziali, la forma assicurativa, i contributi e le prestazioni sono uniformati all'inquadramento del datore di lavoro.

In proposito uno speciale rilievo assumono il principio di non discriminazione e quello di riproporzionamento dei contributi e delle prestazioni, dovuti in ragione della prestazione effettivamente eseguita (art. 38, comma secondo), piuttosto che in ragione del programma negoziale.

In particolare, l'indennità di malattia va calcolata sull'ultima retribuzione percepita prima della sospensione dell'attività lavorativa ma non pure sull'indennità di disponibilità; non è dovuta durante i periodi di disponibilità, vuoi perché essi non coincidono con una effettiva prestazione lavorativa (la quale quindi non è sospesa dalla malattia), vuoi perché, durante tali periodi, il lavoratore non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati, né matura alcun trattamento economico e normativo salvo l'indennità di disponibilità (art. 37 comma quinto).

La disciplina in questione appare oltremodo rigorosa, specie se posta in relazione alla perdita dell'indennità di disponibilità (in caso di mancata comunicazione della

(18) Sul punto vedi, G. MATTAROLO, *Il lavoro intermittente per periodi predeterminati*, in Commentario al Dlvo 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da F. Carinci, Milano, III, 2004, pag. 57; C. LAGALA, *op. cit.*, pag. 405.

malattia) e alla privazione di qualsiasi forma di sostegno economico.

L'indennità di maternità va calcolata sulla retribuzione media globale percepita nel periodo di paga (quadrimestrale o mensile) precedente quello di astensione obbligatoria, senza riduzione per l'eventuale coincidenza coi periodi di pausa lavorativa, data la indifferenza della tutela in esame alle vicende del programma contrattuale (19).

Il trattamento di disoccupazione poi è dovuto in caso di inattività verificatasi a conclusione del rapporto e in proporzione alle ore di lavoro eseguite, mentre i periodi di pausa, coincidenti con la disponibilità, non sono utilizzabili ai fini del calcolo, essendo la relativa indennità esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo (art. 35, comma terzo).

### *4. — Il lavoro ripartito*

Con il lavoro ripartito (job sharing) due lavoratori assumono in solido verso il datore l'adempimento di una e identica obbligazione lavorativa (art. 41, comma primo) (20).

Fermo restando il vincolo di solidarietà, ogni lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento della intera obbligazione lavorativa (art. 41, comma secondo).

In caso di sostituzioni o di modifiche consensuali fra i lavoratori dell'orario di lavoro, il rischio della impossibilità della prestazione per fatti attinenti ad uno dei coobbligati è posto in capo all'altro (art. 41, comma terzo).

Fuori dell'accordo, il rischio dovrebbe essere sopportato dal datore di lavoro: ma così non è, perché le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l'estinzione del contratto (art. 41, comma quinto).

La regola, all'evidenza, contrasta con l'art. 1292 cod. civ. (in punto di obbligazioni solidali) e con l'art. 41, secondo comma del decreto legislativo 276, secondo cui ogni lavoratore resta personalmente e direttamente responsabile dell'adempimento della intera obbligazione.

### *4.1. — Segue: la risoluzione per impedimento*

Salvo diverso accordo fra le parti, l'impedimento di entrambi i lavoratori, ai sensi dell'art. 1256 cod. civ., dà luogo alla risoluzione (art. 41, comma sesto). La disposizione è incompatibile con l'art. 2110 cod. civ., secondo cui l'imprenditore ha diritto di recesso solo decorso il periodo stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o dall'equità e il lavoratore ha diritto alla retribuzione e a una indennità in caso di infor-

(19) Sui criteri di erogazione dei trattamenti di maternità e di malattia nel lavoro temporaneo, vedi: le Circolari INPS 224/98, 87/99, 153/98.

(20) Sul lavoro ripartito, vedi MONTUSCHI, *Lavoro ripartito*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, *cit.*, pag. 437 e segg.

tunio, malattia, gravidanza e puerperio, nella considerazione che il rapporto è sospeso e che il periodo di assenza è computato nell'anzianità di servizio (21).

### *4.2. — I contributi e le prestazioni previdenziali*

Ai fini previdenziali, si applica il criterio del riproporzionamento (art. 44), secondo il quale i contributi e le prestazioni sono commisurati alle prestazioni lavorative eseguite.

E poiché deve tenersi conto delle possibili variazioni del programma di lavoro, il calcolo delle prestazioni e dei contributi dovrà essere effettuato non preventivamente ma mese per mese, salvo conguaglio a fine anno a seguito dell'effettivo svolgimento delle prestazioni lavorative (art. 45, ultima parte) (22).

I trattamenti di malattia e di disoccupazione (quest'ultimo dovuto solo a conclusione del rapporto di lavoro) si uniformano alla regola indicata,che si applica pure al trattamento di maternità, in quanto il decreto delegato fa riferimento onnicomprensivo alle prestazioni previdenziali e assistenziali (art. 45, ultima parte cit.).

Le pause lavorative connesse alla ripartizione del lavoro debbono considerarsi escluse dalla tutela per la disoccupazione, perchè previste e volute, in analogia a quanto ritenuto dalla giurisprudenza per il lavoro parziale verticale (23).

## *5. — Il* part-time

Il lavoro a tempo parziale (*part time*), già introdotto dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, è subordinato, a termine o a tempo indeterminato e si caratterizza per l'orario di lavoro ridotto rispetto al tempo pieno definito dall'art. 3, comma primo, legge 8 aprile 2003, n. 66.

Se di tipo orizzontale, l'attività lavorativa è ridotta rispetto all'orario normale giornaliero di lavoro; se di tipo verticale, l'attività è svolta a tempo pieno ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese, dell'anno; se di tipo misto, è svolta secondo una combinazione delle due modalità sopra indicate.

### *5.1. — Segue: specificità*

Al lavoro parziale, come è noto, vanno ricondotti i criteri di non discriminazione e di proporzione, secondo le direttive della Comunità Europea, recepite nell'art. 4 del

(21) A. ALLAMPRESE, *Definizione e vincolo di solidarietà*, in Commentario al Dlvo, cit., pag. 87 e segg.

(22) Sul punto, MONTUSCHI, *op. cit.*, pag. 466.

(23) Cass. S.U. 6 febbraio 2003, n. 1732, in Foro It., 2003 I, 1445.

Dlvo 25 febbraio 2000, n. 61, non modificato, per questa parte, dal Dlvo n. 276.

Il lavoratore a tempo parziale ha gli stessi diritti del lavoratore a tempo pieno per quanto riguarda: la retribuzione oraria; la durata del periodo di prova e delle ferie annuali; la durata del periodo di astensione obbligatorio e facoltativo per maternità; la durata del periodo di conservazione del posto di lavoro per i casi di malattia, infortunio e malattia professionale.

Il trattamento economico poi va commisurato alla ridotta entità della prestazione lavorativa per quanto riguarda: la retribuzione globale e le sue singole componenti; la retribuzione feriale; e per quanto riguarda gli aspetti previdenziali e assistenziali, i trattamenti di pensione, di malattia, infortunio, maternità e malattia professionale.

Si tratta di criteri valevoli per tutte le forme di prestazione a tempo parziale e quindi, come si è visto, anche per il lavoro intermittente e per il lavoro ripartito.

Ai fini previdenziali, la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale e viceversa, comporta che il trattamento di pensione si computi per intero sull'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo pieno e, proporzionalmente all'orario effettivamente svolto, sull'anzianità relativa ai periodi di lavoro a tempo parziale (art. 9, *sub*. 4 del Dlvo 25 febbraio 2000, n. 61).

Il trattamento di disoccupazione va riproporzionato alle prestazioni eseguite in caso di lavoro parziale orizzontale, mentre non è dovuto in caso di lavoro parziale verticale, essendo i periodi di pausa lavorativa voluti e previsti dal lavoratore (24).

Significativo è che gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria e alle forme sostitutive ed esclusive che svolgono attività di lavoro dipendente a tempo parziale di tipo verticale, orizzontale o ciclico, possano riscattare a domanda i periodi, successivi al 31 dicembre 1996, di non effettuazione della prestazione lavorativa, non coperti da contribuzione obbligatoria, 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 (art. 8 Dlvo 16 settembre 1996, n. 564).

Facoltà pure attribuita dall'art. 69, commi nono e undicesimo della legge 23 dicembre 2000, n. 388, che istituisce un apposito fondo presso l'INPS per favorire la continuità della copertura assicurativa dei lavoratori discontinui, nonché di quelli iscritti alla gestione di cui all'art. 2, comma ventisei della legge 8 agosto 1995, n. 335 e successive modificazioni.

### *6.— Il lavoro a progetto: il progetto e le sue eccezioni*

Il contratto di lavoro a progetto realizza una forma di collaborazione coordinata e continuativa a tempo determinato, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione (25); si caratterizza per la presenza strutturale di uno o più progetti specifici o programmi di lavoro (art. 61, comma primo).

(24) Cass. S.U., *cit.*

(25) M. ROCCELLA, *op. cit.*, pag. 57.

L'esigenza dei progetti o dei programmi è esclusa per la prestazione occasionale, che è quella di durata complessiva non superiore a 30 giorni nel corso dell'anno solare, intrattenuta con lo stesso committente, salvo che non superi i 5.000 euro nell'anno, nel qual caso occorre il progetto.

È esclusa altresì in caso di esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, nonché in caso di esercizio di attività rese in favore di associazioni e società sportive e infine in caso di attività svolta dai componenti di organi di amministrazione e controllo di società, di collegi e commissioni o di pensionati per vecchiaia.

Di rilevo è la norma in base alla quale: "I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ... sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto" (art. 69, comma primo).

La considerazione del rapporto subordinato è un effetto della legge e più specificamente una sanzione connessa alla violazione dell'obbligo del progetto (26).

Non sembra che si tratti di una qualificazione *ex lege* (27) del rapporto mediante l'attribuzione ad esso di una natura giuridica diversa da quella che gli è propria ma che sia piuttosto l'attribuzione, si ripete, a titolo di sanzione, di una disciplina (del lavoro subordinato)diversa da quella che gli apparterrebbe.

La qualificazione del rapporto ricorre invece tutte le volte in cui il giudice accerti che esso, nella fase attuativa, realizzi un lavoro subordinato o di altra natura (art. 69, comma secondo).

### *6.1. — La disciplina previdenziale*

A i fini previdenziali l'art. 61 pone al primo comma l'obbligo del progetto, escludendolo al secondo comma nella considerazione che le prestazioni occasionali siano coordinate e continuative e debbano essere ricondotte nella gestione separata dell'INPS, di cui all'art. 2, comma ventisei, legge 8 agosto 1995, n. 335 (28).

Sempre sul versante previdenziale i contributi sono quelli dovuti alla gestione separata di cui all'art. 2, comma ventisei, legge 8 agosto 1995, cit..

Il trattamento economico di malattia è limitato, come per i lavoratori autonomi, al periodo di degenza ospedaliera (art. 51 legge 23 dicembre, 1999, n. 488 e successivo DM 12 gennaio 2001), con la specificità che, non risultando il contratto prorogato, l'indennità non può essere erogata per il periodo in cui la degenza supera la durata del contratto.

---

(26) G. FERRARO, *op. cit.*, pag. 259.

(27) Così, A. VALLEBONA, *op. cit.*, pag. 22.

(28) A. PERULLI, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in La riforma del mercato del lavoro, "nuovi modelli contrattuali", Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 a cura di E. Gragnoli e A. Perulli., Padova, 2004, pag. 731; in senso contrario, M. GHEIDO e A. CASOTTI, *Prestazioni occasionali: la questione contributiva*, in Dir. e Prat. Lav. 2004, pag. 274 e segg.

La gravidanza determina la sospensione del rapporto e la sua proroga per 180 giorni, con la conseguenza che l'estinzione del rapporto dopo la proroga non dovrebbe consentire l'erogazione dell'indennità di maternità, anche se il diritto alla relativa tutela e al conseguente trattamento economico traggono origine da una normativa specifica (art. 59 legge 27 dicembre 1997, n. 449, come interpretato dall'art. 80 della legge 23 dicembre 2000, n. 388) incompatibile con gli effetti della proroga.

Inoltre, essendo il lavoro a progetto una forma di lavoro autonomo, non è dovuta alcuna indennità di disoccupazione.

Alla riconduzione, *ex lege* o giudiziaria, al rapporto subordinato (art. 69, comma primo) debbono adeguarsi contributi e prestazioni.

### *7. — Le prestazioni occasionali accessorie*

Le prestazioni occasionali accessorie sono di natura meramente residuale (29), rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro ovvero in procinto di uscirne (art. 70, comma primo).

Anche se svolte a favore di più beneficiari non debbono superare nell'anno solare la durata complessiva di 30 giorni e compensi eccedenti 5000 euro (art. 70, comma secondo, come modificato dal Dlvo 6 ottobre 2004 n. 251).

Per ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio i beneficiari acquistano, presso rivendite autorizzate, uno o più carnet di buoni del valore di euro 7,5, il prestatore percepisce il compenso all'atto della restituzione dei buoni ricevuti dal beneficiario in misura pari a 5,8 euro per buono.

Il compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato (art. 72, comma primo).

L'ente o società concessionaria provvede al pagamento delle spettanze alla persona che presenta i buoni e al versamento dei contributi previdenziali all'INPS, nella gestione separata di cui all'art. 2, comma ventisei della legge 8 agosto 1995, n. 335 e all'INAIL per l'assicurazione contro gli infortuni, rispettivamente nella misura di 1 e di 0,5 euro trattenendo per sé, a titolo di rimborso per spese organizzative, 0,2 euro.

### *7.1. — Aspetti previdenziali*

Dal punto di vista previdenziale il prestatore ha diritto: all'assicurazione per l'invalidità vecchiaia e superstiti (art. 2, comma ventisei, della legge 8 agosto 1995, n.

(29) M. BORZAGA, *Le prestazioni occasionali, all'indomani della legge n. 30 e del decreto legislativo n. 276/2003*, in *Riv. It. Dir. Lav*., 2004, pag. 273 e segg.

335) e alla relativa eventuale integrazione contributiva; all'assicurazione contro gli infortuni (art. 72, comma terzo).

Il lavoro occasionale accessorio si distingue per la sua disciplina che non tiene conto del carattere subordinato o autonomo della prestazione ma piuttosto della quantità e della destinazione di essa.

Epperò il riferimento ai beneficiari e la contribuzione versata alla gestione separata non superano il rilevo che tale lavoro si inserisce comunque nella organizzazione del committente, è etero diretto e sembra appartenere piuttosto all'area della subordinazione (30).

### *8. — Criteri e linee di tendenza della riforma sul versante previdenziale: Il criterio di non discriminazione*

In ogni caso, la riforma del mercato del lavoro si caratterizza, sul versante previdenziale, per alcune idee forza e linee di tendenza.

La prima idea forza è il criterio di non discriminazione, che trova la sua più elevata enunciazione nella direttiva comunitaria n. 97/81 ed è estensibile a tutte le forme di lavoro parziale e discontinuo.

Secondo tale criterio "i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello del dipendente di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (art. 23, comma primo); ancora: "il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte (art. 38, 1 comma); e ancora, il lavoratore coobbligato deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente non meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte" (art. 45). E infine "il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno" (art. 4, Dlvo 27 febbraio 2000, n. 61).

Il principio di non discriminazione comporta la parità di trattamento economico e normativo. Non pure di trattamento previdenziale.

Il trattamento economico e normativo è infatti disciplinato distintamente da quello previdenziale (artt. 23, comma primo, 38, comma primo e 44) e d'altra parte la forma previdenziale non è necessariamente inerente all'attività svolta dal lavoratore.

Una conferma, come si è detto, è data dalle forme di previdenza alternativa o sostitutiva dell'assicurazione generale obbligatoria, che opera senza alcun riferimento alla natura della prestazione del singolo dipendente e si conforma piuttosto all'attività del datore (31).

---

(30) M. ROCCELLA, *op. cit.*, pag. 54.

(31) *Cass. 23 febbraio 1998, n. 1145*, in *Giust. Civ.*, 1998, *cit.*

Solo nel caso in cui l'attività lavorativa si caratterizzi per la specificità del rischio la forma previdenziale ne risulta in qualche modo interferita (ad esempio, nella materia degli infortuni, del lavoro agricolo e del lavoro domestico).

In tale sistema si giustifica la necessità dell'espressa omologazione normativa dell'obbligazione contributiva dell'utilizzatore e del somministratore in materia di infortuni, lavoro agricolo e domestico (art. 25, terzo e quarto comma).

### *8.1. — Segue: Il riproporzionamento*

La seconda idea forza è il riproporzionamento, che è pure enunciato nella citata direttiva comunitaria e si applica a tutte le forme di lavoro ridotto (a chiamata, ripartito, parziale).

Il trattamento previdenziale e l'obbligo contributivo sono commisurati alle prestazioni eseguite nella somministrazione (art. 21, lett. k) come nel lavoro intermittente (art. 38, secondo comma), nel lavoro ripartito, dove il calcolo delle prestazioni e dei contributi andrà operato uno per uno salvo conguaglio a fine anno (art. 45), come nel lavoro parziale, dove il riproporzionamento è all'evidenza operato in ragione della ridotta entità delle prestazioni lavorative (art. 4, Dlvo 21 febbraio 2000, n. 61).

Il criterio del riproporzionamento, insomma, realizza la parità di trattamento in funzione della diversa durata della prestazione lavorativa.

Tuttavia l' applicazione del criterio impone l'adozione di una soglia minima per evitare che la commisurazione alle ridette prestazioni lavorative si traduca in una misura così esigua da vanificare persino il livello minimo della tutela (32).

### *8.2. — Il riscatto*

La terza idea forza è il riscatto dei periodi non lavorati.

Al riguardo il Dlvo 16 settembre 1996, n. 564 stabilisce all'art. 7 che in favore degli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria e alle forme sostitutive ed esclusive, che svolgono attività da 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 secondo le modalità di

(32) G. MATTAROLO, *Principio di non discriminazione e riproporzionamento dei trattamenti*, in Commentario al Dlvo 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da F. Carinci, *cit.* pag. 60 e segg.

cui all'art. 13 della legge 12 agosto 1962, n. 1338 e successive modificazioni e integrazioni.

Analoga previsione, come si è visto, è contenuta nel successivo art. 8 per i lavoratori che svolgono attività di lavoro dipendente a tempo parziale di tipo verticale, orizzontale o ciclico.

La disciplina risulta completata dall'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 ventisei della legge 8 agosto 1995, n. 335.

Come è evidente, il riscatto sopperisce alla eventuale insufficienza delle risorse per la spesa previdenziale e realizza, nell'ambito del lavoro subordinato, parasubordinato, con esclusione del lavoro autonomo, uno spostamento degli oneri dal datore al lavoratore.

### *8.3. — L'integrazione*

Altra idea forza è l'integrazione della contribuzione, già prevista per il lavoro interinale (art. 9, comma terzo della legge 24 giugno 1997, n. 196) e ora circoscritta al lavoro a chiamata (art. 36, comma settimo).

Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, è stabilita la misura della retribuzione convenzionale in riferimento alla quale i lavoratori assunti a sensi dell'art. 33 possono versare la differenza contributiva per i periodi in cui abbiano usufruito dell'indennità di disponibilità fino a concorrenza della medesima misura (art. 36, comma settimo).

Si tratta ancora di uno spostamento dell'onere contributivo dal datore al lavoratore. L'integrazione non appare estesa alle altre tipologie di lavoro ridotto, dove troverebbe adeguata utilizzazione.

Senonchè l'espressa menzione della facoltà di integrazione, contenuta nella legge (art. 36, comma settimo), ne esclude l'applicabilità oltre il caso previsto.

### *8.4. — Lo* stand-by

Un'ulteriore idea forza è lo *stand-by*, che realizza una forma di tutela già introdotta dalla legge 24 giugno 1997, n. 196 (sul lavoro temporaneo), ora previsto nel contratto di somministrazione (art. 22, comma terzo) e nel contratto intermittente con obbligo di adesione per i periodi in cui il lavoratore è in attesa di occupazione.

Detta indennità, come è stato osservato, non è retribuzione (33) perché non è corrispettivo di una prestazione lavorativa ma è un indennizzo per i periodi di attesa della prestazione; perché è esclusa da ogni istituto di legge o di contratto (artt. 22 e 38, comma terzo); perché l'assoggettamento a contribuzione (come è nel caso della contribuzione figurativa) non è indicativo di retribuzione; perché la perdita e la restituzione previste nel lavoro a chiamata (art. 36, commi quarto e quinto) sono incompatibili con la natura retributiva.

Sull'indennità sono calcolati i contributi previdenziali anche in deroga alla vigente normativa sul minimale contributivo(art. 25, comma primo e 36, comma secondo); è operata l'integrazione contributiva nel lavoro intermittente (art. 36, comma terzo), non prevista inspiegabilmente nel contratto di somministrazione; infine è operata la riduzione in caso e in proporzione dell'utilizzazione a tempo parziale anche presso il somministratore, riduzione non prevista nel lavoro a chiamata.

In ogni caso è negata la funzione di riequilibrio della retribuzione tutte le volte in cui questa risulti inferiore alla indennità di disponibilità. Funzione opportunamente regolata dall'art. 4, comma quarto, della legge 24 giugno 1997, n. 196.

Conclusivamente, la disciplina appare disomogenea e meritevole di correttivi.

### *8.5. — L'attenuazione delle tutele*

Una linea di tendenza è l'attenuazione delle tutele.

Come è stato osservato, il riproporzionamento comporta che i trattamenti previdenziali siano commisurati alle prestazioni eseguite.

Coerentemente le prestazioni di malattia, di maternità e di disoccupazione sono commisurate al lavoro svolto.

L'indennità di disoccupazione, poi, non è dovuta nelle forme di lavoro autonomo e parasubordinato (a progetto) e, per i periodi non lavorati, non è dovuta nel lavoro subordinato parziale verticale (34) e nel lavoro ripartito.

Nel lavoro autonomo l'indennità di malattia è limitata alla degenza ospedaliera (art. 51, legge 27 dicembre 1999, n. 488) e nel lavoro a progetto,che non comporta la sospensione del contratto (art. 66, comma secondo), non è dovuta allo scadere del termine contrattuale.

Ancora, nel lavoro ripartito, all'impedimento di uno dei lavoratori consegue l'estinzione del rapporto e quindi delle tutele che ad esso si ricollegano, mentre l'impedimento di entrambi i lavoratori determina la risoluzione. Con analoghe conseguenze negative sul versante delle garanzie e in palese difformità rispetto alla disciplina gene-

(33) In senso contrario, F. BANO, *Disciplina dei rapporti di lavoro*, in *La riforma*, *cit.*, pag. 346.

(34) *Cass. S.U. 6 febbraio 2003, n. 1732*, in *Foro It.*, 2003 I., col. 1445.

rale dettata dall'art. 2110 cod. civ.

La gravidanza determina la proroga di 180 giorni (art. 66, comma terzo) del contratto di lavoro parasubordinato, che, in tale modo, sembra ridurre la protezione delle lavoratrici madri.

### *8.6. — La previdenza disponibile*

Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli art. 20 e 21, comma primo, lettera a), b), c) d) ed e), il lavoratore può chiedere mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 cpc, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della prestazione (art. 27, comma primo).

Si tratta di un'anomalia perché al giudice non è dato di costituire il rapporto di lavoro ma di accertarlo e perché il regime previdenziale è indisponibile e quindi non può dipendere dalla iniziativa di una delle parti (35).

### *8.7. — La previdenza sanzione*

Ancora una linea di tendenza è la previdenza intesa come sanzione.

La somministrazione, priva di forma scritta, è nulla e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 21, comma quarto).

La considerazione della legge non equivale alla qualificazione del rapporto ma piuttosto alla sanzione per l'inosservanza della forma scritta (36).

Analogamente, il lavoro di collaborazione coordinata e continuativa, privo di uno specifico progetto, programma di lavoro o parte di esso, è considerato lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione (art. 69, comma primo).

Pure in questo caso si tratta di una sanzione, in quanto la considerazione della legge è conseguenza della violazione dell'obbligo di indicare il progetto, il programma o parte di esso (37).

Alla considerazione del lavoro come subordinato consegue che siano dovuti, sin

(35) Sul principio di indisponibilità v. M. CINELLI, Diritto della Prev. Sociale, Torino, 2001, pag. 218.

(36) G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, *cit.*, pag. 259.

(37) In senso diverso, A.VALLEBONA, La riforma dei lavori, Padova, 2004, pag. 22.

dalla costituzione del rapporto, le differenze contributive (comprensive degli accessori) e i trattamenti.

### *8.8. — La previdenza sospesa*

Il sistema delle certificazioni (38) comporta che gli effetti della qualificazione del rapporto di lavoro siano tenuti fermi sino alla sentenza di merito che accerta l'errore (art. 79).

Dunque il c.d. diritto vivente, eventualmente non certificato, risulta sospeso sino all'accertamento giudiziale di primo grado. Con conseguenti ricadute sul versante delle tutele ogniqualvolta sia certificato un rapporto apparente meno garantito.

### *9. — Conclusioni*

A conclusione dell'analisi sulle nuove figure contrattuali si possono formulare alcune considerazioni.

La prima è che la riforma del mercato del lavoro appare ispirata ad un disegno volto ad attrarre nuove risorse mediante la riduzione della rigidità del lavoro subordinato e per tale via degli oneri retributivi, fiscali e previdenziali.

La seconda è che non sempre i singoli istituti appaiono disegnati con la necessaria coerenza: così ad esempio non si comprende perché l'indennità di disponibilità sia integrabile a carico del lavoratore nel lavoro a chiamata e non lo sia invece nel lavoro somministrato; né la ragione per cui la stessa indennità a volte sia ritenuta compatibile e altre volte sia esclusa dal cumulo (come nel caso del lavoro a chiamata) con la retribuzione.

---

(38) Sulla certificazione: D. GAROFALO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Lavoro e Diritti dopo il Dlvo n.276/2003, *cit.*, pag. 428; L. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in Riv. Giur. Lav., 2003, pag. 271 e segg; G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003, Bari, 2003, pag. 436 e segg.; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, pag. 256 e segg.; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in Mass. Giur. Lav., 2003, pag. 110 e segg.; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in La riforma Biagi del mercato del lavoro, a cura di M. TIRABOSCHI, Milano, 2004, pag. 237 e segg; P. TULLINI, *Rimedi esperibili nei confronti della certificazione*, in La riforma del mercato del lavoro, *cit.*, pag 841 e segg.

La terza è che sul piano delle tutele si registra una frequente interferenza del datore di lavoro, che può persino incidere sulla durata e sulla consistenza dei trattamenti economici di malattia e maternità e in alcuni casi (nel lavoro a chiamata e nel lavoro ripartito) può spostare il rischio dell'impedimento o della impossibilità della prestazione con evidente arretramento delle garanzie.

Un'ulteriore considerazione meritano il riscatto e la integrazione, che orientano verso uno spostamento tendenziale degli oneri previdenziali dal datore al lavoratore. Infine una riflessione riguarda la precarietà dei rapporti, che rende problematico l'attingimento delle risorse e reclama la totalizzazione dei periodi assicurativi e il ricorso alla previdenza complementare.

**CANIO LAGALA**

Professore associato in Diritto della Sicurezza Sociale
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Foggia

# LA PREVIDENZA AGRICOLA DOPO LE RIFORME DEGLI ULTIMI DIECI ANNI

Nel nostro Paese la previdenza agricola ha costituito lo strumento attraverso cui si è realizzata una gigantesca redistribuzione di reddito della quale non sempre si ha chiara percezione.

A questo proposito, mi piace ricordare un bel saggio di uno studioso americano di nome Gardner Clark, pubblicato verso la fine degli anni ’70, nel quale si faceva notare come in Italia, solo con riferimento ai trasferimenti avvenuti nel 1972, si fosse speso per la tutela sociale dei lavoratori agricoli l’equivalente degli investimenti militari americani in Vietnam al culmine della guerra (1).

In effetti, a partire dalla seconda metà degli anni ’50, con una tale ingente spesa si è garantito un reddito minimo di sopravvivenza a milioni di famiglie povere, specie nel Sud del Paese; inoltre, si è governata, in modo non traumatico, una transizione da un’economia prevalentemente agricola a un’economia prima industriale e poi dei servizi; infine, si è assicurato quell’elevato livello di coesione sociale che ha reso possibile lo sviluppo economico, sociale e civile avutosi nel nostro Paese dal secondo dopoguerra ad oggi.

Tutto ciò è stato realizzato attraverso la previdenza agricola, anche se la parola previdenza va usata con le virgolette. Infatti, la tutela sociale dei lavoratori agricoli è stata portata avanti utilizzando soltanto l’involucro, la forma, ma non anche la sostanza del modello delle assicurazioni sociali, vale a dire dello schema mutualistico-assicurativo che regge ogni sistema coerentemente previdenziale in tutti i suoi elementi (basti pensare alla scelta legislativa — art. 32, L. 264/1949 — dell’“estensione” dell’assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione nei confronti dei lavoratori agricoli, originariamente esclusi dall’assicurazione in quanto soggetti che non corrono il rischio della disoccupazione ma hanno la certezza di essere disoccupati per una buona parte dell’anno).

In tal modo, è possibile fornire una spiegazione in ordine all’ingente *deficit* strutturale della previdenza agricola, pagato attraverso la solidarietà sia dei lavoratori degli altri settori produttivi sia di tutta la collettività nazionale con il ricorso alla fiscalità generale.

(1) M. GARDNER CLARK, *Previdenza sociale e esodo agricolo in Italia*, *Riv. Econ. Agr.*, 1977, n. 3, p. 679.

Probabilmente, sarebbe stato possibile agire diversamente; nel senso che si sarebbero potuti raggiungere i medesimi risultati utilizzando altri strumenti. In particolare, si sarebbero potuti tenere separati gli interventi di carattere previdenziale, impostati sull'assicurazione contro un rischio sociale effettivo, da quelli chiaramente assistenziali, dettati da situazioni di bisogno strutturale non generate da eventi futuri e incerti.

Così non è stato e così non è ancora oggi, nonostante oramai da diversi anni si chieda di distinguere la previdenza dall'assistenza.

La conseguenza più evidente di questo stato di cose è che in agricoltura vi è uno squilibrio impressionante tra contribuzioni e prestazioni: non è esagerato dire che in questo settore per ogni euro pagato di contribuzione se ne percepiscono più di venti di 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.). Come è facile immaginare, il menzionato squilibrio ha 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.

Ovviamente, come spesso accade in circostanze di tal tipo, insieme ai soggetti in reali condizioni di bisogno, ha approfittato della previdenza agricola anche una umanità più varia e con alle spalle situazioni variamente articolate sulle quali non è possibile soffermarsi in questa sede.

Per combattere questi abusi, nell'ultimo decennio la previdenza agricola è stata riformata in più punti, con interventi talvolta anche molto incisivi. Appare opportuno vedere più in dettaglio, sia pur rapidamente, di cosa si tratta per poi interrogarci sulle ragioni dell'insufficienza delle opzioni riformatrici adottate se è vero, come credo che tutti voi conveniate, che la previdenza agricola è ancora lontana dall'essere immune da un utilizzo che, per usare un eufemismo, possiamo definire semplicemente "improprio".

In questa rassegna retrospettiva, necessariamente schematica, dell'attuale disciplina della previdenza agricola, la novità di maggior rilievo dalla quale mi sembra opportuno partire riguarda il sistema dell'**accertamento delle giornate lavorative a fini previdenziali e contributivi**.

Questo aspetto centrale della previdenza agricola è stato riformato giusto dieci anni fa con le leggi n. 724/1994 (art. 19) e n. 608/1996 che hanno concentrato nell'Inps funzioni e compiti prima ricoperti dalle Commissioni locali per il collocamento della manodopera agricola e dallo Scau.

Prima della riforma, le Commissioni locali della manodopera agricola svolgevano un ruolo centrale all'interno di tutto il sistema previdenziale agricolo: infatti, si occupavano della compilazione, sulla base delle risultanze del collocamento, degli elenchi nominativi dei lavoratori agricoli (i cosiddetti elenchi anagrafici), con la specificazione delle giornate svolte da ciascun lavoratore. Attraverso tale documento i lavoratori agricoli erano e sono ammessi al godimento delle prestazioni previdenziali agricole, differenziate, come è noto, proprio in relazione al numero delle giornate di lavoro svolte nell'anno precedente.

Lo Scau, da parte sua, pur partecipando alla formazione degli elenchi nominativi

della manodopera agricola, era gravato principalmente del compito di far pagare la contribuzione ai soggetti obbligati.

Con la legge di riforma, tutte queste funzioni sono state concentrate nell'Inps che ha quindi il compito di redigere gli elenchi, riscuotere la contribuzione e pagare le prestazioni.

Una unificazione questa che nelle intenzioni dei promotori avrebbe dovuto portare giovamento alle casse della previdenza agricola e nello stesso tempo maggior rigore e trasparenza nella gestione complessiva della materia. Si riteneva, infatti, che il vecchio sistema fondato su tre distinti soggetti induceva molto spesso a comportamenti irresponsabili, ispirati a logiche di parte che si disinteressavano dell'equilibrio complessivo della gestione.

In particolare: le Commissioni locali per il collocamento agricolo, per lo più espressione dei lavoratori agricoli, erano indotte a riconoscere rapporti di lavoro subordinato anche in casi decisamente dubbi; mentre, lo Scau, espressione delle imprese agricole e concepito come ente "a servizio" delle stesse, non usava tutto il rigore e l'impegno necessari per recuperare la contribuzione dovuta, non ultimo per il fatto di non essere coinvolto nel pagamento delle prestazioni, che erano invece a carico dell'Inps.

Gli sforzi fatti in sede legislativa sono andati nella direzione di rompere questa logica, concentrando tutte le competenze e le responsabilità all'interno dell'Istituto nazionale di previdenza.

Vedremo tra non molto se e quanto tale unificazione di funzioni e di competenze abbia giovato in termini di maggiore trasparenza del mercato del lavoro agricolo nonché di maggiore equilibrio finanziario della previdenza del settore.

Proseguendo nella rassegna delle innovazioni più significative dell'ultimo decennio, altri punti importanti della riforma hanno riguardato: la liberalizzazione del mercato del lavoro agricolo con l'introduzione del registro d'impresa; l'introduzione di un sistema di controlli fondato sulla denunzia aziendale e sulla stima tecnica; il blocco del salario convenzionale per un graduale passaggio ai salari contrattuali. Vediamo più dettagliatamente di cosa si tratta.

### *La liberalizzazione del mercato del lavoro e l'introduzione del registro d'impresa.*

Con la legge 608 del 1996, anche per il settore agricolo si è abbandonato definitivamente il principio della chiamata numerica che reggeva l'intero sistema di collocamento ed era basata sulla redazione di apposite graduatorie per l'avviamento al lavoro dei disoccupati. Così, anche in agricoltura, si è passati all'assunzione diretta del personale di cui si abbisogna, senza la necessità di ottenere alcun preventivo *nulla osta* da parte di quelli che hanno preso il nome di centri territoriali per l'impiego e poi di servizi pubblici per l'impiego.

Gli unici oneri che la legge pone a carico dell'impresa agricola sono quelli di:

a) consegnare al lavoratore, "all'atto dell'assunzione", una dichiarazione sottoscritta dal datore contenente i dati relativi all'assunzione effettuata;

b) comunicare al centro per l'impiego e all'Inps, inizialmente entro cinque giorni dall'assunzione (c. 2, art. 9 *bis*, L. 608/1996) e da ultimo contestualmente all'assunzio-

ne (c. 2, art. 6, D. Lgs 297/2002), il nominativo del lavoratore assunto, la data dell'assunzione, la tipologia contrattuale, la qualifica e il trattamento economico. Tali adempimenti vanno assolti dai datori di lavoro agricolo mediante documenti estratti dal registro d'impresa loro fornito dall'Inps a seguito della denunzia di inizio dell'attività aziendale.

In questo contesto, merita di essere segnalata anche la vicenda relativa all'*obbligo di comunicazione della cessazione del rapporto di lavoro*. Tale adempimento, originariamente previsto nell'art. 14 della legge n. 83/1970, dopo molti anni viene eliminato dall'art. 9 *ter*, c. 3, della legge n. 608/1996 proprio con riferimento ai rapporti a tempo determinato, che sono quelli maggiormente utilizzati nel settore agricolo in quanto interessano oltre il 90% della manodopera. Successivamente, con il D. Lgs. 297/2002, art. 6, c. 3, viene reintrodotto l'obbligo di segnalazione, entro cinque giorni, ai competenti servizi delle cessazioni dei rapporti di lavoro avvenute in data diversa da quella comunicata all'atto dell'assunzione. In questo modo, per i soggetti con occupazione precaria, quali sono sicuramente i lavoratori agricoli, è possibile avere una traccia scritta dei periodi di non lavoro, con la tempestività indispensabile per poter attivare, se si vuole, iniziative di controllo e verifica impossibili in precedenza.

Cosa dire però dei "fogli di ingaggio aperto" che rappresentano una pratica antica ma ancora largamente diffusa nella costituzione dei rapporti di lavoro del settore agricolo?

Come è noto, molti imprenditori agricoli comunicano ai centri per l'impiego e all'Inps di assumere manodopera per un periodo più o meno lungo, anche di sei o dodici mesi, ma le giornate di lavoro da realizzare effettivamente il più delle volte non sono tutte quelle lavorative cui si riferisce il periodo di assunzione. In sostanza, si determinano scarti molto elevati tra giornate lavorative del periodo di assunzione e giornate di lavoro programmate; così come non sempre coincidono le giornate di lavoro programmate, e comunicate con il foglio di assunzione, con le giornate poi effettivamente dichiarate all'Inps nelle denunzie trimestrali per il pagamento dei contributi.

Va detto ancora che, nell'ambito dell'attività che caratterizza il mondo agricolo, le giornate di lavoro programmate in un periodo di assunzione piuttosto lungo raramente conoscono una data certa di inizio e fine lavoro o quantomeno un riferimento all'inizio e alla fine di specifiche e ben individuate operazioni colturali. In questo modo, è del tutto impossibile conoscere in tempo reale quanti e quali sono i lavoratori agricoli occupati e quanti, invece, sono quelli senza lavoro. Inoltre, in un simile contesto, possono attecchire abusi di vario genere anche perché si è obiettivamente impossibilitati ad esercitare qualsivoglia forma di accertamento del reale stato di disoccupazione quale condizione per poter godere delle apposite prestazioni. Di tali aspetti, però, ci occuperemo in seguito, subito dopo aver completato di esaminare le altre innovazioni introdotte nel periodo preso in considerazione, relative al sistema dei controlli e al salario convenzionale.

Passiamo dunque al **sistema dei controlli** sulla congruità delle dichiarazioni di assunzione di manodopera affidato all'Inps e fondato essenzialmente sulla **denunzia aziendale e sulla stima tecnica**.

Il contenuto delle denunce aziendali è previsto esplicitamente dall'art. 5 del D. Lgs 375/1993 e, come si può ben comprendere, deve riguardare tutti gli aspetti più salienti della realtà aziendale, capaci di incidere sull'utilizzo della manodopera agrico-

la. Oltre ai dati relativi alla titolarità dell'azienda, vanno pertanto dichiarati i terreni posseduti e le colture praticate per ciascun appezzamento, il parco macchine in possesso dell'azienda e gli allevamenti praticati, le attività complementari e accessorie a quella agricola nonché ogni altra notizia utile in ordine alle caratteristiche dell'azienda, compreso l'eventuale utilizzo di contoterzisti.

La denuncia aziendale va presentata all'Inps non soltanto nel momento in cui ha inizio l'attività produttiva per poter ricevere il registro d'impresa dal quale trarre i documenti per l'assunzione della manodopera, ma anche ogni qual volta si verifichino sostanziali cambiamenti a livello aziendale in grado di incidere in modo significativo sul fabbisogno di manodopera (art. 9 *ter*, c. 3, L. 608/1996). In questo modo, è stato eliminato l'obbligo della presentazione del piano colturale cui erano tenute annualmente tutte le aziende agricole medio-grandi, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 83/1970.

Per quanto concerne le denunce aziendali e le dichiarazioni trimestrali relative alla manodopera assunta, l'Inps ha un ampio potere di controllo ai sensi dell'art. 8 del D. Lgs. 375/1993. A tal fine, nell'esercizio degli accertamenti d'ufficio, è previsto che l'Istituto proceda, tramite visite ispettive, ad apposite "stime tecniche" per determinare il numero delle giornate di lavoro occorrenti in relazione all'ordinamento colturale aziendale, al bestiame allevato, ai sistemi di lavorazione praticati e alle consuetudini locali, tenendo ovviamente conto tanto delle prestazioni di lavoro dei componenti il nucleo familiare, quanto delle "effettive, documentate prestazioni di lavoro svolte dai contoterzisti" e delle eventuali fasi lavorative non eseguite del ciclo produttivo agrario.

Se da tale stima tecnica dovesse poi risultare un fabbisogno di occupazione "significativamente superiore" alle giornate dichiarate nelle denunce trimestrali, l'Inps diffida il datore di lavoro a fornirne motivazione entro il termine di 40 giorni. Successivamente, nel caso non venisse presentata "adeguata motivazione" l'Istituto stesso procede all'imposizione dei contributi da calcolare sulle retribuzioni medie provinciali ex art. 28 del DPR 488/1968 (art 9 *ter*, c. 3, L. 608/1996).

Tuttavia, la "stima tecnica" non ha soltanto la funzione di recuperare la contribuzione evasa, ma pure quella, che a ben vedere è anche più vantaggiosa per le casse previdenziali, di disconoscere rapporti di lavoro fittizi. A tal riguardo, va segnalato come la previsione di poter disconoscere prestazioni palesemente fittizie attraverso le stime tecniche era contemplata chiaramente nel comma 4 dell'art. 8 del D. Lgs 375. Tale norma, però, è stata inopinatamente abrogata nel 1996 (art. 9 *ter*, comma 3, della legge n. 608/1996) e soltanto recentemente, a seguito di note e clamorose truffe ai danni della previdenza agricola, scoperte in alcune aree del nostro Paese, è stata reintrodotta con l'art. 1 della L. 77/2004, anche se con una formulazione diversa e meno precisa.

Per concludere sui punti di maggiore innovazione introdotti in materia di previdenza agricola in questi ultimi anni, dobbiamo necessariamente occuparci del **graduale passaggio dai salari convenzionali ai salari contrattuali** ai fini del calcolo sia della contribuzione dovuta sia delle prestazioni attese.

Come è noto, per gli operai agricoli a tempo determinato, che rappresentano la stragrande maggioranza degli addetti nel settore, i contributi previdenziali e assistenziali e le relative prestazioni non sono commisurati al salario effettivamente percepito, come avviene in tutti gli altri settori produttivi, ma per la loro quantificazione si fa riferimento a un salario medio convenzionale definito annualmente per ciascuna pro-

vincia con apposito decreto ministeriale sulla base dei salari contrattuali fissati in ciascuna provincia (art. 28, DPR 488/1968 e art. unico, *sub* art. 8, L. 459/1972).

Per effetto di questa specificità del settore agricolo, e in conseguenza del ruolo spesso solo formale della contrattazione agricola, che in talune regioni — specie meridionali — è largamente disattesa, i contributi pagati in agricoltura sono calcolati su una retribuzione — quella media convenzionale — che è molto spesso di gran lunga superiore a quella effettivamente percepita.

Questa particolarità dovrebbe giovare alle casse della previdenza pubblica perché l'ente previdenziale incassa più di quanto incasserebbe se i contributi fossero pagati sui salari effettivamente corrisposti. Ma non è proprio così, in quanto le aliquote contributive — come è noto — in agricoltura sono particolarmente basse, mentre le prestazioni erogate sono numerose, più facilmente ottenibili che in qualsiasi altro settore produttivo e sono calcolate in misura percentuale proprio sui salari convenzionali. In questo modo accade che, con una contribuzione leggermente superiore a quella che sarebbe dovuta se si prendessero a riferimento i salari effettivi, i lavoratori agricoli possono beneficiare di prestazioni previdenziali di importo significativamente più elevato proprio perché calcolate in percentuale non sui salari di fatto, bensì sui salari convenzionali. Il tutto ovviamente a danno del bilancio della previdenza pubblica.

Nel 1997, con l'art. 4 del D. Lgs. 146, sono state poste le basi per un superamento di questa anomalia del settore agricolo, prevedendo il blocco del salario medio convenzionale rilevato nel 1995 in ciascuna provincia e determinato con D.M. del 1° luglio 1996. In particolare, è stato stabilito che tale blocco avrà valore ai fini del calcolo sia della contribuzione che delle prestazioni temporanee, con decorrenza dal 1° gennaio 1998, e cesserà soltanto quando i salari contrattuali spettanti nelle singole province e per le singole qualifiche saranno effettivamente superiori al salario medio convenzionale bloccato. Da questa data, come avviene negli altri settori produttivi, anche per i lavoratori agricoli a tempo determinato troverà applicazione l'art. 1 della legge n. 389/1989 che sancisce l'obbligo di pagare i contributi, come minimali, sui salari contrattualmente stabiliti per ciascuna qualifica professionale.

Nella ricostruzione delle più significative innovazioni dell'ultimo decennio riguardanti la previdenza agricola possiamo fermarci a questo punto. Certamente vi è anche dell'altro, ma credo che le questioni più salienti siano quelle evidenziate.

Ora dobbiamo chiederci se queste riforme hanno risposto alle aspettative di chi le ha volute; se il mercato del lavoro agricolo è più trasparente di quanto non lo fosse in passato e se la previdenza agricola presenta una gestione finanziaria più equilibrata e meno soggetta ad abusi.

Personalmente non credo che dopo dieci anni di riforme si possa trarre un bilancio positivo circa i risultati raggiunti.

Probabilmente il mio giudizio è fortemente condizionato dal contesto territoriale in cui lavoro e vivo: mi riferisco alle note vicende pugliesi che nella scorsa estate hanno portato alla luce una truffa ai danni dell'Inps di decine e forse centinaia di milioni di euro, con milioni di giornate lavorative fittizie dichiarate da numerose aziende fasulle che hanno permesso ad alcune migliaia di soggetti di beneficiare illegittimamente delle prestazioni previdenziali agricole.

Tuttavia, non credo che la situazione sia meno grave altrove, almeno in altre regio-

ni meridionali. Del resto, come pure mi sono sforzato di dimostrare, anche se in modo molto sintetico, la normativa si presenta in più punti lacunosa e inadeguata, né — mi sia consentito rivolgere una critica in questa sede, anche se può sembrare inopportuna e ingenerosa verso chi ci ospita — il maggior ente previdenziale è riuscito ad esprimere al meglio e per tempo tutte le proprie capacità tecniche e professionali nella gestione delle nuove competenze nell'ambito del delicato settore della previdenza agricola di cui ha assunto la piena responsabilità a partire dalla seconda metà degli anni '90.

Ma quali sono i punti più critici della normativa e quali le lacune più vistose nella nuova gestione della previdenza agricola?

Le risposte possibili sono molte.

Il Governo ha avuto una delega dal Parlamento con la legge n. 243 dell'agosto 2004 ad emanare un testo unico della previdenza sociale e al suo interno (leggo direttamente dalla legge) "disposizioni per la semplificazione e la razionalizzazione delle norme previdenziali del settore agricolo, secondo criteri omogenei a quelli adottati per gli altri settori produttivi e a quelli prevalentemente adottati a livello comunitario", ma nel rispetto delle specificità del settore, "anche con riferimento alle aree di maggiore problematicità", e rafforzando la rappresentanza delle parti sociali nella sua gestione.

Non è molto chiaro cosa si voglia fare, tanto da poter dubitare della legittimità costituzionale della delega per il mancato rispetto delle condizioni poste dall'art. 76 della Costituzione circa la definizione di principi e criteri direttivi che devono necessariamente accompagnare la delega legislativa al Governo; è certo, però, che vi è all'ordine del giorno una ennesima riforma della previdenza agricola che verosimilmente sarà varata nel corso del 2005.

Per riempire di contenuti questa nuova riforma, nel settembre 2004, è stato istituito dal Governo un "tavolo verde" aperto alla partecipazione di tutte le parti sociali interessate alla materia.

Sono ancora in discussione i preliminari ed è difficile prevedere se da questo tavolo alla fine uscirà un progetto organico e condiviso dai più.

Nel paese il dibattito è comunque aperto e a questo dibattito si vuole partecipare con le poche considerazioni che seguono nella speranza di sollecitare, anche in questa sede, una prima riflessione.

A mio avviso, un punto centrale, o forse meglio il punto centrale, nella riforma della previdenza agricola — ma che interessa anche la previdenza dei lavoratori precari di tutti gli altri settori produttivi che con la legge 160 del 1988 e l'introduzione dell'indennità di disoccupazione con i requisiti ridotti usufruiscono di un sistema di tutele analogo a quello previsto per gli addetti del settore agricolo — è rappresentato dal problema dell' **accertamento dello stato di disoccupazione**.

Oggi non è prevista alcuna forma di accertamento della reale condizione di disoccupazione con riguardo alle giornate per le quali si chiede l'indennità di disoccupazione e tutte le altre prestazioni a questa connesse.

Non solo non è previsto l'accertamento reale dello stato di disoccupazione lamentato, ma neppure si richiede una benché minima documentazione formale della disoccupazione patita, quale potrebbe essere la semplice comunicazione ai centri per l'impiego della perdita di una precedente occupazione, con la contestuale disponibilità alla ricerca di un nuovo lavoro.

Nel caso poi delle assunzioni con la pratica del cosiddetto "foglio di ingaggio aperto", largamente tollerata in agricoltura, i centri per l'impiego non sono neppure in grado di avere traccia in tempo reale della condizione lavorativa del lavoratore agricolo.

Tutto questo comporta il pagamento di prestazioni a favore di soggetti che potrebbero aver lavorato tutto l'anno dichiarando di aver lavorato soltanto per una parte dello stesso o che potrebbero essere stati disoccupati, ma volontariamente, o quantomeno impegnati in occupazioni diverse dalla ricerca attiva di un nuovo lavoro, come lo studio, una vacanza o anche semplicemente un'attività di lavoro autonomo; tutte situazioni per le quali non sarebbe legittima la corresponsione dell'indennità di disoccupazione, ma che non è più possibile accertare e contestare essendo state svolte nell'anno precedente a quello nel quale viene effettuata la richiesta di disoccupazione, così come avviene nel sistema della disoccupazione agricola e in quello dell'erogazione dell'indennità con i requisiti ridotti.

L'Inps ha colto questo problema con la circolare n. 123 del 1999, ma ne ha dato una applicazione che a me pare largamente discutibile perché, a legislazione immutata, ha finito con il sanzionare esclusivamente i lavoratori extracomunitari che, avendo diritto all'indennità di disoccupazione in quanto in possesso di regolare permesso di soggiorno annuale e non stagionale, hanno fatto rientro nei loro Paesi di origine sottraendosi, ad avviso dell'Istituto, al controllo del loro stato di disoccupazione. Un controllo che, come abbiamo visto sinora, sarebbe utile e necessario per evitare abusi, ma che tuttavia non è previsto da nessuna norma; infatti, da nessuna parte è stabilito che tale accertamento spetti all'Inps e come debba essere sanzionato, né, infine, appare rinvenibile nell'ordinamento una disciplina con esclusivo riguardo ai lavoratori extracomunitari della cui assenza dal nostro Paese è possibile avere traccia attraverso l'esame dei visti apposti sui loro passaporti.

Una seconda e ultima questione che mi preme affrontare in questa sede riguarda il modo in cui si sta gestendo il passaggio dal salario convenzionale al salario contrattuale.

Si tratta di un tema questo di grande attualità, almeno in alcune aree geografiche del Paese nelle quali si è raggiunto il graduale riallineamento dei salari di fatto ai salari contrattuali così come previsti dagli accordi di gradualità che hanno consentito di beneficiare degli sgravi contributivi, pur pagando salari al di sotto di quelli contrattuali o convenzionali.

In queste aree, ancora una volta concentrate per lo più nel Mezzogiorno, ora valgono le regole generali che riconoscono gli sgravi contributivi solo a condizione che si applichino i minimi contrattuali (art. 20, D. Lgs. 375/1993 e art. 9 *ter*, c. 3, L. 608/1996).

I minimi contrattuali vigenti in tutte le province hanno ormai superato, talvolta da alcuni anni, i salari convenzionali del 1995 bloccati dal D. Lgs 146 del 1997. Per questa ragione, qualora i datori di lavoro agricoli chiedano il beneficio degli sgravi contributivi, come avviene di regola, non solo i contributi da pagare dovranno essere calcolati sui salari contrattuali, ma, come abbiamo visto, ai sensi dello stesso decreto n. 146, anche le prestazioni previdenziali dovranno essere corrisposte in rapporto ai salari contrattuali e non più ai salari convenzionali bloccati al valore del 1995.

Per far accertare questo diritto è stato avviato un contenzioso giudiziario di vaste dimensioni che rischia di ingrossarsi ulteriormente.

Sicuramente molte di queste vertenze poggiano su presupposti fortemente discu-

tibili se non del tutto infondati. È il caso della pretesa di voler considerare parte del salario contrattuale su cui far pagare i contributi, e calcolare quindi le prestazioni, anche la percentuale di retribuzione differita dovuta a titolo di trattamento di fine rapporto. Probabilmente, in passato, quando il TFR era conteggiato e corrisposto nel cosiddetto terzo elemento della retribuzione, in qualche modo l'importo di questo istituto è entrato nel calcolo della retribuzione convenzionale. Ma si trattava pur sempre di retribuzione convenzionale ed inoltre da diversi anni oramai il TFR è pagato a parte e non più conteggiato e liquidato nel terzo elemento; senza dire, infine, che a una tale pretesa si oppone la regola generale riguardante tutti gli altri lavoratori in virtù della quale si è sempre tassativamente escluso dalla retribuzione imponibile il trattamento di fine rapporto.

Ciò nonostante vi è il rischio che l'Inps possa soccombere in molte di queste cause.

Mi induce a temere un tale pericolo la considerazione di come l'Inps gestisce la documentazione relativa alla instaurazione dei rapporti di lavoro agricolo.

Come è noto, l'Istituto previdenziale ha notizia delle condizioni di assunzione di ciascun lavoratore (qualifica, retribuzione, tipo di contratto etc.) attraverso due comunicazioni distinte fatte dal datore di lavoro: quella compilata sul modello tratto dal registro d'impresa, che viene consegnata in copia anche al lavoratore interessato, e quella effettuata tramite la dichiarazione trimestrale della manodopera assunta, sulla base della quale vengono calcolati i contributi dovuti (la cosiddetta tariffazione) e vengono redatti gli elenchi della manodopera agricola.

Di queste due comunicazioni, tuttavia, se le mie informazioni non sono errate, l'Inps utilizza di fatto soltanto la seconda, mentre si disinteressa della prima, non procede cioè ad alcun riscontro o verifica tra i due documenti. Pertanto, in presenza di una discordanza tra le due dichiarazioni, l'Inps non interviene, ma prende per buone soltanto le informazioni contenute nella dichiarazione trimestrale. Può dunque ben verificarsi che il lavoratore sia in possesso di comunicazioni del datore di lavoro per lui più vantaggiose circa la qualifica riconosciuta e la retribuzione erogata, contenute nel foglio di assunzione, che potrebbero però non essere confermate da quelle effettuate successivamente all'Inps nella denunzia trimestrale della quale il lavoratore non ha modo alcuno di venire a conoscenza.

Potrà in questo caso addebitarsi all'Inps una responsabilità nella mancata riscossione della giusta contribuzione dovuta? Avrà diritto il lavoratore a una prestazione più elevata perché calcolata sulla qualifica e sulla retribuzione indicata dal datore di lavoro al momento dell'assunzione, anche se successivamente corretta al ribasso nella denunzia trimestrale, senza alcuna valida motivazione e senza che il lavoratore stesso ne sia preventivamente informato?

Credo proprio di sì!

**DONATELLA MORAGGI**

Avvocato INAIL

# LA GIURISDIZIONE IN MATERIA DI PUBBLICO IMPIEGO I CONCORSI INTERNI

La materia della giurisdizione per le controversie del pubblico impiego è attualmente disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 il quale, prima di arrivare all'attuale formulazione, ha subito un processo evolutivo caratterizzato da diversi interventi modificativi.

L'art. 63 del T.U. del pubblico impiego, infatti, ha recepito la norma contenuta nell'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993 che, a sua volta, costituisce attuazione dei principi fissati dalla legge delega del 23 ottobre 1992 n.421 che demandava al Governo l'emanazione di norme per la razionalizzazione e la revisione della disciplina in materia di sanità, pubblico impiego, previdenza e finanza territoriale.

L'art. 68 del d.lgs. 29/93 ha previsto la devoluzione al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, con esclusione delle materie di cui ai numeri da 1 a 7 dell'art. 2, comma 1, lettera c) della legge 421/1992 (le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici).

La stessa norma ha previsto che le disposizioni in essa contenute si applicassero a partire dal terzo anno successivo alla entrata in vigore del decreto, e ha disciplinato la fase transitoria del passaggio da una giurisdizione all'altra.

Una prima modifica della norma si è avuta con l'art. 33 del d.lgs. n. 470 del 1993 che, al primo comma dell'art. 68 ha aggiunto una elencazione dettagliata delle di materie devolute al giudice ordinario, tra le quali anche quella delle progressioni e avanzamenti e mutamenti di qualifica o di livello (lettera d) dell'art. 68.

La ragione della scelta correttiva consisteva nel rendere quanto più possibile definito il novero delle materie devolute all'a.g.o. e dirimere i dubbi in ordine alle competenze dell'una o dell'altra autorità giudiziaria.

L'art. 68 del d.lgs. 29/93 è rimasto tuttavia per lungo tempo inapplicato nonostante fosse ampiamente trascorso il periodo transitorio in esso previsto, sia in ragione delle

difficoltà che derivavano, sotto il profilo pratico, dalla organizzazione degli uffici giudiziari, atteso che il giudice del lavoro era già oberato da cospicui carichi di contenzioso; sia per le perplessità insorte da alcune valutazioni circa l'opportunità di affidare all'a.g.o la cognizione di controversie concernenti una materia solo formalmente assimilabile a quella del lavoro dipendente privato, per il timore degli effetti negativi che si sarebbero potuti determinare dal punto di vista dell'organizzazione e della funzionalità delle pubbliche amministrazioni che, normalmente sottoposte al solo vaglio di legittimità del proprio operato, avrebbero dovuto subire un riscontro giudiziale di merito.

Infine il passaggio all'a.g.o delle controversie del pubblico impiego comportava la sottrazione di un numero assai rilevante di controversie al plesso organizzativo TAR-Consiglio di Stato, il quale vedeva con preoccupazione una sostanziale riduzione delle proprie competenze.

Solo con la legge 59/1997 (c.d. Bassanini) si vengono a creare i presupposti non solo per una sensibile modifica dell'art.68 del d. lgs. 29/1993, ma anche per una definitiva svolta applicativa del nuovo riparto di giurisdizione. Dall'esercizio della delega conferita con la legge Bassanini, scaturisce infatti il d.lgs. 80/1998 che, tra l'altro, ha profondamente innovato l'art. 68 del d.lgs. 29/1993 (oggi art. 63 del d.lgs. 165/2001).

La stessa legge di delega (art. 11, comma 4, lett. g) della legge 59/1997), inoltre, aveva stabilito che la devoluzione all'a.g.o. della materia del pubblico impiego sarebbe dovuto avvenire antro il 30.06.1998.

La norma delegata contenuta nell'art.45 del d. lgs. n.80/1998 ha quindi previsto che: *"Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, come modificato dal presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e debbono essere proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000"*.

Il legislatore delegato ha così ritenuto di non privilegiare, ai fini della ripartizione della giurisdizione, il momento della domanda introduttiva bensì di considerare, insieme a questo momento, anche il dato costituito dall'oggetto della controversia.

Tale regime intertemporale, tuttavia, ha creato notevoli dubbi interpretativi sia in relazione al significato da attribuire al termine atecnico "questioni", impiegato dalla norma per individuare l'oggetto della controversia e quindi il giudice della lite, sia per i sollevati dubbi di incostituzionalità della prevista preclusione per decadenza dell'azione dinanzi al g.a. proposta successivamente al 15 settembre 2000 e relativa a questioni anteriori al 30 giugno 1988.

Poteva infatti facilmente accadere che si verificasse un difetto assoluto di giurisdizione in danno del pubblico dipendente, nell'ipotesi in cui il presupposto della lesione si fosse determinato prima del 30 giugno 1998 ma l'interesse ad agire del lavoratore si fosse concretizzato dopo la data del 15 settembre 2000, allorché non sarebbe stato più possibile adire il g.a. per controversie relative al pubblico impiego.

Tale conseguenza era tanto più paradossale in quanto conseguente ad una norma che voleva assicurare sempre al dipendente della p.a. un giudice naturale della contro-

versia lavorativa nel momento del passaggio della materia ad un diverso plesso giurisdizionale.

La norma in discorso è stata parzialmente modificata con il d. lgs. 165/2001 che all'art. 69, comma 7, ha previsto l'attribuzione *"…al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000"*.

Il legislatore quindi nel tentativo di risolvere i problemi interpretativi e di fugare i dubbi di incostituzionalità, ha creato una doppia e parallela giurisdizione davanti al g.o ed al g.a., laddove la norma originaria aveva previsto una sola giurisdizione.

Nella sua attuale formulazione l'art. 68 del d. lgs. 29/1993 (ora trasfuso nell'art. 63 del d. lgs n. 165/2001) prevede la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro di *"…tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo"*.

Si evince dalla norma che sono devolute al giudice ordinario tutte le controversie relative ai rapporti lavorativi con tutti i diversi tipi di amministrazioni pubbliche contemplati nello stesso d. lgs. 165/2001 ad eccezione di quelle riguardanti i rapporti del personale non contrattualizzato (art. 3 del d. lgs. 165/2001), in ordine alle quali permane la competenza del g.a.

La norma precisa inoltre che, dedotto in causa un determinato rapporto lavorativo, la necessità di una eventuale cognizione di un atto amministrativo presupposto, non determina un caso di c.d. "pregiudiziale amministrativa", cosicché dell'atto può conoscere e su di esso decidere in termini di disapplicazione lo stesso giudice ordinario investito della risoluzione della controversia.

Gli atti amministrativi a cui si riferisce la norma, devono intendersi quelli che pur dopo la privatizzazione restano formalmente e sostanzialmente amministrativi.

Tra questi non rientrano quindi quelli di "concreta gestione" del singolo rapporto di lavoro (ad es. atti di irrogazione di una sanzione disciplinare, di trasferimento del dipendente, di fissazione dell'orario di lavoro ecc..), giacchè questi, pur provenendo dalla pubblica amministrazione, sono ormai da equiparare ad atti di diritto privato, ovvero atti di gestione del rapporto lavorativo di qualunque privato datore di lavoro.

Rilevano invece per i fini che interessano la norma, gli "atti di organizzazione" (detti atti di macro organizzazione), che si pongono come antecedente logico e giuridico del singolo rapporto di lavoro dipendente e dalla cui legittimità o meno dipende la

regolarità del rapporto lavorativo a valle.

Pertanto alla luce della norma in discorso, allorché uno di questi atti presupposti venga dedotto, per la sua illegittimità, nella controversia instaurata dinanzi al g.o., quest'ultimo è abilitato a conoscerlo ai fini di una sua eventuale disapplicazione.

Va ricordato poi che l'ultimo periodo del primo comma dell'art.63, dove si prevede la persistenza della possibilità di impugnare innanzi al g.a l'atto amministrativo rilevante nella controversia instaurata dinanzi al g.o., quale giudice del lavoro, ha dato luogo ad acceso dibattito intorno al quesito se l'atto amministrativo di cui parla la norma sia quello stesso che il lavoratore può impugnare, ai fini della disapplicazione dinanzi al g.o. oppure si tratti di altro atto.

La risposta degli interpreti è stata pressoché unanime nel primo senso; in tal modo al dipendente che intenda aggredire un atto di macro organizzazione, assunto come presupposto della lesione patita, può far valere, a sua discrezione, o soltanto un suo interesse legittimo rivolgendosi al g.a; oppure il suo diritto soggettivo rivolgendosi al g.o. al quale peraltro può anche chiedere, per la tutela del proprio diritto, di conoscere anche l'atto amministrativo presupposto ai fini di una sua eventuale disapplicazione.

La devoluzione al g.o. delle controversie in materia di pubblico impiego, trova un limite nella previsione del quarto comma dell'art. 63 che conferma la giurisdizione esclusiva del g.a., relativamente alle controversie lavorative del personale non contrattualizzato, nonché la giurisdizione di legittimità dello stesso giudice per quanto concerne le controversie aventi ad oggetto la materia delle procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Tale ultima disposizione è strettamente collegata a quella contenuta nel primo comma del medesimo articolo, nella parte in cui elencando le materie devolute al g.o. indica le controversie concernenti l'assunzione al lavoro.

L'interpretazione di queste due norme ha dato luogo a diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che hanno visto l'intervento in materia anche della Corte Costituzionale.

Gli interpreti hanno ritenuto che spettano al g.a., nel quadro della sua generale giurisdizione di legittimità, tutte le controversie che hanno ad oggetto le procedure selettive bandite e gestite dall'amministrazione per l'assunzione del personale, in quanto antecedenti alla costituzione, per la prima volta, del rapporto individuale lavorativo dipendente e, come tali, attinenti alla prerogativa organizzatoria propria dell'amministrazione.

Sono invece escluse dalla giurisdizione del g.a., quelle forme procedimentalizzate di individuazione o selezione di personale destinato a veder mutato il proprio rapporto lavorativo o per evoluzione migliorativa del proprio *status* giuridico ed economico o per migrazione al altra amministrazione, in quanto dette selezioni operano a valle di un rapporto lavorativo già instaurato con la stessa amministrazione.

Tale interpretazione della dottrina maggioritaria non ha tuttavia posto fine al dibattito che, in sede giurisprudenziale, ha portato a posizioni non sempre univoche.

È avvenuto infatti che le Sezioni Unite della Cassazione che, fino ad epoca recen-

te hanno costantemente ritenuto sussistere la giurisdizione del g.o. in materia di concorsi interni, trattandosi di una controversia che riguarda gli atti di gestione dei rapporti di lavoro del personale già dipendente della pubblica amministrazione, abbiano successivamente mutato avviso con la sentenza 15 ottobre 2003, n.15403.

In tale sentenza le Sezioni Unite della Suprema Corte procedono dalla considerazione della norma contenuta nell'art. 35, primo comma, del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, la quale prescrive che l'ingresso nella pubblica amministrazione deve avvenire "tramite procedure selettive", che sono dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscono in misura adeguata l'accesso dall'esterno.

Questa regola, sostiene la Corte *"deve ritenersi applicabile, in via generale, anche con riferimento all'attribuzione al dipendente di una qualifica superiore (in base alle disposizioni contenute nei contratti collettivi cui rinvia l'art. 40, primo comma, del medesimo decreto legislativo), dato che, a norma del successivo art. 52, primo comma, la qualifica superiore viene acquisita dal lavoratore "per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive". Pertanto, considerato che mediante gli accordi collettivi stipulati nel comparto del pubblico impiego è stato previsto un sistema di inquadramento del personale articolato in aree o fasce, all'interno delle quali sono contemplati diversi profili professionali, si deve ritenere che le procedure che consentono il passaggio da un'area inferiore a quella superiore integrino un vero e proprio concorso — tali essendo anche le procedure che vengono denominate "selettive" — qualunque sia l'oggetto delle prove che i candidati sono chiamati a sostenere"*.

Le stesse SS.UU: rilevano poi nella richiamata sentenza che *"la stessa Corte costituzionale, argomentando dalla norma contenuta nell'art. 97 della Costituzione — secondo cui ai pubblici uffici, che debbono essere organizzati in modo da assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione, si accede "mediante concorso salvi i casi stabiliti dalla legge" — anche prima della c. d. privatizzazione aveva sostenuto che il concorso costituisce, di norma, la regola generale per l'accesso ad ogni tipo di pubblico impiego, anche a quello inerente ad una fascia funzionale superiore, essendo lo stesso "il mezzo maggiormente idoneo ed imparziale per garantire la scelta dei soggetti più capaci ed idonei ad assicurare il buon andamento della pubblica amministrazione" (v. le sentenze 27 dicembre 1991 n. 487, 15 ottobre 1990 n. 453, 4 aprile 1990 n. 161). Questo indirizzo ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza costituzionale intervenuta dopo la privatizzazione del rapporto di impiego, essendo stato in particolare precisato che il passaggio ad una fascia funzionale superiore costituisce l'accesso ad un nuovo posto di lavoro e che la selezione, alla stregua di qualsiasi altro strumento di reclutamento, deve rimanere soggetta alla regola del pubblico concorso (v., fra le tante, le sentenze 30 ottobre 1997 n. 320 e 20 luglio 1994 n. 314).*

I richiamati principi affermati dalla Corte Costituzionale sono stati puntualmente applicati dalla medesima Corte allorché questa è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di diverse disposizioni legislative che avevano riservato ai dipendenti interni, in via esclusiva o in misura percentuale dei posti disponibili particolarmente elevata (alcune volte in modo pressoché automatico, in carenza di una vera e propria procedura selettiva), l'accesso ad un'area funzionale superiore, invece di prevedere l'espleta-

mento di un concorso pubblico con una ragionevole riserva dei posti a favore del personale dipendente, dichiarandone la illegittimità in quanto in contrasto con gli artt. 3, 51 e 97 della Costituzione (v. le sentenze 4 gennaio 1999 n. 1, 16 maggio 2002 n. 194, 29 maggio 2002 n. 218 e 23 luglio 2002 n. 373).

Pertanto, alla luce dell'intero quadro normativo, come delineato dalle sentenze della Corte costituzionale, la Corte di Cassazione ha ritienuto che l'indirizzo giurisprudenziale fino ad oggi seguito dovesse essere sottoposto ad una necessaria rimeditazione ed è, quindi, pervenuta alla conclusione che *"il principio secondo cui, nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'accesso del personale dipendente ad un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso — al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni — si deve affermare che il quarto comma dell'art. 63 d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo "le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore: il termine "assunzione", d'altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che, oltre tutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno od esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica"*. (Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403).

Con successiva ordinanza del 10 dicembre 2003 n. 18886, le stesse SS.UU. della Cassazione hanno precisato che in realtà è la novazione oggettiva del rapporto di lavoro a connotare un autentico passaggio di qualifica o di "fascia funzionale" nel senso precisato dal giudice costituzionale. Di conseguenza occorrerà esaminare le disposizioni normative o contrattuali collettive, per stabilire se alle diverse posizioni sono assegnate specifiche competenze professionali; in tal caso l'assunzione di nuovi compiti, lo svolgimento di mansioni superiori e l'investitura di responsabilità più elevate comporteranno un mutamento sostanziale del rapporto di lavoro individuale; nelle altre ipotesi, in cui vi sia l'attribuzione di un semplice trattamento economico migliore, si realizzerà una mera progressione economica.

In conclusione, secondo l'avviso della Corte, solo nella prima ipotesi sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

Molto più precisa è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 3 febbraio 2004 n. 1989, nella quale è precisato che *"va riconosciuta la giurisdizione (di legittimità) del giudice amministrativo in tutti i casi in cui la controversia investa le singole procedure concorsuali o tenda ad inficiare la graduatoria disconoscendone la legittimità e chiedendone la modifica, mentre va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario allorquando si agisca sul presupposto della definitività della graduatoria permanente* […] *e, allorquando, quindi, senza in alcun modo censurare lo svolgimento del concorso ed il relativo atto finale, si faccia valere il diritto alla nomina alla*

*qualifica superiore cui si aspira, specificamente contestando l'utilizzazione che vien fatta della graduatoria permanente …"*.

In questa pronuncia, il giudice di legittimità non effettua distinzioni tra tipologie di progressione e statuisce la giurisdizione del giudice amministrativo ogni qual volta sia impugnata una graduatoria che scaturisce dallo svolgimento di una procedura selettiva concorsuale.

Tutta la fattispecie concorsuale, infatti, è tipicamente amministrativa e, come tale, deve essere sottoposta al vaglio del g.a.; solo laddove non vi sia una vera e propria procedura concorsuale selettiva, funzionale all'assegnazione di nuovi compiti e nuove mansioni allora sussiste una mera progressione economica.

Va ricordata da ultimo l'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 26 maggio 2004 n. 10183, con la quale la Corte precisa che sussiste: *"… a) indubbia giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie relative a concorsi per soli esterni; b) identica giurisdizione su controversie relative a concorsi misti (restando irrilevante che il posto da coprire sia compreso o meno nell'ambito della medesima area funzionale alla quale sia riconducibile la posizione di lavoro di interni ammessi alla procedura selettiva, perché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni, secondo il criterio di riparto originario); c) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area ad un'altra, spettando, poi, al giudice del merito la verifica di legittimità delle norme che escludono l'apertura all'esterno; d) residuale giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una qualifica ad altra, ma nell'ambito della medesima area"*.

In sostanza, pur dovendo tenere presenti le diverse terminologie e le particolarità dei sistemi di classificazione del personale dipendente adottati dai CCNL all'interno dei diversi comparti della pubblica amministrazioni, tutte le volte che venga attivata una autentica procedura interna di avanzamento, mediante l'espletamento di un procedimento amministrativo concorsuale funzionale alla verifica della idoneità a ricoprire una funzione superiore, deve ritenersi che la giurisdizione competa al giudice amministrativo. Il g.a., infatti, interviene sempre e comunque in presenza del fenomeno dell'assunzione intesa, secondo l'accezione compiutamente tratteggiata dalla Sezioni Unite, come "copertura di posti vacanti".

L'ordinanza elimina, dunque, ogni eventuale residuo dubbio sulla giurisdizione amministrativa in presenza di progressioni verticali, e conferma la spettanza al giudice ordinario della cognizione delle progressioni orizzontali di mero sviluppo economico.

Occorre comunque tenere presente il richiamo contenuto nella citata ordinanza alla necessità di verificare la legittimità del ricorso alle selezioni per il passaggio da un' area ad un altra (inteso come passaggio ad una posizione ordinamentale superiore o, con terminologia utilizzata dalla Corte Costituzionale, ad una "fascia funzionale" superiore) riservati al solo personale interno, in relazione ai quali la Cassazione rinvia ai principi fissati dalle citate pronunce della Corte Costituzionale.

In particolare, la sentenza della Consulta 23 luglio 2002, n. 373 ha il pregio di

chiarire quali sono gli aspetti dell'illegittimità costituzionale del ricorso indiscriminato alle progressioni verticali. La soglia oltre la quale comunque le amministrazioni incorrono nella violazione dei principi desunti dall'articolo 97 della Costituzione è il 50%. Dunque, solo la metà dei posti disponibili in dotazione organica può essere coperta mediante le progressioni verticali.

Oltre detta soglia, l'azione delle amministrazioni è da considerare lesiva dei principi che la Consulta ha ben delineato nella sua ormai pacifica e costante giurisprudenza.

L'individuazione di detta soglia può sembrare forse semplicistica, tuttavia non si può che prendere atto delle conclusioni della Corte, la quale, per altro, mette bene in evidenza che non basta semplicemente rispettare l'aliquota del 50%, affinchè le progressioni verticali siano legittime. Occorre, infatti, sempre motivare segnatamente e nel dettaglio le ragioni che inducono a coprire i posti ricorrendo alle selezioni interne, invece che utilizzando il concorso pubblico.

Ciò porta ad un'altra conferma: le progressioni verticali non sono affatto considerabili né la regola, né un diritto dei dipendenti, né la modalità principale di copertura delle professionalità vacanti.

Al contrario, la progressione verticale è istituto eccezionale, attraverso il quale si può coprire una quantità limitata dei posti vacanti e purchè siano concretamente dimostrabili i vantaggi che tale procedura comporti rispetto ai concorsi pubblici, oltre alla evidenziazione della presenza di dipendenti dotati di una professionalità potenzialmente in grado di coprire adeguatamente le mansioni del posto vacante in dotazione organica.

Altro elemento di certezza fornito dalla Consulta è quello della configurazione del rapporto scaturente dalla progressione verticale: non si tratta assolutamente di una gestione del rapporto di lavoro ma, al contrario, di un vero e proprio nuovo accesso ad un impiego, che come tale va trattato, anche negli aspetti operativi.

In ogni caso è bene rammentare che la Corte Costituzionale non ha mai sostenuto che i concorsi interni o le progressioni verticali siano di per sé incostituzionali. Né avrebbe potuto, visto che, comunque, tale istituto è esistito da sempre, ed ancora alberga nell'ordinamento giuridico.

È piuttosto evidente che questa materia è retta da un classico sistema normativo, impostato sul rapporto tra disposizioni di principio e norme attuative del principio stesso.

Il principio è quello della concorsualità: a mente dell'articolo 97 della Costituzione, si accede agli impieghi mediante concorso. Salvo i casi stabiliti dalla legge.

Dunque, è la stessa Costituzione a stabilire che la regola generale è quella dell'accesso all'impiego tramite concorso, ma anche ad ammettere che tale regola generale può essere derogata.

La Corte Costituzionale, nelle sue anche più recenti pronunce, ha quindi inteso creare delle barriere difensive avverso l'abnorme diffusione del sistema della progressione verticale.

Tali barriere difensive da un lato consistono nella fissazione di criteri per delimitare il numero dei posti da riservare alla progressione interna, dall'altro nella precisazione che le selezioni verticali debbono comunque rispondere ai principi di imparzialità e buon andamento; di conseguenza non possono basarsi su valutazioni discrezionali, indipendenti dalla presenza di una procedura selettiva, gestita da organi collegiali tecnici,

che valutino l'effettiva capacità dei dipendenti di rendere una diversa prestazione lavorativa. Ne consegue che i metodi della selezione concorsuale "tradizionale" e quello della progressione verticale possono convivere in modo complementare e convergente.

Anche con la recentissima sentenza del 6 luglio 2004 n. 205 la Corte Costituzionale ha ribadito che il concorso pubblico costituisce la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione; la regola del pubblico concorso può dirsi rispettata solo quando le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dell'ambito dei soggetti legittimati a parteciparvi, atteso che il principio del concorso pubblico, pur non essendo incompatibile — nella logica di agevolare il buon andamento dell'amministrazione — con la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, tuttavia non tollera — salvo circostanze del tutto eccezionali — la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno.

Il percorso giurisprudenziale che ha portato all'affermazione dei principi sopra illustrati in tema di giurisdizione per le controversie relative ai concorsi interni per le progressioni orizzontali (all'interno della stessa area) e verticali (tra diverse aree funzionali), è stato di recente ricostruito dal TAR Lazio con la sentenza del 4 novembre 2004 n. 12370, con la quale il Collegio, nell'interpretare il quadro riassuntivo delle regole di ripartizione della giurisdizione elaborato dalle SS.UU. della Corte di cassazione con la citata sentenza 26 maggio 2004 n. 10183, ha ritenuto che le espressioni "area o fascia funzionale" non possano essere intese come un mero rinvio alle classificazioni del personale attualmente previste dai contratti collettivi ma piuttosto riferite alla qualifica, da intendersi come livello funzionale di inquadramento connotato da un complesso determinato di mansioni cui corrisponde un complesso altrettanto determinato di responsabilità.

In questa prospettiva, il TAR Lazio ha ritenuto che nello specifico caso sottoposto al suo vaglio, la procedura per il passaggio — nell'ambito dell'area funzionale C di cui al CCNL del comparto Ministeri — di personale inquadrato nelle posizioni C1 e C2 alla posizione C3, non fosse da considerare una semplice progressione economica nell'ambito di una medesima area, implicando al contrario un passaggio da un area funzionale ad un'altra che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, radica la giurisdizione del giudice amministrativo.

Ciò in quanto dalla lettura del contratto è dato evincere che alle posizioni economiche C1, C2 e C3 corrispondono mansioni distinte e di complessità crescente e responsabilità parimenti diverse e crescenti.

Peraltro il TAR Lazio con la medesima sentenza ha anche riconosciuto l'esistenza dei presupposti per la rimessione in termini del ricorrente per errore scusabile, attesa la situazione oggettiva di incertezza in ordine alla individuazione del giudice fornito di giurisdizione.

**CORTE COSTITUZIONALE**
**Ordinanza**

***Pensioni* - Prestazioni indebite a carico dell'INPS - Ripetizione - Esclusione sulla base del reddito imponibile per l'anno 2000 - Disparità di trattamento tra pensionati e inadeguatezza della tutela per i percettori in buona fede con reddito superiore al limite indicato - Rilevanza della questione - Motivazione - Carenza - Manifesta inammissibilità della questione.**

**Corte Costituzionale - Ord. 6.4/14.5.2004, n. 143 - Pres. Zagrebelsky - Rel. Bile - G.P. (Angelozzi) - INPS (Avv.ti Todaro, Riccio, Valente) - Presidente Consiglio Ministri (Avvocato Stato Lettera).**

*È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001 n. 448, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 38 Costituzione dal Tribunale di Viterbo e dal Tribunale di Macerata per omessa valutazione dell'applicabilità della sopravvenuta disciplina di cui alla predetta normativa alla fattispecie di merito e, quindi, agli indebiti sorti in data anteriore al 1° gennaio 1996.*

FATTO e DIRITTO — Nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001. n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002), promossi con ordinanze del 10 luglio 2002 dal Tribunale di Viterbo e del 10 aprile 2003 dal Tribunale di Macerata nei procedimenti civili vertenti tra l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS) e Maria Di Bennardo e tra l'INPS e Giovanni Panfini, iscritte ai numeri 519 del registro ordinanze 2002 e 786 del registro ordinanze 2003, pubblicate nella Gazzella Ufficiale della Repubblica n. 48, prima serie speciale, dell'anno 2002 e n. 40. prima serie speciale, dell'anno 2003.

Visti gli atti di costituzione dell'INPS e di Giovanni Panfini, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 6 aprile 2004 il Giudice relatore Franco Bile;

uditi gli avvocati Alessandro Riccio per l'INPS, Giovanni Angelozzi per Giovanni Panfini e l'avvocato dello Stato Francesco Lettera per il Presidente del Consiglio dei ministri;

Ritenuto che con ordinanza del 10 luglio 2002 il Tribunale di Viterbo. in sede di giudizio di rinvio nel procedimento civile vertente tra Maria Di Bennardo e l'INPS, ha sollevato d'ufficio. in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione, questione di legit-

timità costituzionale dell'art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2002), nella parte in cui — prevedendo che nei confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al 1° gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito solo nel caso in cui i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale imponibile IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore a euro 8.263.31 — consente, negli altri casi. la ripetizione (seppur non integrale, ma nei limiti di tre quarti dell'importo riscosso) di prestazioni previdenziali percepite in buona fede che. secondo la precedente disciplina vigente al momento della loro percezione, non sarebbero state ripetibili;

che inizialmente la Di Bennardo aveva adito il Pretore di Roma. chiedendo declaratoria di irripetibilità, ai sensi dell'art 52 della legge 9 marzo 1989, n. 88 (Ristrutturazione dell'Istituto nazionale per la previdenza sociale e dell'Istituto nazionale per le assicurazioni e gli infortuni sul lavoro), di somme indebitamente percepite a titolo di trattamento pensionistico;

che la domanda era stata accolta con sentenza confermata dal Tribunale di Roma che aveva respinto l'appello dell'INPS;

che quest'ultima pronuncia era stata annullata dalla Corte di cassazione con sentenza n. 11991 del 1999 con rinvio appunto al Tribunale di Viterbo;

che il giudizio era stato riassunto dall'INPS con ricorso depositato in data 20 agosto 2000. con cui l'Istituto chiedeva dichiararsi ripetibile (nei limiti dei tre quarti) le somme indebitamente erogate alla Di Bennardo nel periodo 1° gennaio 1986-31 dicembre 1988, previo accertamento del reddito da lei conseguito nel 1995;

che l'adito Tribunale di Viterbo con una prima ordinanza di rimessione aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 260 e 261, della legge 23 dicembre 1996. n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), in riferimento agli artt. 3 e 38 della Costituzione;

che questa Corte, con ordinanza n. 249 del 2002. aveva ordinato la restituzione degli atti. essendo sopravvenuta l'entrata in vigore del citato art. 38, commi 7 e 8, della legge 28 dicembre 2001, n.448; che il Tribunale di Viterbo ha investito nuovamente la Corte con una seconda ordinanza di rimessione, riproponendo le medesime censure;

che il rimettente osserva come il regime dell'indebito previdenziale sia stato disciplinato nel tempo da diverse norme, tra cui il citato art. 52 della legge n. 88 del 1989;

che è successivamente intervenuta dapprima la ricordata legge n. 662 del 1996. il cui art. 1. commi 260 e 261, ha stabilito che nei confronti dei soggetti che nel periodo anteriore al 1° gennaio 1996 avessero percepito indebitamente prestazioni pensionistiche non si faceva luogo al recupero dell'indebito se i soggetti medesimi (salva l'ipotesi del dolo) fossero percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore a lire 16.000.000, mentre il recupero avveniva nei limiti dei tre quarti dell'indebito per i percettori di reddito superiore a tale limite;

che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che le prestazioni indebitamente erogate dagli enti di previdenza prima del 1° gennaio 1996 sono ripetibili secondo i criteri

posti dall'art. 1, commi 260 e 261, della legge n. 662 del 1996. che al riguardo sostituiscono per intero la precedente disciplina;

che analoga disciplina è stata successivamente posta dall'art. 38, commi 7 e 8, della legge n. 448 del 2001, con riferimento alla percezione indebita di prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al 1° gennaio 2001, prevedendosi l'irripetibilità dell'indebito qualora i soggetti medesimi fossero percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore a euro 8.263,31;

che tale disciplina a carattere retroattivo è — ad avviso del Tribunale rimettente — assai simile a quella già scrutinata da questa Corte con la sentenza n. 39 del 1993 (1), che ha dichiarato illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione, l'art. 13, comma 1, della legge 30 dicembre 1991, n. 412 (Disposizioni in materia di finanza pubblica), nella parte in cui estendeva le innovazioni introdotte nella disciplina della ripetizione di indebito in materia pensionistica ai rapporti sorti precedentemente alla data della sua entrata in vigore o comunque pendenti a quella data;

che, secondo il Tribunale di Viterbo, anche l'art. 38, commi 7 e 8, della legge n. 448 del 2001 da adito ad analoghi dubbi di costituzionalità in quanto comporterebbe l'ingiustificata disparità di trattamento (art. 3 Cost.) tra i pensionati nei confronti dei quali l'ente previdenziale abbia agito per il recupero dell'indebito prima dell'entrata in vigore della norma impugnata, con conseguente dichiarazione di non ripetibilità ai sensi della previgente disciplina, ed i pensionati nei confronti dei quali — a parità di ogni altra circostanza, ed in particolare dell'epoca di insorgenza dell'indebito, del reddito percepito superiore all'importo di euro 8.263.31 e dell'assenza di dolo — il recupero sia stato promosso dopo l'entrata in vigore della menzionata legge n. 448 del 2001, nel regime di limitata ripetibilità da quest'ultima previsto, con conseguente inadeguatezza della tutela previdenziale per i percettori dell'indebito (art. 38 Cost.);

che si è costituito l'INPS concludendo per l'inammissibilità o l'infondatezza della sollevata questione di costituzionalità e rilevando in particolare la mancanza nell'ordinanza di rimessione di qualsiasi riferimento all'applicabilità del richiamato *jus superveniens* alla fattispecie esaminata dal Tribunale;

che è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo parimenti per l'inammissibilità o l'infondatezza della questione;

che con ordinanza del 10 aprile 2003 il Tribunale di Macerata, nel giudizio pendente, in sede di rinvio dopo la pronuncia della Corte di cassazione n. 6747 del 1999, tra l'INPS e Giovanni Panfini. avente ad oggetto la ripetizione di una prestazione pensionistica percepita indebitamente prima del 1° gennaio 1996, ha sollevato, con analoghe argomentazioni, la medesima questione di costituzionalità in riferimento agli stessi parametri dopo che gli atti gli erano stati parimenti restituiti da questa Corte con la citata ordinanza n. 249 del 2002, per riesame della rilevanza alla luce della menzionata sopravvenienza legislativa;

che — secondo il Tribunale — era risultato che il Panfini aveva percepito nel 2000 un reddito superiore al limite di cui al comma 7 dell'art. 38 della legge n. 448 del 2001;

che pertanto sussistevano i presupposti per la ripetibilità dell'indebito pensionistico, ma — ad avviso del rimettente — permanevano, anche in riferimento all'art. 38 della legge n. 448 del 2001, tutte le ragioni che avevano fondato il sospetto di illegittimità costituzionale dei commi 260 e 261 dell'art. 1 della legge n. 662 del 1996 nella precedente ordinanza di rimessione, stante la sostanziale identità delle due normative;

che, secondo il rimettente, la disciplina censurata dell'indebito previdenziale è irragionevolmente diretta a colpire emolumenti pensionistici di assai modesto importo, garantiti dall'art. 38 Cost per categorie di cittadini più deboli, i quali tuttavia risultano esposti alla ripetizione di un indebito maturato prima dell'entrata in vigore della disciplina medesima;

che anche in questo giudizio l'INPS si è costituito concludendo per l'inammissibilità o l'infondatezza della sollevata questione di costituzionalità;

che si è costituita anche la parte privata che ha concluso per l'accoglimento della questione di costituzionalità aderendo alle argomentazioni svolte dall'ordinanza di rimessione;

Considerato che i due giudizi possono essere riuniti avendo ad oggetto la medesima disposizione (art. 38. commi 7 e 8, della legge 8 dicembre 2001. n. 448);

che tale normativa prevede che nei confronti dei soggetti i quali hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodi anteriori al 1° gennaio 2001, non si fa luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 2000 di importo pari o inferiore ad euro 8.263.31 e, ove invece tale soglia reddituale sia superata, non si fa luogo al recupero dell'indebito nei limiti di un quarto dell'importo riscosso;

che con una disposizione analoga il precedente art. 1, commi 260 e 261, della legge 23 dicembre 1996. n. 662, aveva stabilito che nei confronti dei soggetti che avevano percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia nonché rendite, anche se liquidate in capitale, a carico degli enti pubblici di previdenza obbligatoria, per periodi anteriori al 1° gennaio 1996. non si faceva luogo al recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi fossero percettori di un reddito personale imponibile ai fini dell'IRPEF per l'anno 1995 di importo pari o inferiore a lire 16.000.000 e parimenti, ove invece tale soglia reddituale fosse superata, il recupero dell'indebito avveniva nei limiti di un quarto dell'importo riscosso;

che nei giudizi pendenti innanzi ai giudici rimettenti, concernenti entrambi fattispecie di indebiti pensionistici maturati prima del 1° gennaio 1996, sia l'una che l'altra disposizione sarebbero astrattamente idonee — secondo distinti ed attualmente contrastanti orientamenti della giurisprudenza di legittimità — a rendere parzialmente ripetibili le prestazioni previdenziali indebitamente erogate dall'INPS, sì da frapporsi entrambe all'applicabilità della disciplina a regime dell'indebito previdenziale, che i giudici rimettenti mirano ad applicare una volta rimossa la norma sospettata di incostituzionalità;

che sulla rilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale incide il rapporto tra tali due disposizioni, atteso che di esse solo l'art. 38, commi 7 e 8, della

legge n. 448 del 2001 è oggetto delle censure dei giudici rimettenti, onde diviene determinante l'applicabilità dell'una o dell'altra disciplina agli indebiti previdenziali insorti prima del 1° gennaio 1996;

che entrambi i giudici rimettenti — limitandosi ad affermare, in termini meramente assertivi, l'applicabilità dell'art. 38, commi 7 e 8, della legge n. 448 del 2001, e non già dell'art. 1, commi 260 e 261, della legge n. 662 del 1996 — non affrontano motivatamente tale problema interpretativo. benché con la precedente citata ordinanza n. 249 del 2002 di restituzione degli atti questa Corte avesse precisato che la sopravvenienza legislativa, costituita dalla disposizione attualmente censurata. richiedesse una motivata "riconsiderazione della natura transitoria o meno degli effetti sulle ripetizioni di indebito pregresso";

che d'altra parte i rimettenti, pur muovendo da tale non motivato presupposto, omettono poi del tutto di esaminare il rapporto tra le due disposizioni per verificare se l'art. 38, commi 7 e 8, della legge n. 448 del 2001 — che comunque rende inapplicabile per gli indebiti previdenziali anteriori al 1° gennaio 2001 la disciplina a regime posta dall'art. 13 della legge 30 dicembre 1991, n. 412 — operi allo stesso modo anche sull'art. 1, commi 260 e 261, della legge n. 662 del 1996, ovvero ne comporti l'abrogazione per incompatibilità;

che — ai fini di ritenere la rilevanza della questione — i rimettenti avrebbero dovuto motivare non solo sull'applicabilità dell'art. 38, commi 7 e 8, citato, anche agli indebiti previdenziali sorti prima del 1° gennaio 1996, ma altresì sulla negazione di ogni residuale operatività dell'art. 1, commi 260 e 261, citato, a seguito dell'eventuale caducazione della prima disposizione, da essi sollecitata;

che sotto entrambi i profili la motivazione sulla rilevanza della sollevata questione di legittimità costituzionale si rivela carente, onde quest'ultima è manifestamente inammissibile.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 188.

**CORTE DI CASSAZIONE**
**Sezioni Civili**

***Pensioni* - Casse di mutualità e fondi previdenziali - Previdenza marinara - Lavoratori marittimi - Soppressione della Cassa di Previdenza Marinara - Passaggio all'assicurazione generale obbligatoria - Anzianità contributiva - Benefici *ex* artt. 24 e 25 della legge n. 413 del 1984 nei confronti dell'AGO - Passaggio al sistema pensionistico per i dipendenti statali - Riconoscimento dei benefici - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 9.3.2004, n. 4792 - Pres. Dell'Anno - Rel. Cellerino - P.M. Destro (Conf.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente) - Dell'Osa (non cost.).**

*Il beneficio, previsto dagli artt. 24 e 25 della legge n. 413 del 1984 a favore dei marittimi già iscritti alla soppressa Cassa nazionale per la previdenza marinara, del prolungamento della maggiorazione convenzionale dei periodi di copertura assicurativa, ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico della assicurazione generale obbligatoria, non può essere riconosciuto a favore di un lavoratore che, per essere passato alle dipendenze di un'amministrazione statale, ed aver richiesto la ricongiunzione delle posizioni assicurative, non ha maturato alcuna prestazione pensionistica nei confronti dell'AGO, e quindi dell'INPS, ma esclusivamente nei confronti del regime assicurativo, sostitutivo ed esonerativo di quello generale, spettante al personale statale. (Massima non ufficiale)*

FATTO — L'Istituto nazionale della previdenza sociale appellava la sentenza emessa dal Pretore di Chieti in contraddittorio con Gaetano Dell'Osa che, quale, dipendente del Ministero della P.I. - Provveditorato di Chieti, il 23 settembre 95 l'aveva convenuto in giudizio per sentir rideterminare, ai fini del computo della pensione, con i benefici di cui agli artt. 24 e 25 della legge n. 413/84, il periodo di lavoro svolto come marittimo, già ricongiunto ai fini previdenziali presso il Ministero della P.I. *ex* L. n. 29/79.

Lamentava l'Istituto, per quanto ancora interessa, l'inapplicabilità del beneficio invocato (previsto per i soli assicurati nell'A.G.O.) alla fattispecie, in quanto l'interessato, dopo i periodi di imbarco, era transitato in altro regime pensionistico, regolato da altre norme, godendo di stabilità di posto e della possibilità di pervenire comunque alla massima anzianità contributiva.

Nel ricostituito contraddittorio il Tribunale rigettava l'impugnazione, peraltro contestata dal Dell'Osa che, nel merito, obiettava che l'art. 1 della legge 413/84 non limita, se non nei casi di cui all'art. 6, la sua operatività ai soli assicurati dell'A.G.O., posto

che la *ratio* della norma non consente disparità di trattamento tra lavoratori marittimi transitati in altro regime previdenziale e quelli a regime immutato.

Avverso questa sentenza l'INPS propone un motivo di ricorso per cassazione. L'intimato non si è costituito.

DIRITTO — Contro la sentenza che, confermando quella di primo grado, ha rigettato l'appello proposto dall'INPS per contestare il riconoscimento del diritto di Gaetano Dell'Osa al beneficio del prolungamento dei periodi assicurativi previsti dagli artt. 25 e 26 della legge n. 413 del 26 luglio 1984, in relazione ai periodi d'imbarco effettivo, l'Istituto nazionale della previdenza sociale denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 6 e 25 della legge 413/84 e degli artt. 1 e 2 legge 29/79, in relazione all'art. 360, c.p.c., nn. 3 e 5.

L'INPS, premesso che la legge n. 413/84 ha provveduto al riordinamento pensionistico dei lavoratori marittimi sopprimendo la Cassa nazionale per la previdenza marinara e sottoponendo i lavoratori marittimi all'AGO, da esso medesimo gestita, ricorda che l'art. 25, legge cit., in sede di ricostituzione della posizione assicurativa ha riconosciuto agli interessati il beneficio della maggiorazione convenzionale, nella misura del 40%, della durata dei periodi effettiva navigazione mercantile stabilendo espressamente che il prolungamento dei singoli periodi di effettiva navigazione mercantile deve essere operato esclusivamente "ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria", da intendere, secondo quanto precisato nell'art. 1 della stessa legge n. 413, per "l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti".

Pertanto, l'INPS sostiene d'essere tenuto ad applicare le disposizioni contenute nel citato articolo 25 solo ai fini della liquidazione delle prestazioni a carico dell'"Assicurazione generale obbligatoria", limitandosi ad utilizzare, per la ricongiunzione ai sensi della L. n. 29/79 presso altre gestioni, gli effettivi periodi di navigazione, e richiama al riguardo la giurisprudenza di questa Corte che, in fattispecie analoga, (Cass, n. 6546/2000) avvalora la sua tesi.

L'art. 1 della legge 26 luglio 84, n. 413 (il cui titoletto reca "Abbreviazioni di indicazioni") riferisce alle espressioni "Istituto" e "assicurazione generale obbligatoria" l'"Istituto nazionale della previdenza sociale" e la "assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti", con chiaro riferimento alla previdenza in regime "privatistico".

Il successivo art. 6 nel titoletto: "(Esclusioni dalla presente legge)" e, poi alla lettera c) del 1° comma, esclude l'applicazione della legge stessa ("La presente legge non si applica: [omissis]) — ai marittimi che, in conseguenza del rapporto di lavoro presso una pubblica amministrazione, siano obbligatoriamente iscritti ad una forma assicurativa esclusiva, sostitutiva od esonerativa dell'assicurazione generale obbligatoria, fatto salvo quanto disposto al successivo capo I del titolo V; …" (che tratta del personale FFSS addetto alle navi traghetto — n. d. r.).

Ora è noto che "l'inidoneità in astratto di un fatto a produrre un effetto giuridico, ovvero l'inesistenza di una norma che al fatto associ l'effetto è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, con il solo limite del giudicato interno" (Cass. n. 10832 del 29.10.98).

Da questa premessa discende, conformemente alle argomentazioni di carattere siste-

matico della difesa dell'Istituto sui regimi previdenziali facenti riferimento all'AGO e al trattamento di quiescenza del personale statale, di carattere sostitutivo ed esonerativo rispetto all'altro, che non può essere trasferito e riverberarsi su questo diverso sistema un "beneficio" (così espressamente qualificato dalle disposizioni in esame, da considerare, pertanto, *lex specialis*: art. 14, preleggi) limitato esclusivamente ad implementare il trattamento di quiescenza assicurato dall'AGO, come ribadiscono con forza gli incisi contenuti negli artt. 25 e 26, legge cit., laddove il legislatore limita il riferimento alle sole prestazioni pensionistiche a carico della assicurazione generale obbligatoria.

Il ricorso, confermando la ormai corrispondente giurisprudenza di questa Corte (v. oltre alla sentenza citata dal ricorrente, più recentemente, la n. 10617/02) dev'essere pertanto accolto.

Il che comporta, non essendo necessari accertamenti di fatto, il rigetto della domanda dell'assicurato, *ex* art. 384 c.p.c., per essere la sua posizione assicurativa di impiegato statale incompatibile con il riconoscimento del beneficio richiesto.

Quanto alle spese processuali, se ne deve regolare il sistema, per l'intero giudizio, compresa questa fase, *ex* art. 152, disp. att. c.p.c., nel testo previgente all'art. 43, 11° comma, D.L. n. 269/03.

*(Omissis)*

***Contributi* - Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Ricongiunzione dei periodi contributivi nella gestione artigiani - Condizioni - Esistenza di un periodo di almeno otto anni di contribuzione in detta gestione - Necessità - Esistenza, nel periodo immediatamente precedente alla presentazione della domanda, di un periodo di cinque anni di contribuzione ininterrotta nell'AGO - Necessità - Esclusione - Fondamento.**

**Corte di Cassazione - 6.3.2004, n. 4633 - Pres. Sciarelli - Rel. Lamorgese - P.M. Matera (Diff.) - Paglierini (Avv. Voltaggio Lucchesi) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra).**

*La facoltà di ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nella gestione artigiani può essere esercitata, ai sensi dell'art. 2, 1° co. L. 7.2.79 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 alla domanda, perché tale requisito, previsto dall'ultimo co. dell'art. 1 stessa legge, è imposto, soltanto, per la ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria.*

FATTO — Aldo Pagliarini esponeva, con ricorso del 7.8.1995 al Pretore di Bari, di essere titolare di assegno di invalidità dell'1.5.93; che, in data 21.2.95, aveva chiesto la ricongiunzione, nella Gestione Artigiani, ove risultava iscritto dall'1.2.78 al 31.12.91, di periodi di contribuzione presso il Fondo pensioni lavoratori dipendenti dall'1.9.43 al 31.7.77 e di versamenti volontari effettuati dal 10.3.73 al 24.9.77; che l'INPS aveva respinto la richiesta. Chiedeva, pertanto, la condanna dell'Istituto, previa ricongiunzione dei periodi indicati, al pagamento dell'assegno nella misura corrispondente a tutti i suddetti periodi contributivi e alle relative differenze.

L'INPS resisteva alla domanda, che, di fatti, era rigettata dal primo giudice.

La Corte di Appello di Bari confermava la decisione di primo grado con sentenza depositata il 4 luglio 2000.

Il Pagliarini ha proposto ricorso per cassazione illustrato da memoria. L'Istituto ha resistito con controricorso.

DIRITTO — La Corte di Appello ha rigettato la domanda di ricongiunzione, perché il ricorrente, all'atto della domanda, non poteva far valere un periodo di contribuzione di almeno cinque anni, immediatamente antecedente, nell'assicurazione generale obbligatoria; ciò in base all'interpretazione che la Corte dava all'art. 2, comma 1°, della L. n. 29 del 1979.

Con l'unico motivo del proprio ricorso, il Pagliarini sostiene, invece che, per la ricongiunzione da lui richiesta delle diverse contribuzioni nella gestione artigiani basta che egli possa far valere otto anni di contribuzione in detta gestione, non anche cinque anni di contribuzione, immediatamente antecedenti alla domanda, nell'A.G.O..

Il ricorso è fondato.

La norma su cui il ricorrente basa la propria domanda è l'art. 2 L. 7.2.79 n. 29 che consente al lavoratore "che possa far valere periodi di iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria" di conseguire "la ricongiunzione presso la gestione in cui risulta iscritto all'atto della domanda, ovvero presso una Gestione nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione".

Il ricorrente, avendo versato per più di otto anni, i contributi nella cassa artigiani, chiede la ricongiunzione in detta gestione speciale di periodi di contribuzione presso il Fondo pensioni lavoratori dipendenti (dall'1.9.43 al 31.7.77), oltreché di versamenti volontari effettuati (dal 10.3.73 al 24.9.77).

Gli si oppone, dall'INPS, la mancanza di un periodo di contribuzione di almeno cinque anni, immediatamente antecedenti alla domanda, nell'assicurazione generale obbligatoria oppure in due o più gestioni previdenziali diverse, come richiesto dall'ultimo co., dell'art. 1 della L. n. 29 del 79.

Ciò perché l'art. 2, dopo aver previsto, come si é detto, due possibilità e, cioè: 1) la ricongiunzione presso la gestione in cui il lavoratore risulti iscritto all'atto della domanda, ovvero: 2) presso una gestione nella quale possa far valere almeno otto anni di contribuzione, aggiunge: "Per i lavoratori autonomi restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, quarto co.".

Perché detto 4° co., prevede l'iscrizione all'A.G.O. o in gestioni previdenziali diverse per almeno cinque anni antecedenti, l'INPS ne trae argomento per negare il diritto vantato dal ricorrente, dato che questi non può vantare cinque anni di contribuzione

nell'A.G.O. immediatamente antecedenti alla domanda.

Questa Corte non condivide il ragionamento dell'Istituto: l'inciso su cui questi basa la sua tesi è, come si è detto, il seguente: "Per i lavoratori autonomi restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, 4° co.", (1° co. art. 2 L. n. 29 del 79).

Detto inciso non fa, dunque, che rinviare al 4° co. dell'art. 1.

Il mentovato 4° co. dispone: "La facoltà di cui al primo comma può essere esercitata dai lavoratori autonomi … che possano far valere, all'atto della domanda, un periodo di contribuzione di almeno cinque anni immediatamente antecedente nell'A.G.O." o in gestioni previdenziali sostitutive.

Detto 4° co., riguarda, dunque (soltanto), la facoltà di cui al 1° co..

L'art. 1, 1° co. prevede (soltanto) la ricongiunzione nell'A.G.O..

Consegue da quanto esposto che l'inciso: "Per i lavoratori autonomi restano ferme le disposizioni di cui all'art. 1, 4° co.", si riferisce solo alla ricongiunzione nell'A.G.O..

Concludendo, comunque il quinquennio, immediatamente antecedente di contribuzione nell'A.G.O. o in gestioni previdenziali sostitutive, è richiesto solo all'atto della domanda di ricongiunzione indetta assicurazione obbligatoria.

Non è richiesto, invece, nella seconda ipotesi dell'art. 2, 1° co., e cioè, quando si chiede la ricongiunzione presso un'altra gestione nella quale il lavoratore possa far valere almeno otto anni di contribuzione (nel caso di specie: la gestione artigiani).

Una diversa interpretazione porterebbe, infatti, a ritenere che, mentre il lavoratore autonomo, che chiede la ricongiunzione nell'A.G.O., debba, soltanto, dimostrare cinque anni di contribuzione nell'A.G.O. medesima o in forme previdenziali sostitutive, il lavoratore autonomo, che chiede la ricongiunzione nella gestione artigiani, dovrebbe provare i cinque anni suddetti, oltre otto nella gestione artigiani; con conseguente problemi di manifeste incostituzionalità che sono stati fatti propri dall'ordinanza di questa Corte, di rimessione alla Consulta, della relativa questione, pubblicata nella G.U. del 9 luglio 2003 sotto il numero 413.

L'interpretazione data che questo collegio invece, offrendo un'interpretazione che si adegua al precetto costituzionale (art. 3 e 38 Cost.), sfugge ad ogni dubbio che incostituzionalità.

Concludendo, il ricorso va accolto e la causa va rinviata ad altro Giudice, che si atterrà al seguente principio: "la facoltà di ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nella gestione artigiani può essere esercitata, ai sensi dell'art. 2, 1° co. L. 7.2.79 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 alla domanda, perché tale requisito, previsto dall'ultimo co. dell'art. 1 stessa legge, è imposto, soltanto, per la ricongiunzione di tutti i periodi di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria".

Il Giudice del rinvio provvederà, altresì, sulle spese del presente giudizio di cassazione.

*(Omissis)*

***Prestazioni* - Assicurazione contro le malattie - Assistenza economica - Indennità - Impiegati dell'industria - Esonero dal pagamento del contributo di malattia dovuto all'INPS - Configurabilità - Fondamento.**

**Corte di Cassazione - 6.3.2004, n. 4613 - Pres. Mercurio - Rel. Lupi - P.M. Finocchi Ghersi (Diff.) - INPS (Avv.ti Correra, Ponturo, Fonzo) - Nuova Antenna Tre S.p.A. (Avv. Caroleo).**

*In tema di prestazioni previdenziali economiche dovute al lavoratore in caso di malattia, gli impiegati dell'industria sono esclusi dall'assicurazione per dette prestazioni e dalla relativa contribuzione, atteso che il D.Lgt. n. 213 del 1946 ha differenziato il loro trattamento rispetto agli operai, riducendo la contribuzione in relazione all'esclusione per essi della indennità di malattia. Tale differenziazione non è stata modificata dalla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale che, sopprimendo l'INAM, ha trasferito all'INPS la gestione delle prestazioni economiche, né dalle successive leggi che disciplinano la contribuzione all'INPS, le quali commisurano il contributo non alle retribuzioni dei dipendenti, ma solo a quelle "per i soggetti aventi diritto all'indennità economica di malattia".*

FATTO — Con sentenza del 20.10. 2000 la Corte di Appello di Milano, decidendo sull'appello proposto dall'INPS nei confronti di Nuova Antenna Tre S.p.A., avverso sentenza del Pretore di Legnano, rigettava l'appello. Osservava in motivazione che l'art. 6 della legge n. 138 del 1943, nel caso che al lavoratore sia assicurata in forza di legge o di contratto collettivo la retribuzione, esonera l'Istituto previdenziale dal pagamento dell'indennità di malattia ed esonera anche il datore di lavoro dal pagamento del contributo assicurativo. Rilevava che la normativa successiva all'entrata in vigore del Servizio Sanitario Nazionale, art. 1 legge n. 33 del 1980, 14 della legge 155 del 1981 e 31 comma V aveva limitato l'obbligo contributivo cui è tenuto per legge il datore di lavoro solo relativamente agli aventi diritto alla indennità.

Propone ricorso per cassazione affidato ad unico complesso motivo l'INPS; resiste con controricorso Nuova Antenna Tre che ha depositato anche memoria.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunziando la violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 9 della legge n. 138 del 1943, 74 della legge n. 833 del 1978 e 1, quarto comma, decreto legge n. 663 del 1979 ed il vizio di motivazione (art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c.), l'Istituto ripropone gli argomenti condivisi da questa Corte con sentenze 14571 del 1999 e 1950 del 2000, relativamente all'obbligo contributivo per gli impiegati, prospettando che l'esclusione della erogazione della indennità prevista dall'art. 6 della legge n. 138 del 1943 da parte dell'Istituto non comporta l'esonero dall'assicurazione che trova il suo fondamento nel principio solidaristico.

Osserva il Collegio che non è controverso che i contributi in oggetto riguardano dipendenti con la qualifica di impiegati di impresa inquadrata nel settore industria.

È opportuno premettere un esame della normativa avente ad oggetto il trattamento

economico o indennità di malattia degli impiegati in caso di malattia.

Il R.D.L. n. 1825 del 1924, convertito con legge n. 562 del 1926, prevede, per il dipendente assente dal servizio per malattia, la retribuzione intera o ridotta alla metà per un periodo variabile (da tre a sei mesi) a seconda dell'anzianità. Il Codice Civile del 1942 all'art. 2110 estende l'obbligo del datore di lavoro in caso di assenza per malattia (oltre che per infortunio e gravidanza e puerperio) a tutti i dipendenti nella misura e per il tempo stabiliti da leggi speciali, norme corporative, usi o equità, ma lo pone come sussidiario alla mancanza di forme di previdenza o assistenza.

Nel 1943 la legge n. 138 istituisce l'assicurazione obbligatoria per la malattia e l'Istituto che la gestisce, poi denominato INAM. Sono destinatari dell'assicurazione gli impiegati e gli operai dipendenti da privati. L'art. 6 della legge al primo comma indica le otto prestazioni dell'ente, cioè quelle sanitarie e l'ottava costituita dalla indennità di malattia. Al secondo comma precisa: "L'indennità non è dovuta quando il trattamento economico di malattia è corrisposto per legge o per contratto collettivo dal datore di lavoro e da altri enti in misura pari o superiore a quella fissata dai contratti collettivi a sensi del presente articolo. Le prestazioni corrisposte da terzi in misura inferiore a quella dell'indennità saranno integrate dall'ente sino a concorrenza".

Il quarto comma attribuisce alla contrattazione collettiva (corporativa) la determinazione della misura e dei limiti dell'indennità. L'art. 9 attribuisce alla contrattazione collettiva la determinazione del contributo sulla base dei dati forniti dall'Istituto. Gli artt. 10 e 11 prevedono un unico contributo non differenziato a seconda che gli assicurati abbiano diritto o meno al trattamento economico di malattia. Nel sistema delineato, infatti. l'equilibrio tra prestazioni e contribuzione era assicurato per ciascun settore e categoria di dipendenti dal sistema corporativo.

Abrogato con decreto legislativo luogotenenziale n. 287 del 1944 l'ordinamento corporativo, con altro provvedimento normativo primario dello stesso tipo del 19 aprile 1946 n. 213, con la rubrica "Modificazioni delle vigenti disposizioni sulla assicurazione di malattia per i lavoratori dell'industria", sono stati modificati per gli impiegati dell'industria l'ambito dell'assicurazione e la misura della contribuzione. Infatti l'art. 1 fa rinvio per le prestazioni in denaro e la contribuzione, precedentemente regolate dalla contrattazione collettiva a sensi del menzionato 4° comma dell'art. 6 della legge n. 138/1943, alla tabella allegata. Questa, sotto la lettera A) n. 1, prevede l'indennità giornaliera di malattia solo per gli operai e alla lettera B differenzia la contribuzione nella misura del 5% della retribuzione per gli operai e del 3% per gli impiegati, in ragione evidentemente della minor tutela assicurativa.

Con questa legge è stata modificata relativamente agli impiegati dell'industria l'assicurazione di malattia con l'esclusione per essi della indennità di malattia e della parte di contribuzione ad essa afferente.

Questa riduzione della contribuzione per gli impiegati dell'industria in conseguenza della riduzione dell'assicurazione, è stata confermata dalla legge n. 74 del 1951 nella misura del 5,40%, invece che del 7,40% per gli operai.

Con l'istituzione del servizio sanitario nazionale con la legge n. 833 del 1978 e la soppressione dell'INAM, la gestione delle prestazioni economiche passa all'INPS, art. 74 della legge. È significativo che le successive leggi che si occupano della contribuzione all'INPS, art. 14 legge n. 155 del 1981 e 31 della legge n. 41 del 1986, commisu-

rano il contributo dovuto all'INPS non alle retribuzioni dei dipendenti ma solo a quelle per "i soggetti aventi diritto alla indennità economica di malattia", confermando che vi è almeno una categoria di lavoratori esclusi dall'assicurazione.

Diversa è stata la vicenda degli impiegati del commercio, credito, assicurazione ed altre categorie affini per i quali il decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 31.10.1947 n. 1304, regolando il trattamento di malattia, non ha modificato l'impianto unitario dell'assicurazione, fissato dalla legge n. 138 del 1943, prevedendo in tabella la spettanza della indennità senza alcuna distinzione tra impiegati ed operai ed un'unica aliquota contributiva del 4,50%. La tabella ha escluso dalla prestazione solo gli impiegati dipendenti da proprietari di fabbricati, piazzisti e viaggiatori ed i portieri prevedendo per essi la minor aliquota del 3%. Per gli impiegati del commercio, salvo le indicate eccezioni, quindi persiste il problema degli effetti della contrattazione collettiva postcorporativa sull'obbligo contributivo, a sensi del secondo comma dell'art. 6 della legge n. 138 del 1943, risolto dalla recentissima sentenza delle Sezioni Unite n. 10232 del 2003 (1).

Il principio, fissato da detta sentenza, di permanenza dell'obbligo di contribuzione per l'assicurazione concernente l'indennità di malattia in favore dell'INPS, anche quando l'indennità per previsione della contrattazione collettiva sia a carico dei datore di lavoro, è stato affermato in controversia concernente dipendenti del commercio,0 si estende agli operai e impiegati di altri settori ma non anche agli impiegati dell'industria.

In conclusione, gli impiegati dell'industria, a sensi del D.Lgt n. 213 del 1946, sono esclusi dalla assicurazione per le prestazioni economiche di malattia e dalla relativa contribuzione. In questi sensi, essendo il dispositivo conforme a diritto, va corretta ed integrata, a sensi del secondo comma dell'art. 384 c.p.c., la motivazione della sentenza impugnata, che ha fondato l'esclusione sulla contrattazione collettiva e sull'art. 6 della legge n. 138 del 1943.

Il ricorso dell'INPS va pertanto rigettato.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1566.

***Contributi* - In genere - Prescrizione - Termine breve introdotto dalla legge n. 335 del 1995 - Applicabilità del termine ordinario - Denuncia del lavoratore all'INPS - Sufficienza.**

**Corte di Cassazione - 6.3.2004, n. 4606 - Pres. Dell'Anno - Rel. D'Agostino - P.M. Pivetti (Conf.) - Indelicato (Avv. Tomaselli) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente).**

*In materia di termine di prescrizione per il versamento dei contributi previdenziali, la riduzione del termine, da decennale a quinquennale, disposta dall'art. 3, comma 9, lettera a) della legge n. 335 del 1995 a decorrere dal primo gennaio 1996 non si applica ai casi di denuncia di omissione contributiva presentata all'INPS da parte del lavoratore o dei suoi superstiti, al fine di sollecitare l'ente al recupero dei contributi omessi, indipendentemente dall'avvenuta promozione o meno dell'azione di recupero dell'INPS nei confronti del datore di lavoro inadempiente.*

FATTO — Con ricorso del 20.3.1997 al Pretore di Catania Palma Indelicato conveniva in giudizio l'INPS chiedendo la condanna dell'istituto alla corresponsione della pensione di reversibilità quale coniuge superstite di Nicola Caruso deceduto il 15.5.1990, essendo rimasta senza esito la domanda amministrativa presentata il 28.6.1990.

L'INPS si costituiva e si opponeva alla domanda.

Il Pretore con sentenza del 10.5.1999 rigettava il ricorso.

L'appello proposto dalla Indelicato veniva respinto dal Tribunale di Catania con sentenza depositata il 17.5.2001.

In motivazione il Tribunale osservava che alla data di decesso del Caruso (15.5.1990) non risultava sussistere il requisito dei 780 contributi settimanali, oppure dei 260 contributi settimanali di cui 156 nel quinquennio anteriore la data della morte: rilevava che nella specie non era applicabile l'art. 2116 cod. civ. poiché ai sensi dell'art. 27 comma 2 del R.D.L. 14.4.1939 n. 636, come modificato dall'art. 40 della legge 30.4.1969 n. 153 e dall'art. 23 *ter* del D.L. n. 267 del 1972, convertito in legge n. 485 del 1972, il requisito di contribuzione poteva sì ritenersi sussistente anche quando i contributi non erano stati versati, ma solo quando i medesimi risultavano comunque dovuti nei limiti della prescrizione.; osservava che non potevano ritenersi utili ai fini del raggiungimento del prescritto requisito contributivo i versamenti effettuati in data 2.6.1997 da tale Benedetto Dadone, *ex* datore di lavoro del Caruso, per regolarizzare la posizione previdenziale del dipendente per gli anno 1987/7990, poiché detti contributi risultavano già prescritti ai sensi dell'art. 3 della legge n. 335 del 1995; rilevava che la interruzione di detta prescrizione poteva ritenersi effettuata solo da atti posti in essere dall'INPS e non dal lavoratore.

Per la cassazione di tale sentenza la Indelicato ha proposto ricorso con due motivi. L'INPS ha depositato procura.

DIRITTO — Con il primo motivo, denunciando violazione degli artt. 90 e 91 della legge 30 aprile 1969 n. 153, dell'art. 23 del D.L. n. 267 del 1972, dell'art. 2116 cod. civ. e della legge n. 335 del 1995, la ricorrente osserva che il Tribunale ha omesso di applicare il disposto dell'art. 3 comma 9 della legge n. 335/1995, secondo cui il termine di prescrizione per il versamento dei contributi è ridotto a cinque anni "salvo i casi di denuncia del lavoratore o dei suo superstiti", e non ha considerato che la Indelicato, presentando domanda di pensione indiretta in data 28.6.1990, aveva denunciato all'INPS che la ditta Dadone era tenuta al versamento dei contributi per il periodo in cui il marito aveva lavorato alle sue dipendenze e che tale denuncia era stata ribadita

sia con ricorso dell'11.3.1994 al Comitato Provinciale dell'Istituto che con il ricorso introduttivo del presente giudizio. Di conseguenza, sostiene la ricorrente, dovendo applicarsi la prescrizione decennale, i versamenti tardivamente effettuati dalla ditta Dadone erano validi ai fini del raggiungimento del requisito di contribuzione.

Con un secondo profilo di censura la ricorrente rileva che al momento della proposizione della domanda giudiziale di pensione (20.3.1997) non erano ancora caduti in prescrizione i contributi relativi al periodo dal 20.3.1987 alla morte del marito (15.5.1990)e che l'automatismo di cui all'art. 2116 cod. civ. opera indipendentemente dall'esito dell'azione di recupero eventualmente esercitata dall'INPS nei confronti del datore di lavoro.

Lamenta che in ogni caso il Tribunale se avesse tenuto conto dei contributi risultanti dalla documentazione prodotta (n. 145 contributi settimanali relativi al periodo 1.11.1971/31.12.1974 (libretto personale); n. 208 contributi settimanali relativi al periodo 1.7.1974/21.12.1982 (mod.10/M); n. 52 contributi dovuti per il periodo 25.11.1996/15.5.1990 in parte regolarizzati dalla ditta Dadone) avrebbe dovuto rilevare la sussistenza dei requisiti contributivi alla data della domanda.

Con il secondo motivo, denunciando violazione dell'art. 55 del R.D.L. 4.10.1935 n. 1827 e dell'art.2943 cod. civ. la ricorrente censura l'affermazione del Tribunale secondo cui la prescrizione dei contributi può essere interrotta solo da atti dell'INPS e deduce che per il principio dell'automatismo delle prestazioni di cui al citato art. 2116 cod. civ. ai fini del riconoscimento della prestazione previdenziale ha rilievo la denuncia che l'interessato fa all'Istituto ai fini del recupero dei contributi non versati dal datore di lavoro.

I motivi di ricorso, che per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente, sono fondati nei limiti delle considerazioni che seguono.

L'art. 3 comma 9 lettera a) della legge n. 335 del 1995, mentre stabilisce che le contribuzioni di previdenza e di assistenza obbligatoria si prescrivono in dieci anni, dispone poi che "a decorrere dal 1° gennaio 1996 tale termine è ridotto a cinque anni salvi i casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti". Il successivo comma 10 stabilisce che "i termini di prescrizione di cui al comma 9 si applicano anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente legge fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa precedente".

Questa Corte ha già avuto modo di osservare che in base alla chiara formulazione della norma la riduzione del termine di prescrizione di dieci anni in quello quinquennale, previsto dalla prima parte della lettera a), non si applica nei casi di denuncia del lavoratore o dei suoi superstiti (Cass. n. 1372 del 2003). È di tutta evidenza che la norma si riferisce alla denuncia di omissione contributiva presentata all'INPS dall'interessato o dai superstiti al fine di sollecitare l'ente al recupero dei contributi omessi e che l'allungamento del termine prescrizionale opera in questo caso indipendentemente dalla promozione o meno dell'azione di recupero che l'INPS è tenuta ad esercitare nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

Nella specie il giudice di appello non ha tratto le dovute conseguenze dalle circostanze, nella stessa sentenza ritenute accertate, che il rapporto di lavoro del Caruso con il Dadone risultava da sentenza passata in giudicato, che l'omissione contributiva del

Dadone era stata denunciata all'INPS dalla ricorrente con il ricorso amministrativo al Comitato Provinciale dell'11 marzo 1994, oltre che con la domanda giudiziale del 20 marzo 1997, e che il Dadone in data 2.6.1997, avvalendosi del condono previsto dal D.L. n. 79 del 1997, aveva provveduto a regolarizzare la posizione contributiva dell'*ex* dipendente per gli anni 1987/1990.

Il Tribunale di Catania, quindi, ha errato laddove ha escluso la prescrizione decennale dei contributi dovuti dal Dadone ed ha ritenuto inapplicabile nella specie il principio di automaticità della prestazione previdenziale di cui all'art. 2116 cod. civ., mentre avrebbe dovuto ritenere utili, ai fini del calcolo dei contributi per la pensione indiretta, anche quelli relativi al periodo marzo 1987/maggio 1990.

Quanto agli altri contributi di cui la ricorrente lamenta il mancato computo (145 contributi settimanali nel periodo 1.11.1971/31.12.1974; 208 contributi settimanali nel periodo 1.1.1974/21.12.1982; n. 52 contributi mensili in parte regolarizzati dal Dadone) va osservato che la censura si rivela priva del carattere di decisività poiché la ricorrente non ha precisato, come era suo onere per il principio di autosufficienza del ricorso, in quale fase del processo di merito e con quale atto difensivo i relativi documenti erano stati portati all'attenzione del giudicante, sicché la Corte non è in grado di valutare se effettivamente vi sia stato un omesso esame di documenti da parte del giudice di merito e se detta omissione sia stata decisiva per la soluzione della controversia.

Le censure della ricorrente, nei termini sopra esposti, sono dunque fondate. Di conseguenza la sentenza impugnata deve essere cassata e la causa rinviata per un nuovo esame ad altro giudice che si atterrà ai principi sopra formulati e provvederà anche al regolamento delle spese del presente giudizio di cassazione.

*(Omissis)*

***Prestazioni* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 16 legge 23 luglio 1991 n. 223 - Soggetti destinatari - Individuazione - Criteri - Attività industriale - Rilevanza.**

***Prestazioni* - Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Indennità di mobilità *ex* art. 16 legge 23 luglio 1991 n. 223 - Soggetti destinatari - Individuazione - Criteri - Attività industriale - Rilevanza.**

**Corte di Cassazione - 5.3.2004, n. 4535 - Pres. D'Angelo - Rel. D'Agostino - P.M. Destro (Diff.) - De Rosa ed altri (Avv. Giovannetti) - INPS (non cost.).**

*Ai fini della concessione dell'indennità di mobilità, l'individuazione dei soggetti destinatari di tale beneficio deve essere operata alla stregua della legislazione sulla integrazione salariale, che si pone in rapporto di specialità rispetto alla successiva normativa relativa all'inquadramento delle imprese ai fini previdenziali (art. 49 Legge 9 marzo 1989 n. 88), restando quindi determinante, per accertare il carattere industriale dell'attività, la definizione dell'art. 2195 n. 1 cod. civ., in base alla quale è industriale l'attività produttiva non solo di beni ma anche di servizi, purché l'attività produttiva sia finalizzata alla costituzione di una nuova utilità. (Nella specie, relativa a società che aveva iniziato ad operare dopo l'entrata in vigore della legge n. 88 del 1989, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva negato il carattere di attività industriale dell'azienda, benché svolgesse attività di produzione di servizi, quali la microfilmatura e trasposizione su nastri di documenti cartacei).*

FATTO — Con ricorso del 3.2.2000 gli attuali ricorrenti ed altri litisconsorzi, tutti dipendenti licenziati dalla Gepin S.r.l., proponevano appello avverso la sentenza emessa dal Pretore di Napoli il 10/19.5.1999, con cui detto giudice aveva respinto la domanda diretta ad ottenere dall'INPS l'indennità di mobilità sul presupposto, contestato dai lavoratori, che detta società, la cui attività consisteva nella elaborazione di un nastro o dischetto nel quale venivano trascritte le ricette mediche pervenute dalle farmacie della Campania, non svolgesse attività industriale bensì attività tipica del settore terziario. Ritenevano invece i ricorrenti che i dischetti prodotti dalla Gepin, costituendo una elaborazione e modificazione del materiale cartaceo proveniente dalle farmacie, rappresentava un prodotto nuovo rispetto alla materia prima fornita dal soggetto committente, per cui l'attività della società doveva ritenersi di natura industriale.

Nel contraddittorio delle parti l'appello veniva respinto dalla Corte di Appello di Napoli con sentenza resa il 18.9.2000.

In motivazione la Corte osservava che 1'art.16 della legge n. 223 del 1991 riconosceva l'indennità di mobilità ai lavoratori licenziati per riduzione di personale da imprese rientranti nel campo di applicazione della disciplina dell'intervento straordinario d'integrazione salariale.

Rilevava che la legge n. 1115 del 1968 attribuiva l'integrazione salariale agli operai delle aziende industriali. Osservava che la natura industriale dell'impresa, prima dei nuovi criteri di classificazione introdotti dall'art. 49 della legge n. 88 del 1989, andava individuata secondo i parametri fissati dall'art. 2195 cod. civ. e quindi circoscritta alle attività dirette alla produzione di beni o servizi mediante la manipolazione e trasformazione della materia, tali da far perdere le originarie caratteristiche merceologiche alla materia prima.

Riteneva che nel caso di specie queste caratteristiche non fossero ravvisabili nell'attività svolta dalla Gepin, in quanto la trasposizione su nastro o dischetto delle ricette non costituiva prodotto nuovo, merceologicamente e qualitativamente differente dalla materia prima di partenza, in quanto alla fine delle fasi di lavorazione ciò che sicuramente appare mutato è solo lo strumento espressivo del contenuto delle ricette che pas-

sano da uno strumento grafico ad altro tecnologicamente più avanzato.

Riteneva irrilevante la prova testimoniale richiesta dagli appellanti. Rilevava che in ogni caso i ricorrenti non avevano provato che la Gepin avesse iniziato al propria attività prima dell'entrata in vigore della legge n. 88/2989, per cui i criteri di classificazione fissati dall'art. 2195 c.c. non potevano essere applicati a detta azienda.

Riteneva pertanto la Corte che la natura industriale o terziaria dell'attività svolta dalla Gepin andava riscontrata sulla base della classificazione operata dall'art. 49 della legge n. 88 del 1989.

A1 riguardo la Corte osservava che l'inquadramento della società nel novero delle imprese industriali non appariva fondato neppure sulla base del disposto del citato art. 49, il quale nel classificare i datori di lavoro ai fini previdenziali e assistenziali in cinque settori (industria, artigianato, agricoltura, terziario, credito assicurazioni e tributi) ricomprende nel settore industriale le attività manifatturiera, estrattiva, impiantistica, edile e di trasporto.

L'attività svolta dalla Gepim, infatti, non pub essere ricompresa tra le attività manifatturiere, poiché per tale si intende ogni attività di trasformazione della materia prima lavorata in un *"aliquid novi"*, che non è dato riscontrare nell'attività di trasposizione di materiale cartaceo su supporti magnetici.

Quanto poi alla affermata equiparazione posta dalla legge n. 88/1989 tra il settore commerciale ed il settore terziario ed alla rivendicata applicazione del disposto dell'art. 12 della legge n. 223 del 1991 e dell'art. 7 della legge n. 236 del 1993 (che fino al 31.12.1995 estendeva il trattamento di CIGS anche alle imprese esercenti attività commerciali che occupassero più di 50 addetti) la Corte rilevava che la asserita sussistenza del presupposto numerico non aveva trovato in causa alcun riscontro probatorio, mentre non erano idonee a provare tale circostanza le prove testimoniali richieste dagli appellanti.

In definitiva la Corte negava che il trattamento di mobilità potesse spettare ai dipendenti della Gepin.

Per la cassazione di tale sentenza i lavoratori in epigrafe indicati hanno proposto ricorso sostenuto da cinque motivi. L'INPS non si è costituito.

DIRITTO — Con il primo motivo si denuncia violazione degli artt. 2195 cod. civ. e dell'art. 437 e 420 C.P.C. nonché contraddittorietà ed insufficienza della motivazione, e si deduce che il giudice di appello ha erroneamente applicato l'art. 2195 cod. civ. ritenendo che l'attività produttiva svolta dalla Gepin non fosse qualificabile come industriale.

Si richiama al riguardo la sentenza delle Sezioni Unite n. 196 del 1992 a termini della quale l'attività di registrazione su dati magnetici di informazioni e documenti riveste natura industriale e si censura l'affermazione della Corte territoriale secondo cui la sola modifica della forma della materia prima lavorata non costituisce attività industriale. Si addebita alla Corte di Appello di non aver considerato che l'attività produttiva della Gepin culminava, dopo cinque fasi di lavorazione, con la realizzazione di un bene nuovo e diverso rispetto alla iniziale materia prima.

Si lamenta inoltre che la Corte napoletana non abbia ammesso la prova testimoniale richiesta al Pretore e da questi disattesa senza motivare tale determinazione, ancorché

tale prova fosse finalizzata a provare le caratteristiche dell'attività produttiva svolta dalla società.

Con il secondo motivo si denuncia violazione dell'art. 16 primo comma della legge n. 223/1991 e 2 primo comma della legge n. 1115/1968 in riferimento all'art. 2195 cod. civ. nonché motivazione contraddittoria ed insufficiente e si deduce che la legge n. 223/1991 richiama la legge n. 1115 del 1968 che all'art. 2 sancisce il diritto alla fruizione della CIGS per i dipendenti di imprese industriali.

Si sostiene di conseguenza che la legge n. 1115/1968 nel riferirsi alle imprese industriali non ha potuto che fare riferimento all'art. 2195 c.c. ed ai criteri di distinzione delle attività produttive posti da questa norma. Si conclude che laddove la legge n. 223 /1991 avesse inteso modificare la normativa in tema di CIGS limitandola alle aziende industriali ai sensi della legge n. 88/1989, l'art. 16 cit. avrebbe fatto riferimento a detta normativa e non invece alla previdente legge n. 1115/1968. Conseguentemente deve ritenersi che abbiano diritto a richiedere il trattamento di CIGS tutte le imprese industriali ai sensi dell'art. 2195 c.c. senza alcuna distinzione tra aziende produttrici di beni o di servizi.

Con il terzo motivo si denuncia violazione dell'art. 49 primo comma della legge n. 88 del 1989 e si censura la sentenza impugnata per non aver considerato che anche secondo la classificazione delle imprese operata da detta norma la Gepin doveva essere considerata impresa industriale in quanto azienda manifatturiera.

Con il quarto motivo si denuncia violazione degli artt. 16 primo comma legge n. 223/1991 e 2 legge n. 1115/1968 in riferimento agli artt. 2195 cod. civ. e 49 primo comma legge n. 88/1989, nonché omessa motivazione e si deduce che la legge n. 88/1989 non ha abrogato o modificato la normativa in tema di CIGS limitandosi a prevedere un inquadramento delle aziende al solo fine del riassetto amministrativo dell'INPS per semplificarne le procedure di riscossione e gli adempimenti. Si rileva che la classificazione operata dall'art. 49 cit. ai predetti fini non incide sui diritti che sorgono a favore delle imprese e dei relativi dipendenti da normative che presuppongono la classificazione delle attività disposta dall'art. 2195 cod. civ.. Si addebita inoltre alla Corte di non aver considerato che la classificazione prevista dall'art. 49 cit. non era operante nella specie in ragione dell'ultimo comma di tale articolo che fa salvi gli inquadramenti derivanti da leggi speciali.

Con il quinto motivo si denuncia violazione dell'art. 12 della legge n. 223/1991 e degli artt. 437 e 420 c.p.c. e si deduce che, stante la equiparazione formulata dalla legge n. 88/1989 tra il settore commercio e quello terziario, ove anche si ritenesse che la Gepin rientri nel settore terziario, i ricorrenti avrebbero comunque diritto a fruire della normativa di cui alla legge n. 223/1991 anche in ragione dell'art. 12 di quest'ultima legge oltre che ai sensi dell'art. 7 della legge n. 236/1993 occupando all'epoca dei licenziamenti collettivi oltre 50 dipendenti. Si. rileva che la Corte di Appello ha immotivatamente ritenuto di non ammettere la prova testimoniale richiesta sul punto sin dal primo grado di giudizio.

Premesso che i motivi di ricorso possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione, ritiene la Corte che il ricorso sia fondato nei limiti delle considerazioni che seguono.

I1 problema sottoposto all'esame della Corte concerne la natura, industriale o meno,

dell'attività esercitata dalla soc. Gepin. Preliminare a detto problema è accertare se la natura industriale debba essere valutata secondo i parametri fissati dall'art. 2195 c.c. ovvero secondo quelli stabiliti dall'art. 49 della legge n. 88 del 1989.

La norma transitoria introdotta con il terzo comma dell'art. 49 legge 88/1989 dispone che restano validi gli inquadramenti già in atto nei settori dell'industria del commercio e dell'agricoltura e quelli derivanti da leggi speciali.

Di questi due criteri nella specie non è utilizzabile il primo, in quanto la sentenza impugnata, con affermazione non investita da alcuna censura, ha stabilito che manca la prova che la Gepin abbia iniziato ad operare prima dell'entrata in vigore della legge n. 88/1989. Ritiene invece la Corte che nella specie debba trovare applicazione il secondo dei richiamati criteri derogatori.

L'art. 16 primo comma della legge 23 luglio 1991 n. 223 dispone infatti che hanno diritto all'indennità di mobilità i dipendenti licenziati per riduzione di personale da "imprese, diverse da quelle edili, rientranti nel campo di applicazione della disciplina dell'intervento straordinario salariale". L'art. 2 della legge 5 novembre 1968 n. 1115 dispone che agli operai delle "aziende industriali" che siano sospesi dal lavoro in dipendenza di crisi economiche è corrisposta l'integrazione salariale di cui all'art. 1 del D.Lgs. 9 novembre 1945 n. 788. La ora citata legge 1115/1968 e le successive leggi integrative e modificative in tema di integrazione salariale (si ricordano tra le tante la legge n. 164 del 1975 e la leggen.472 del 1975) costituiscono un corpus uniforme di norme connotato da specialità rispetto al sistema previdenziale ordinario e per il quale certamente opera la deroga posta dalla norma transitoria del terzo comma dell'art. 49 della legge 88/1989. Da ciò consegue da un lato, che per il tempo in cui detta normativa è stata posta in essere, la natura industriale delle imprese beneficiarie non poteva che essere determinata sulla scorta del disposto dell'art. 2195 c.c., che quindi continua a trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 88/1989; dall'altro lato che avendo l'art. 16 della legge n. 223 del 1991 richiamato la speciale legislazione sulla integrazione salariale per individuare i beneficiari dell'indennità di mobilità, anche a questi fini la natura industriale o meno delle imprese che hanno licenziato dipendenti per riduzione di personale non può che essere stabilita sulla base dei parametri fissati dall'art. 2195 c.c..

In definitiva, ai fini della concessione dell'indennità di mobilità, l'individuazione dei soggetti destinatari di tale beneficio deve essere operata alla stregua della legislazione sulla integrazione salariale, che si pone in rapporto di specialità rispetto alle successive norme relative all'inquadramento delle imprese ai fini previdenziali (art. 49 legge 9 marzo 1989 n. 88) restando quindi determinante, per accertare il carattere industriale dell'attività, la definizione dell'art. 2195 n. 1 c.c., in base alla quale è industriale l'attività produttiva non solo di beni ma anche di servizi, purché l'attività produttiva sia finalizzata alla costituzione di una nuova utilità.

Orbene, l'art. 2195 primo comma n. 1 c.c. qualifica attività industriale quella diretta alla produzione di "beni o servizi". Non vi è dubbio che nel caso di specie la Soc. Gepin svolgesse attività di produzione di servizi, tale essendo la microfilmatura e trasposizione su nastri del materiale cartaceo inviatogli dalle farmacia della Campania, con una utilità finale per i committenti, in termini di rapidità di accesso al documento e di minore ingombro, certamente superiore rispetto al coacervo informe dei docu-

menti cartacei. In questi termini non può negarsi che l'attività della Gepin fosse in senso lato "produttiva" di un valore aggiunto rispetto al materiale iniziale. Questa Corte, infatti, ha già avuto modo di precisare che costituisce attività industriale ai sensi del cit. art. 2195 c.c. quella consistente nella produzione di un servizio avente come oggetto una nuova utilità economica ottenuta mediante l'elaborazione di dati (Cass. N. 6345 del 2001) e che la creazione di un risultato economico nuovo può riscontrarsi anche nell'ipotesi di semplice trattamento della materia prima senza che sia necessario che la materia prima subisca modificazioni nelle sue proprietà intrinseche (Cass. N. 9247 del 2001, Cass. N. 2028 del 2000 (1)). In definitiva non può negarsi che la soc. Gepin abbia svolto attività industriale secondo i parametri dell'art. 2195 c.c. con tutte le conseguenze che sul piano pratico ne derivano per i lavoratori licenziati.

La Corte di Appello di Napoli, affermando l'applicabilità nella specie dei criteri di classificazione posti dall'art. 49 della legge n. 88/1989 e negando che l'attività svolta dalla Gepin fosse di natura industriale anche secondo i criteri di. classificazione posti dall'art. 2195 c.c., non si è attenuto ai principi sopra precisati. Il ricorso, pertanto, nei termini sopra precisati, deve essere accolto, mentre resta assorbita ogni diversa censura proposta dai ricorrenti.

La sentenza impugnata, di conseguenza, deve essere cassata per quanto di ragione e la causa rinviata per un nuovo esame ad altro giudice, designato in dispositivo, che si atterrà ai principi sopra evidenziati e provvederà anche alla liquidazione delle spese del giudizio di cassazione.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 1697.

***Contributi* - Ricongiunzione dei periodi assicurativi - Lavoratori nei paesi della Comunità Europea - Totalizzazione - Presupposti - Disciplina *ex lege* n. 29 del 1979 - Ricongiunzione presso gestioni speciali per lavoratori autonomi - Condizioni - Esistenza di un periodo di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria per lavoratori dipendenti di almeno cinque anni immediatamente anche alla domanda - Conseguenze - Diritto alla ricongiunzione in caso di contributi versati all'estero - Sussistenza.**

**Corte di Cassazione - 2.3.2004, n. 4248 - Pres. Mattone - Rel. Foglia - P.M. Matera (Conf.) - Formaggini (Avv. Rinaldi) - INPS (Avv. De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*In tema di cumulo dei periodi contributivi maturati dai lavoratori nei paesi della comunità europea, il beneficio della totalizzazione è subordinato alla condizione che il lavoratore non abbia maturato i requisiti contributivi minimi per far sorgere il diritto alla pensione in nessuno stato membro, sicché nell'ipotesi del ricongiungimento di diverse anzianità contributive ai fini del trattamento pensionistico finale, la totalizzazione può essere invocata soltanto se essa diventa necessaria per creare i presupposti contributivi minimi per l'operatività della ricongiunzione medesima, consentendo attraverso il calcolo fittizio per sommatoria, di soddisfare i requisiti di contribuzione richiesti dalla normativa nazionale per il ricongiungimento. Pertanto, poiché la legge nazionale 7 febbraio 1979 n. 29 subordina la facoltà della ricongiunzione per i lavoratori autonomi all'esistenza, all'atto della domanda, di un periodo contributivo almeno quinquennale immediatamente precedente nell'assicurazione generale obbligatoria IVS dei lavoratori dipendenti, resta escluso, in forza delle fonti comunitarie (art. 10 del Regolamento CEE n. 1408/71 del 14 giugno 1971 conformemente al principio fissato dall'art. 51 del trattato di Roma) che tale periodo debba esser stato effettuato o debba comunque valere nell'ambito dell'assicurazione nazionale, essendo possibile la ricongiunzione in presenza di contributi versati in un'assicurazione estera.*

FATTO — Con ricorso del 25.9.2000 l'INPS proponeva appello avverso la sentenza n. 213/00 del Tribunale che aveva accolto la domanda di Enrico Formaggini tendente ad ottenere il riconoscimento del diritto alla ricongiunzione contributiva nell'A.G.O. Fondo lavoratori dipendenti, dei contributi versati per 57 settimane quale artigiano, con condanna dell'Istituto al pagamento dei ratei di pensione maturati dal 1.1.1998, data di decorrenza della pensione di anzianità, nonché alla restituzione delle somme versate a titolo di contributi volontari ai fini del conseguimento del trattamento pensionistico, a seguito del diniego della ricongiunzione.

L'Istituto lamentava l'erronea interpretazione dell'art. 1 della legge n. 29 del 1979 compiuta dal primo Giudice, ritenendo che il requisito contributivo ivi previsto dei cinque anni di contribuzione quale lavoratore dipendente per il periodo immediatamente precedente la domanda di ricongiunzione, andasse riferito esclusivamente all'iscrizione nell'A.G.O. nazionale Fondo lavoratori dipendenti gestito dall'INPS, requisito, questo, che non ricorreva a favore del Formaggini il quale aveva prestato lavoro subordinato in Francia negli anni antecedenti alla domanda.

Nella contumacia dell'appellato la Corte di appello di Brescia accoglieva l'impugnazione e respingeva la domanda dell'appellato, limitandosi ad osservare che non vi era "spazio per ritenere applicabile la norma citata anche quando questi contributi siano stati versati presso un'assicurazione estera ancorché obbligatoria".

Avverso detta sentenza l'assicurato ha proposto ricorso per cassazione affidato a due motivi. Resiste l'Istituto intimato con controricorso.

DIRITTO — Con entrambi i motivi — deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge 7.2.1979, n. 29 nonché delle disposizioni del Regolamento CEE

n. 1408 del 1971 e successiva modificazioni — lamenta il ricorrente che il Giudice di appello non ha tenuto conto della disciplina comunitaria in tema di totalizzazione dei contributi maturati all'interno della legislazione di altri Paesi membri dell'Unione europea.

Aggiunge il ricorrente che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di appello di Brescia, la legge del 1979 subordina la facoltà di includere la ricongiunzione di tutti i periodi contributivi alla sola condizione della maturazione di un periodo di contribuzione nell'assicurazione generale obbligatoria IVS dei lavoratori dipendenti di almeno cinque anni immediatamente antecedente alla domanda e non presuppone l'ulteriore condizione dell'effettuazione o valenza di tale periodo nell'ambito dell'assicurazione nazionale.

L'INPS ha replicato in termini assai generici senza affrontare i profili di diritto comunitario.

Il ricorso è fondato.

Va premesso, sul piano dei principi, che la materia della totalizzazione o cumulo dei periodi contributivi, non può essere affrontata prescindendo dalla disciplina comunitaria: tale materia, infatti, è strutturalmente collegata al sistema normativo della libera circolazione dei lavoratori contenuto nel Trattato CE (già artt. 48-51, attualmente artt. 39-42) e in particolare all'art. 42,lett. a) in cui viene enunciato il generale principio del c.d. "cumulo" dei periodi assicurativi maturati dal lavoratore migrante nei vari Stati membri, sia al fine dell'insorgenza e della conservazione del diritto ai trattamenti previdenziali, sia al fine del calcolo di questi ultimi.

Detto principio — il quale trova un più articolato e organico riscontro negli artt. 45 e segg. del Regolamento CEE n. 1408 del 1971 (e successivi aggiornamenti) nonché nel relativo Regolamento di attuazione n. 574/72 (art. 15), oltre che nella ricca giurisprudenza della Corte di giustizia — riconosce ai lavoratori migranti, in relazione ai periodi di lavoro prestati in più Stati membri, la possibilità di sommare i periodi di contribuzione compiuti sotto la legislazione dei diversi Stati attraversati, nella misura necessaria all'acquisizione, al mantenimento, o al recupero del diritto alla prestazione pensionistica, allorquando non sussista un diritto autonomo in base alla sola anzianità contributiva maturata in un singolo Stato membro. Ne consegue che non sempre una pluralità di posizioni contributive frazionate in più Paesi comportano il meccanismo della totalizzazione, ma solo quando ciò sia indispensabile per il raggiungimento del diritto a pensione.

In sostanza il diritto al beneficio della totalizza ione è subordinato alla precisa condizione che il lavoratore non abbia maturato i requisiti contributivi minimi da cui dipende il sorgere del diritto alla pensione in nessuno Stato membro, nonché — sul piano meramente interno — in nessuna delle gestioni assicurative cui il lavoratore è risultato iscritto nel corso della sua vita lavorativa svolta in maniera discontinua e con diverse connotazioni professionali.

Ne consegue che, ove il lavoratore, con la sola contribuzione maturata in un singolo Stato comunitario o in uno dei diversi enti assicurativi, riesce già a raggiungere il diritto alla prestazione pensionistica, potrà chiedere la liquidazione della pensione sulla base della sola contribuzione versata in detta gestione, senza potersi avvalere della totalizzazione.

Nell'ipotesi — presente in questa controversia — del ricongiungimento di diverse

anzianità contributive ai fini del trattamento pensionistico finale, quella totalizzazione può essere invocata soltanto se essa diventa necessaria per creare i presupposti contributivi minimi richiesti per l'operatività della ricongiunzione medesima: anche in questo caso, infatti, la totalizzazione consente — attraverso il calcolo fittizio per sommatoria — di soddisfare i requisiti di contribuzione richiesti dalla normativa nazionale per la fruizione del ricongiungimento.

Passando ad esaminare la normativa italiana, va premesso che il primo e secondo comma dell'art. 1 della legge 7.2.1979, n. 29 prevedono che al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che sia o sia stato iscritto a forme previdenziali sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria I.V.S. gestita dall'INPS, 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 tali forme previdenziali alternative, mediante l'iscrizione nell'assicurazione generale obbligatoria e la costituzione in quest'ultima delle corrispondenti posizioni assicurative. Il terzo e quarto comma dello stesso art. 1, poi estendono la medesima facoltà a coloro che possano far valere periodi di assicurazione nelle gestioni speciali per lavoratori autonomi gestite dall'INPS i quali vantino, all'atto della domanda, un periodo contributivo almeno quinquennale immediatamente precedente nell'assicurazione generale obbligatoria I.V.S. dei lavoratori dipendenti, oppure in due o più gestioni previdenziali diverse dalla predetta assicurazione generale obbligatoria.

L'art. 51 del Trattato di Roma, costitutivo della C.E.E. (ora art. 42 TCE), assicura ai lavoratori migranti nell'ambito della Comunità 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 quantitativo di queste.

Il citato Regolamento C.E.E. n. 1408/1971, inoltre, prevede, in più disposizioni concernenti le varie prestazioni previdenziali o assistenziali, la regola generale secondo la quale i periodi contributivi acquisiti in uno o più degli Stati membri della C.E.E. si intendono acquisiti, ai fini delle conseguenti prestazioni dovute al beneficiario, indipendentemente dal fatto che costui risulti assicurato in uno Stato diverso da quello dove si trova l'istituzione previdenziale debitrice.

Tanto premesso, va rilevato che il legislatore italiano con la norma sopra richiamata opera una netta separazione, *in subiecta* materia, tra lavoratori dipendenti ed autonomi, in quanto, per i primi, la disciplina concernente la facoltà di chiedere la ricongiunzione di tutti i periodi contributivi prescinde da qualsiasi condizione temporale e da ogni altro requisito, se non quello, appunto, della sussistenza di posizioni contributive presso gestioni diverse da quelle dell'INPS, da riportare cumulativamente nell'alveo di quest'ultima allo scopo di costituire un'unica posizione assicurativa, finalizzata alle corrispondenti prestazioni; per i secondi, invece, subordina la medesima facoltà alla sussistenza della condizione contributiva quinquennale descritta, nel senso che, per avvalersene agli stessi fini, occorre la ricorrenza di una contribuzione di almeno cinque anni immediatamente precedente nell'assicurazione generale obbligatoria I.V.S. dei lavoratori dipendenti (in questi termini, cfr. Cass., 6.11.1995, n. 11543).

Peraltro, ritenuto, per quanto precede, che questi ultimi siano svincolati da qualsiasi ulteriore condizione oltre quella descritta, va osservato che, sia pure limitato il predetto requisito contributivo quinquennale ai lavoratori autonomi, esso, contrariamente a

quanto sostenuto dall'INPS in gravame, non presuppone la ulteriore condizione della effettuazione o valenza nell'ambito dell'assicurazione nazionale, sicché erroneamente i giudici di appello hanno perentoriamente negato che la ricongiunzione sia possibile in presenza di contributi versati in una assicurazione estera, ancorché obbligatoria.

E ciò, sia perché la menzionata disposizione di cui al quarto comma dell'art. 1 della legge n. 29 del 1979 non sancisce specificamente per i lavoratori autonomi tale ulteriore requisito, limitandosi a fissare unicamente la descritta contribuzione quinquennale, senza alcun discrimine tra quella operata all'estero o in territorio e presso Enti nazionali; sia perché in ipotesi contraria, la totalizzazione dei periodi contributivi maturati negli Stati membri, prevista dal Regolamento C.E.E., si ridurrebbe ad una sterile raccomandazione, non cogente; sia, infine, perché una tale interpretazione della norma italiana si porrebbe in palese contrasto con la sopra richiamata disposizione dell'art. 51 del Trattato costitutivo della C.E.E., circa il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali per i fini di cui alla controversia in esame.

È il caso di ricordare che, riferendosi espressamente a quest'ultima norma del Trattato, la Corte di giustizia ebbe, sin dalle prime sue pronunzie, ad affermare che "è incompatibile con l'art. 51 la limitazione del cumulo di prestazioni che implichi la decurtazione dei diritti che agli interessati spettano già in uno Stato membro in forza dell'applicazione pura e semplice delle leggi nazionali" (sent. 21.10.1975, n. 24/75, Petroni).

Pure inconsistente sarebbe l'ulteriore obiezione — qui peraltro non sollevata dall'Istituto resistente — secondo la quale la totalizzazione dei periodi contributivi sarebbe riconosciuta dalla normativa C.E.E. soltanto per poter usufruire di "prestazioni", senza quindi concernere la "facoltà" della ricongiunzione, condizionata invece (per quanto detto limitatamente ai lavoratori autonomi) al descritto requisito quinquennale; in effetti la facoltà di ricongiunzione sottende proprio la totalizzazione dei contributi, a sua volta finalizzata alle conseguenti prestazioni in favore del lavoratore beneficiario, nella specie la pensione, da correlare quantitativamente all'intero complesso contributivo in tal modo cumulato.

Né, infine, varrebbe obiettare che l'INPS si troverebbe, comunque, nella impossibilità di calcolare l'ammontare dell'onere integrativo a carico dell'assicurato richiedente la ricongiunzione, a norma della menzionata legge, posto che gli Stati membri comunicano soltanto il numero dei contributi e non l'importo degli stessi, essenziale invece per gli scopi cennati. Giacché, ai fini della costituzione nell'assicurazione generale obbligatoria dell'INPS delle corrispondenti posizioni assicurative, l'art. 1, c. 1 della legge n. 29 del 1979 stabilisce che le gestioni di provenienza trasferiscono all'Istituto ""l'ammontare dei contributi di loro pertinenza, maggiorati dell'interesse composto annuo del 4,50 per cento", il che, evidentemente non può che afferire all'importo degli stessi, e non al loro semplice ammontare numerico.

Quest'ultimo meccanismo — riferito all'ipotesi di gestioni diverse tutte operanti all'interno dell'ordinamento interno italiano — trova un corrispondente riscontro per l'ipotesi dei lavoratori migranti — cui è riconducibile la posizione del ricorrente (il quale ha maturato un'anzianità contributiva in dipendenza di attività lavorativa svolta in Francia) per i quali va tenuta presente la disciplina comunitaria — per sua natura immediatamente vincolante — dettata dagli artt. 111 e 112 del regolamento del Consiglio 21.3.1972, n. 574 (nella versione aggiornata del regolamento 2.12.1996, n. 118).

Il primo dei due articoli appena richiamati tratta della collaborazione tra le istituzioni di sicurezza sociale dei vari Stati membri per il recupero degli importi eventualmente pagati indebitamente, ivi prevedendosi che "un'istituzione di uno Stato membro che ha versato ad un beneficiario di prestazioni somme in eccedenza, possa chiedere all'istituzione di qualsiasi altro Stato membro, debitrice di prestazioni a favore di tale beneficiario, di trattenere l'importo pagato in eccedenza sulle somme che questa versa al detto beneficiario". Quest'ultima istituzione opererà la trattenuta alle condizioni e nei limiti previsti per siffatta compensazione dalla legislazione che essa applica come se si trattasse di somme da essa stessa versate in eccedenza e trasferisce l'importo trattenuto all'istituzione creditrice (in questi termini, cfr. Corte di giustizia, 19.6.2003, n. C-34/02, Pasquini c. INPS, punti 6 ss.).

Giova altresì rammentare che, in tema di ricongiunzione dei periodi assicurativi a fini previdenziali, questa Corte ha avuto di precisare che "ove l'assicurato presenti la domanda ai sensi dell'art. 1 della legge n. 29 del 1979, senza indicare tutti i periodi da ricongiungere, l'ente destinatario non può dichiarare inammissibile la domanda, od omettere di pronunciarsi sulla medesima, essendo, invece, tenuto a provvedere, comprendendo d'ufficio nella ricongiunzione tutti i periodi che ad esso risultino all'esito della richiesta di elementi informativi che ha l'obbligo di inoltrare alle gestioni interessate risultanti dalla domanda ai sensi dell'art. 5, c.1 della citata legge, e calcolando gli oneri di ricongiunzione al momento della domanda stessa; ovvero, nell'ipotesi in cui la mancanza di qualche elemento risulti dalla domanda, invitando l'interessato ad integrarla, e calcolando gli eventuali oneri di ricongiunzione al momento della integrazione" (Cass., 22.3.2001, n. 4146).

Sulla base di quanto precede, questo Collegio ritiene di poter accogliere il ricorso, e di procedere ad una conseguente decisione nel merito — ai sensi dell'art. 384 c. 1 C.P.C. — non essendo necessari ulteriori accertamenti dei fatti già verificati dal giudice di primo grado con sentenza favorevole all'assicurato, rispetto ai quali l'Istituto non ha formulato né in appello, né in questa sede di legittimità contestazioni di sorta.

*(Omissis)*

***Prestazioni* - Assicurazione contro le malattie - Prestazioni - Assistenza economica - Indennità - Visita domiciliare di controllo - Obbligo di reperibilità - Giustificato motivo di esonero - Allontanamento dal domicilio ai fini di visita presso il medico di fiducia - Rilevanza - Condizioni - Accertamenti e valutazioni relativi - Censurabilità in sede di legittimità - Limiti - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 2.3.2004, n. 4247 - Pres. Dell'Anno - Rel. Filadoro - P.M. Destro (Conf.) - Conte (Avv. Piro) - INPS (Avv.ti Spadafora, Biondi).**

*Il lavoratore assente dal lavoro per malattia, ove deduca come giustificato motivo della non reperibilità alla visita domiciliare di controllo di avere nell'occasione effettuato una visita presso il medico di fiducia, deve provare che la causa del suo allontanamento dal domicilio durante le previste fasce orarie, pur senza necessariamente integrare una causa di forza maggiore, costituisca, al fine della tutela della salute, una necessità determinata da situazioni comportanti adempimenti non effettuabili in ore diverse da quelle di reperibilità. L'accertamento della sussistenza delle situazioni che giustificano l'allontanamento, coinvolgendo un apprezzamento di fatto, è riservato al giudice del merito, quindi è insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva ritenuto non giustificata l'assenza del lavoratore per recarsi, in orario ricompreso nelle fasce di reperibilità, nell'ambulatorio del proprio medico per il controllo della pressione arteriosa, in mancanza di prova dell'urgenza e indifferibilità della misurazione e della dimostrazione che le modalità prescelte allo scopo fossero in concreto le sole ragionevolmente praticabili).*

FATTO — Con sentenza 6-20 luglio 2000, la Corte d'Appello di Lecce accoglieva l'appello proposto dall'INPS avverso la decisione del locale Tribunale che aveva ritenuta legittima l'assenza di Salvatore Conte dal proprio domicilio riscontrata in occasione di una visita di controllo, effettuata in orario ricompreso nelle fasce di reperibilità durante un periodo di sua malattia (assenza a seguito della quale l'INPS aveva comminato la sanzione della decadenza della indennità economica di malattia).

Il Conte aveva chiarito di essersi recato nella mattina in questione a visita medica presso il proprio medico curante, per il prescritto controllo della pressione.

I giudici di appello osservavano che la circostanza che il Conte si fosse recato nell'ambulatorio del proprio medico per il controllo della pressione (necessario essendo egli affetto da epistassi posteriore da ipertensione arteriosa) non poteva giustificare la sua assenza al domicilio in orario ricompreso nella fasce orarie di reperibilità.

Si trattava, infatti, di una operazione certamente non indifferibile, la cui necessità non poteva dirsi neppure imprevedibile. Tra l'altro, osserva la Corte territoriale, l'orario di apertura dello studio del medico curante non coincideva del tutto con le fasce orarie di reperibilità.

Si trattava pertanto di un adempimento che bene avrebbe potuto essere effettuato in momenti diversi da quelli previsti per le visite di controllo.

Avverso tale decisione il Conte ha proposto ricorso per cassazione sorretto da un unico motivo.

L'INPS ha depositato solo procura.

DIRITTO — Con l'unico motivo, il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 5 comma 14 della legge 11 novembre 1983 n. 638, nonché omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione in relazione alle medesime norme sopra richiamate (art. 360 nn. 3 e 5 codice di procedura civile).

I giudici di appello non avevano tenuto conto del fatto che il Conte si era sottoposto alla misurazione della pressione, a seguito della diagnosi di "epistassi posteriore in paziente affetto da ipertensione arteriosa". Si trattava, pertanto, di una prestazione ambulatoriale, urgente e tale da non consentire differimento alcuno. Il Conte era stato ricoverato per tale malattia ed era stato costretto nuovamente al ricovero anche dopo la visita di controllo del 5 settembre 1998, a causa di epistassi da sanguinamento di varici del setto nasale da crisi ipertensiva.

La decisione impugnata, osserva il ricorrente, si pone in contrasto con la disposizione dell'art. 5 della legge n. 638 del 1983, per la quale il giustificato motivo di assenza dal domicilio non deve necessariamente correlarsi con uno stato di urgenza e necessità, ma sussiste anche ove l'assenza sia connessa con la tutela di un interesse apprezzabile sul piano giuridico-sociale.

Il ricorso non è fondato.

Con motivazione adeguata e sufficiente, che sfugge alle censure di violazione di legge denunciate, i giudici di appello hanno esaminato le giustificazioni fornite dall'assicurato, concludendo che l'assenza dello stesso dal proprio domicilio non poteva dirsi giustificata. Si tratta di accertamento di merito, incensurabile in questa sede di legittimità.

Tale accertamento non si pone in contrasto con i principi consolidati formulati dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo i quali l'assenza ad una visita di controllo domiciliare può dirsi giustificata solo dalla sussistenza di un motivo molto serio, concretantesi nella insuperabile necessità di effettuare un determinato adempimento in orario ricompreso nella fasce orarie di reperibilità. L'onere di fornire tale prova, ovviamente, è a carico del lavoratore il quale ne alleghi, a propria giustificazione, a ricorrenza (Cass. 23 dicembre 1999 n. 14503 (1)).

Ai fini della sussistenza di un giustificato motivo di assenza all'obbligo della visita domiciliare a domicilio, è necessario laddove il lavoratore alleghi di essersi dovuto allontanare dal proprio domicilio per recarsi dal medico curante per una visita ambulatoriale, che il lavoratore dimostri sia la necessità di tale visita medica, sia la assoluta impossibilità di rispettare le fasce orarie di reperibilità (Cass. 27 settembre 1996 n. 8553 (2), 11 marzo 1996 n. 1958 (3)).

Il lavoratore assente dal lavoro per malattia — ove deduca come giustificato motivo della non reperibilità alla visita domiciliare di controllo di avere nell'occasione, effettuato una visita presso il medico di fiducia — deve provare che la causa del suo allontanamento dal domicilio durante le fasce orarie, pur senza necessariamente integrare una causa di forza maggiore, costituisca, al fine della tutela della salute, una necessità dell'assenza dal lavoro quale mezzo per curare la malattia (Cass. 7 ottobre 1997 n. 9731).

È necessario in altri termini che il lavoratore provi che la sua assenza è stata determinata da situazioni tali da comportare adempimenti non effettuabili in ore diverse da quelle di reperibilità (Cass. 4 marzo 1996 n. 1668).

Si tratta di onere probatorio certamente gravoso, ma non impossibile, e quindi esigibile. Nel caso in esame, il Tribunale ha spiegato — con ampie argomentazioni — che nessuna prova suffragava la dedotta indifferibilità della visita ambulatoriale prescelta in concreto dal Conte.

La prestazione richiesta dal Conte al proprio medico curante, hanno osservato i giudici di appello, non poteva dirsi urgente e comunque la stessa era sicuramente prevedi-

bile e quindi — proprio in quanto tale — avrebbe potuto essere preventivamente comunicata all'Istituto previdenziale.

Deve pertanto concludersi che nel caso di specie il ricorrente avrebbe dovuto dimostrare non solo che la operazione eseguita ("misurazione della pressione arteriosa") fosse urgente e indifferibile, ma anche che le modalità da lui prescelte per realizzare quella indifferibile esigenza fossero in concreto indispensabili o le sole ragionevolmente praticabili.

Nulla di tutto ciò è stato non solo dimostrato, ma neppure dedotto dall'assicurato.

Gli stessi giudici, pertanto, hanno motivatamente concluso che — contrariamente a quanto sostenuto dal Pretore — nel caso di specie l'onere di doverosa collaborazione del lavoratore, ai fini della realizzazione delle condizioni richieste dalla legge per l'erogazione del trattamento di malattia, e in considerazione della oggettiva limitatezza dell'ambito delle fasce orarie di reperibilità, non era stato osservato.

Il ricorso deve essere rigettato.

Nulla deve disporsi per le spese del presente giudizio, ai sensi dell'art. 152 disp. att. codice di procedura civile nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42 comma 11 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003, inapplicabile "*ratione temporis*" al caso di specie.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 819.

(2) *Idem*, 1996, p. 1112.

(3) *Idem, idem*, p. 1277.

***Processo civile* - Controversie - Procedimento spese giudiziali - Nuova disciplina *ex* art. 152 disp. att. cod. proc. civ. - Condanna del lavoratore soccombente - Condizioni - Applicabilità alle cause in corso - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 1.3.2004, n. 4165 - Pres. Prestipino - Rel. Mazzarella - P.M. Abbritti (Conf.) - Durantini (Avv. Messina) - INAIL (Avv. Catania).**

*Il nuovo testo dell'art. 152 disp. att. c.p.c., contenuto nell'art. 42 punto 11 del D.L. n. 269 del 2003, che nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali limita ai cittadini aventi un reddito inferiore a un importo prestabilito il beneficio del divieto di condanna del soccombente al pagamento delle spese processuali, non si applica ai procedimenti incardinati prima dell'entrata in vigore del relativo provvedimento legislativo.*

FATTO — Con la sentenza di cui in epigrafe, e qui impugnata, la Corte di appello di Firenze, in accoglimento dell'appello proposto dall'INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro (in appresso INAIL) avverso la sentenza del giudice unico del lavoro di Firenze, rigettava la domanda proposta da Concetta Durantini contro il detto Istituto, diretta al riconoscimento di rendita in ordine all'infortunio sul lavoro del 27 novembre 1999, allorquando la Durantini, infermiera presso l'USL, nel corso della sua attività lavorativa si era punta con l'ago di una siringa, contraendo il virus da HCV.

Osservava la Corte, per quanto ancora di rilievo: irrilevanti erano valutazioni, come quelle adottate dal consulente tecnico di ufficio, sulle possibili cautele cui l'infortunata doveva sottostare nell'esercizio della sua professione e sul pericolo di futuro insorgere di fatti patologici in ragione dell'infezione virale, all'atto silente, ovvero su inconvenienti per variazione di abitudini alimentari; eventuale, ma improbabile, riverbero sulla capacità lavorativa generica di una diminuita capacità lavorativa specifica, comunque non determinerebbe mai una percentuale di inabilità dell'11%, cui nella specie avevano contribuito i predetti fattori non rilevanti.

Ricorre per cassazione Durantini Concetta affidandosi ad argomentazioni critiche della sentenza.

L'INAIL si è costituito con controricorso.

DIRITTO — Va preliminarmente rilevato, come da espressa eccezione nel controricorso dell'INAIL, la irritualità del deposito in questa sede della certificazione medica e degli allegati esami clinici.

Ai sensi dell'art. 372 c.p.c. non è ammesso il deposito di atti e documenti per la prima volta nel giudizio di cassazione, se estranei alle ipotesi della nullità della sentenza impugnata e della ammissibilità del ricorso e del controricorso. Nel caso di specie la documentazione prodotta dalla Durantini è estranea alle dette eccezioni, sicché di essa non può tenersi conto nel prosieguo.

Con il ricorso in esame, privo di titolazione sulle censure poi prospettate, la Durantini, in sintesi, deduce che le argomentazioni della Corte territoriale erano contraddittorie, ed apodittiche le relative affermazioni, essendo vero esattamente il contrario; in realtà, nel portatore sano di virus HCV sussisteva un reale stato di inabilità per dover "sottostare ad un regime alimentare ed a particolari cautele" che comportavano "di per sé stesse una limitazione attuale della propria capacità lavorativa"; recenti esami clinici, che si allegavano al ricorso, denunziavano "un aggravarsi della patologia e comunque una lesione reale del fegato".

Il motivo è infondato.

Al di là dell'ammissibilità o meno delle censure rivolte alla sentenza impugnata per omessa indicazione delle norme che si ritengono violate, sta di fatto che le questioni prospettate dalla ricorrente afferiscono solo ed esclusivamente al merito della controversia, e per ciò estranee al giudizio di legittimità.

Ha ritenuto la Corte territoriale che le valutazioni circa le attenzioni e le limitazioni, cui inevitabilmente va incontro un soggetto che contrae il virus HCV (particolarità del regime alimentare, cautele nei rapporti con i terzi, diminuita intensità della vita lavorativa), fra l'altro in presenza di malattia silente, non attengono in linea di principio alla tutela

antinfortunistica, perché estranee alla nozione dell'attitudine al lavoro nella sua espressione della capacità lavorativa generica, quest'ultima riferita alla diminuzione della concreta capacità di lavoro dell'assicurato in rapporto alla produzione del reddito, e non anche, come sembra volersi nel caso di specie, alle particolari mansioni svolte dall'infortunata. Ha anche precisato, il giudice di merito, che, anche a volerne prevedere una qualche loro incidenza sulla predetta capacità lavorativa generica, giammai potrebbe derivarne una riduzione della capacità lavorativa generica nei limiti minimi della sua indennizzabilità. E tale ultima statuizione del giudice di appello non risulta neanche specificamente censurata.

Il ricorso, pertanto, è infondato e va rigettato.

Non deve provvedersi in ordine alle spese del giudizio di cassazione in considerazione dell'applicabilità dell'art. 152, disp. att. c.p.c. nella versione precedente alla intervenuta modifica di esso con D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (art. 42, punto 11). In proposito, va rilevato che la detta modifica non può ritenersi applicabile ai procedimenti in corso — e quindi incardinati prima della data della entrata in vigore del relativo provvedimento legislativo — ponendo, la nuova formulazione del citato art. 152, oneri a carico delle parti ricorrenti di allegazione e di produzione documentale fin dall'atto introduttivo e nel corso dei successivi giudizi, di impossibile attuazione nelle controversie, come la presente, già in corso.

*(Omissis)*

***Contributi* - Retribuzione imponibile - Somme erogate dal datore di lavoro per il servizio mensa relativamente ai periodi anteriori al regime previsto dall'art. 17 del D.Lgs. n. 503 del 1992 - Commutabilità - Criteri - Costo effettivo del servizio - Riferimento - Necessità - Controvalore del servizio indicato in contratto collettivo - Rilevanza - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 27.2.2004, n. 4067 - Pres. Mileo - Rel. Toffoli - P.M. Velardi (Diff.) - INPS (Avv.ti Correra, Ponturo, Fonzo) - Sostero (Avv. Scognamiglio).**

*In tema di determinazione della base imponibile ai fini contributivi ai sensi dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, prima della entrata in vigore della disciplina derogatoria di cui all'art. 17 D.Lgs. 30 dicembre 1992 n. 503, il datore di lavoro che assicuri la prestazione del servizio mensa è tenuto alla contribuzione previdenziale sulle somme effettivamente erogate per consentire il funzionamento del servizio. A tal fine l'indicazione in un contratto collettivo del valore monetario di un servizio mensa, che sul piano del rapporto di lavoro debba essere corrisposto in natura e non mediante un'indennità sostitutiva, ai fini contributivi non ha valore decisivo e vincolante per la determinazione della contribuzione dovuta, che deve essere correlata al costo effettivo del servizio.*

FATTO — Con ricorso al Pretore di Udine, Rino Sostero proponeva opposizione all'ordinanza ingiunzione notificatagli il 25.10.1997, con cui gli era stata applicata da parte dell'INPS la sanzione amministrativa di L. 1.800.000 a seguito di un accertamento ispettivo, al termine del quale gli ispettori, appurato che la sua azienda, in luogo di assicurare il servizio mensa o la consumazione del pasto caldo, a norma dell'art. 17 del contratto integrativo provinciale, pagava a tutti i dipendenti la somma di L. 5.090 per ogni giorno di lavoro, avevano ritenuto che questa somma non poteva essere ritenuta congrua come base dei versamenti contributivi: onde l'azione per il recupero dei contributi evasi e l'emissione dell'ordinanza ingiunzione.

L'opponente, in particolare, deduceva la natura non retributiva dell'indennità in questione, caratterizzata dall'assenza di corrispettività e dalla facoltatività. L'INPS, resistendo all'opposizione, sosteneva che il datore di lavoro era tenuto a sottoporre a contribuzione, sulla base dei valori reali, l'indennità sostitutiva del servizio di mensa o del pasto caldo. L'opposizione era accolta dal Pretore con sentenza appellata dall'INPS, il quale deduceva che la somma erogata in concreto (L. 5.090) era inferiore, per il periodo in contestazione (anni 1989/1992), al valore reale del pasto, quale indicato nell'accordo integrativo provinciale del 27.11.1980. Alla luce delle disposizioni contrattuali e della normativa di legge (art. 1. l. n. 389/1989 e art. 12 l. n. 153/1969), sosteneva che era necessario l'adeguamento nel tempo della retribuzione o indennità in questione da sottoporre a contribuzione, in relazione alla dinamica contrattuale e alla somma in concreto dovuta per la erogazione del pasto. L'appellato deduceva in particolare che l'accordo provinciale del 27.11.1980 indicava la somma di L. 3.000 non come valore reale del pasto, ma come parametro ai fini del prezzario del Genio civile. La Corte d'appello di Trieste rigettava l'appello. Premesso che, come era pacifico, l'azienda aveva sottoposto per intero a contribuzione negli anni 1989/1992 la somma di L. 5.090 erogata ai suoi dipendenti, osservava che ai sensi dell'art. 29 del DPR n. 797/1955, i contributi dovuti devono essere ragguagliati al valore convenzionale del pasto definito a livello locale e che nella specie non era provato che tale valore era superiore a L. 5.090. In particolare, non poteva ritenersi utile il riferimento all'accordo provinciale del 27.11.1980, poiché esso non prevedeva l'obbligo di pagare un'indennità sostitutiva del pasto non goduto e perché il valore in esso individuato in L. 3.000 era stato indicato ai fini diversi da quello di monetizzare il valore dell'indennità sostitutiva, che per detto accordo non spettava. Doveva quindi ritenersi errata l'"equazione" affermata nel verbale ispettivo tra L. 3000 e il valore convenzionale sostitutivo del pasto. Né l'INPS si era offerto di provare che il valore reale dell'indennità fosse diverso da quello di L. 5.090 sottoposto a contribuzione.

L'INPS propone ricorso per cassazione, affidato ad unico motivo. Il Sostero resiste con controricorso, illustrato da memoria.

DIRITTO — Preliminarmente è opportuno rilevare l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dal Sostero e fondata sull'assunto che le conclusioni del medesimo non conterrebbero la richiesta di cassazione della sentenza impugnata. Al riguardo è sufficiente rilevare che l'oggetto e la finalità dell'atto sono inequivocabili, dato che nella sua parte iniziale è espressamente precisato che il ricorso è proposto a questa Corte "per l'annullamento" della ivi ben specificata sentenza della

Corte d'appello di Trieste.

L'INPS denuncia violazione dell'art. 12 l. 30 aprile 1969 n. 153, dell'art. 1 D.L. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito dalla l. 7 dicembre 1989 n. 389 e dell'art. 1362 e segg. c.c., unitamente a vizi di motivazione.

Premette che ad avviso dell'istituto deve stabilirsi la misura della contribuzione a cui deve essere assoggettato il servizio mensa e che, al riguardo, la tesi dell'INPS è che l'impresa Sostero avrebbe dovuto pagare i contributi previdenziali sull'importo di L. 3.000, rivalutato secondo quanto stabilito dall'art. 17 del contratto integrativo aziendale (*recte*: provinciale) del 27.11.1980.

Ad avviso del ricorrente il giudice di appello ha errato ad escludere che il valore del servizio mensa, così come stabilito ("ai fini della cognizione") dal citato accordo collettivo, non costituisse minimale retributivo ai sensi dell'art. 1 della l. n. 389/1989.

Infatti, ad escludere la rilevanza di detto accordo, non incide la mancata previsione di un'indennità sostitutiva, in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza in materia, non osta all'assoggettabilità a contribuzione la mancata previsione di uri indennità sostitutiva, oppure la facoltatività del servizio.

D'altra parte, l'affermazione secondo cui il valore del servizio mensa è ivi indicato al solo scopo di individuare il parametro di riferimento per il prezzario del Genio civile rappresenta un acritico recepimento della tesi della parte opponente, che non trova alcun riscontro nel testo contrattuale. È evidente quindi che la locuzione "ai fini della cognizione", in assenza di ulteriori specificazioni e dopo l'individuazione del contributo a carico del lavoratore e la descrizione del pasto, altro significato non può avere che quello di evidenziare il costo complessivo del pasto da corrispondere ai lavoratori.

Il ricorso non merita accoglimento.

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che il servizio mensa, sul piano del rapporto di lavoro, non ha tecnicamente valore di prestazione corrispettiva e retributiva, in considerazione della sua funzionalità all'organizzazione e del fatto che la sua fruizione non è causalmente correlata al solo fatto della prestazione lavorativa, ma presuppone un atto volontario e facoltativo del lavoratore; ne consegue quindi che il valore del servizio stesso non è computabile ai fini degli istituti retributivi differiti, rilevando a quest'ultimo fine, nei limiti del valore convenzionale, solo quando la contrattazione prevede un'indennità sostitutiva per chi non utilizzi la mensa (Cass., Sez. un. 1 aprile 1993 n. 3888). Tale qualificazione è stata confermata dall'art. 6, comma 3, D.L. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 1992 n. 359 (cfr. anche il comma 6, per cui rimangono ferme le norme relative all'inserimento del valore del servizio di mensa nella base imponibile per il computo dei contributi previdenziali e assistenziali).

La stessa giurisprudenza ha altresì precisato, però, (dopo alcune precedenti oscillazioni) che, prima della entrata in vigore derogatori della disciplina speciale di cui all'art. 17 del D.Lgs. 30 dicembre 1992 n. 503, nel caso in cui il datore di lavoro assicuri la prestazione del servizio mensa, egli è tenuto alla contribuzione previdenziale sulle somme effettivamente erogate per consentire il funzionamento del servizio mensa, poiché l'ordinamento previdenziale, e specificamente l'art. 12 della l. 30 aprile 1969 n. 153, hanno recepito una nozione diversa e più ampia di retribuzione imponibile, che comprende tutti i vantaggi patrimonialmente valutabili che il lavoratore, o sog-

getti aventi con lui vincoli familiari, ricevono in dipendenza del rapporto di lavoro, anche se gli stessi abbiano una funzione non strettamente retributiva, ma più propriamente assistenziale (Cass. 14 dicembre 1996 n. 11175, 10 novembre 1999 n. 12485, 5 aprile 2000 n. 4234, 18 luglio 2000 n. 9435 (1),18 agosto 2003 n. 12088, 17 settembre 2003 n. 13710).

È opportuno rilevare che tali orientamenti trovano riscontro anche nella successiva disciplina normativa di cui all'art. 12, commi 1 e 2, della legge n. 153/1969, nel testo introdotto dall'art. 6, comma 1, del D.Lgs. 2 settembre 1997 n. 314, il quale rinvia, ai fini contributivi, ai criteri di identificazione e di computo dei redditi da lavoro dipendente dettati dagli artt. 46 e 48 del T.U. delle imposte sui redditi approvato con DPR 22 dicembre 1986 n. 917, salve le esclusioni e le precisazioni di cui ai commi successivi dello stesso art. 12 novellato. Infatti l'art. 48 cit., al comma 3, prevede che "i compensi in natura, compresi i beni ceduti e i servizi prestati al coniuge del dipendente o ai familiari a suo carico, o il diritto di ottenerli dai terzi, concorrono a formare il reddito in misura pari al costo specifico sostenuto dal datore di lavoro". Tuttavia a norma dell'art. 48, comma 2, lett. d), non concorrono a formare il reddito (oltre che le prestazioni di servizi di trasporto, anche se affidati a terzi), le somministrazioni in mense aziendali, oppure le prestazioni sostitutive. Deve precisarsi, però, che queste ultime sono rimaste esenti solo in determinati limiti quantitativi, precisati in un primo momento in L. 10.000 dall'art. 3, comma 6, lett. a), l. 23 dicembre 1996 n. 662. Il nuovo testo dell'art. 48 del T.U. sulle imposte dirette, di cui all'art. 1, comma 3, D.Lgs. 2 settembre 1997 n. 314, ha introdotto un nuovo criterio di quantificazione del valore di beni e servizi assicurati dal datore di lavoro, mediante rinvio ai criteri indicati dall'art. 9 del medesimo T.U. Inoltre, con l'art. 4, comma 1, del D.Lgs. 23 marzo 1998 n. 56, modificativo del testo dell'art. 48 del T.U. cit., le indennità sostitutive della somministrazione di vitto assicurata direttamente o indirettamente dal datore di lavoro sono state escluse dalla imponibilità fiscale e previdenziale solo in limitate ipotesi specifiche (per gli addetti ai cantieri edili, a strutture lavorative di carattere temporaneo o ad unità produttive ubicate in zone prive di servizi di ristorazione).

Con riferimento al caso in esame, è rilevante e assorbente l'accertamento compiuto in sede di merito circa la mancanza di una prova sul fatto che la prestazione in natura prevista dal contratto provinciale avesse un valore superiore a quello di L. 5.090 sottoposto a contribuzione. Al riguardo la Corte di merito si è espressa in termini di mancata prova da parte dell'INPS circa il valore reale dell'indennità, ma, poiché non vi era alcuna contestazione circa l'importo della somma effettivamente corrisposta ai lavoratori in sostituzione del servizio di mensa, evidentemente ha inteso fare riferimento all'importo corrispondente all'effettivo valore del pasto.

Sul punto le censure dell'INPS si indirizzano esclusivamente alla interpretazione compiuta in merito all'accordo provinciale 27.11.1980 e, specificamente, al mancato recepimento della tesi interpretativa secondo cui la cifra ivi indicata non aveva lo scopo di offrire un parametro per il prezzario del genio civile, ma di evidenziare il costo complessivo da corrispondere ai lavoratori.

A parte il fatto che non si rinviene nella sentenza una positiva adesione alla tesi che l'indicazione aveva la funzione di fornire un parametro utile per detto prezzario, esclude la rilevanza della censura proposta dall'INPS il fatto che i contratti collettivi, mentre

possono validamente determinare ai fini del rapporto di lavoro il valore convenzionale di una prestazione che di per sé non sarebbe rilevante ai fini retributivi indiretti, non hanno una specifica competenza riguardo alla determinazione ai fini contributivi del valore convenzionale del servizio di mensa. Pertanto l'indicazione in un contratto collettivo del valore monetario di un servizio mensa, che sul piano del rapporto di lavoro debba essere corrisposto in natura (nella specie secondo la composizione precisata nel contratto stesso, come ricordato dallo stesso ricorrente), e non mediante un'indennità sostitutiva, non ha valore decisivo e vincolante ai fini della determinazione della contribuzione dovuta, che, come si è visto, deve essere correlata al costo effettivo del servizio.

È facilmente intuibile, del resto, che simili indicazioni convenzionali di valore, a proposito dei servizi resi a favore dei dipendenti, ben potrebbero costituire lo strumento per elusioni contributive (oltre che tributarie).

Pertanto, deve rilevarsi, da un lato, che la tesi dell'INPS circa la funzione dell'indicazione non risulta chiaramente comprensibile, e, dall'altro, che la censura relativa all'interpretazione del contratto collettivo riguarda un elemento al quale, comunque, non può attribuirsi valore decisivo ai fini della prova del costo delle prestazioni in natura previste dal contratto collettivo (ove effettivamente corrisposte).

Pertanto non sono necessari approfondimenti circa la rilevanza del principio della assoggettabilità a contribuzione delle prestazioni previste dai contratti collettivi a favore del lavoratore a prescindere dall'effettività della loro erogazione, in applicazione del principio posto dall'art. 1 del D.L. n. 338/1989, anche nello specifico caso di quelle prestazioni la cui effettiva erogazione presuppone la concreta adesione del lavoratore o dei suoi familiari (in senso positivo, cfr. la recente sentenza di questa Corte 17 settembre 2003 n. 13710, sentenza di cassazione con rinvio pronunciata tra le stesse parti, ma rilevante nel presente giudizio solo quale mero precedente giurisprudenziale, perché di per sé non comportante la formazione di un giudicato sostanziale e, comunque, non acquisita agli atti del presente giudizio).

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Si ravvisano giusti motivi di compensazione delle spese del giudizio.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 1320.

***Contributi* - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi *ex* art. 18 D.L. n. 918 del 1968, conv. in legge n. 1089 del 1968 - Presupposti - Relativo onere probatorio - Spettanza all'azienda interessata - Accertamento relativo del giudice di merito - Censurabilità in sede di legittimità - Limiti - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 27.2.2004, n. 4064 - Pres. Sciarelli - Rel. Curcuruto - P.M. Finocchi Ghersi (Conf.) - Intercostruzioni S.p.A. (Avv. Rizzo) - INPS (Avv.ti Coretti, Correra, Fonzo).**

*In tema di sgravi contributivi previsti dall'art. 18, comma 4, D.L. 30 agosto 1968 n. 918 (nel testo sostituito dall'art. 1 della legge di conversione 25 ottobre 1968 n. 1089), per stabilire se sussista il relativo diritto — del cui presupposto (novità dell'azienda) spetta all'azienda interessata fornire la prova — occorre far riferimento al concetto di azienda in senso oggettivo, senza tener conto delle eventuali variazioni intervenute nella titolarità. Ne consegue che, in caso di formale costituzione di una nuova società, i suddetti benefici competono o meno a seconda che si tratti di un'impresa effettivamente nuova o piuttosto di un'impresa solo derivata (sia pure parzialmente) da un'impresa preesistente, assumendo rilevanza determinante, a tali fini, sia la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale (o di parte di essa o comunque di elementi aziendali funzionalmente collegati), sia la sussistenza di una sostanziale continuità nell'esercizio dell'impresa. Nell'ambito di tale valutazione, che spetta al giudice di merito ed è, ove esente da vizi logici, insindacabile in sede di legittimità, l'assunzione* "ex novo" *di altri lavoratori non costituisce elemento sufficiente di per sé a determinare la novità dell'azienda ed il conseguente diritto agli sgravi. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva negato il beneficio, avendo accertato che tra l'impresa individuale preesistente e la nuova società vi era un rapporto di derivazione e che non vi era stato alcun incremento occupazionale a seguito della nascita di una nuova azienda, ma solo un passaggio di lavoratori dall'imprenditore individuale).*

FATTO — Con ricorso al Pretore di Napoli la Zecchina Costruzioni s.p.a. proponeva domanda di accertamento negativo relativamente al verbale dell'INPS n. 32 del 21 ottobre 1995, con cui l'istituto le aveva contestato l'addebito di lire 12.200.942.000 a titolo di contributi omessi e somme aggiuntive, per aver la società indebitamente conguagliato sgravi aggiuntivi e supplementari per il periodo da giugno 1991 a giugno 1994.

La Zecchina chiedeva dichiararsi che tale somma non era dovuta e, sull'assunto di aver diritto a godere degli sgravi anche per il periodo anteriore al 1991, condannarsi l'INPS a restituire i contributi da essa indebitamente pagati.

Sulla base delle stesse ragioni del ricorso, la società proponeva poi opposizione al decreto ingiuntivo per lire 12.659.458 emesso dal Pretore di Napoli ad istanza dell'INPS per contributi e somme aggiuntive e in via riconvenzionale chiedeva l'accertamento del proprio diritto agli sgravi totali ai sensi della legge 2 maggio 1976, n. 283 e la condanna dell'Istituto a restituire le somme indebitamente pagate da essa società sia per il periodo 1991/1994 che per quello precedente.

A fondamento della domanda la Zecchina s.p.a. deduceva che:

— si era costituita il 10 ottobre 1980 e doveva considerarsi "azienda nuova" perché distinta dalla precedente ditta individuale "Francesco Zecchina";

— pertanto, la base per il calcolo dell'incremento della forza lavoro alle date di riferimento previste dalle norme relativa agli sgravi andava ragguagliata a zero ai fini dello sgravio totale;

— in ogni caso essa aveva diritto agli sgravi supplementari e aggiuntivi in relazione all'incremento della forza-lavoro rispetto al numero dei dipendenti in servizio alle date del 30 settembre 1968 e 31 dicembre 1970, pari rispettivamente a 45 e a 18 dipendenti.

Nel resistere in giudizio chiedendo il rigetto delle domande e della opposizione l'INPS eccepiva che:

— la società non aveva impugnato il provvedimento del comitato esecutivo dell'Istituto in data 19 luglio 1991 con cui era stata rigettata la sua istanza di riconoscimento della qualità di azienda nuova ed anzi vi aveva prestato acquiescenza, come doveva desumersi dal suo comportamento volto ad applicare non lo sgravio totale bensì i soli sgravi aggiuntivi e supplementari;

— per questi ultimi la società non aveva dimostrato l'incremento occupazionale previsto dalla legge in relazione alle date anzidette.

Il Pretore, riuniti i giudizi, rigettava sia le domande che l'opposizione al decreto ingiuntivo.

La Zecchina impugnava la sentenza deducendo che:

— in quanto azienda nuova aveva diritto allo sgravio totale decennale, posto che solo una piccola parte delle strutture e dei dipendenti della ditta individuale Zecchina era stata conferita alla società nel 1980 tanto che la stessa ditta individuale aveva continuato ad operare fino al 1989;

— il Pretore aveva a torto ritenuto non provato l'incremento occupazionale ai fini degli sgravi supplementari e aggiuntivi, dal momento che il relativo onere, gravante sull'INPS, non poteva dirsi assolto, avendo l'Istituto prodotto una lettera del 23 settembre 1979 ad apparente firma di Francesco Zecchina prontamente disconosciuta e, ciononostante, erroneamente utilizzata dal primo giudice per fondare il suo convincimento;

— dato il lungo tempo trascorso era materialmente impossibile per essa appellante reperire tutta la documentazione relativa ai dipendenti della ditta individuale Francesco Zecchina.

La società depositava altresì denuncia dei redditi di Francesco Zecchina, relativa all'anno 1970, affermando che se ne poteva desumere, con procedimento induttivo e con riferimento ai valori dell'epoca, il numero dei dipendenti all'epoca in forza della ditta individuale.

Con la sentenza ora impugnata il Tribunale di Napoli rigettava l'appello e compensava le spese del giudizio.

Nel pervenire a tale decisione il giudice d'appello ha premesso che la legge 2 maggio 1976, n. 183 concede uno sgravio totale per i dipendenti nuovi assunti in soprannumero rispetto alle unità occupate alla data del 30 giugno 1976, e distingue a seconda che si tratti di "azienda nuova", sorta dopo tale data, ovvero di azienda in attività, prevedendo nei primo caso il diritto solo a questo tipo di sgravio totale e nel secondo caso il diritto sia allo sgravio totale per i lavoratori assunti dopo il 30 giugno 1976, e che risultino in soprannumero rispetto a quelli in forza a tale data, sia alla permanenza degli sgravi supplementari e aggiuntivi per gli altri dipendenti, nella ricorrenza delle ulteriori condizioni.

La "*ratio*" degli sgravi, secondo il giudice di appello, è legata all'incremento occupa-

zionale determinata dalla nascita di una "nuova azienda". Tale incremento non ricorre quindi quando vi sia stato mero transito di dipendenti da un datore di lavoro ad un altro, come si era verificato, nella specie, con il passaggio dei dipendenti dall'imprenditore individuale Francesco Zecchina alla Zecchina Costruzioni s.p.a., a nulla rilevando quindi la circostanza, pacifica, che il primo avesse conferito alla seconda solo alcuni dipendenti ed alcune attrezzature ed avesse continuato nella attività d'impresa fino al 1989.

II giudice di appello riferisce poi che, secondo quanto accertato in primo grado, la quasi totalità delle azioni della Zecchina Costruzioni s.p.a. era stata sottoscritta da Francesco Zecchina, il quale aveva anche conferito la maggior parte dei beni aziendali ed aveva chiesto altresì all'INPS di attribuire alla società neocostituita la medesima posizione contributiva della ditta individuale.

La nuova società d'altra parte, sempre secondo il Tribunale, dopo il provvedimento dell'INPS di rigetto della istanza di fruizione degli sgravi totali, aveva applicato, mediante compensazione, i soli sgravi aggiuntivi e supplementari (ossia i benefici riguardanti il caso di azienda non nuova): circostanze tutte idonee, secondo il giudice d'appello a confermare la infondatezza della istanza di sgravio totale.

Quanto agli sgravi supplementari e aggiuntivi, secondo il giudice di appello, l'onere di provare l'esistenza del diritto allo sgravio, incombe sul datore del lavoro che lo richieda. II diritto allo sgravio contributivo si configura infatti come deroga al principio generale dell'obbligo contributivo (obbligazione *ex lege*) legata a determinati presupposti di fatto. L'INPS, quale creditore dell'obbligo contributivo ordinario può limitarsi a dedurre l'inadempimento, mentre incombe sul debitore dimostrare di non essere inadempiente avendo diritto a taluni sgravi. Tale posizione dell'Istituto, di natura sostanziale, non viene modificata dalla sua posizione processuale di creditore opposto nel giudizio di opposizione, atteso che in tale giudizio è il debitore che, opponendo in compensazione il suo preteso diritto a taluni sgravi, deve dimostrare i fatti costitutivi della eccezione.

Ciò premesso, il Tribunale ha ritenuto che la Zecchina Costruzioni non avesse fornito tale prova, fondando tale valutazione sulle seguenti giustificazioni.

La società avrebbe dovuto provare: a) quanti erano i dipendenti della ditta individuale Francesco Zecchina alle date del 30 settembre 1968 e del 31 dicembre 1970; b) quanti erano i dipendenti in forza alla società dopo la sua costituzione.

Il primo dei due presupposti non era provato in quanto: 1) i documenti prodotti non riguardavano tutti i cantieri in atto a quelle date, mancando il documento GS2 relativo alla città di Napoli e qualsivoglia documentazione per la provincia di Caserta;

2) non aveva rilievo l'apertura di alcuni cantieri successivamente al 1968 e al 1970, sia perché non poteva escludersi che quelli esistenti prima di tali date fossero in numero maggiore sia perché ciò che contava era il numero dei cantieri a quelle date e non successivamente;

3) la dichiarazione dei redditi relativi all'anno 1970 di Francesco Zecchina quale persona fisica non consentiva di evincere il numero degli occupati neppure in via indiziaria ossia, come prospettato dall'appellante, desumendolo, mediante consulenza tecnica, con l'applicazione delle tariffe provinciali applicate all'epoca, dato che per un verso non vi era prova dell'applicazione di tali tariffe e se anche tale prova vi fosse stata il calcolo deduttivo non sarebbe stato preciso, dovendosi accertare se fosse stato pagato eventualmente anche il lavoro straordinario e quello festivo. In tale contesto

quindi la C.T.U. avrebbe assunto un'inammissibile funzione esplorativa ed avrebbe avuto risultati incerti non compatibili con la disciplina degli sgravi, secondo cui il diritto a goderne è necessariamente quantificato in relazione al numero esatto dei dipendenti assunti in incremento occupazionale rispetto alle date del 30 settembre 1968 e 31 dicembre 1970.

Contro questa sentenza la Intercostruzioni s.p.a., nuova denominazione sociale della Zecchina Costruzioni s.p.a., propone ricorso per cassazione sulla base di due motivi. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso, denunziando violazione e falsa applicazione dell'art. 14 della legge 2 maggio 1976, n. 183, e dell'art. 2555 c.c., omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c., il ricorrente addebita alla sentenza impugnata di aver ritenuto, con motivazione giuridicamente erronea e comunque insufficiente, che la società non fosse azienda nuova rispetto alla ditta individuale, perché non vi sarebbe stato alcun incremento occupazionale, senza considerare:

— che la stessa ditta individuale aveva continuato ad operare fino al 1989 ovvero per altri nove anni dopo la costituzione della società;

— che solo una parte del personale e delle attrezzature erano state conferite dalla ditta individuale alla società,

— che questa aveva egualmente subito un notevole incremento occupazionale dopo la costituzione, si da godere in un primo momento degli sgravi supplementari ed aggiuntivi, successivamente negatile non perché incremento non vi fosse stato ma perché l'INPS aveva illegittimamente inteso valutarlo in relazione alla forza occupazionale della ditta individuale. Nel negare l'incremento il Tribunale aveva del resto ignorato specifica documentazione proveniente dall'INPS che dimostrava il contrario per il periodo 1980-1990, con passaggio da 122 a 442 dipendenti.

Il motivo è infondato.

La norma di riferimento, costituita dall'art. 14 della legge 2 maggio 1976, n. 183, la cui rubrica reca "Sgravio sugli oneri contributivi dovuti all'Istituto nazionale della previdenza sociale" dispone quanto segue: "Per i nuovi assunti dal 1 luglio 1976 al 31 dicembre 1980, ad incremento delle unità effettivamente occupate alla data del 30 giugno 1976 nelle aziende artigiane e nelle imprese alberghiere come tali classificate a norma della legge 30 dicembre 1937, n. 2651, modificata con legge 18 gennaio 1939, n. 382, nonché nelle aziende industriali operanti nei settori che saranno indicati dal CIPE, lo sgravio contributivo di cui alla legge 25 ottobre 1968, n. 1089, e successive modificazioni e integrazioni è concesso in misura totale dei contributi posti a carico dei datori di lavoro, dovuti all'Istituto nazionale della previdenza sociale sino al periodo di paga in corso al 31 dicembre 1986 sulle retribuzioni assoggettate a contribuzioni per il fondo pensioni lavoratori dipendenti gestito dall'INPS".

Con riguardo all'applicazione dello sgravio contributivo in essa previsto, nella giurisprudenza di questa Corte è stato più volte affermato che per stabilire se un incremento di occupazione si sia o non verificato in un'azienda, occorre far riferimento al concetto di azienda in senso oggettivo, senza tener conto di tutte le eventuali variazioni intervenute nella titolarità dell'impresa. Su tale premessa comune si è stabilito quindi che il presup-

posto per la concessione del beneficio va ritenuto insussistente nelle ipotesi di trasferimento, trasformazione o fusione di aziende, nelle quali si verifichi il mero passaggio di personale alla nuova impresa senza che il numero complessivo dei lavoratori occupati risulti aumentato. (Cass.15 aprile 1994, n. 3548 (1)); si è ritenuto che nell'ipotesi di trasferimento aziendale, e malgrado eventuali assunzioni *ex novo* di personale da parte dell'imprenditore acquirente, l'incremento di occupazione non può ritenersi conseguito ove permanga stabile, o addirittura diminuisca, il numero globale degli occupati nell'azienda. (Cass. 5 febbraio 1998, n. 1180); si è affermato che i suddetti benefici non competono a seguito della formale costituzione di una nuova impresa qualora sia stata accertata la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale e l'imprenditore non abbia dato adeguata dimostrazione degli elementi di novità intervenuti nella struttura, ancorché il mutamento della titolarità non sia da porre in relazione ad una vera e propria cessione di azienda. (Cass. 22 giugno 2001, n. 8537 (2)); si è messo in luce il carattere necessariamente complessivo proprio della valutazione della "novità" della nuova impresa nei confronti della precedente (Cass. 12 novembre 1999 n. 12589 (3)).

Con riguardo poi allo sgravio contributivo di cui alla legge 25 ottobre 1968, n. 1089 (cui fa richiamo il cit. art. 14 della legge 183 del 1976) premesso che anche in tal caso per stabilire se sussista il relativo diritto — del cui presupposto (novità dell'azienda) spetta all'azienda interessata fornire la prova, — occorre far riferimento al concetto di azienda in senso oggettivo, senza tener conto delle eventuali variazioni intervenute nella titolarità, si è puntualizzato che in caso di formale costituzione di una nuova società, i suddetti benefici competono o meno a seconda che si tratti di un'impresa effettivamente nuova o piuttosto di un'impresa solo derivata (sia pure parzialmente) da un'impresa preesistente, assumendo rilevanza determinante, a tali fini, sia la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale (o di parte di essa o comunque di elementi aziendali funzionalmente collegati), sia la sussistenza di una sostanziale continuità nell'esercizio dell'impresa e si è precisato che nell'ambito di tale valutazione, che spetta al giudice di merito, ed è, ove esente da vizi logici, insindacabile in sede di legittimità, l'assunzione "*ex novo*" di altri lavoratori non costituisce elemento sufficiente di per sé a determinare la novità dell'azienda ed il conseguente diritto agli sgravi. (Cass. 5 maggio 2003, n. 6807).

Il giudice di merito, conformandosi ai suddetti principi ha negato il beneficio avendo accertato in sostanza, sulla base degli elementi di cui si è riferito in narrativa, che tra l'impresa individuale e la società vi era un rapporto di derivazione e che non vi era stato alcun incremento occupazionale a seguito della nascita di una "nuova azienda" ma solo un passaggio di lavoratori dall'imprenditore individuale Francesco Zecchina alla Zecchina Costruzioni s.p.a. Vale quindi ricordare che al fine di ottenere l'applicazione degli sgravi contributivi di cui all'art. 14 della legge n. 183 del 1976 e successive modificazioni e integrazioni — basata, come detto, su una indagine della struttura aziendale che fa riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo — nell'ipotesi di trasferimento di azienda qualora sia stata accertata la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale, quali lavoratori (pure se aumentati di numero) e oggetto sociale (pur se ampliato) è onere dell'azienda dare dimostrazione degli elementi di novità intervenuti nella struttura (Cass. 12 novembre 1999, n. 12598; v. anche Cass. 10 luglio 2002, n. 10055).

All'accertamento del Tribunale il ricorrente oppone invece circostanze non decisive perché nient'affatto incompatibili con esso, quali il permanere dell'impresa individuale o il passaggio non totalitario dei dipendenti da questa alla società. Il ricorrente fa anche valere la mancata considerazione da parte del Tribunale di documenti di provenienza INPS che proverebbero l'incremento del numero dei lavoratori. Ma anche questa censura non ha carattere di decisività perché, come in sostanza emerge dallo stesso ricorso, i documenti in questione dimostrerebbero un aumento nel numero dei dipendenti della sola società, mentre la variazione in aumento, per poter esser rilevante ai fini degli sgravi in esame, avrebbe dovuto esser riferita al numero di dipendenti della ditta individuale onde poter stabilire se globalmente il numero degli occupati fosse aumentato.

Con il secondo motivo di ricorso, denunziando violazione e falsa applicazione delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089 e 4 agosto 1971, n. 589, nonché dell'art. 2697 c.c. e degli artt. 61 e 421 c.p.c., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c. il ricorrente addebita alla sentenza impugnata di aver ritenuto non provato dalla società il numero dei lavoratori in forza alle date del 1968 e del 1970 presso la ditta Francesco Zecchina, considerando insufficiente la documentazione prodotta ossia i modelli GS della Ditta e la denunzia dei redditi della stessa ed avendo valutato come meramente esplorativa e quindi inammissibile la consulenza tecnica d'ufficio. In tal modo, contraddittoriamente, il Tribunale da un lato, disattendendo la tesi del primo giudice ed accogliendo quella della società, non aveva dato rilievo ad un modello GS della ditta individuale esistente presso l'INPS di Napoli, e da questo prodotto in giudizio, dal quale sarebbe risultata una forza lavoro di 45 unità nel 1968 e di 18 unità nel 1970, ma dall'altro avrebbe ignorato tutta la documentazione prodotta in appello dalla società, ossia: i modelli GS 2 per le province di Salerno, Isernia, Benevento Avellino e Napoli da cui risultava una consistenza della forza-lavoro della impresa Zecchina per gli anni 1968 e 1970, del tutto in linea con i dati su cui la società aveva applicato gli sgravi; la denunzia dei redditi per il 1970 del cav. Francesco Zecchina con allegati i lavori eseguiti nei vari cantieri, contenente, secondo la normativa dell'epoca, il numero dei dipendenti occupati per i quali era dovuta la vecchia imposta di ricchezza mobile categ. C2; le tabelle retributive degli operai dell'epoca e le tabelle sulla incidenza del costo di lavoro rispetto al reddito lordo prodotto. Per queste ragioni, e anche in considerazione delle difficoltà probatorie della società dato il tempo trascorso, la C.T.U. avrebbe dovuto venir disposta, non potendosi affermare, come apoditticamente fatto dal Tribunale, che essa avrebbe avuto valore solo esplorativo.

Il motivo è infondato.

La prova dei presupposti per godere dello sgravio contributivo in argomento avrebbe dovuto esser fornita dalla società ricorrente (v. sull'onere della prova del presupposto della novità dell'azienda, Cass. 5 maggio 2003, n. 6807 cit.). II Tribunale ha ritenuto che tale prova non fosse stata raggiunta, e nel fornire le ragioni di tali conclusione ha spiegato perché i documenti prodotti dalla società non erano sufficienti a dimostrare il numero dei dipendenti alle date di riferimento e perché la dichiarazione dei redditi individuali del Zecchina quale persona fisica per l'anno 1970 non possedevano neppure valore indiziario.

Il ricorrente per contestare la decisione del Tribunale avrebbe dovuto addurre la

omessa o insufficiente valutazione di elementi tali che, ove presi in esame, avrebbero portato con certezza ad una conclusione diversa. Ma gli elementi che si assumono non adeguatamente considerati sono stati in realtà tutti presi in esame dal giudice del merito, senza che il ricorrente adduca vizi logici dai quali le conclusioni di tale valutazione siano affette. Inoltre, con riguardo al caso della dichiarazione individuale dei redditi, il fatto che essa avrebbe dovuto venir valutata unitamente alle tariffe provinciali praticate all'epoca per desumerne il numero dei dipendenti senza che, come osserva il Tribunale, fosse stata dimostrata l'applicazione di queste tariffe da parte dell'impresa individuale, mostra con chiarezza il carattere meramente indiziario e probabilistico della censura in esame.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 625.

(2) *Idem*, 2002, p. 162.

(3) *Idem*, 2000, p. 1339.

***Pensioni* - Pensione di inabilità - Condizioni - Accertamento in concreto - Necessità.**

**Corte di Cassazione - 27.2.2004, n. 4046 - Pres. Mileo - Rel. De Matteis - P.M. D'Angelo (Conf.) - D'Alessandro (Avv. De Notariis) - INPS (Avv. ti Riccio, Valente).**

*Sussiste il diritto alla pensione di inabilità, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 222 del 1984, qualora l'assicurato si trovi, a cagione della sua invalidità, nella impossibilità assoluta e permanente di svolgere qualsiasi attività lavorativa confacente alle sue attitudini che sia non usurante, non dequalificante, e remunerativa; la sussistenza o meno di tale situazione di impossibilità va valutata in concreto, avendo riguardo al possibile impiego delle energie lavorative residue in relazione al tipo di infermità e alle generali attitudini del soggetto.*

FATTO — II Pretore di Campobasso ha rigettato la domanda di D'Alessandro Domenico volta al riconoscimento del diritto alla pensione d'inabilità, in quanto la C.T.U., pur avendo riconosciuto una sua grave invalidità, non aveva ritenuto la stessa superiore alla misura dell'80% e quindi non del tutto riduttiva della capacità lavorativa.

Il D'Alessandro ha proposto appello, lamentando l'erroneità della sentenza impugnata in quanto la capacità al lavoro andava verificata in concreto; le patologie riscontrate nell'appellante rendevano quest'ultimo di fatto del tutto incapace di svolgere attività lavorativa, così facendo sorgere il diritto alla pensione d'inabilità.

Il Tribunale di Campobasso, svolta nuova C.T.U., ha rigettato l'appello, con sentenza 18 gennaio/16 maggio 2001.

La C.T.U. svolta n secondo grado ha ccertato che D'Alessandro Domenico è affetto da "epatopatia cronica alcool correlata; ipertensione arteriosa; arteriopatia obliterante degli arti inferiori; bronchite cronica enfisematosa; iperglicemia" e che tale complesso patologico incide sulla capacità di lavoro dell'appellante in misura superiore ai due terzi, ma non la impedisce in modo totale e permanente.

Ciò posto in fatto, il Tribunale ha rilevato in diritto che la legislazione vigente ha distinto le ipotesi di patologie riduttive di due terzi della capacità lavorativa, da quelle che eliminano del tutto tale capacità, facendo corrispondere alle prime il diritto all'assegno d'invalidità ed alle seconde il diritto alla pensione d'inabilità. Il Tribunale ha ritenuto che tale volontà legislativa è chiaro indice dell'impossibilità di assimilare una grave ma parziale invalidità ad una totale inabilità lavorativa, rendendo nel caso di specie l'appellante invalido e con diritto all'assegno d'invalidità, peraltro già corrisposto allo stato attuale, ma non inabile e quindi privo del diritto alla pensione d'inabilità.

In subordine ha rilevato che il D'Alessandro non ha fornito la prova che la sua invalidità parziale provoca una impossibilità assoluta di proficuo lavoro.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per Cassazione D'Alessandro Domenico, con unico motivo.

L'Istituto intimato si è costituito con sola procura.

DIRITTO — Con unico motivo di ricorso il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 2 Legge 12 giugno 1984,n. 222; motivazione omessa insufficiente e contraddittoria in ordine a punti decisivi della controversia (art. 360, n. 5 c.p.c.), censura la sentenza impugnata per avere negato che la rilevante, anche se non totale, riduzione, della capacità lavorativa comporti per il ricorrente, che è manovale edile, la impossibilità assoluta di proficuo lavoro.

Assume che l'impossibilità lavorativa, cui l'art. 2 Legge 12 giugno 1984, n. 222 collega il diritto alla prestazione previdenziale della pensione, è nozione diversa da quella puramente sanitaria, ed implica valutazioni anche di altra natura, in particolare concernenti la conservazione di una capacità lavorativa residua idonea a consentire un proficuo lavoro.

Il motivo non è fondato.

La Legge 12 giugno 1984, n. 222 ha innovato la precedente disciplina della invalidità pensionabile sotto due profili principali: ha sostituito alla nozione di capacità di guadagno, che implicava la rilevanza del mercato del lavoro, guella di capacità di lavoro; ha distinto le due ipotesi della invalidità, consistente nella incapacità parziale, che da diritto all'assegno ordinario di invalidità, e della inabilità, consistente nella impossibilità assoluta e permanente di svolgere qualsiasi attività lavorativa, che da diritto alla pensione di inabilità.

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito importanti questioni interpretative

della L. 222/1984: a) l'art. 2, il quale riconosce la pensione di inabilità all'assicurato che sia nell'impossibilità assoluta e permanente a svolgere qualsiasi attività lavorativa, va interpretato nel senso che per attività lavorativa si devono intendere le attività confacenti alle attitudini dell'assicurato (Cass. 17 marzo 1994 n. 2558), non usuranti (Cass. 29 aprile 1998 n. 4396), e non dequalificanti (Cass. 25 gennaio 2001 n. 1026); b) tale attività deve avere il requisito della remunerativtà, o come si è detto con formula icastica, deve trattarsi di proficuo lavoro, idoneo ad assicurare una remunerazione sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa, secondo il parametro dell'art. 36 della Cost. (Cass. 26 febbraio 1993 n. 2367; Cass. 1026/2001 cit.); e) l'impossibilità assoluta di svolgere qualsiasi attività lavorativa deve essere valutata secondo un criterio concreto, ossia avendo riguardo al possibile impiego delle eventuali energie lavorative residue in relazione al tipo di infermità e alle generali attitudini del soggetto (Cass. 2558/1994 cit.; Cass. 4 agosto 1994 n. 7222 (1); Cass. n. 4396/1998 cit.; Cass. 30 maggio 2000 n. 7212, che ha cassato la sentenza impugnata la quale aveva negato il diritto alla pensione di inabilità in una fattispecie di riduzione della capacità di lavoro del 90%); d) ne consegue che, pure una riduzione della astratta capacità di lavoro inferiore al cento per cento può comportare il diritto alla pensione di inabilità, se impedisce in concreto la possibilità di svolgere qualsiasi proficuo lavoro (Cass. 7212/2000 cit.); e) il giudice del merito il quale, discostandosi dalla C.T.U che ha accertato una grave infermità, neghi il diritto alla pensione di inabilità, deve indicare il. possibile impiego delle asserite residue energie lavorative (Cass. 2558/1994 cit.). Alla luce dei principi sopra riassunti, risulta errata l'affermazione della sentenza impugnata "Non si può condividere l'assunto di parte ricorrente secondo cui una grave invalidità debba essere ritenuta coincidente ad una invalidità assoluta quando escluda di fatto la capacità di svolgere attività lavorativa proficua e redditizia"; sicché si deve correggere la motivazione, nel senso sopra esposto, ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

La sentenza impugnata, infatti, resiste alla impugnazione del ricorrente, in quanto è valida la seconda motivazione, secondo cui il ricorrente non ha fornito la prova della impossibilità assoluta.

Su tale specifico punto, se sia il giudice a dovere motivare il possibile impiego delle asserite residue energie lavorative, o se sia il lavoratore a dovere provare che la capacità parziale comporta in concreto l'impossibilità di svolgere qualsiasi proficuo lavoro, non vi è contrasto con la giurisprudenza citata al punto e), perché tutto dipende dall'accertamento compiuto nel processo.

Nella fattispecie esaminata da Cass. 1026/2001, il giudice del merito aveva disatteso il giudizio peritale, coincidente con quello della commissione di invalidità civile, di totale inabilità, e pertanto si spiega il principio affermato dalla Corte di obbligo motivatorio a suo carico delle affermate residue capacità lavorative.

Viceversa, ove la C.T.U. di primo grado abbia accertato una invalidità dell'80%, come nella specie, ed il giudice abbia condiviso tale motivazione rigettando la domanda di pensione di inabilità, è onere dell'assicurato ricorrente, derivante dal sistema delle impugnazioni, non solo di proporre la questione di diritto, risolta in questa sede in senso a lui favorevole, ma anche di indicare la prova della sua impossibilità totale a svolgere qualsiasi proficuo lavoro, in difformità dalla decisione impugnata

Proprio la giurisprudenza citata sopra sul giudizio concreto, comporta che anche le

censure dell'assicurato siano concrete, e formulate in relazione al caso specifico. A tale scopo non può essere sufficiente l'affermazione che egli è manovale edile, perché si risolverebbe nella affermazione generale che tutti i manovali edili con invalidità dell'80% hanno diritto alla pensione di inabilità, il che violerebbe la distinzione tra invalidità e inabilità introdotta dalla Legge 12 giugno 1984, n. 222, ed implicherebbe un surrettizio ritorno alla nozione di capacità di guadagno dalla stessa legge soppressa, per il suo riferimento alle condizioni del mercato di lavoro.

Il ricorso deve essere per tale motivo respinto.

Nulla per le spese, non essendosi l'Istituto intimato costituito, nè avendo svolto attività defensionale all'udienza.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 1275.

***Processo civile* - Controversie - Procedimento litisconsorzio - Giudizio promosso dal lavoratore contro il datore di lavoro per la regolarizzazione del rapporto assicurativo - Posizione dell'istituto assicuratore - Litisconsorte necessario - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 26.2.2004, n. 3941 - Pres. Sciarelli - Rel. Curcuruto - P.M. Matera (Conf.) - Bruzzano (Avv. Della Chiesa D'Isasca) - INPGI (Avv. Capaccioli).**

*Nel giudizio promosso dal lavoratore subordinato contro il datore di lavoro per la regolarizzazione del rapporto assicurativo, l'istituto assicuratore non è contraddittore necessario, quantunque si controverta sulla esistenza del rapporto di lavoro come presupposto di quello previdenziale.*

FATTO — Il Pretore di Napoli, accogliendo la domanda di Gennaro Bruzzano, condannò l'istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani "Giovanni Amendola" (d'ora innanzi: INPGI) a regolarizzare la posizione contributiva dell'attore, si da garantirgli la copertura assicurativa e previdenziale per il periodo 1 gennaio 1995/30 giugno 1996.

A fondamento della domanda il Bruzzano aveva dedotto che:

aveva lavorato alle dipendenze della Cooperativa Protagonisti, editrice del giornale Napoli Notte, sino all'ottobre 1996;

insorto un contenzioso fra l'editore ed i dipendenti, tra i quali lo stesso Bruzzano,

era stata poi raggiunta una conciliazione in sede sindacale;

con esso Bruzzano era intervenuto, a parte, un atto aggiuntivo, nel quale si dava atto che egli aveva lavorato dal gennaio 1995 all'ottobre dello stesso anno, come redattore ordinario, e in seguito, sino all'ottobre 1996, quale redattore capo;

con tale atto la Cooperativa aveva assunto l'obbligo di pagare i contributi anche per il periodo dal gennaio al novembre 1995;

tale accordo individuale era stato però disconosciuto dall'INPGI, il quale aveva riconosciuto i contributi solo per il periodo 7 dicembre 1995/28 febbraio 1996.

La sentenza, impugnata dall'INPGI è stata interamente riformata dalla Corte d'Appello di Napoli, che ha respinto la domanda del Bruzzano. Nel pervenire a tale conclusione il giudice d'appello ha, in sintesi, ritenuto anzitutto che nel disconoscere valore alla transazione individuale, l'INPGI non aveva, come invece ritenuto dal giudice di prime cure, contraddittoriamente contestato o discusso la validità dell'accordo sindacale, senza tuttavia impugnarlo, dal momento che l'accordo individuale era chiaramente del tutto diverso ed autonomo rispetto alle pattuizioni intervenute in sede sindacale. La sua contestazione da parte dell'Istituto previdenziale si risolveva quindi nella negazione del rapporto di lavoro dedotto dall'attore, quanto a periodo di riferimento e relativa qualifica, sì che l'oggetto della controversia diventava l'accertamento della vigenza di quel rapporto, con le caratteristiche risultanti dalla transazione.

Nel compiere tale indagine il giudice d'appello ha quindi esaminato se fra i due accordi, collettivo e individuale, vi fosse una relazione di complementarietà, nel senso che il secondo integrasse il primo, o se si trattasse, invece, di due entità giuridiche distinte e contrastanti, e, dopo aver accertato sulla base di diversi indici, che tale relazione non vi era, ha poi esaminato la prova offerta dall'attore circa la sussistenza del rapporto lavorativo, concludendo che essa era in parte inammissibile ed in parte ininfluente.

Contro questa sentenza di Gennaro Bruzzano propone ricorso per cassazione sulla base di due motivi.

L'INPGI resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso, denunziando violazione e falsa applicazione degli articoli 102 cod. procedura civile, 1415 e 2094 cod. civ., omessa e comunque insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, il ricorrente addebita alla sentenza impugnata di non aver tenuto presente che l'accertamento del contenuto e della durata di un rapporto di lavoro subordinato avrebbe dovuto essere effettuata nel contraddittorio della cooperativa datrice di lavoro, e che, ad ogni modo, al medesimo risultato si sarebbe dovuto pervenire in base all'assunto dell'INPGI, secondo cui si doveva comunque accertare la natura simulata dell'atto transattivo.

Il motivo è infondato.

Nel giudizio instaurato dal lavoratore subordinato contro il datore di lavoro per la regolarizzazione del rapporto assicurativo l'istituto assicuratore non è contraddittore necessario, quantunque si controverta sull'esistenza del rapporto di lavoro come presupposto di quello previdenziale (Cass. 7 gennaio 1998, n. 72; 7 agosto 2000, n. 10377; 23 gennaio 2003, n. 1013).Tale conclusione si correla con il principio per cui

nelle controversie relative al pagamento di contributi previdenziali, reclamati dall'istituto gestore, l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, costituente l'imprescindibile presupposto del rapporto previdenziale, costituisce un punto pregiudiziale, risolvibile *incidenter tantum* dal giudice (senza efficacia di giudicato al di fuori della causa in cui l'accertamento avviene) (v. in proposito per tutte Cass. S.U. 5 febbraio 1991, n. 1076 (1)).

Tali principi sono applicabili anche nel caso di specie, in cui la domanda è svolta dal lavoratore contro l'istituto previdenziale, dovendosi escludere che il contraddittorio della cooperativa datrice di lavoro sia richiesto, stante l'autonomia dei due rapporti e il carattere solo incidentale dell'accertamento concernente il rapporto di lavoro.

Fuor di luogo è poi il richiamo, fatto nel ricorso, alla simulazione, perché, come emerge dall'impostazione data dal giudice del gravame alla sua pronunzia, la contestazione della transazione individuale ha costituito per l'INPGI solo un modo per negare l'esistenza del rapporto di lavoro.

Con il secondo motivo di ricorso, denunziando violazione e falsa applicazione degli articoli 2094 e seguenti cod. civ., omessa motivazione su un punto decisivo della controversia, il ricorrente addebita alla sentenza impugnata di aver condotto un'indagine, irrilevante sui due documenti, concludendo per la inattendibilità di quello contenente l'accordo individuale fra il Bruzzano e la cooperativa, e di aver omesso invece dì accertare la ricorrenza degli effettivi elementi di identificazione del rapporto di lavoro dipendente, vale a dire la subordinazione, la continuità, l'osservanza di un orario di lavoro (onerosità e la volontà delle parti all'atto della instaurazione del rapporto stesso.

Il motivo va disatteso.

La Corte napoletana ha effettivamente condotto un attento esame comparativo dei due documenti sopra richiamati ed ha concluso che in base ad essi non poteva dirsi raggiunta la prova del rapporto nei termini indicati dal Bruzzano. Quindi ha esaminato le prove testimoniali da questi articolate nel ricorso introduttivo ed ha affermato che esse erano parzialmente inammissibili e ininfluenti.

Il motivo in esame non contiene, a ben vedere, alcuna specifica censura su questo secondo ed essenziale aspetto della motivazione della sentenza impugnata, sì che esso deve considerarsi inammissibile, dato che qualora la decisione impugnata si fondi su una pluralità di ragioni, tra loro distinte ed autonome, e singolarmente idonee a sorreggerla sul piano logico e giuridico, l'omessa, specifica impugnazione di tutte le "*rationes decidendi*" rende inammissibili, per difetto di interesse, le censure relative alle singole ragioni esplicitamente fatte oggetto di doglianza, in quanto queste ultime non potrebbero comunque condurre, stante l'intervenuta definitività delle altre non impugnate, all'annullamento della decisione stessa. (v. per tutte, Cass. 12 aprile 2001 n. 5493).

In conclusione, il ricorso va rigettato. Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 668.

***Pensioni* - Cumulabilità - Diritto alla pensione supplementare previsto dall'art. 5 legge 1338 del 1962 - Conseguibilità solo in capo ai pensionati da lavoro dipendente - Lavoratori autonomi - Utilizzabilità dei contributi accreditati in altre gestioni - Limiti.**

**Corte di Cassazione - 23.2.2004. n. 3569 - Pres. Prestipino - Rel. Picone - P.M. Frazzini (Conf.) - Capodagli (Avv. Boer) - INPS (Avv. ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*Ai sensi dell'art. 5 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, hanno facoltà di chiedere la liquidazione di una pensione supplementare soltanto i titolari di trattamento pensionistico conseguito per effetto di una prestazione di lavoro dipendente, e non anche i lavoratori autonomi, poiché i trattamenti di previdenza sostitutivi, esclusivi o esonerativi operano con esclusivo riguardo all'assicurazione generale per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, obbligatoria per tutti i suddetti lavoratori. I lavoratori autonomi e i liberi professionisti, ove assicurati presso l'Inps, qualora abbiano maturato i requisiti per il conseguimento della pensione all'interno di una gestione, potranno utilizzare gli eventuali contributi accreditati in altre gestioni al solo fine di ottenere supplementi di pensione.*

FATTO — II Tribunale di Urbino ha confermato, rigettando l'appello di Aldebrando Capodagli, la sentenza del Pretore della stessa sede, che aveva giudicato priva di fondamento la domanda proposta nel confronti dell'Inps per l'accertamento del diritto alla pensione supplementare, essendo titolare di pensione a carico della Cassa di previdenza e assistenza dei geometri ed avendo versato contributi nell'assicurazione generale obbligatoria non sufficienti per la liquidazione di una pensione autonoma.

Il Tribunale ha rilevato che l'art. 5 l. 12 agosto 1962, n. 1338 (nel comma 3 novellato dall'art. 12 D. P. R. n. 486 del 1968), non estende il diritto alla pensione supplementare, in base ai contributi versati o accreditati nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, agli assicurati che non abbiano diritto "a pensione a carico di un trattamento di previdenza sostitutivo dell'assicurazione generale obbligatoria... o che ne comporti la esclusione o l'esonero", come appunto era il caso del Capodagli, in quanto titolare di pensione a carico della Cassa dei geometri e quindi di un trattamento previdenziale diverso da quelli contemplati dalla norma. Ha, inoltre, considerato irrilevante la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Capodagli con riferimento all'impossibilità di utilizzare i contributi Inps per accrescere la misura della pensione a carico della Cassa di previdenza per i geometri, in quanto tale pretesa era inammissibile perché formulata per la prima volta in grado di appello.

Aldebrando Capodagli domanda la cassazione di questa sentenza con ricorso per un unico motivo, ulteriormente precisato con memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c. p. c.; resiste l'Inps con controricorso.

DIRITTO — 1. — L'unico motivo di ricorso sostiene, in via principale, che una lettura conforme all'evoluzione del quadro normativo complessivo, oltre che costituzionalmente orientata, dell'art. 5 l. 1338/1962 conduce a comprendere i titolari di trattamenti di pensione a carico di casse di previdenza per i liberi professionisti tra gli aventi diritto alla pensione supplementare, considerato il rilievo dato dalla legge n. 47 del 1983 all'assicurazione dei liberi professionisti agli effetti dell'assicurazione generale obbligatoria (con il divieto di prosecuzione volontaria sancito dall'art. 3); del resto, il D.M. 2 maggio 1996, n. 282, aveva riconosciuto il diritto alla pensione supplementare agli iscritti alla gestione separata di cui all'art. 2, comma 25, l. 335/1995, compresi i titolari di trattamento pensionistico a carico delle gestioni previdenziali obbligatorie dei liberi professionisti.

In via subordinata, il ricorrente domanda che sia ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 38 Cost, dell'art. 5 l. 1338/1962, nella parte in cui esclude dal diritto alla pensione supplementare i titolari di trattamenti di pensione a carico delle gestioni previdenziali obbligatorie dei liberi professionisti.

2. — La Corte giudica il ricorso destituito di fondamento giuridico.

Dispone l'art. 5 della legge 12 agosto 1962, n. 1338, che *l'assicurato cui sia stata liquidata o per il quale, sussistendo il relativo diritto, sia in corso di liquidazione la pensione a carico di un trattamento di previdenza sostitutiva dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti o che ne comporti esclusione o l'esonero, ha facoltà di chiedere la liquidazione di una pensione supplementare in base ai contributi versati o accreditati nell'assicurazione stessa qualora detti contributi non siano sufficienti per il diritto a pensione autonoma.*

3. — Destinatari del beneficio sono, quindi, soltanto i titolari di trattamento pensionistico conseguito per effetto della prestazione di lavoro dipendente, atteso che i trattamenti di previdenza sostitutivi (regimi speciali che si pongono in alternativa al regime generale, senza escluderne la competenza, per particolari categorie di lavoratori dipendenti), ovvero che ne comportino l'esclusione (dipendenti pubblici) o l'esonero (fondi pensionistici di alcuni istituti di credito), lo sono con esclusivo riguardo all'assicurazione generale per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, obbligatoria per tutti coloro che, avendo compiuta l'età di quattordici anni, prestino lavoro retribuito alle dipendenze altrui (art. 3, r. d. l. 14 aprile 1939, n. 636).

4. — Ne discende l'impossibilità di una lettura estensiva della norma, tale da comportare l'assimilazione ai trattamenti di previdenza sostitutivi, esclusivi o esonerativi dell'assicurazione obbligatoria di pensioni conseguite come lavoratori autonomi. Per questi ultimi, ove assicurati presso l'Inps, vale il principio secondo il quale il regime dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, pur articolandosi nelle quattro diverse gestioni dei lavoratori dipendenti, dei coltivatori diretti, mezzadri e coloni, degli artigiani e dei commercianti, ha struttura unitaria, configurandosi un rapporto assicurativo - previdenziale unico per la previsione, ad opera dell'art. 9, comma 1 della l. 4 luglio 1959, n. 463, dell'obbligatorio cumulo delle contribuzioni accreditate in più gestioni dell'assicurazione suddetta, sicché, maturati (prima e dopo) in altre gestioni sono utilizzabili solo per ottenere supplementi di pensione (Cass. 10699/1995; 5495/1995).

5. — A maggior ragione per i liberi professionisti, le peculiarità che contrassegnano l'attività lavorativa e i regimi previdenziali (più volte rimarcate dalla Corte costituzionale) precludono una lettura della norma che consideri la pensione conseguita a carico di una cassa o fondo di categoria alla stregua di un trattamento di previdenza sostitutivo, esclusivo o esonerativo di quello obbligatorio.

6. — Ed infatti, il sistema di tutela previdenziale in favore dei soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione, senza vincolo di subordinazione, il cui esercizio è subordinato all'iscrizione in appositi albi o elenchi, delineato, a decorrere dal 1° gennaio 1996, dal D. Lgs. 10 febbraio 1996, n. 103, in attuazione della delega conferita dall'art. 2, comma 25, della legge 8 agosto 1995, n. 335, conferma la specialità del sistema e non conforta certamente la tesi del ricorrente.

7. — È poi del tutto estraneo alla questione il Decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 23 maggio, n. 119) — regolamento recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione e del rapporto assicurativo di cui all'art. 2, comma 32, della l. 8 agosto 1995, n. 335 — che concerne esclusivamente *gli iscritti alla gestione pensionistica dei lavoratori autonomi di cui all'art. 2, comma 26*, riconoscendo ad essi il diritto a una pensione supplementare, ai sensi dell'art 5 della l. 1338/1962, in relazione ai contributi versati alla predetta gestione non sufficienti per una pensione autonoma, qualora abbiano conseguito la titolarità di un trattamento pensionistico come lavoratori dipendenti o come lavoratori autonomi, anche a carico delle gestioni previdenziali obbligatorie dei liberi professionisti.

Dando per ammesso che la fonte regolamentare sia stata legittimata dalla legge ad attribuire il diritto alla pensione supplementare, si è comunque in presenza di un istituto nettamente distinto da quello di cui all'art. 5 l. 1338/1962 (richiamato ai soli fini della regolamentazione), con la previsione di una pensione supplementare in relazione ai contributi versati da una particolarissima categoria di lavoratori autonomi (quelli che non fruivano di forme di copertura previdenziale), a condizioni del tutto svincolate da quelle previste in via generale, istituto certamente non estensibili oltre il caso considerato.

8. — L'esclusione di alcune categorie di lavoratori (non solo dei liberi professionisti) dal beneficio della pensione supplementare è manifestamente conforme ai principi costituzionali, e ciò sulla base delle posizioni già assunte sul tema dal giudice delle leggi.

9. — Viene in rilievo, in primo luogo, la decisione che ha giudicato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 l. 12 agosto 1962, n. 1338 (nel comma 3 novellato dall'art. 12 D. P. R. n. 486 del 1968), nella parte in cui non estende il diritto alla pensione supplementare in base ai contributi versati o accreditati nell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, agli assicurati che non abbiano diritto "a pensione a carico di un trattamento di previdenza sostitutivo dell'assicurazione generale obbligatoria... o che ne comporti la esclusione o l'esonero" per contrasto con gli artt. 3, 36 e 38 Cost.(C. Cost. n. 33 del 1987 (1)).

Nella fattispecie che aveva originato il giudizio incidentale, la pensione supplementare era stata rivendicata da un lavoratore subordinato che aveva versato all'Inps contributi non sufficienti per conseguire la pensione.

La Corte costituzionale ha, tra l'altro, osservato che la corrispettività non deve intercorrere necessariamente tra contributi e pensione, essendo sufficienti anche altri vantaggi correlati al rapporto di assicurazione obbligatoria (es. disoccupazione) e che, in ogni caso, è rimessa alla discrezionalità del legislatore l'estensione dei benefici previdenziali secondo criteri di necessaria gradualità. Ed infatti, l'ipotesi è stata poi regolata con la previsione della "totalizzazione" per i lavoratori che non abbiano maturato il diritto a pensione in alcuna delle gestioni pensionistiche presso le quali la relativa posizione assicurativa risulti frazionata (art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388).

10. — Proprio su questo tema, con la sentenza n. 198 del 2002 (2), la Corte costituzionale ha posto in evidenza come la totalizzazione dei periodi contributivi versati in diverse gestioni previdenziali non ha nel nostro ordinamento, allo stato, un carattere generale. Ha precisato altresì che, in senso diverso, non può invocarsi la sentenza costituzionale n. 61 del 1999, che lo ha sì enucleato, ma delimitandone chiaramente l'operatività al caso in cui l'assicurato libero professionista non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali è, o è stato, iscritto, ipotesi estranea al caso di specie.

11. — In conclusione, escluso qualsiasi sospetto di contrasto con l'art. 3, per l'incomparabilità tra la posizione dei lavoratori liberi professionisti (nel senso della specialità, cfr., tra le tante, C. Cost. n. 340 del 2000) e i lavoratori dipendenti destinatari del beneficio della pensione supplementare, la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di neutralizzazione e totalizzazione dei contributivi rende manifestamente infondato anche il sospetto di violazione dell'art. 38 Cost.

12. Di conseguenza, nessuna consistenza ha l'argomento che anche il conseguimento della pensione garantita ai liberi professionisti preclude la prosecuzione volontaria dei versamenti contributivi all'INPS, anche per la ragione, peraltro assorbente, che concerne una questione estranea al tema della controversia, che è il diritto alla pensione supplementare e non certo il divieto di prosecuzione volontaria, con la conseguente neutralizzazione dei contributi versati in misura inferiore a quella richiesta per conseguire una pensione autonoma.

13. — Al rigetto del ricorso non consegue la statuizione sulle spese, ricorrendo le condizioni previste per l'esonero del soccombente dal rimborso a norma dell'art. 152 disp. att. c. p. c., nel testo originario — quale risultante a seguito della sentenza costituzionale n. 134 del 1994 — non essendo applicabile la modificazione introdotta dall'art. 42, ultimo comma, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 229, ai giudizi introdotti prima del 2 ottobre 2003 (di entrata in vigore del decreto), come reso manifesto dal riferimento alla instaurazione del giudizio e all'onere di dichiarare il reddito nell'atto introduttivo.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1987, p. 511.

(2) *Idem*, 2003, p. 756.

***Pensioni* - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Diritto alla pensione di reversibilità - Domanda amministrativa - Necessità - Diritto agli interessi per il ritardato pagamento - Decorrenza.**

**Corte di Cassazione - 23.2.2004. n. 3566 - Pres. Sciarelli - Rel. Vigolo - P.M. D'Angelo (Diff.) - Mari (Avv. Fiore) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*I superstiti del pensionato o dell'assicurato, per ottenere la pensione indiretta o di reversibilità, hanno l'onere di presentare la relativa domanda all'ente previdenziale, non esistendo un obbligo di questo di procedere d'ufficio alla liquidazione e all'erogazione della prestazione al verificarsi delle condizioni stabilite dalla legge; in mancanza di tale domanda, non si costituisce la posizione assicurativa, né sorge il diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, ed una volta proposta tale domanda, l'istituto è responsabile per il ritardo nel pagamento soltanto dopo che siano decorsi 120 giorni dalla proposizione della domanda, secondo quanto previsto dall'art. 7 della legge n. 533 del 1973.*

FATTO — Con sentenza in data 14 febbraio 2000, il Tribunale di L'Aquila accoglieva la domanda della Sig. Mari Eleonora contro l'I.N.P.S. che veniva condannato a pagare a controparte rivalutazione monetaria e interessi legali dal 1° luglio 1979 (data di maturazione del diritto) al 31 dicembre 1991 e i soli interessi sino al 30 novembre 1994 sulle somme corrispostele a titolo di pensione di riversibilità a seguito della morte del marito — avvenuta prima che lo stesso avesse conseguito il diritto a pensione — e di successiva domanda dell'interessata all'Istituto di previdenza sociale, in data 22 giugno 1989, per la costituzione della posizione assicurativa mediante il versamento dei contributi alle stesse condizioni a cui le avrebbe versate la gestione di appartenenza (C.P.D.E.L).

L'appello dell'I.N.P.S. è stato accolto, con sentenza 29 marzo 2000/7 settembre 2001, dalla Corte di appello dell'Aquila che ha rigettato la domanda della Mari.

Ha ritenuto il giudice del gravame che le norme di riferimento prevedevano la domanda dell'interessato, talché le condizioni legali di responsabilità dell'Istituto si sarebbero verificate, ove non avesse provveduto, solo col 121° giorno successivo alla sua presentazione.

La domanda era stata presentata nel 1989 e la pensione era stata riconosciuta per i ratei decorrenti dal 1979, stante la prescrizione di quelli anteriori, ma, per quanto considerato, da tale epoca non potevano essere riconosciuti anche interessi e rivalutazione.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre EIeonora Mari affidandosi a quattro motivi illustrati con memoria.

DIRITTO — Col primo motivo, la pensionata deduce violazione della legge n.153 del 1969 in relazione agli arti 1224, 1282 c.civ. e sostiene che l'I.N.P.S. versava in mora *ex rè* per non avere provveduto a richiedere i contributi per il riscatto, se non in

data 10 agosto 1994.

Per contro, la propria domanda amministrativa del 22 giugno 1989 rilevava solo ai fini dell'interruzione della prescrizione. Il diritto alla rivalutazione spettava a decorrere dalla scadenza dì ciascun rateo di pensione già pagato senza rivalutazione, tale diritto si aggiungeva a quello alla rivalutazione degli interessi sul capitale rivalutato dalla maturazione dei singoli ratei di pensione.

Col secondo motivo, la ricorrente deduce contraddittorietà di motivazione non essendo spiegato dalla Corte di appello la ragione giuridica per cui — essendole stata riconosciuta la pensione di riversibilità dal 1° luglio 1979, a fronte di domanda proposta nel 1989 e di liquidazione avvenuta nel 1994 — non avrebbero dovuto spettarle la rivalutazione monetaria e gli interessi sulle somme liquidatele in ritardo.

Col terzo motivo la pensionata denuncia, ancora, la contraddittorietà della motivazione, laddove il giudice di appello sostiene che il diritto alla rivalutazione degli interessi sulle somme erogate dall'INPS era disponibile e, quindi, rinunciabile e, al tempo stesso, pone a fondamento della decisione la sentenza della Corte costituzionale n.156/1991, dandone una interpretazione arbitrariamente restrittiva.

Col quarto motivo, la Mari denuncia la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato laddove, nel non riconoscere rivalutazione monetaria e interessi sulle somme erogate a partire dal 1° luglio 1979, la sentenza di appello omette di pronunciare sulla domanda subordinata di riconoscimento della rivalutazione degli interessi a partire dal giorno della richiesta di pensione pur riconoscendo in via astratta tale diritto.

I motivi di ricorso che, per la stretta connessione delle censure, meritano trattazione congiunta, sono infondati.

L'art. unico della legge 2 aprile 1958, n.322 (recante: *"Ricostituzione delle posizioni previdenziali ai fini dell'accertamento del diritto e della determinazione del trattamento di previdenza e di quiescenza"*), dispone:

*"In favore dei lavoratori iscritti a forme di previdenza sostitutive dell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti o ad altri trattamenti di previdenza che abbiano dato titolo all'esclusione di detta assicurazione, deve essere provveduto, quando viene a cessare il rapporto di lavoro che aveva dato luogo all'iscrizione alle suddette forme o trattamenti di previdenza senza il diritto alla pensione, alla costituzione, per il corrispondente periodo di iscrizione, della posizione assicurativa nell'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, mediante versamento dei contributi determinati secondo le norme della predetta assicurazione. L'importo di tali contributi è portato in detrazione fino a concorrenza del suo ammontare, dell'eventuale trattamento in luogo di pensione spettante all'avente diritto"*.

L'art. 52 della legge 30 aprile 1969, n. 153, ha poi aggiunto all'art. unico della legge n. 322/1958 sopra citato, il seguente comma:

*"Tali norme sono valide anche per il personale cessato dal servizio prima del 30 aprile 1958. Qualora gli iscritti a dette forme obbligatorie di previdenza abbiano ottenuto una liquidazione in luogo di pensione per il corrispondente periodo di iscrizione, possono chiedere all'Istituto nazionale di previdenza sociale la costituzione della posizione assicurativa, mediante il versamento dei contributi alle stesse condi-*

*zioni a cui li avrebbero versati le gestioni previdenziali in applicazione della presente legge"*.

L'art.127 del R.D.L. 4 ottobre 1935, n. 1827 *("Perfezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale")* dispone: *"Le domande di prestazioni contemplate nel presente decreto debbono essere presentate dall'interessato agli uffici dell'Istituto"*.

Da quest'ultima norma questa Corte (che ne ha escluso il contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione: cfr. sent. 29 agosto 1988, n.4992), ha già avuto occasione di trarre il principio generale secondo cui i superstiti dell'assicurato o del pensionato, per ottenere la pensione indiretta o di riversibilità, devono presentare la relativa domanda all'I.N.P.S. non esistendo un obbligo di questo di procedere d'ufficio alla liquidazione ed all'erogazione della prestazione al verificarsi delle condizioni stabilite dalla legge.

Da tale generale principio non deroga l'articolo unico legge 322/1958 sopra citato, così come successivamente integrato dall'art. 52 della legge n. 153/1969 cit.

Appare, infatti, evidente dal testo della norma che la posizione assicurativa presso l'I.N.P.S., dalla quale consegue il diritto a pensione, è subordinata a domanda da parte dell'interessato e che. contrariamente all'assunto della ricorrente, nessuna iniziativa è tenuto a prendere l'Istituto di previdenza: in particolare non è tenuto ad invitare il lavoratore (o i suoi aventi causa) a presentare la domanda per la costituzione della posizione assicurativa presso l'assicurazione generale obbligatoria.

Con sentenza 12 aprile 1991, n. 156, la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 442 cod. proc. civile nella parte in cui non prevede che il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di danaro per crediti relativi a prestazioni previdenziali, deve determinare, oltre gli interessi in misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal titolare per la diminuzione di valore del suo credito, applicando l'indice dei prezzi calcolato dall'IS.T.A.T. per la scala mobile nel settore dell'industria e condannare al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno in cui si sono verificate le condizioni legali di responsabilità dell'istituto o ente debitore per il ritardato pagamento.

Dal coordinamento di questa pronuncia del giudice costituzionale con le disposizioni da ultimo citate, si ricava che, in assenza della domanda, non v'è luogo alla costituzione della posizione assicurativa e al diritto a pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria; d'altra parte, una volta sorto tale diritto (nel caso di specie riconosciuto nei limiti della prescrizione decennale dei ratei anteriori al decennio precedente la proposizione della domanda), non possono ritenersi perfezionate le condizioni legali di responsabilità dell'Istituto di previdenza per il ritardato pagamento, prima del decorso dei 120 giorni dalla domanda (la sola condizione opposta dall'I.N.P.S. e ritenuta correttamente indispensabile dal giudice di appello), secondo quanto previsto dall'art. 7 della legge n. 533 /1973 sopra citata.

In tal senso, la Corte di appello ha correttamente affermato che la rivalutazione e gli interessi decorrono dall'inutile scadenza del 120° giorno successivo alla domanda amministrativa e quindi doveva essere rigettata la domanda della ricorrente, tesa a conseguire rivalutazione e interessi dal 1° luglio 1979 al 30 novembre 1994.

Va, infine, rilevato che dalla stessa dizione letterale dell'art.429, terzo comma,

c.p.c., si ricava che il giudice deve determinare *"oltre gli interessi nella misura legale", "il maggior danno eventualmente subito [...] per la diminuzione di valore del [...] credito"*: non v'era, dunque, luogo a condanna al pagamento anche della rivalutazione degli interessi, del resto non riconosciuta neanche dal giudice di prima istanza, senza che a tale riguardo sia stato proposto appello incidentale dall'assicurata, sicché sul punto della non debenza della rivalutazione degli interessi è assorbente il rilievo che si è formato il giudicato.

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, il ricorso deve essere rigettato.

Non deve provvedersi in ordine alle spese di cassazione, non avendo l'I.N.P.S. espletato alcuna concreta attività difensiva.

*(Omissis)*

***Pensioni* - Pensione di invalidità - Prestazioni di invalidità liquidate in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale - Divieto di cumulo con la rendita vitalizia erogata dall'INAIL - Limiti - Identità dell'evento invalidante.**

**Corte di Cassazione - 6.2.2004, n. 2340 - Pres. Mercurio - Rel. Amoroso - P.M. Iannelli (Conf.) - Bassi (Avv. Petti) - INPS (Avv.ti Valente, Riccio).**

*Il divieto di cumulo stabilito dall'art. 1, comma quarantatreesimo, legge 8 agosto 1995 n.335, si riferisce alle sole ipotesi di concorrenza di trattamenti INPS e rendita INAIL derivanti dallo stesso evento invalidante, e non è applicabile in relazione a reversibilità di trattamenti di invalidità a carico dell'INPS originati da situazioni invalidanti diverse dall'infortunio o dalla malattia professionale determinativi della rendita INAIL in favore del lavoratore poi deceduto, in quanto la* ratio *del divieto di cumulo è quella di evitare l'erogazione di prestazioni a carico di enti diversi, originate dal medesimo evento invalidante, liquidate in conseguenza di infortunio o malattia professionale.*

FATTO — 1. — Con ricorso depositato in data 11.7.2000, Bassi Miriam, per se e nella qualità di madre della minore Gardumi Camilla, adiva il Tribunale di Trento, in funzione di giudice del lavoro, esponendo che, con la nota del 20.05.1998, l'INPS aveva comunicato di aver provveduto ad annullare la pensione di reversibilità cat. SO n. 20043230 per incumulabilità con la rendita liquidata dall'INAIL, a seguito del decesso del marito per infortunio sul lavoro, in forza dell'art. 1 comma 43 della legge

335/1995; contemporaneamente l'INPS aveva anche richiesto la restituzione della somma di lire 12.948.970 per i ratei di pensione corrisposti dal 1.12.1996 al 31.3.1998. La ricorrente sosteneva che si era in presenza di trattamenti aventi natura e finalità completamente diverse, quella assicurativa la rendita INAIL, previdenziale la pensione INPS. Si costituiva in giudizio l'INPS, replicando che *ex* art. 1 comma 43 della legge n. 335/95 era stata dichiarata l'incumulabilità della pensione di reversibilità INPS con la rendita INAIL, dato che entrambe le prestazioni derivavano da un medesimo evento invalidante.

Con sentenza del 2.03.2001 il Tribunale di Trento respingeva la domanda e dichiarava interamente compensate tra le parti le spese di causa.

Tale sentenza veniva impugnata dalla Bassi con ricorso depositato l'8 maggio 2001.

La Corte d'appello di Trento, pronunciando nel contraddittorio con l'INPS, rigettava l'appello con sentenza del 10-24 luglio 2001.

Avverso questa pronuncia l'assistita ricorre per cassazione con un unico motivo.

L'INPS ha solo depositato procura.

DIRITTO — 1. —Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1 comma 43 legge n. 335 del 1995, nonché vizio di motivazione.

In particolare sostiene che il divieto di cumulo previsto dalla citata disposizione non si applicherebbe alla reversibilità sulle pensioni di anzianità concorrenti con la rendita INAIL ai superstiti.

2. — Il ricorso è fondato.

2.1. — Deve in proposito ribadirsi la costante giurisprudenza di questa Corte in proposito (da ultimo Cass. 7 gennaio 2003 n.30) secondo cui il divieto di cumulo stabilito dall'art 1, comma quarantatreesimo, legge 8 agosto 1995 n.335, si riferisce alle sole ipotesi di concorrenza di trattamenti INPS e rendita INAIL derivanti dallo "stesso evento invalidante", e non è applicabile in relazione a reversibilità di trattamenti di invalidità a carico dell'INPS originati da situazioni invalidanti diverse dall'infortunio o dalla malattia professionale determinativi della rendita INAIL in favore del lavoratore poi deceduto, in quanto la ratio del divieto di cumulo è quella di evitare l'erogazione di prestazioni a carico di enti diversi, originate dal medesimo evento invalidante, liquidate in conseguenza di infortunio o malattia professionale.

2.2. — Giova ricordare che l'art. 1 della legge 8 agosto 1995, n. 335 (recante la riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), nel disegnare il sistema di calcolo dei trattamenti pensionistici obbligatori e requisiti di accesso ed il regime dei cumuli, prevede — al 43° comma — che le pensioni di inabilità, di reversibilità o l'assegno ordinario di invalidità a carico dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, liquidati in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, non sono cumulabili con la rendita vitalizia liquidata per lo stesso evento invalidante, a norma del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, approvato con decreto del presidente della repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, fino a concorrenza della rendita stessa. Aggiunge poi, con disposizione a carattere transitorio, che sono fatti salvi i trattamenti previdenziali più favorevoli in godimento alla data di entrata in vigore della legge medesima con riassorbimento sui futuri miglioramenti.

2.3. — Lo scopo della incumulabilità (totale o parziale), prevista dall'art. 1, comma 43, l. n. 335/95, cit, tra prestazione INPS (di inabilità, di reversibilità o assegno ordinario di invalidità) e rendita INAIL è quello di impedire che vengano erogate prestazioni a carico di enti diversi quando tali prestazioni siano originate dal medesimo evento invalidante e siano liquidate in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale. Ciò risponde ad una scelta del legislatore, ispirata essenzialmente ad un notevole rigore finanziario e giustificata dall'esigenza di contenimento della spesa previdenziale, accentuatasi all'epoca della riforma pensionistica. In mancanza di questa previsione espressa, opererebbe normalmente il cumulo, trattandosi di due assicurazioni distinte (quella contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e quella per invalidità, vecchiaia e superstiti), alimentate da distinte contribuzioni, tanto più che le prestazioni a carico dell'INAIL hanno una connotazione marcatamente risarcitoria, che non hanno i trattamenti di inabilità a carico dell'INPS. Però, in un momento contingente di difficoltà della finanza pubblica, il legislatore può porre la regola secondo cui il lavoratore assicurato e parimenti i suoi superstiti possono, per così dire, spendere l'inabilità conseguente ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale una sola volta, senza che da quella inabilità derivino, come conseguenza sul piano previdenziale, due distinte attribuzioni patrimoniali in senso lato compensative della medesima riduzione di capacità lavorativa e di guadagno. Una finalità analoga — ma con una portata più limitata — era già stata perseguita dal legislatore allorché, con l'art. 6 della legge n. 222 del 1984, ha previsto l'esclusione del diritto all'assegno privilegiato di inabilità, per causa di servizio, quando per lo stesso evento derivi il diritto a rendita a carico dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, ovverotrattamenti a carattere continuativo di natura previdenziale o assistenziale a carico dello Stato o di altri enti pubblici.

Non è quindi irragionevole (*ex* art. 3 Cost.), ne viola il precetto dell'art. 38 Cost. una disposizione che, a fronte di un evento invalidante del lavoratore assicurato, appronti un unico intervento del complessivo sistema di sicurezza sociale, sicché manifestamente infondati sono i dubbi di illegittimità costituzionale del divieto di cumulo in sé; mentre — può subito dirsi anticipando un rilievo che sarà svolto in seguito — tali dubbi insorgerebbero ove il divieto di cumulo fosse esteso sì da operare anche tra il trattamento derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale ed altra prestazione previdenziale, quale il trattamento di reversibilità della pensione di vecchiaia, del tutto indipendente da quell'infortunio o da quella malattia.

2.4. — Orbene, perché operi il divieto di cumulo in esame, occorre che ci sia lo "stesso evento invalidante", quale cerniera tra le due prestazioni previdenziali che altrimenti concorrerebbero tra loro. Ossia occorre che l'inabilità conseguente ad infortunio sul lavoro o malattia professionale, rilevante al fine di far insorgere il diritto alla rendita INAIL, sia la stessa che viene valutata al fine della spettanza, o meno, di (analoga) prestazione previdenziale a carico dell'INPS.

Orbene la morte del lavoratore assicurato, mentre può costituire l'evento di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale, non costituisce mai un evento invalidante nel sistema dell'assicurazione generale per invalidità, vecchiaia e superstiti, bensì l'ordinario presupposto del trattamento di reversibilità dei superstiti.

L'inabilità, rilevante in tale sistema e che non può concorrere con quella presa in considerazione dal parallelo sistema dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, è quella derivante da un evento diverso dalla morte ed afferente direttamente al lavoratore assicurato; la quale poi, in caso di morte di quest'ultimo, può comportare un'attribuzione patrimoniale indiretta in favore dei superstiti (quale appunto il trattamento di reversibilità delle pensioni di inabilità) ed è questa che conserva, anche in capo ai superstiti, quella connotazione di sovrapposizione al trattamento riconosciuto all'INAIL in conseguenza dello stesso originario evento invalidante.

Ed allora quando il cit. comma 43 dell'art. 1, nell'elencare le prestazioni a carico dell'INPS, considerate in riferimento al divieto di cumulabilità così posto, richiama le pensioni di reversibilità (unitamente alle pensioni di inabilità e all'assegno ordinario di invalidità), non si riferisce agli ordinari trattamenti di reversibilità delle pensioni di vecchiaia, in quanto appunto la morte del pensionato di vecchiaia non può considerarsi "evento invalidante", ne il trattamento è dovuto solo a condizione che l'evento - morte sia legato con nesso di causalità all'infortunio sul lavoro o alla malattia professionale del titolare della pensione diretta, così come invece l'art. 1, comma 43. cit. richiede che sia.

L'evento - morte nel trattamento di vecchiaia è un fatto neutro che non altera il regime di cumulo del quale in ipotesi si trovi a beneficiare il titolare della pensione diretta che sia anche titolare di rendita vitalizia a carico dell'INAIL. Non rileva affatto, al fine della spettanza del trattamento di reversibilità della pensione di vecchiaia, distinguere secondo che il titolare diretto, già parimenti titolare di rendita INAIL, sia deceduto proprio a causa dei postumi dell'infortunio sul lavoro o della malattia professionale, ovvero per una causa del tutto diversa. In entrambe le ipotesi spetta indistintamente il trattamento di reversibilità della pensione di vecchiaia ai superstiti, mentre il quid pluris costituito eventualmente dal nesso di causalità tra la morte e l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale rileva unicamente sul versante della spettanza, o meno, della rendita vitalizia INAIL ai superstiti (art. 85 D.P.R. n. 1124/65).

Quindi il riferimento del comma 43 dell'art. 1 alla reversibilità deve intendersi come fatto solo a quella originata dalla titolarità del dante causa di trattamento a carico dell'INPS (quale appunto la pensione di inabilità) derivante da infortunio o malattia professionale che abbia altresì comportato l'attribuzione al medesimo di una rendita vitalizia a carico dell'INAIL. In tal caso la morte del pensionato per ragioni legate con nesso eziologico all'infortunio o alla malattia professionale lascia persistere il divieto di cumulo anche per i superstiti che, al pari del titolare diretto, si trovano a beneficiare contemporaneamente del trattamento di reversibilità e della rendita a carico dell'INAIL. Il cit. comma 43 dell'art. 1 non si riferisce invece alla pensione di vecchiaia: come il pensionato diretto cumula tale trattamento con l'(eventuale) rendita vitalizia a carico dell'INAIL, così i suoi superstiti cumuleranno tali due trattamenti sempre che ricorrano i distinti presupposti per la loro attribuzione.

2.5. — Non senza considerare poi sul piano più strettamente dell'interpretazione letterale che il riferimento ai trattamenti di reversibilità è preceduto da quello alle pensioni di inabilità e seguito da quello all'assegno ordinario di invalidità, collocazione questa che mostra una matrice comune (quello del trattamento di inabilità) ed un'esigenza

più mirata: quella di estendere il regime del divieto di cumulo dai trattamenti diretti a quelli indiretti, ma sempre aventi come presupposto l'inabilità e non già la vecchiaia perché è l'inabilità, e (ovviamente) non la vecchiaia, che può trarre origine da un infortunio sul lavoro o da una malattia professionale come richiesto, sempre sul piano dell'interpretazione letterale, dalla disposizione in esame che appunto parla di trattamenti di "pensioni di (...) di reversibilità (...), liquidati in conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale". D'altra parte, quando il legislatore ha invece inteso riferirsi al regime di cumulabilità del trattamenti di riversibilità in generale, liquidati a prescindere dal fatto che la morte sia, o meno, conseguenza di infortunio sul lavoro o malattia professionale, lo ha fatto espressamente come nella fattispecie del precedente comma 41 del medesimo art. 1.

2.6. — In conclusione, ancorché l'art. 1, comma 43, l. n. 335/95, cit., parli di trattamenti di reversibilità *tout court* (tale sarebbe la mera interpretazione letterale invocata dalla difesa della ricorrente), senza alcuna distinzione, occorre procedere ad un'interpretazione adeguatrice (costituzionalmente orientata) della disposizione per pervenire a ritagliare nell'ambito dei trattamenti di reversibilità solo quelli relativi a trattamenti diretti originati da un'inabilità conseguente allo stesso infortunio o malattia che è poi stata causa del decesso dell'assicurato.

In questa operazione di riduzione della fattispecie per rendere la disposizione conforme a Costituzione l'ancoraggio è costituito, come si diceva all'inizio, dallo "stesso evento invalidante" che non può mai ricorrere nel caso di pensione di anzianità o di vecchiaia, ma solo nel caso di pensioni di invalidità a carico dell'INPS originata dalla stessa situazione invalidante per cui è riconosciuta la rendita INAIL (da ultimo Cass. 7 gennaio 2003 n.30).

3. — Pertanto il ricorso deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al motivo accolto con rinvio, anche per le spese, alla Corte d'appello di Venezia che verificherà anche la natura del trattamento pensionistico a carico dell'INPS.

*(Omissis)*

***Pensioni* - Responsabilità per ritardato pagamento - Colpa dell'ente previdenziale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie relativa a domanda presentata ad ente previdenziale jugoslavo ai sensi della Convenzione italo - jugoslava del 1957.**

**Corte di Cassazione - 6.2.2004, n. 2316 - Pres. Mercurio - Rel. Morcavallo - P.M. Iannelli (Conf.) - Brigic (Avv. De Benedictis, Allegra) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente, Riccio).**

*Anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 17, della legge n. 335 del 1995, rivalutazione ed interessi, in ipotesi di tardiva corresponsione di ratei di pensione liquidata in regime internazionale mediante cumulo di contributi versati nell'*ex *Repubblica Jugoslava, decorrono dal compimento di centoventi giorni dalla presentazione della domanda all'ente previdenziale straniero, salva la necessità del riferimento alla data di maturazione di ciascuno di essi quanto ai ratei maturati posteriormente al compimento dello* spatium deliberandi.

FATTO e DIRITTO — Rilevato:

che, con la sentenza indicata in epigrafe, il Tribunale di Roma — in accoglimento dell'appello dell'INPS avverso la decisione del Pretore della stessa città — ha ritenuto che, in ipotesi di tardiva corresponsione di trattamento pensionistico spettante a cittadino dell'*ex* Jugoslavia, interessi e rivalutazione monetaria debbano decorrere non dal centoventunesimo giorno successivo alla data di presentazione della domanda all'ente assicuratore estero (ai sensi dell'art 35, primo comma, della Convenzione italo - jugoslava del 14 novembre 1957) ma dal centoventunesimo giorno successivo alla data in cui tale domanda, trasmessa dall'ente previdenziale straniero, sia pervenuta allo stesso INPS;

che la parte privata, in epigrafe specificata, ha proposto ricorso per cassazione articolato in due motivi, mentre l'INPS ha depositato procura;

che col primo motivo di ricorso — denunciante, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., "violazione e falsa applicazione dell'art. 442 c.p.c., come integrato dalla sentenza della Corte Costituzionale n° 156/1991, nonché 47 - 4° comma - del D.P.R. 30/04/1970 n° 639 e dell'art. 7 della legge 11/08/1973 n° 533, dell'art. 1219 c.c., e dell'art. 16 - 6° comma - della legge 30/12/1991 n° 412, in relazione alla Convenzione tra l'Italia e la Jugoslavia in materia di assicurazioni sociali del 14/11/1957, ratificata con legge 11/06/1960 n° 885, e, segnatamente, agli artt. 2 - paragrafi 1 e 2 -, 31 - paragrafo 1°-, 34, 35, 36 e 39 nonché all'Accordo Amministrativo del 10/10/1958 (artt. 19 - paragrafi 1, 3, 4 e 5, 20 e 30)" — si deduce, in particolare, che da tutta la normativa della Convenzione italo - jugoslava del 1957 e dell'Accordo amministrativo dell'anno successivo si ricava il principio dell'equivalenza, quanto ad effetti, della presentazione della domanda amministrativa di pensione all'ente assicuratore estero o italiano, aggiungendosi che solo l'art. 17 (*recte*, art. 3, e. 17) della legge n. 335 del 1995 ha innovato nella materia, disponendo la regola della decorrenza degli accessori dalla data del ricevimento in Italia della domanda e così confermando che in precedenza vigeva la norma contraria;

che con il secondo motivo — denunciante, ai sensi dell'art 360 nn. 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c. c. e carenza di motivazione — si lamenta che il Tribunale abbia considerato come data di ricezione della domanda da parte dell'INPS quella indicata da tale Istituto, in quanto non contestata dal pensionato;

considerato che, con numerose sentenze su controversie involgenti la stessa problematica (v. Cass. 7 aprile 2000 n.13386, 14 dicembre 2000 n.15776, 11 aprile 2001 n. 5439, 26 aprile 2002 n.6114, 9 gennaio 2003 n. 131 (1) ed altre), alla cui motivazione si rinvia, questa Corte, con riguardo a periodo anteriore all'art. 3, c. 17, della legge n. 335 del 1995, ha ritenuto sufficiente, ai fini della determinazione della decorrenza degli accessori, la presentazione della domanda all'ente assicurativo estero;

che tale indirizzo giurisprudenziale va confermato, in mancanza di argomenti che non siano stati già esaminati nei precedenti citati, e che, pertanto, essendo fondato il primo motivo di ricorso ed evidentemente assorbito il secondo, il Collegio, esclusa la possibilità di adottare una decisione nel merito ai sensi dell'art. 384, primo comma, c. p.c., deve cassare la sentenza impugnata e rinviare la causa ad altro giudice, affinchè proceda a nuovo esame alla stregua del principio che, anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 3, comma 17, della legge n. 335 del 1995, rivalutazione monetaria ed interessi, in ipotesi di tardiva corresponsione di ratei di pensione liquidata in regime internazionale mediante cumulo di contributi versati nell'*ex* Repubblica Jugoslava, decorrono dal compimento di centoventi giorni dalla presentazione della domanda all'ente previdenziale straniero (salva, ovviamente, la necessità del riferimento alla data di maturazione di ciascuno di essi per i ratei maturati posteriormente al compimento dello *spatium deliberandi* anzidetto);

che allo stesso giudice, designato nella Corte d'appello di Roma (Sezione lavoro), va altresì rimessa, ai sensi dell'art. 385, ultimo comma, c.p.c., la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 575.

***Pensioni* - Prestazioni assistenziali - Revoca a seguito di verifica negativa del requisito sanitario - Ripetibilità delle somme indebitamente erogate - Condizionamento alla sospensione cautelativa delle erogazioni - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 14.1.2004, n. 390 - Pres. Putaturo Donati - Rel. Roselli - P.M. D'Angelo (Conf.) - Isoli ed altri (Avv.ti Fisco Oldrini, Franchi) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*La revoca dei benefici assistenziali a seguito della verifica negativa del requisito sanitario (nella specie, ai sensi dell'art. 4, comma 3* ter*, D.L. n. 323 del 1996, convertito in l. n. 425 del 1996) determina la ripetibilità delle somme indebitamente erogate, senza che la ripetizione possa ritenersi condizionata alla sospensione cautelativa delle erogazioni previste dall'art. 5, comma 5.*

FATTO — Con sentenza del 10 novembre 2000 la Corte d'appello di Milano, in riforma di numerose decisioni pretorili e dopo la riunione dei relativi processi, rigettava le domande proposte da Lidia Franca Isoli ed altri qui indicati in epigrafe ed intese alla dichiarazione di irripetibilità, da parte dell'Inps, delle somme percepite a titolo di

assistenza per invalidità civile nel periodo compreso fra la visita di revisione e l'interruzione del pagamento, a seguito di conseguente revoca del beneficio.

La Corte osservava che l'art. 4, comma 3 *ter*, D.L. 20 giugno 1996 n. 323 conv. in l. 8 agosto 1996 n. 425 aveva previsto la revoca dei benefici assistenziali entro novanta giorni dalla data della visita di verifica negativa del requisito sanitario e che la sospensione cautelativa delle erogazioni, prevista nell'art. 5, comma 5, D.P.R. 21 settembre 1994 n. 698, nella specie mancata, non condizionava la ripetibilità delle somme indebitamente erogate. Ripetibilità che decorreva, ai sensi del medesimo comma, dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti.

Contro questa sentenza ricorrono per cassazione la Isoli e litisconsorti mentre l'Inps resiste con controricorso.

DIRITTO — Col primo motivo i ricorrenti, dopo aver richiamato l'ordinanza della Corte costituzionale 27 ottobre 2000 n. 448, affermativa della necessità di immediata sospensione delle prestazioni revocando, lamentano la violazione dell'art. 3 l. n. 291 del 1988, che a loro avviso esclude la ripetibilità di somme non più dovute all'assistito, in caso di revoca del beneficio assistenziale.

Col secondo motivo essi, deducendo la violazione degli artt. 5 D.P.R. n. 698 del 1994 e 37, comma 8, l. n. 448 del 1998, sostengono che le dette somme sarebbero irripetibili quando la pubblica amministrazione abbia omesso il provvedimento di sospensione cautelativa dell'erogazione.

La medesima censura essi ripetono nel terzo motivo, con riferimento all'art. 4, comma 3 *ter*, l. n. 425 del 1996.

Col quarto motivo essi negano che in materia assistenziale sussista il diritto dell'ente erogatore alla ripetizione dell'indebito.

Col quinto motivo, parlando di vizi di motivazione della sentenza impugnata, invocano la loro buona fede nella percezione dell'indebito.

Nessuno di questi motivi, da esaminare insieme per connessione, è fondato.

Occorre premettere che la ripetibilità delle somme indebitamente corrisposte a titolo di assistenza sociale non è negata da alcuna norma speciale ed è imposta dall'art. 2033 c.c.

È poi necessario considerare le seguenti disposizioni di legge.

Il D.P.R. 21 settembre 1994 n. 698, dettante norme procedimentali in materia di "minorazioni civili" e connessi benefici economici, stabilisce nell'art. 5, comma 5: "Nel caso di accertata insufficienza dei requisiti prescritti per il godimento dei benefici si da luogo alla immediata sospensione cautelativa del pagamento degli stessi, da notificarsi entro trenta giorni dalla data del provvedimento di sospensione. Il successivo formale provvedimento di revoca produce effetti dalla data dell'accertata insussistenza dei requisiti prescritti. In caso di revoca per insussistenza dei requisiti in cui vengono rilevati elementi di responsabilità per danno erariale, i prefetti sono tenuti ad inviare copia del provvedimento alla Corte dei conti per eventuali azioni di responsabilità".

L'art. 4 D.L. 20 giugno 1996, conv. in l. 8 agosto 1996 n. 425, contenente disposizioni urgenti per il risanamento della finanza pubblica, dispone nel comma 3 *ter* in materia di verifica dello stato di invalidità civile: "In caso di accertata insussistenza dei requisiti sanitari, la Direzione generale (dei servizi vari del Ministero del tesoro) prov-

vede, entro novanta giorni dalla visita di verifica o degli ulteriori accertamenti che si rendessero necessari, alla revoca delle provvidenze in godimento a decorrere dalla data della visita di verifica".

L'art. 37, comma 8, l. 23 dicembre 1998 n. 448 (legge finanziaria per il 1999) dice che in caso di accertata insussistenza dei requisiti sanitari il Ministero del tesoro dispone l'immediata sospensione del beneficio e provvede entro i novanta giorni successivi alla revoca delle provvidenze economiche a decorrere dalla data della visita di verifica.

Da tutte queste norme di legge risulta chiaro che, in caso di insussistenza originaria o sopravvenuta dei requisiti sanitari per i benefici di assistenza civile, il debito della pubblica amministrazione verso l'assistito si estingue (dalla data dell'insussistenza dei requisiti, prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 323 del 1996 e dalla data della visita di verifica dopo la detta entrata in vigore) e quanto pagato dopo l'estinzione dev'essere ripetuto in quanto indebito (Cass. 26 aprile 2002 n. 6091, 14 ottobre 2002 n. 14590, 24 dicembre 2002 n. 18899).

Il potere - dovere di sospensione dei pagamenti costituisce una cautela posta dal legislatore a favore dell'equilibrio finanziario della pubblica amministrazione già debitrice e non attribuisce alcun interesse giuridicamente protetto al soggetto privato, già creditore (Cass. n. 14590 del 2002 cit.).

Nè l'interprete è vincolato da atti interni delle pubbliche amministrazioni, quali le circolari ora invocate dai ricorrenti.

Quanto all'ordinanza n. 448/2000 della Corte costituzionale, che ha escluso un'illegittima disparità di trattamento fra indebito previdenziale e indebito assistenziale, essa dice bensì che la percezione dell'indebito non può protrarsi eccessivamente giacché la legge impone la pronta sospensione ed aggiunge che, in difetto di sospensione, si "pone il problema della ripetibilità", ma con tale espressione del tutto generica essa non vincola in alcun modo l'interprete delle suddette leggi e, caso mai, esprime un'esortazione al legislatore affinchè questo si dia cura, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, di risolvere il problema, che nel frattempo rimane affidato al giudice - interprete delle leggi vigenti attualmente. Ed alla stregua di queste il problema è stato rettamente risolto dalla Corte d'appello di Milano.

Rigettato il ricorso, sulle spese non si provvede ai sensi dell'art. 152 disp. att. C.P.C.

*(Omissis)*

***Prescrizione civile e decadenza* - Cessazione degli effetti civili del matrimonio - Diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio - Decorrenza unica della prescrizione dalla data della sentenza - Esclusione - Dalle scadenze delle singole prestazioni imposte dal titolo - Decesso dell'*ex* coniuge - Diritto del superstite alla quota della pensione di reversibilità - Incidenza.**

**Corte di Cassazione - 14.1.2004. n. 336 - Pres. Grieco - Rel. Luccioli - P.M. Uccella (Conf.) - Scalone (Avv. Grande) - Stella (Avv. ti Ielo, Panepinto) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*Il diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio, in quanto avente ad oggetto più prestazioni periodiche, distinte ed autonome, si prescrive non a decorrere da un unico termine costituito dalla sentenza che ha pronunciato sul diritto stesso, ma dalle scadenze delle singole prestazioni imposte dalla pronuncia giudiziale, in relazione alle quali sorge di volta in volta l'interesse del creditore all'adempimento. Ne consegue che, dovendo tali prestazioni essere erogate alle scadenze fissate e sino al momento della diversa determinazione del giudice in sede di revisione, ovvero fino alla morte dell'*ex *coniuge onerato, non può profilarsi al momento del decesso una prescrizione del diritto all'ultimo assegno spettante, tale da estinguere il diritto alla sua percezione, e quindi da impedire il sorgere del diritto alla quota della pensione di reversibilità.*

FATTO — Con ordinanza dell'11 dicembre 1999 - 21 gennaio 2000 il Tribunale di Caltanissetta rigettava la domanda di Michela Stella diretta ad ottenere il riconoscimento di quota della pensione di reversibilità dell'*ex* coniuge deceduto Ugo Cordova.

Avverso tale provvedimento la Stella proponeva reclamo e con ordinanza del 19 - 26 ottobre 2000 la Corte di Appello di Caltanissetta, in accoglimento del gravame, dichiarava il diritto dell'istante ad una quota della pensione di reversibilità pari a 32/51 ed il diritto del coniuge superstite Liboria Lucia Scalone alla residua quota di 19/51.

Osservava in motivazione la Corte di merito, per quanto in questa sede rileva, che l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale adito, per essere la convenuta Scalone residente ad Enna, andava disattesa, stante l'applicabilità del foro alternativo previsto dall'art. 20 c.p.c. ed identificandosi l'istituto erogatore nell'INPS di Caltanissetta. Altrettanto infondata riteneva l'eccezione di inammissibilità della domanda per essere stata proposta nelle forme del rito camerale, atteso che il procedimento in esame era appunto soggetto a tale rito. Affermava ancora l'infondatezza dell'eccezione di prescrizione del diritto all'assegno di divorzio che il primo giudice aveva ritenuto di dover accogliere, osservando che detto diritto, in quanto avente ad oggetto più prestazioni periodiche, distinte ed autonome, si prescrive non già a decorrere da un unico termine costituito dalla data della sentenza di divorzio, ma dalle singole scadenze di pagamento: e poiché il Cordova era deceduto nel marzo 1998, da tale data decorreva la prescrizione del diritto a percepire l'ultimo assegno.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso per cassazione la Scalone deducendo tre motivi illustrati con memoria. Resiste con controricorso la Stella.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 18 e 20 c.p.c., omissione, insufficienza e contraddittorietà di motivazione, si deduce che erroneamente il provvedimento impugnato ha ritenuto operante il criterio del foro alternativo di cui all'art. 20 c.p.c., sia perché è del tutto irrilevante il

riferimento alla sede dell'istituto erogatore, nei confronti del quale peraltro nessuna statuizione è stata richiesta o comunque emessa, sia perché l'azione proposta era diretta al riconoscimento di un diritto non assimilabile ad una obbligazione, ma di natura e contenuto previdenziale, il cui accertamento impone una statuizione meramente dichiarativa, con conseguente applicabilità del principio generale di competenza di cui all'art. 18 c.p.c.

Il motivo è infondato. Ritenuto invero, che il soggetto che agisce in giudizio per ottenere la quota di pensione dell'*ex* coniuge deceduto fa valere un diritto proprio nei confronti dell'altro coniuge superstite e dell'ente pensionistico, il quale è parte necessaria del procedimento e destinatario della decisione adottata, detto soggetto ha certamente facoltà di avvalersi del foro alternativo di cui all'art. 12 *quater* della legge n. 898 del 1970, introdotto con l'art. 18 della legge n. 74 del 1987, il quale, con formulazione ripetitiva del disposto dell'art. 20 c.p.c., all'evidente scopo di agevolare l'esercizio della tutela giurisdizionale dei diritti a contenuto patrimoniale derivanti direttamente o indirettamente dal divorzio, prevede quale foro speciale alternativo quello del luogo in cui l'obbligazione deve essere adempiuta. Deve pertanto argomentarsi che la Stella ha legittimamente proposto l'azione dinanzi al Tribunale di Caltanissetta, dove l'ente erogatore ha pacificamente la propria sede, avvalendosi del foro alternativo indicato nella norma richiamata. Con il secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 9 comma 3 e 5 della legge n. 898 del 1970, omissione, insufficienza e contraddittorietà di motivazione, si sostiene che l'affermazione che la domanda proposta è soggetta al rito camerale contrasta con la lettera e lo spirito delle richiamate disposizioni, atteso che il riferimento espresso al *tribunale* ed alla *sentenza che accoglie la domanda* e la stessa natura dichiarativa della decisione inducono a ravvisare la scelta del legislatore per il procedimento a cognizione piena.

Anche tale motivo è infondato. Questa Suprema Corte ha avuto occasione di affermare che il rito camerale per i procedimenti relativi alle pretese del coniuge divorziato aventi ad oggetto la pensione di reversibilità continua a trovare applicazione anche dopo la novella di cui alla legge n. 74 del 1987 — che come è noto ha soppresso l'ultimo comma dell'art. 9 della legge n. 898 del 1970, nel testo sostituito dalla legge n. 436 del 1978, il quale disponeva che nei procedimenti in oggetto il tribunale *provvede in camera di consiglio* — non rilevando in contrario che nella nuova formulazione del citato art. 9 l'adozione di detto rito è contemplata specificamente solo con riferimento alla revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e la misura e le modalità dei contributi di cui agli artt. 5 e 6 della stessa legge (Cass. 2001 n. 3037; 1991 n. 12029).

Va, peraltro, osservato che non ricorre alcuna ragione di incompatibilità tra procedimento camerale da un lato, natura contenziosa della controversia e forma di sentenza del provvedimento adottato dall'altro, come dimostra l'esistenza nell'ordinamento, e segnatamente nella legislazione più recente, di procedimenti in camera di consiglio relativi a diritti soggettivi che si concludono con provvedimenti a contenuto decisorio, in materie tipicamente contenziose, secondo criteri di politica legislativa dettati dall'opportunità di adottare determinate forme procedimentali in ragione della natura degli interessi da regolare o della necessità di celerità del processo.

In particolare, la novella sul divorzio del 1987 ha espresso un particolare favore per

il rito camerale, come agevolmente si desume dalla disciplina dettata nell'art. 4 sia per il giudizio di primo grado che per quello di appello, onde in mancanza di una specifica disposizione di segno contrario non appare consentito ritenere che abbia inteso escludere tale forma di rito per un procedimento, come quello relativo alla quota della pensione, intimamente connesso al giudizio di divorzio.

Con il terzo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2946, 2946 c.c., 9 comma 2 della legge n. 898 del 1970, omissione, insufficienza e contraddittorietà di motivazione, si deduce che la Corte di Appello ha ritenuto in modo del tutto apodittico che il termine prescrizionale per la percezione dell'assegno di divorzio non fosse decorso, non considerando che detto assegno non era mai stato corrisposto e che il termine quinquennale previsto per il titolo originario era divenuto irrilevante, sia in quanto a seguito della formazione del giudicato si era ad esso sostituito quello decennale, sia perché non era stata data alcuna prova della dedotta interruzione della prescrizione, maturata sin dal 1991.

Si osserva ancora che erroneamente la Corte territoriale ha fatto coincidere l'inizio del termine di prescrizione con la data dell'ultimo assegno, sia perché con la morte del Cordova si era verificata l'estinzione del relativo diritto, sia perché ai fini dell'accertamento della titolarità dell'assegno stesso avrebbe dovuto aver riguardo al quinquennio precedente e considerare che, a fronte dell'eccezione della Scalone, la Stella aveva omesso di fornire la prova di qualunque atto interruttivo. Si rileva pertanto che l'intervenuta prescrizione e la conseguente perdita della titolarità del diritto all'assegno avevano determinato il venir meno del presupposto per il riconoscimento del diritto alla quota di pensione.

Il motivo è infondato.

Come è noto, l'art. 13 della legge n. 74 del 1987, regolando in via innovativa il trattamento economico del divorziato in caso di morte dell'*ex* coniuge, in concorso o meno con il coniuge superstite, gli ha attribuito (non più la mera possibilità di conseguire un assegno assimilabile a quello pensionistico, ma) la pensione di reversibilità od una quota di essa, fissando come condizioni di tale attribuzione la titolarità dell'assegno di divorzio, il mancato passaggio a nuove nozze e la preesistenza alla sentenza di divorzio del rapporto da cui trae origine il diritto dell'*ex* coniuge alla pensione (v. sul punto Cass. 2000 n. 10444; 1996 n. 10557; S.U. 1993 n. 5429; Cass. 1992 n. 12682; S.U. 1991 n. 5939 (1)).

Per effetto di tale disciplina il diritto al trattamento pensionistico sorge nel coniuge divorziato in via autonoma ed automatica, con decorrenza dal primo giorno del mese successivo a quello in cui si è verificato il decesso dell'*ex* coniuge pensionato, in forza di un'aspettativa maturata, sempre in via automatica e definitiva, nel corso della vita matrimoniale, ed è quindi insuscettibile di essere modificato dagli eventi relativi al rapporto matrimoniale, trovando radice nell'apporto recato da ciascuno dei coniugi alla formazione non solo del patrimonio comune, ma anche di quello dell'altro coniuge, e nelle aspettative formatesi durante e per effetto del matrimonio (v. sul punto S.U. 1998 n. 159).

La giurisprudenza di questa Suprema Corte è ormai consolidata, dopo alcune iniziali oscillazioni, nell'affermare che nel vigore della novella del 1987 il richiesto requisito della titolarità dell'assegno di divorzio si sostanzia nell'avvenuto riconoscimento del diritto all'assegno mediante specifica statuizione contenuta nella sentenza di divorzio o

in altra pronunzia successiva, non essendo sufficiente la sola maturazione delle condizioni per il suo riconoscimento od una determinazione pattizia non recepita in un provvedimento giudiziale (v., tra le altre, Cass. 2000 n. 15242; 2000 n. 12389; 1997 n.75; 1996 n. 412 (2); 1995 n. 5674; 1993 n. 8634 (3); 1993 n. 8335 (4); S.U. 1991 n. 5939; 1991 n. 4041).

In tale quadro di riferimento la questione della prescrizione del diritto all'assegno di divorzio quale evento estintivo della titolarità del relativo diritto, e quindi quale circostanza escludente il diritto alla quota di pensione, non ha ragione di essere posta, tenuto conto che, come ha correttamente affermato la sentenza impugnata, il diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio, in quanto avente ad oggetto più prestazioni periodiche, distinte ed autonome, si prescrive non a decorrere da un unico termine costituito dalla sentenza che ha pronunciato sul diritto stesso, ma dalle scadenze delle singole prestazioni imposte nella pronuncia giudiziale, in relazione alle quali sorge di volta in volta l'interesse del creditore all'adempimento (v. Cass. 1998 n. 12333, nonché, con riferimento in generale alle obbligazioni con scadenze periodiche, Cass. 2002 n. 11759). E poiché dette prestazioni vanno erogate alle scadenze fissate e sino al momento della diversa determinazione del giudice in sede di revisione, ovvero sino alla morte dell'*ex* coniuge onerato, appare evidente che non può profilarsi al momento del decesso una prescrizione del diritto all'ultimo assegno spettante, tale da estinguere il diritto alla sua percezione, e quindi da impedire il sorgere del diritto alla quota di pensione.

Il ricorso deve essere, in conclusione, rigettato.

Segue per legge la condanna del ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione nei confronti della Stella, nella misura liquidata in dispositivo. Non vi è luogo a liquidazione delle spese in favore dell'INPS, che non ha svolto alcuna attività difensiva, limitandosi a depositare procura in cancelleria.

*(Omissis)*

---

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 944

(2) *Idem*, 1996, p. 362

(3) *Idem*, 1993, p. 1162

(4) *Idem, idem*, p. 1176

## CORTE DI APPELLO
### Sezioni Civili

***Contributi* - Pendenza giudizio di opposizione a ordinanza ingiunzione - Iscrizione a ruolo - Esperibilità - Pendenza giudizio di accertamento negativo della pretesa contributiva - Recupero a mezzo ruolo - Occorre provvedimento esecutivo del giudice.**

**Corte d'Appello di Brescia -11.3/30.4.2004 n. 101 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - INPS (Avv. Faienza) - Pavoni (Avv. Lombardi) - Esatri (coni).**

*È pienamente esperibile, da parte dell'ente previdenziale, il ricorso al recupero coattivo del credito contributivo a mezzo iscrizione a ruolo in pendenza di azione giudiziale in opposizione a ordinanza ingiunzione, in relazione ai medesimi fatti che fondano il credito stesso; tale potestà è invece inibita* ex *art. 24 comma 5 D.L.G. n. 46/1999, ed è ammissibile solo a seguito di specifico provvedimento esecutivo del giudice, ove sia già stato portato avanti la cognizione giudiziale, a mezzo ricorso per accertamento negativo della pretesa contributiva, il verbale ispettivo redatto dall'INPS.*

FATTO — Con due distinti ricorsi depositati il 21.4.2000 e il 3.7.2001, poi riuniti, Giancarlo Pavoni adiva il Giudice del Lavoro di Brescia con il primo per sentir annullare l'ordinanza ingiunzione n. 76/2000 per il pagamento di £ 1.625.000, sostenendo che fosse carente a monte della notifica del verbale di accertamento del 29.9.1999 e comunque nulla per l'assoluta genericità degli addebiti formulati, e con il secondo per veder revocare la cartella esattoriale successivamente notificata in quanto traeva origine dagli stessi addebiti relativi ai DM mensili di cui all'ordinanza ingiunzione ed era comunque infondata.

Si costituiva l'INPS difendendo la correttezza formale e sostanziale sia dell'ordinanza ingiunzione che della cartella esattoriale ed eccependo la tardività di entrambi i ricorsi in opposizione: il primo giudice, respinte tutte le eccezioni e dato ingresso alla CTU che confermava l'esattezza delle contestazioni dell'istituto, respingeva l'opposizione ad ordinanza ingiunzione ma dichiarava illegittima la cartella esattoriale opposta perché emessa in pendenza della causa promossa contro l'ingiunzione che riguardava di fatto gli stessi addebiti e quindi in violazione dell'art. 24 comma 3 D.L.G. 46/99.

Con atti separati proponevano appello sia l'INPS che il Pavoni, l'istituto riproponendo le questioni della tardività dei ricorsi e lamentando l'applicazione d'ufficio e comunque impropria dell'art. 24, in quanto la prima causa pendente riguardava l'ordinanza ingiunzione ed era quindi domanda diversa per titolo e presupposti, e il Pavoni ribadendo l'inesistenza della notifica del verbale di accertamento da cui deriva l'ille-

gittimità dell'ordinanza ingiunzione.

All'odierna udienza previa riunione dei ricorsi, la causa veniva discussa e decisa con dispositivo del quale era data immediata lettura.

DIRITTO — Va subito osservato che l'appello del Pavoni ripropone solo le questioni processuali relative alla notifica e non contesta più nel merito la debenza dei contributi e l'esistenza delle violazioni contestate, che del resto in primo grado sono state accertate dal CTU.

L'appello del Pavoni concerne innanzitutto l'inesistenza o comunque la mancanza di ogni prova della notifica del verbale di accertamento, notifica che deve essere rigorosamente provata per la necessaria verifica del rispetto dei termini di cui all'art. 14 L. 689/81.

Sul punto questa Corte concorda con quanto già affermato dal primo giudice: risulta prodotta in atti la cartolina di ricevimento che attesta che la notifica a mezzo del servizio postale è avvenuta il 5.10.1999 (e il processo verbale risulta datato 29.9.1999) a mani della dipendente addetta al ricevimento e di fronte a tale prova non vale obiettare che la notifica poteva riguardare un qualsiasi altro atto proveniente dall'INPS: è infatti la parte che allega tale circostanza a dover fornire la prova che un atto diverso risulta effettivamente notificato in quella data.

Se dunque viene meno il presupposto relativo all'illegittimità dell'ordinanza ingiunzione alla stessa conclusione non può che pervenirsi in ordine alla eccezione proposta con riguardo alla notifica di quest'ultimo atto: anche in questo caso il ricorrente lamenta che la cartolina di ricevimento nulla provi atteso che il contenuto del plico postale poteva ben essere altro, ma tale eccezione è priva di pregio per i motivi già esposti.

Ne consegue che, essendo l'ordinanza ingiunzione stata notificata il 13.3.2000, l'opposizione depositata il 21.4.2000 è certamente tardiva (ben oltre il termine di 30 giorni previsto dall'art. 22 L. 689/81) e quindi non può che essere, per questa causa, respinta.

Deve viceversa confermarsi la tempestività dell'opposizione alla cartella esattoriale che risulta proposta il 3.7.2001 a fronte della notifica (correttamente effettuata per quanti già sopra detto), avvenuta il 4.6.2001, essendo il deposito del ricorso nei 40 giorni di cui all'art. 24 comma 5 D.L.G. 46/99.

Quanto poi all'annullamento della cartella esattoriale, impugnato dall'INPS, alcune considerazioni si impongono: l'art. 24 comma 3 del D.L.G. citato 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". Orbene poiché non vi è dubbio che sia esperibile un'azione di accertamento negativo ad opera del preteso debitore, prima che gli sia notificata la cartella esattoriale o meglio prima che il credito contributivo sia iscritto a ruolo, ogni volta che sia giustificata dalla presenza della res dubia e si determini un interesse all'azione ai sensi dell'art. 100 c.p.c., resta da vedere innanzitutto se si tratti di circostanza rilevabile d'ufficio, atteso che in primo grado il ricorrente non l'aveva sollevata, e se comunque la situazione qui riscontrata sia equiparabile a quella in cui è impugnato il medesimo accertamento da cui trae origine la cartella esattoriale.

La norma appare chiara sul fatto che, una volta che l'accertamento sia già stato portato davanti alla cognizione del giudice a mezzo di ricorso per accertamento negativo della pretesa contributiva, la potestà amministrativa deve intendersi del tutto inibita, fino alla definizione della controversia, salvo provvedimento esecutivo del giudice.

Ritiene in primo luogo la Corte che la pendenza del ricorso per l'accertamento negativo della pretesa contributiva deve essere eccepita dalla parte e non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma, comunque, si tratta di eccezione infondata nel merito.

Non vi è stato infatti un accertamento impugnato ma risulta proposta con un primo ricorso una opposizione ad ordinanza ingiunzione per sanzioni che hanno origine dall'accertamento, e un secondo ricorso contro la cartella esattoriale che non trae origine da quell'accertamento, che infatti non è menzionato, ma dagli stessi atti provenienti dalla parte (i DM10/M prodotti dall'INPS).

In ogni caso le due azioni, una volta all'annullamento di una sanzione amministrativa che presuppone certe violazioni e l'altra volta a contestare il merito e l'ammontare delle omissioni contributive, sono diverse quanto a presupposti: si tratta quindi, tutt'al più, di una vicenda parallela ma non certo sovrapponibile a quanto risulta richiesto con la cartella esattoriale.

Ne consegue che la potestà amministrativa di procedere ugualmente alla riscossione tramite il ruolo e la cartella esattoriale deve ritenersi assolutamente conservata in capo all'INPS e quindi la cartella esattoriale, non più contestata nel suo ammontare con l'appello del Pavoni, deve essere integralmente confermata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano per il primo grado in complessivi € 1.200,00 (di cui euro 350,00 per diritti ed euro 800,00 per onorari) e per il presente grado in complessivi € 1.500,00 (di cui euro 400,00 per onorari ed euro 1000,00 per diritti).

*(Omissis)*

***Lavoro (Rapporto di)* - Contratto di lavoro socialmente utile - Utilizzo da parte dell'INPS in lavori di pubblica utilità - Sporadico utilizzo nell'ausilio a mansioni istituzionali - Novazione - Rapporto di lavoro subordinato di natura pubblicistica - Insussistenza.**

**Corte d'Appello di Milano - 6.5/24.5.2004 n. 411 - Pres. Rel. Castellini - Franzoni e altri (Avv. Oliverio) - INPS (Avv. Saia).**

*Il lavoratore socialmente utile, prevalentemente adibito a progetti di pubblica utilità, non può essere qualificato lavoratore subordinato e pretendere, per l'effetto, la relativa retribuzione e l'ordinaria copertura contributiva, ostandovi la funzione socio - economica del contratto e a nulla valendo l'occasionale utilizzo del lavoratore stesso in ausilio ad attività istituzionali dell'ente utilizzatore ovvero l'assoggettamento alle direttive dei funzionari e dirigenti dell'Istituto, non concretante vera e propria subordinazione bensì imprescindibile coordinazione con il restante personale, strumentale alla realizzazione delle particolari funzioni conferite.*

FATTO — Giovanni Franzoni e altri dipendenti Inps assunti nell'ottobre 2000 tramite regolare concorso, hanno proposto appello a tre distinte sentenze emesse dal Tribunale di Monza (n. 283, 297 e 360 del 2002), che avevano respinto i loro ricorsi diretti a far accertare che anche nel periodo pregresso, in cui gli stessi erano stati assunti presso la sede Inps di Monza per lo svolgimento di lavori socialmente utili, si era trattato in realtà di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dello stesso ente da computarsi ai fini dell'anzianità, chiedendo altresì il passaggio automatico alla posizione C3, oltre alla richiesta di condanna al pagamento delle differenze retributive in relazione al diverso inquadramento successivo. Secondo gli appellanti, i quali sostengono che l'Istituto, dopo un breve periodo aveva fatto abbandonare il progetto lavorativo per il quale erano stati reclutati per far svolgere ai medesimi lavoratori le ordinarie attività dei dipendenti di sede, I'Inps non avrebbe contestato tale circostanza e per tale motivo i primi giudici avevano ritenuto inutile la prova testimoniale, essendo ormai i fatti divenuti pacifici. Vi era stata quindi una trasformazione del rapporto di lavoro (una novazione dell'originario rapporto) da socialmente utile a subordinato e non vi era stato un semplice cambiamento di progetto lavorativo, ma uno spostamento dei lavoratori a seconda della necessità della sede, così che gli appellanti anziché essere di supporto erano divenuti organici all'azienda. Hanno chiesto quindi che, in riforma delle sentenze di primo grado, fosse accertato e dichiarato che tra le parti vi era stata una novazione dell'originario rapporto di lavoro qualificato LSU a causa delle mutate modalità di svolgimento delle attività lavorative e pertanto che tra le parti era intercorso un rapporto di lavoro subordinato di natura pubblicistica con le conseguenti condanne.

L'INPS ha chiesto invece il rigetto dell'appello e la conferma delle sentenze, osservando in primo luogo che vi era un problema di giurisdizione per la parte del rapporto intercorso sino al giugno 1988; inoltre l'indeterminatezza dei ricorsi riguardo al preteso accordo novativo, la sua insussistenza ed in ogni caso l'invalidità, stante l'obbligo di assunzione mediante concorso, dovendosi semmai ricondurre le mansioni svolte di fatto sotto la disciplina dell'art. 2126 c.c; la conformità del rapporto allo schema normativo non essendo anomalo che le prestazioni inerissero alle attività istituzionali dell'ente utilizzatore, in funzione di semplice supporto operativo, che non si era mai espressa nell'esercizio di una pubblica funzione. Il fenomeno presentava un rapporto triangolare tra il soggetto somministratore (le Agenzie per l'occupazione), l'ente utilizzatore e i soggetti assegnati, soggetti al potere disciplinare del soggetto somministratore *ex* art 9, comma 3 del D.L.G. n. 468/97, mentre la subordinazione era espressamente esclusa. Ha negato di avere ammesso l'eventuale utilizzazione in un progetto diverso da quello indicato nella lettera di incarico, ma rientrante nel novero dei 7 grandi progetti adottati dall'Inps, prevista dal programma; la circostanza quandanche provata non configurerebbe inadempimento contrattuale sanzionato dalla trasformazione del rapporto, ma sarebbe irrilevante ai fini del trattamento giuridico ed economico, senza alterare la causa contrattuale. In ogni caso la richiesta dì promozione alla posizione C3, non riproposta e pertanto da ritenersi rinunziata, era in ogni caso conseguibile solo all'esito di selezioni interne. Inaccoglibili erano anche le domande intese al conseguimento delle differenze retributive rispetto al trattamento contrattuale dei dipendenti Inps di qualifica VII in quanto lo stesso era stato integralmente corrisposto, andava considerato nel suo complesso e gli appellanti non svolgevano i compiti indicati nel mansionario della VII qualifica, ma

offrivano solo un supporto operativo: era quindi inapplicabile alla fattispecie l'art. 2126 c.c. (il rapporto di LSU non era invalido); le retribuzioni reclamate non facevano parte della "retribuzione tabellare". Vi erano infine limiti costituzionali discendenti dall'art. 97 Cost. che ostava all'applicazione diretta dell'art 36 Cost.

Avvenuta la discussione, la causa è stata decisa come da dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — Non possono essere accolte le domande degli appellanti, i quali ripropongono le istanze dirette a far accertare che, pur essendo stati inizialmente effettivamente adibiti ai lavori socialmente utili (LSU), secondo il programma stabilito, vi sarebbe stata successivamente una sorta di novazione del rapporto, più volte prorogato, che avrebbe assunto i caratteri del lavoro subordinato di natura pubblicistica del quale doveva tenersi conto ai fini dell'anzianità di servizio, con il passaggio alla categoria superiore, ed ai fini economici con la condanna al pagamento delle differenze retributive conseguenti.

Deve tuttavia essere ribadita la giurisdizione ordinaria ancorché alcune delle vicende siano iniziate in epoca anteriore al 1998, dovendosi avere riguardo, ai fini della discriminazione temporale imposta dal D.L. n. 80 del 1998, al momento in cui singoli fatti si sono verificati nel loro intero svolgimento, nonché a quello degli atti amministrativi che sono stati emessi in relazione a tale situazione (vedi Cass. 10993/2002).

Nel merito, debbono anzitutto condividersi le motivazioni in fatto dei primi giudici, in quanto dalle prove dedotte e dalle dichiarazioni delle parti è emerso, per un verso, che dopo un periodo iniziale in cui gli assunti erano stati adibiti ciascuno ai diversi programmi (in tutto sette, di cui due suddivisi in sottoprogrammi) in cui era articolato il piano di lavoro (sistemazione archivi informatici, regolarizzazione banche dati etc), erano stati successivamente assegnati ad attività rientranti nei compiti e finalità istituzionali propri dell'ente previdenziale obbedendo alle direttive dei funzionari (anche avvicendandosi con gli altri dipendenti allo sportello a contatto con il pubblico); per altro verso, l'INPS, pur non contestando questa circostanza, ha però precisato che ciò era avvenuto in funzione di supporto operativo, stante la carenza di personale, senza che l'attività di alcuno di questi soggetti si fosse mai espressa nell'esercizio di una pubblica funzione nel senso dell'adozione di provvedimenti istituzionali o gestionali (riservati ai dirigenti ed ai funzionari muniti di potere di firma a rilevanza esterna).

La stessa normativa prevede che, allo scopo creare opportunità occupazionali per i lavoratori già impegnati in lavori socialmente utili, le amministrazioni pubbliche possano fare contemporaneamente fronte a proprie esigenze istituzionali per l'esecuzione di servizi aggiuntivi anche creando società miste (art. 10 D.L.G. 1 dicembre 1997, n. 468, contenente la revisione della disciplina dei LSU di cui alla delega dell'art. 22 L. 24 giugno 1997, n. 196, confermato dal testo infra cit). Da ultimo, l'art. 2 D.L.G. 28 febbraio 2000, n. 81 consente che gli enti utilizzatori possano ricorrere all'utilizzo degli stessi soggetti anche per attività diverse da quelle originariamente previste dai progetti, purché rientranti nell'elenco delle attività di cui al successivo art. 3 che alla lett. b) contempla appunto i servizi tecnici integrati della pubblica amministrazione.

Può quindi trarsi la conclusione in diritto che, pur essendovi stata una modifica nei progetti dei lavori, così come programmati — consentita in presenza di esigenze che si erano sicuramente manifestate nelle sedi di utilizzo a causa del blocco delle assunzioni — non vi era certo stata una novazione del rapporto da lavori socialmente utili a

pubblico impiego e che anche l'assoggettamento alle direttive dei superiori, necessariamente presente anche ai fini della realizzazione dei progetti, non si era tradotto in una vera e propria subordinazione, ma si era mantenuto nei limiti strumentali all'esecuzione delle particolari funzioni ausiliarie richieste ai ricorrenti, anch'esse richiedenti una coordinazione da parte del personale dell'istituto, come hanno giustamente osservato i primi giudici. Contrariamente a quanto sostengono gli appellanti criticando le sentenze, la causa assunta in concreto dal rapporto non era pertanto incompatibile con quella originaria, propria dei LSU.

Appare dunque rispettata la disposizione che esclude che l'utilizzazione temporanea di questi lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche comporti comunque l'instaurazione di alcun rapporto di lavoro con queste ultime (art. 1-*bis* di 28 maggio 1981, n. 244). La deviazione dallo schema tipico del lavoro subordinato si manifesta anche per via delle altre circostanze evidenziate del permanere della iscrizione dei lavoratori nelle liste di collocamento, dall'orario di lavoro limitato e dal compenso versato dalla Regione limitato ambito dell'assicurazione obbligatoria di cui godono.

Non bisogna inoltre dimenticare che il rapporto aveva carattere trilatero trovandosi in realtà gli assunti alle dipendenze dello Stato e non dell'ente utilizzatore, sotto il controllo della sezione circoscrizionale.

Nè deve essere trascurato che l'ingresso nel pubblico impiego così come il passaggio alle categorie superiori può avvenire solo mediante procedure concorsuali (art. 35 D.L.G. 165/2001 e 52 D.L.G. cit.), mentre nella specie vigeva un regime di blocco temporaneo delle assunzioni. Anche se fosse ricorsa l'ipotesi della prestazione di fatto con violazione di legge *ex* art. 2126 c.c., essa avrebbe potuto comportare semmai solo conseguenze sul piano della retribuzione non essendo confìgurabile nel rapporto di pubblico impiego una sorta di funzionario di fatto. L'appellata ha in ogni caso indicato che il trattamento economico era certamente adeguato alle mansioni svolte e che gli assunti per LSU avevano alla fine del periodo beneficiato di un concorso a loro riservato mediante il quale erano poi stati assunti in pianta stabile (giusta la previsione della stessa legge: cfr. art. 12 L. 28 novembre 1966, n. 608).

Devono di conseguenza respingersi tutte le domande degli appellanti con la conferma delle sentenze impugnate, facendo carico ai soccombenti l'onere delle spese del grado.

*(Omissis)*

***Lavoro (rapporto di)* - Collaborazioni coordinate e continuative - Inserimento stabile in organizzazione aziendale - Ulteriori indici di subordinazione - Lavoro subordinato - Sussiste.**

***Contributi* - Somme aggiuntive - Regime sanzionatorio *ex* L. 388/2000 - Irretroattività.**

**Corte d'Appello di Milano - 21.4/11.5.2004 n. 374 - Pres. Ruiz - Rel. De Angelis - Ciresa spa (Avv.ti Noseda, Bocchietti) - INPS (Avv.ti Mogavero, Saia).**

*Sussistono rapporti di lavoro subordinato nell'ipotesi di lavoratori che, qualificati formalmente come collaboratori coordinati e continuativi, siano inseriti stabilmente nell'organizzazione aziendale, espletando in via esclusiva compiti imprescindibili nel ciclo produttivo dell'impresa, e si ravvisino ulteriori elementi sussidiari quali l'osservanza di orario, la corresponsione a cadenze fisse della retribuzione, l'assenza di una sia pur minima organizzazione imprenditoriale che possano essere valutati globalmente come indici di subordinazione (fattispecie relativa al personale tecnico di laboratorio di un'azienda di smaltimento reflui).*

*Il regime sanzionatorio in materia contributiva introdotto dall'art. 116 commi 8/17 della legge n. 288/2000 è irretroattivo, salva la disciplina del recupero a mezzo conguaglio dei maggiori importi versati.*

FATTO — Con sentenza 26 marzo 2001, n. 74 il Tribunale di Como ha dichiarato la natura subordinata dei rapporti di lavoro intercorsi tra la s.p.a. Ciresa e Andrea Russo, Giorgio Ferlat, Barbara Pisati, Enrico Cappelletti, Ernesto Fumagalli, Claudio Sanella e ha confermato il credito di £ 407.178.384 dell'Inps verso la società di cui alla cartella esattoriale notificata a quest'ultima il 21 novembre 2000 respingendo l'opposizione alla cartella medesima.

Secondo il tribunale, devono ritenersi simulati e in frode alla legge i contratti di collaborazione personale, coordinata e continuativa stipulati tra la società e i predetti lavoratori, posto che il concreto svolgimento dei rapporti — costoro erano tutti chimici inseriti nel fulcro dell'attività aziendale consistente nella trasformazione in solventi di reflui solidi e liquidi e nella vendita dei solventi medesimi — ha avuto i connotati dell'opera dipendente.

Contro la sentenza ha proposto appello la società il 6 luglio 2001, rilevandone la nullità per mancata estensione del contraddittorio alla Direzione provinciale del lavoro e all' Inail, e lamentando come, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, il lavoro in questione, almeno, ma solo in subordine, quello di alcuni, ha avuto natura autonoma. II tribunale — ha sostenuto l'appellante — ha travisato gli elementi acquisiti non rendendosi conto che il laboratorio, di cui comunque non facevano parte Sanella e Fumagalli. non fosse al centro dell'attività aziendale, ma fosse una monade isolata che analizzava, come avrebbe potuto fare anche all'esterno e come in parte avviene, i campioni di reflui, e come nessuno dei soggetti in questione avesse vincoli di tipo gerarchico. Il primo giudice, inoltre, secondo l'appellante, non ha tenuto conto dei rilievi della società in ordine all'entità del preteso debito contributivo, e, in particolare, al fatto che da esso va detratto quanto versato con riguardo al regime di autonomia, ed ha errato nel confermare anche la quantificazione delle sanzioni, la quale ha obliterato anche le recenti modifiche normative.

L'Inps ha resistito.

La società Ciresa e Marco Ciresa il 28 febbraio 2002 hanno proposto appello avverso la sentenza n 178 del 2001 sempre del tribunale di Como, che nella causa da loro promossa verso il Ministero del lavoro, la Direzione provinciale del lavoro di Como, l'Inail e la s.p.a. Rjpoval per ottenere l'accertamento della nullità, illegittimità; inefficacia dell'ordinanza ingiunzione n. 42 del 2001 emessa dalia predetta Direzione provinciale e comunque la riduzione delle sanzioni ivi contemplate, e promossa dalla società per ottenere l'accertamento della nullità, illegittimità, inefficacia della cartella esattoriale n. 105 - 2000 - 00131424 - 08, ha ridotto a £ 1.000.000 le sanzioni di cui all'ordinanza ingiunzione e ha dichiarato nulla la cartella esattoriale ed inammissibili le prospettazioni difensive dell'Inail.

Secondo gli appellanti la sentenza è nulla per difetto di contraddittorio nei confronti dei lavoratori interessati e dell'Inps e della Direzione provinciale del lavoro, ed ha comunque sostenuto che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice i rapporti con quest'ultimi, che sono gli stessi e per gli stessi periodi di cui all'altro giudizio, hanno natura autonoma. Male ha fatto, comunque, il primo giudice a compensare le spese legali.

Si è costituito il Ministero, chiedendo dichiararsi inammissibile l'appello per essere la sentenza soggetta a ricorso per cassazione, e chiedendo comunque la conferma della sentenza stessa.

Ancora la s.p.a. Ciresa ha appellato la sentenza n. 138 del 2003 del tribunale di Como, che. nella causa promossa dalla stessa contro l'Inps, la s.p.a. Scci, la s.p.a. Rileno, ha dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso la cartella esattoriale n. 03320020023710288 inerente le somme aggiuntive e la sanzione *una tantum* per violazioni scaturenti dalla qualificazione dei rapporti di lavoro predetti appunto come subordinati e non autonomi.

Secondo l'appellante, il primo giudice ha errato nell'applicare nella specie il principio della cosa giudicata sostanziale sulla base delle sentenze predette, posto che le medesime non sono ancora definitive.

L'Inps, anche quale, mandatario della s.p.a. Scci. ha resistito.

Riunite le cause, si è proceduto alla discussione e alla decisione per i seguenti motivi.

DIRITTO — Va, innanzitutto, dichiarato inammissibile l'appello avverso la su richiamata sentenza n. 178 del 2001. L'appello, infatti, ha riguardato la sola statuizione di rigetto dell'opposizione ad ingiunzione amministrativa cui è finalizzato l'accertamento sulla natura dei rapporti di lavoro in questione: opposizione *proposta nelle forme dell'art 221 L. n. 689 del 1981* (v. atto introduttivo della lite). Tale sentenza, infatti, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 23 L. n. 689 cit. è inappellabile e ricorribile in cassazione.

Quanto alle altre decisioni impugnate, va esclusa l'esistenza di litisconsorzio necessario con i vari soggetti interessati e con l' ente, potendo le decisioni, rese in sede di opposizioni ad ingiunzioni amministrative proposte dalla società nei confronti dei soggetti di cui sopra, essere *utiliter datae*; pur in mancanza della partecipazione di tali soggetti al processo. Altra è. naturalmente, la questione della valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni testimoniali dei lavoratori interessati.

Le sentenze appellate presuppongono l'accertamento della natura subordinata dei rapporti stessi che va verificata anche con riguardo alla n. 138 del 2001 posto che a differenza di quanto ritenuto dal tribunale, non si è potuto formare giudicato sostanzia-

le: il procedimento, infatti, dal tribunale stesso richiamato, era ancora pendente.

Le censure mosse al riguardo dalla società non sono convincenti.

Va rimarcato, in fatto, che, a parte Sanella e Fumagalli (per i quali v. *infra*). tutti i lavoratori in questione erano pacificamente adibiti al laboratorio, collocato in una stanza all'interno dell'azienda, la quale compra reflui da terzi per trasformarli e rivenderli come materia primaria. Pervenuti appunto i reflui, questi venivano analizzati presso il laboratorio e poi destinati alla produzione, la quale veniva poi nuovamente analizzata presso il laboratorio per essere portala all' esterno per la commercializzazione.

Il laboratorio, ripetesi collocato all' interno della Ciresa ed attivo solo per quest'ultima, constava di attrezzature e strumenti di pertinenza della società. Gli addetti osservavano un orario di lavoro fisso e costante per cinque giorni alla settimana e per otto - nove ore al giorno, venendo remunerati anche nelle assenze per malattia e in periodo di ferie (si vedano, in combinazione tra di loro. anche al fine del reciproco conferimento di attendibilità dei testi, le deposizioni di Ortelli, Ferlat, Festa, Pisati). Percepivano un compenso che prescindeva dal risultato della loro prestazione, la quale era svolta in esclusiva per la società appellante.

Sanella, ingegnere, compensato con compenso fisso annuo pur cambiato nel tempo e con acconti mensili, dava gli ordini agli operai addetti alla produzione, indicava gli standard di controllo da seguire, programmava, con Fumagalli, la produzione.

Insomma, era il responsabile tecnico dell'azienda per la quale lavorava in esclusiva, e come direttore tecnico era iscritto alla gestione separata dei lavoratori autonomi.

Fumagalli. dottore in chimica industriale, si occupava, si e detto, del programma di produzione per cinque giorni alla settimana e per otto ore al giorno, percependo lire 3.350.000 mensili

Se si collocano i fatti sopra evidenziati in una cornice giuridica si deve pervenire sia pure con qualche differenza di motivazione, ai risultati raggiunti dai primo giudice.

Infatti, "ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato, quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni (e, in particolare, della loro natura intellettuale o professionale) e del relativo atteggiarsi del rapporto, occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari — come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale — che privi ciascuno di valore decisivo possono essere valutati globalmente con indizi probatori della subordinazione" (Cass. 18 marzo 2004, n. 5508). E tali elementi — tutti — si ritrovano nella specie.

A pagina 7 del verbale ispettivo e, a pagina 6 del verbale amministrativo, sono stati indicati i compensi su cui si è calcolata la contribuzione dovuta, riassunta a pag. 11 della memoria costitutiva dell'ente nell'appello avverso la citata sentenza n. 74 del 2001. I coefficienti di contribuzione sono quelli, non contestati, dall'Inps prodotti in primo grado.

Quanto alle somme aggiuntive, correttamente si è applicala la disciplina antecedente la l. n. 388 del 2000, trattandosi di crediti accertati prima della entrata in vigore della legge stessa (v. art. 118. comma 18).

Infatti, va rilevata l'irretroattività del regime più favorevole di cui all'art. 116, commi

da 8 a 17, l. stessa, estranea alla materia delle sanzioni amministrative e non prevista dall'art. 116, comma 18, l. cit. (ad es., Cass. 26 novembre 2002, n. 16699). In quest'ultimo enunciato, anzi. quando si stabilisce che la differenza tra somme dovute in base al precedente regime e quelle proprie del nuovo, costituisce un credito contributivo verso l'ente che potrà essere posto a conguaglio ratealmente nel corso dell'anno, si esclude l'irretroattività della nuova disciplina sanzionatoria, dettandosene — ferma la precedente ("per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate ... dall'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 ...") — una *ad hoc* contenente, appunto, solo un credito contributivo.

Con riguardo alle medesime prestazioni in questione, però, e stata pacificamente versata una contribuzione in regime d'autonomia, la quale non può che avere diminuito il debito sin dall'inizio, con le inerenti conseguenze sul piano di somme aggiuntive e interessi. Al riguardo, si sottolinea come non risulti che tali versamenti siano stati utili ai fini del riconoscimento di beneficio alcuno per i dipendenti.

L'importo dovuto all'Inps è, allora quello di cui ai conteggi — contabilmente accettali — redatti dall'ente su invito della corte.

In conclusione, le sentenze appellate vanno riformate nei termini di cui sopra.

Le spese del grado relative all'appello avverso la citata sentenza n. 178 del 2001, liquidate in € 1.550,00 complessivi, di cui € 1.000,00 di onorari, 413,00 di diritti, seguono la soccombenza (art. 91 c. p. c.).

L'esito degli altri appelli rende equa la compensazione delle spese per metà, a norma dell'art. 92 c. p. c. La residua quota, liquidata in € 4.500,00 complessivi, di cui € 3.000,00 di onorari, 1.200.00 di diritti va posta a carico della società.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Giudicato tra datore di lavoro e lavoratore - Misura della pensione - Efficacia riflessa - Esclusione.**

**Corte di Appello di Palermo - 20.3/9.6.2003, n. 596 - Pres. Ardito - Rel. Frasca - Calvaruso (Avv. Pomar) - INPS (Avv. Cola).**

*L'efficacia riflessa che il giudicato, in quanto affermazione oggettiva di verità, può spiegare anche nei confronti di terzi rimasti estranei al giudizio, non si estende ai terzi che siano titolari di un diritto autonomo rispetto al rapporto in ordine al quale è intervenuto il giudicato; deve quindi escludersi l'opponibilità all'Inps, ai fini della determinazione della misura della pensione, del giudicato intervenuto tra lavoratore e datore di lavoro, circa la pertinenza al rapporto di lavoro e la qualificazione come retributiva di una determinata prestazione.*

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in cancelleria il 18 dicembre 2001 Andrea Calvaruso propose appello avverso la sentenza n. 901 emessa il 29 marzo 2001 dal Giudice del lavoro del Tribunale di Palermo che aveva respinto la sua domanda di condanna dell'I.N.P.S. alla riliquidazione della pensione di vecchiaia della quale era titolare, con la inclusione, nella relativa base di calcolo, del compenso erogatogli a titolo di lavoro straordinario continuativamente prestato durante il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'A.M.A.T.

Lamentò l'appellante l'erroneità della decisione impugnata per due motivi e concluse chiedendo l'accoglimento della domanda articolata in prime cure.

L'istituto previdenziale ha resistito con memoria e la causa, all'udienza del 20 marzo 2003, è stata decisa come da dispositivo in atti.

DIRITTO — Con il primo motivo di gravame l'appellante si duole che il primo Giudice non aveva tenuto conto della circostanza che con sentenza emessa dal Pretore di Palermo il 27 maggio 1987, confermata dal Tribunale della stessa città con sentenza del 5 maggio 1988 ed avente autorità dì giudicato, era stato dichiarato il suo diritto ad avere computato il compenso erogatogli per il lavoro formalmente qualificato straordinario nella base di calcolo di tutti gli istituti retributivi e delle indennità.

Deduce, in particolare, che, per effetto di tale decisione, doveva ritenersi definitivamente accertato che il compenso corrisposto a titolo di straordinario faceva parte a tutti gli effetti della retribuzione ordinaria, con conseguente refluenza anche sul trattamento pensionistico.

Aggiunge che il Tribunale aveva errato nel ritenere che il giudicato non fosse opponibile all'I.N.P.S., sia perché l'istituto aveva eccepito tardivamente la inopponibilità sia perché, vertendosi in materia di diritti inderogabili quali quelli nascenti dalle disposizioni in materia di orario di lavoro, il giudicato doveva ritenersi opponibile anche all'I.N.P.S. pur se non partecipante al giudizio.

Precisa, ancora, che lo stesso istituto previdenziale aveva ricevuto i contributi dal datore di lavoro anche relativamente alle somme erogate sotto forma di compenso per lavoro straordinario, con la conseguenza che anche tali importi dovevano essere considerati nella retribuzione pensionabile.

Con il secondo motivo l'appellante lamenta che il primo Giudice aveva erroneamente valutato le risultanze della prova testimoniale assunta, segnatamente non considerando che il dipendente poteva opporsi alla effettuazione del I lavoro straordinario solo per particolari ragioni e che la maggior parte dei lavoratori dell'A.M.A.T., interpellati con un referendum interno sulla effettuazione del lavoro in turni con orario prolungato aveva riposto affermativamente.

Le censure, che per evidenti ragioni di connessione possono essere esaminate congiuntamente, sono infondate.

È noto che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità il giudicato può spiegare efficacia riflessa, come affermazione oggettiva di verità, anche nei confronti di terzi rimasti estranei al giudizio, ma non quando essi siano titolari di un diritto autonomo rispetto al rapporto in ordine al quale è intervenuto il giudicato, e possano quindi risentire da questo pregiudizio giuridico (Cass. 16969/2002, 6851/2001, 4142/2001).

In una fattispecie analoga a quella oggetto della controversia in esame, il Supremo Collegio, con sentenza 9 marzo 1996, n. 1905, ha affermato che il giudicato formatosi nel giudizio svoltosi, senza la partecipazione dell'INPS, tra il dipendente e il suo datore di lavoro, non è vincolante nei confronti dell'Istituto previdenziale, che, in quanto titolare di un diritto-dovere di provvedere alla liquidazione della pensione secondo legge, è terzo rispetto all'anzidetta pronuncia e, conseguentemente, *"non soggiace, nella controversia nei suoi confronti promossa dagli ex lavoratori per l'inclusione di un determinato compenso fra le voci pensionabili, al giudicato reso nella controversia svoltasi soltanto fra lo stesso soggetto e il datore di lavoro, circa la spettanza di quel compenso"*.

Peraltro, e con specifico riferimento alla questione controversa, deve, poi, osservarsi che il Tribunale di Palermo, con la menzionata sentenza del 5 maggio 1998, confermò la decisione dell'allora Pretore della stessa città, che aveva affermato che tra le parti era intervenuta una intesa tacita secondo la quale l'orario di lavoro previsto dalla contrattazione collettiva era stato modificato con la trasformazione in prestazione ordinaria di quella originariamente prevista coma straordinaria, e, per l'effetto, qualificato come retribuzione ordinaria il compenso erogato per tale prestazione, con conseguente computabilità dello stesso nella base di calcolo di *"tutti gli istituti retributivi e delle indennità"*.

È del tutto evidente che la espressa individuazione degli effetti della ritenuta trasformazione dell'orario di lavoro, e del relativo compenso, non consente di ricomprendervi il diverso e non previsto effetto del ricalcolo del trattamento pensionistico di vecchiaia, invocato dall'appellante.

Ritiene, in altri termini, la Corte che non possa affermarsi che il giudicato abbia ad oggetto anche la qualificabilità del compenso come elemento della retribuzione pensionabile, inerendo un tale aspetto ad "un fine" estraneo a quelli contemplati nella decisione del Tribunale.

Deve, poi, ritenersi infondata la tesi dell'appellante secondo cui la difesa dell'I.N.P.S., che nel giudizio di prime cure aveva sostenuto la inopponibilità del giudicato, sarebbe inammissibile in quanto proposta dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 416 c.p.c..

È sufficiente osservare, al riguardo, che la norma del codice di rito onera il convenuto di proporre con la memoria di costituzione da depositarsi almeno dieci giorni prima dell'udienza di discussione le *"eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio"*.

Orbene, nella fattispecie in esame era stato l'appellante ad addurre a fondamento della domanda l'efficacia riflessa del giudicato, di talché incombeva sul Giudice l'obbligo di individuare l'ambito oggettivo e soggettivo del giudicato stesso e verificare così la sussistenza degli effetti invocati, anche indipendentemente dalla posizione assunta sul punto dall'istituto previdenziale, la cui contestazione, quindi, costituisce una mera difesa e non già una eccezione sottoposta al regime delle preclusioni sopra richiamato.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui l'estensione del giudicato nascerebbe dalla natura inderogabile delle disposizioni normative in materia di orario di lavoro del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto contenute nel R.D.L. 2328/1923, è sufficiente

osservare, a tacer d'altro, che le norme si limitano a fissare la misura massima della durata oraria della prestazione, mentre non è esclusa la possibilità che le fonti negoziali dispongano una durata inferiore.

Esclusa, per la ragioni fin qui esposte, l'efficacia nei confronti dell'I.N.P.S. del giudicato, va rilevato che, in base all'art 17, comma 1°, della legge n. 889 del 1971, avente ad oggetto la *"Retribuzione pensionabile"*, gli elementi costitutivi della retribuzione sulla quale si determina la misura della pensione, ai sensi dell'art 2 della legge 28 dicembre 1952, n. 4435, sono soltanto quelli indicati nel precedente art. 5, con esclusione di quelli di cui alle lettere e) ed f).

E la lett. e) del cit art. 5 fa proprio riferimento al *"compenso per lavoro straordinario, anche se corrisposto in misura forfettaria"*, precisando, all'ultimo comma, che *"agli effetti del presente articolo, per lavoro straordinario s'intende quello effettuato in eccedenza alla durata normale del lavoro prevista dai vigenti contratti collettivi"*.

Ora, l'accordo nazionale del 12.7.1985, all'art. 4, ha fissato l'orario di lavoro degli autoferrotramvieri in 39 ore settimanali prevedendo che a tale misura sono *"rapportate le previsioni degli articoli 4/A, 4/B, 4/C del CCNL 23.7.1976, le cui formulazioni restano in vigore"*.

Per il personale viaggiante, nell'ambito del quale rientra l'appellante, l'art. 4/A prevede poi che *"per tener conto delle esigenze specifiche di ciascuna azienda, resta di pertinenza degli accordi aziendali la determinazione del nastro lavorativo"*.

Sicché, avendo l'appellante fondato la pretesa di aver computato il compenso per il lavoro straordinario diuturno prestato, unicamente, sull'erroneo convincimento dell'efficacia riflessa del giudicato e non avendo provato l'esistenza di un accordo aziendale che prevedesse un prolungamento dell'orario normale, la domanda deve essere rigettata.

Ne tale prova può ritenersi raggiunta sulla base delle deposizioni testimoniale assunte d'ufficio dal Tribunale.

Ed invero, il teste Spacca, funzionario del servizio movimento, traffico e segnaletica dell'A.M.A.T. dal 1975 al 1992, dopo avere premesso che dal 1980 al 1986 la programmazione dello straordinario era stata pressoché costante nella predisposizione dei turni del personale e che, nonostante la contrattazione collettiva prevedesse una prestazione giornaliera di 6,30 ore, in realtà il personale veniva comandato per una prestazione minima di otto ore, ha precisato che gli agenti avevano la facoltà *"di opporsi all'inclusione nell'orario normale della prestazione straordinaria"* sia pure *"solo per particolari motivi"*, ed ha aggiunto che nel caso in cui un dipendente avesse rappresentato la propria indisponibilità a prestare lavoro oltre l'orario normale previsto dalla contrattazione collettiva, si verificava un disservizio non avendo il teste *"il potere di comandarlo per le ore eccedenti"*.

Tali dichiarazioni sono state riscontrate da quelle rese dal teste De Franchis, dirigente del servizio movimento, che ha riferito che *"se il lavoratore si opponeva allo svolgimento della prestazione straordinaria antro i tre giorni dalla pubblicazione dello stato di servizio non incorreva in alcuna sanzione disciplinare"*.

Appare, pertanto, evidente che, per quanto il fenomeno della prestazione di attività lavorativa oltre l'orario contrattuale avesse assunto connotazioni di sostanziale abitualità, anche in considerazione del favore che, per evidenti ragioni, tale prassi aveva

incontrato tra i lavoratori, tuttavia la prestazione stessa non aveva assunto quella connotazione di obbligatorietà indispensabile per potere affermare che era intervenuto un accordo aziendale che mutava l'orario di lavoro.

Parimenti ininfluente, infine, deve ritenersi la circostanza che, secondo quanto dedotto dall'appellante, l'A.M.A.T. abbia corrisposto all'I.N.P.S. per la prestazione effettuata oltre l'orario contrattuale, la contribuzione prevista per il lavoro in orario ordinario, atteso che, come è evidente, la qualificazione normativa del compenso non può essere determinata dalla misura della contribuzione alla quale viene di fatto assoggettato dal datore di lavoro.

Ala stregua delle suesposte considerazioni la sentenza impugnata va integralmente confermata.

Alla soccombenza non segue la condanna dell'appellante al pagamento delle spese processuali non apparendo la domanda manifestamente infondata e temeraria.

*(Omissis)*

## TRIBUNALI
## Sezioni Civili

***Contributi* - Esonero e sgravi - Benefici previsti dall'art. 8, comma 9, l. 407/90 - Precedente rapporto *part-time* - Requisito occupazionale - Insussistenza.**

**Tribunale di Agrigento - 4.2.2003, n. 259 - Dott. Gatto - Cooperativa Speranza a r.l. (Avv. Milano) - INPS (Avv. Tomaselli).**

*I benefici contributivi previsti dall'art. 8, comma 9. l. 407/90 non possono essere riconosciuti in riferimento a dipendente occupato a tempo parziale nei ventiquattro mesi anteriori all'assunzione.*

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Agrigento in funzione di Giudice del lavoro, depositato in cancelleria il 3 ottobre 2001, la Cooperativa Speranza a.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, esercente l'attività di assistenza domiciliare, proponeva opposizione avverso il verbale di accertamento elevato dagli ispettori di vigilanza dell'I.N P.S. - Sede Provinciale di Agrigento in data 31-3-2001 e notificato in data 8-4-2001 con il quale si richiedeva il pagamento della somma di lire 63.469.000 a titoli di contributi previdenziali e assistenziali, nonché avverso il successivo atto di diffida a pagare del 30-8-2001, emesso per la complessiva somma di lire 102.654.819 a titoli di contributi obbligatori, somme aggiuntive e interessi legali.

L'I.N.P.S. narrava la cooperativa, le aveva contestato di aver indebitamente conguagliato i benefici previsti dalla legge n. 407/90 per i dipendenti indicati in verbale e impiegati nei cantieri di Villarosa, Agrigento e Grotte, sulla scorta dei seguenti rilievi:

— che le assunzioni dei dipendenti in forza presso il cantiere di Villarosa dipendevano dalla convenzione a termine stipulata con il Comune di Villarosa, per cui le dimissioni dagli stessi presentate dovevano considerarsi licenziamenti per fine lavoro;

— che conseguentemente, i dipendenti in forza presso il cantiere di Agrigento, erano stati assunti entro il biennio dal licenziamento dei dipendenti impiegati presso il cantiere di Villarosa;

— che la dipendente Todaro Silvia, impiegata ne! cantiere di Grotte, era stata assunta con contratto a tempo determinato e senza il requisito dei 24 mesi di disoccupazione, avendo lavorato dall'1-12-1998 al 12-6-99 alle dipendenze della stessa cooperativa.

Avverso le superiori contestazioni, la cooperativa esponeva i seguenti motivi di opposizione:

1. — Quanto al cantiere di Villarosa, i dipendenti ivi impiegali erano stati assunti con contratto a tempo indeterminato; in data 6-2-1997, attesa la chiusura del cantiere, la cooperativa aveva proposto in modo formale alle maestranze di svolgere le loro mansioni presso il cantiere di Agrigento, in considerazione del fatto che la cooperativa si era rive-

lata aggiudicataria presso il Comune di Agrigento di un servizio di assistenza domiciliare agli anziani, che avrebbe potuto impegnare tutti i dipendenti in precedenza utilizzati presso il cantiere di Villarosa, ma a tale proposta non era seguita alcuna risposta positiva, anzi avevano fatto seguito le dimissioni dei lavoratori presentale in data 12-2-1997.

2. — In particolare, per i dipendenti Quelina, Rotolo e Squillaci (pure impiegati nel cantiere di Villarosa), la coop., non avendo ottenuto I'autorizzazione da parte dell'Ufficio Provinciale del Lavoro alla fruizione dei benefici di cui alla legge n. 407/90, aveva regolarizzato la posizione contributiva dei lavoratori con i! pagamento della somma di lire 569.455 in data 2-6-1997, con il versamento rateale della somma di lire 4.555.032 e con il pagamento a saldo condono della somma di lire 16.485.029, per un totale di lire 21.610.116; ne conseguiva l'inesistenza del credito asseritamente vantato in relazione ai dipendenti in parola;

3. — Con riferimento al cantiere di Agrigento, l'accertamento si basava sulle infondate congetture riguardanti il cantiere di Villarosa;

4. — Quanto al cantiere di Grotte, nessun presupposto veniva addotto a sostegno della tesi secondo cui la dipendente Todaro sarebbe stata assunta con contratto a tempo determinato e. quanto al periodo di lavoro svolto in precedenza dalla stessa dipendente, essendosi trattato di un periodo di lavoro a tempo parziale non aveva fatto venir meno lo stato di disoccupazione in ordine al quantum debeatur, nessuna dimostrazione e specificazione del criterio utilizzato per la quantificazione veniva offerto dall'istituto, nessuna indicazione specifica delle date di riferimento delle asserite omissioni contributive e nessun riferimento ai criteri adottati per la determinazione delle somme aggiuntive e degli interessi applicati e, in ogni caso, ai fini della quantificazione del credito l'ente avrebbe dovuto tener conto della somma condonata e già pagata.

Per questi motivi, la cooperativa opponente conveniva in giudizio l'I.N.P.S. - Sede provinciale di Agrigento, per sentir preliminarmente disporre la sospensione dell'esecutività del verbale di accertamento e dell'atto di diffida opposti e, nel merito, per sentir annullare o comunque dichiarare inefficace il verbale di accertamento impugnato.

Regolarmente instaurato il contraddittorio, l'inps costituitosi in giudizio, resisteva al ricorso e ne chiedeva il rigetto, ritenendo infondati tutti gli assunti difensivi opposti. In via riconvenzionale. chiedeva di condannare la cooperativa opponente al pagamento, in favore dell'istituto, della somma di euro 32.779,00 per contributi previdenziali e assistenziali e di euro 20.237,79 per sanzioni civili *ex* art. 119 della legge n. 388/2000 maturate al mese di agosto 2000, oltre ulteriori sanzioni civili e interessi moratori maturandi ai sensi della stessa legge fino all'effettivo soddisfo.

La causa veniva istruita con documenti, mentre il teste indicato dall'I.N.P.S. non veniva escusso perche all'udienza fissata per l'assunzione della prova l'istituto non compariva (e neppure il teste si presentava).

Autorizzato il deposito di noie conclusive, all'odierna udienza, acquisito il verbale di accertamento ispettivo dell'8-1-2003 prodotto dal procuratore della coop. opponente, la controversia veniva discussa e decisa con lettura pubblica del dispositivo steso in calce alla presente sentenza.

DIRITTO — La cooperativa opponente, esercente attività di assistenza domiciliare, esegue i vari appalti di cui è aggiudicataria per conto di enti pubblici in relazione a

detta attività.

II credito in materia di contributi previdenziali e assistenziali che ha dato luogo alla controversia tra le parti scaturiva dal verbale di accertamento elevato in data 31 marzo 2001, con il quale l'ispettore di vigilanza INPS aveva contestato alla coop. Speranza di aver indebitamente conguagliato i benefici di cui alla legge n. 407/90 per i dipendenti indicati in verbale, impiegati nei cantieri di Villarosa, Agrigento e Grotte.

Nel corso del giudizio, in parziale accoglimento del ricorso amministrativo presentato dalla coop. Speranza. con il verbale di accertamento in data 8-1-2003 l'INPS, annullando e sostituendo il precedente verbale del 31-3-2001, ha riconosciuto il diritto della cooperativa agli sgravi per i lavoratori occupati presso i cantieri di Villarosa e Agrigento, mentre ha proceduto al recupero dei benefici *ex lege* n. 407/90 conguagliati per la dipendente Todaro Silvia dall'ottobre 1999 al giugno 2000, per mancanza del requisito soggettivo e sostanziale dei 24 mesi di disoccupazione.

È agevole rilevare che nei limiti in cui il ricorso amministrativo è stato accolto si deve ritenere cessata la materia del contendere.

Per il resto, gli assunti difensivi sui quali la cooperativa sviluppa l'opposizione sono infondati.

Ed invero, per la lavoratrice Todaro gli ispettori hanno desunto la natura a termine dell'assunzione dal fatto che la dipendente è stata tenuta in servizio per la sola durata di validità del contratto stipulalo con il Comune di Grotte.

A fronte di tale specifica contestazione, la coop. si è limitata a produrre l'autorizzazione dell'ufficio del lavoro ai fini dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato, che, in quanto concessa sulla base della comunicazione di assunzione fatta dal datore di lavoro, evidentemente non offre una valida prova contraria alla ragionevole presunzione di assunzione a termine che si ricava dalla durata predeterminata della convenzione con l'ente locale, in funzione della quale è avvenuta l'assunzione medesima.

Quanto al requisito dei 24 mesi di disoccupazione che gli ispettori hanno ritenuto mancante per la stessa lavoratrice, è senz'altro condivisibile la tesi dell'I.N.P.S, secondo cui l'essersi svolto a tempo parziale non priva il precedente periodo lavorativo della lavoratrice presso la cooperativa del suo sostanziale contenuto occupazionale; nè si può argomentare il contrario dalla circostanza che i lavoratori a tempo parziale non vengono cancellati dalle liste del collocamento, perche il mantenimento nelle liste vale solo ad agevolarne il collocamento in pianta stabile e non comporta, pertanto, che gli occupati part-time possano essere considerati disoccupati.

Avverso la rideterminazione del credito per contributi e somme aggiuntive operata dall'INPS la coop. Speranza non ha proposto alcuna contestazione in merito ai conteggi e, pertanto, l'importo addebitato con il verbale di accertamento 8-1-2003, complessivamente pari a € 2.333,00, può essere posto a base della decisione, in quanto contenuto nella maggior somma richiesta con la domanda riconvenzionale originariamente proposta dall'istituto.

Quanto alle spese del giudizio, liquidate in euro 769,50 per onorari, euro 489,60 per diritti, euro 125,91 a titolo di rimborso forfettario per spese generali, attesa la prevalente soccombenza dell'INPS, restano a carico dell'istituto per la quota di 2/3, dichiarandosi compensata tra le parti per la rimanenza.

*(Omissis)*

***Pensioni* - Pensione di anzianità - Fondo Elettrici – Soppressione - Evidenza contabile separata - Trasferimento - Assicurazione Generale obbligatoria - Domanda - Effetti - Decorrenza.**

**Tribunale di Novara - 24.05.2004, n. 74 - Dott. Mariani - Bertani ed altri (Avv. Cimino) - INPS (Avv.ti Gerratana, Pasut, Omodei Zorini).**

*Anche dopo la soppressione del Fondo Elettrici, disposta dall'art. 41 della legge 23.12.1999 n. 488, deve ritenersi sussistente l'onere della domanda di cui all'art. 3, comma 14, del D.Lgs 562/1996 qualora l'assicurato intenda ottenere la liquidazione della pensione nell'Assicurazione Generale obbligatoria. L'iscrizione dei titolari di posizioni assicurative e i titolari di trattamenti pensionistici diretti e ai superstiti presso i soppressi fondi è, infatti, effettuata con evidenza contabile separata nell'ambito del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e continuano, per tali soggetti, ad applicarsi le regole previste dalla normativa vigente presso i predetti fondi. La pensione presso il Fondo Lavoratori Dipendenti deve, pertanto, essere liquidata con decorrenza dal primo giorno del mese successivo alla data in cui viene manifestata la volontà di richiedere tale trattamento pensionistico avvalendosi della posizione assicurativa maturata presso il Fondo Elettrici.*

FATTO — Con separati ricorsi successivamente riuniti i ricorrenti esponevano:

— di aver inoltrato all'INPS di Novara domanda di pensione di anzianità, rispettivamente Bertani Giacobbe in data 30 gennaio 2001, Arcagni Giorgio in data 12 novembre 2001 e Andoardi Pietro in data 14 novembre 2001, senza opzione per il trattamento pensionistico più favorevole tra la prestazione del Fondo Speciale Elettrici e quello a carico dell'INPS Assicurazione Generale Obbligatoria dei Lavoratori Dipendenti per l'Invalidità, Vecchiaia e Superstiti;

— che successivamente e, rispettivamente, in data 31 maggio 2001 Bertani Giacobbe, in data 23 febbraio 2002 Arcagni Giorgio e in data 4 marzo 2002 Andoardi Pietro, prima che intervenisse la liquidazione della prestazione, essendo in grado di portare a compimento una scelta mirata per il trattamento pensionistico più favorevole, avevano chiesto il trasferimento della contribuzione versata a proprio favore dal Fondo Elettrici al Fondo per i lavoratori dipendenti dell'Assicurazione Generale Obbligatoria, in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 5 e art. 6 legge n. 29/79;

— che contestualmente Arcagni Giorgio e Andoardi Pietro ed in data in data 11 luglio 2001 Bertani Giacobbe avevano espressamente richiesto che la domanda originariamente inoltrata fosse considerata come effettuata nella gestione che erogava il trattamento pensionistico più favorevole e quindi presso l'AGO dei lavoratori dipendenti con chiarimento di rinuncia alla liquidazione della prestazione a carico del Fondo Elettrici;

— che l'INPS di Novara aveva liquidato la pensione con decorrenza dall'1.6.2001 per Bertani Giacobbe e dall'1.4.2002 per Arcagni Giorgio ed aveva respinto il ricorso amministrativo dai medesimi proposto "in quanto la normativa di riferimento prevede la possibilità di optare per un altro trattamento pensionistico ma non mette in discus-

sione il fatto che in ogni caso gli effetti della scelta decorrono dalla data successiva a quella della domanda stessa. Nella fattispecie l'interessato avendo rinunciato alla liquidazione della pensione nel Fondo Elettrici ha manifestato l'intenzione di trasferimento dei contributi nella Assicurazione Generale Obbligatoria in data …";

— che l'INPS di Novara con nota del 4.4.2002 aveva respinto la domanda di pensione proposta da Andoardi Pietro ed il ricorso amministrativo era stato accolto dal Comitato Provinciale dell'INPS di Novara nella seduta del 28.1.2003; avverso tale provvedimento la Sede di Novara con nota del 30.1.2003 aveva comunicato di aver inoltrato ricorso al comitato Amm.re Fondo Pensioni L.D. di Roma per il seguente motivo: "Non si ritiene accoglibile la richiesta in quanto la normativa di riferimento prevede la possibilità di optare per un altro trattamento pensionistico, previa domanda esplicita di ricongiunzione (art. 5 e 6 L. 29/79), non considerando la domanda di pensione come domanda di trasferimento dei contributi dal Fondo Elettrici all'A.G.O. e pertanto gli effetti della scelta decorrono dalla data successiva a quella della domanda di ricongiunzione";

— che era stata liquidata ad Andoardi Pietro, su domanda del 28.2.2002, pensione con decorrenza 1.3.2002.

Tutto ciò premesso i ricorrenti convenivano in giudizio l'INPS affinché venisse accertato il proprio diritto alla pensione di anzianità nell'Assicurazione Generale Obbligatoria dei Lavoratori Dipendenti gestita dall'INPS dal primo giorno del mese successivo alla cessazione dal lavoro e pertanto con la conseguente condanna dell'Istituto alla corresponsione dei ratei arretrati oltre interessi legali.

Avverso tali atti si costituiva in giudizio l'INPS contestando l'assunto attoreo e chiedendo la reiezione dei ricorsi.

Richiamava l'Istituto le disposizioni di cui alla circolare INPS n. 22 in data 31 gennaio 2001.

All'udienza in data 20 aprile 2004, esaurita la discussione, la causa veniva decisa come da separato dispositivo di cui veniva data immediata lettura.

DIRITTO — I ricorsi non sono fondati e non meritano accoglimento. L'art. 3, comma 14, di D.Lgs 562/1996 dispone "Nei casi previsti dal terzo comma dell'art. 28 e dal primo comma dell'art. 29 della legge 31 marzo 1956 n. 293, e in deroga a quanto ivi previsto, la posizione assicurativa è trasferita al Fondo pensioni lavoratori dipendenti in applicazione dell'art. 6 della legge 7 febbraio 1979 n. 29, a domanda degli iscritti al Fondo di cui all'art. 1, comma 1, o dei loro superstiti quando non sia stata già liquidata la pensione a carico del Fondo stesso. È abrogato l'art. 29, secondo comma, della legge 31 marzo 1956, n. 293".

La legge prevede pertanto espressamente l'onere della domanda per ottenere il beneficio del trasferimento della contribuzione al Fondo dei Lavoratori Dipendenti, ovvero all'A.G.O., secondo quanto previsto dall'art. 6 della L. 29/1979.

Le disposizioni contenute nel comma 14 dell'art. 3 del decreto legislativo citato, le quali disciplinano l'istituto del trasferimento al "Fondo pensioni lavoratori dipendenti" delle posizioni assicurative costituite presso il Fondo speciale a favore degli iscritti che non conseguano il trattamento di pensione a carico del Fondo stesso, abrogano espressamente il secondo comma dell'art. 29 della legge 31.3.1956 n. 293, che prevedeva il

rimborso all'iscritto della eventuale eccedenza contributiva rispetto agli importi che andavano attribuiti al predetto "Fondo pensioni lavoratori dipendenti", e modificano sostanzialmente le disposizioni contenute nel terzo comma dell'art. 28 e quelle del primo comma dell'art. 29 della predetta legge n. 293/1956. In particolare, la disciplina rinveniente dagli artt. 28, comma 3, e 29, comma 1, prevedeva l'immediato trasferimento delle posizioni assicurative quando queste non erano sufficienti a garantire il conseguimento della pensione neanche per il futuro e rimetteva invece il trasferimento stesso alla mera discrezionalità dell'iscritto quando erano stati maturati i requisiti contributivi minimi previsti per la pensione, con diritto cioè differito al compimento del requisito dell'età pensionabile. In base alla nuova disciplina, invece, una volta cessata l'iscrizione obbligatoria o volontaria al Fondo speciale tutta la posizione assicurativa ivi acquisita può essere trasferita al "Fondo pensioni lavoratori dipendenti" solo a domanda degli assicurati e dei loro superstiti e sempre che non sia intervenuta la liquidazione della pensione eventualmente spettante a carico di tale Fondo speciale, applicando le disposizioni contenute nel combinato disposto di cui all'art. 5 e all'art. 6 della legge 29/1979, senza alcun onere a carico dei richiedenti. L'art. 41 della legge 23.12.1999 n. 488 (Legge finanziaria 2000) dispone: "A decorrere dal 1° gennaio 2000 il Fondo di previdenza per i dipendenti dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) e delle aziende elettriche private e il Fondo di previdenza per il personale addetto ai pubblici servizi di telefonia sono soppressi. Con effetto dalla medesima data sono iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti dei lavoratori dipendenti i titolari di posizioni assicurative e i titolari di trattamenti pensionistici diretti e ai superstiti presso i predetti soppressi fondi. La suddetta iscrizione è effettuata con evidenza contabile separata nell'ambito del Fondo pensioni lavoratori dipendenti e continuano ad applicarsi le regole previste dalla normativa vigente presso i predetti fondi".

Rilevano i ricorrenti che in seguito alla soppressione del Fondo Elettrici operata dall'art. 41 non possa più riconoscersi alcuna efficacia costitutiva alla domanda di "trasferimento" della posizione assicurativa maturata presso il Fondo trattandosi di opzione che il pensionato deve operare tra due trattamenti erogati dallo stesso Istituto. Tale tesi non appare condivisibile. La indicata disposizione normativa disponendo la soppressione del Fondo di Previdenza per i dipendenti dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL) ha espressamente affermato che continuano ad applicarsi le regole previste dalla normativa vigente ed i criteri di calcolo delle pensioni in riferimento alle anzianità maturate, prima della soppressione, nel predetto fondo. La domanda originariamente proposta dai ricorrenti era dotata di propria autonomia e avrebbe condotto alla liquidazione di trattamento pensionistico secondo la diversa normativa e i differenti criteri di calcolo previsti per il Fondo Elettrici. L'INPS pertanto ha correttamente operato liquidando la pensione con decorrenza dal primo giorno successivo alla data in cui ricorrenti, già iscritti al Fondo Elettrici e successivamente al Fondo per i Lavoratori Dipendenti, hanno espressamente manifestato la volontà di richiedere il trattamento pensionistico presso l'A.G.O. avvalendosi della posizione assicurativa maturata presso il Fondo Elettrici, la cui iscrizione è tuttora effettuata con evidenza contabile separata.

Attese le motivazioni tutte sovra esposte i ricorsi non meritano accoglimento.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi - Notifica del ruolo a soggetto defunto - Opposizione proposta dall'erede - Inammissibilità.**

**Tribunale di Palermo - 20.2/20.4.2004, n. 544 - Dott. Martino - Tullio (Avv. Maggiore, Avv. Monasteri) - S.C.C.I. - INPS (Avv. Jeni) - Montepaschi Se.Ri.T. Spa.**

*Essendo inesistente la notifica del ruolo esattoriale effettuata ad un soggetto defunto, la opposizione proposta da un erede innanzi il giudice del lavoro è inammissibile.*

FATTO — Con ricorso depositato il 2.8.2001 il ricorrente indicato in epigrafe oppose la cartella esattoriale notificata il 16.7.2001, con la quale era stato ingiunto alla sua dante causa, Ceraci Luigia, deceduta in data 19.10.1994, il pagamento della somma di lire 1.972.421 a titolo di contributi datori di lavoro agricoli relativi all'anno 1984.

Contestò, in particolare, la prescrizione dei crediti ingiunti.

L'I.N.P.S. ritualmente costituitosi in giudizio, contestò la fondatezza dell'opposizione chiedendone il rigetto.

I restanti convenuti, non si costituirono in giudizio, seppur ritualmente citati.

La causa, senza alcuna attività istruttoria, all'udienza del 20.2.2004 è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Preliminarmente va dichiarata la contumacia della SCCI s.p.a. e della Montepaschi Se.ri.t. s.p.a., le quali non si sono costituite in giudizio sebbene ritualmente citate mediante notificazione del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza.

L'opposizione proposta dal ricorrente è inammissibile.

La cartella esattoriale, emessa a carico di Geraci Luigia, per suoi presunti debiti previdenziali iscritti a ruolo dall'Inps, è stata notificata alla stessa, seppur deceduta in data 19.10.1994 (cfr. certificato di morte).

È evidente, quindi, che la notificazione della cartella effettuata nei confronti di un soggetto deceduto è da considerarsi inesistente.

Tale notifica, peraltro, in quanto effettuata ad una persona diversa (oltre che deceduta), non legittima attivamente Tullio Raffaele a proporre l'odierna opposizione, dato che il suo patrimonio non può essere pregiudicato da una ingiunzione di pagamento non diretta contro di lui.

Ed invero, a norma dell'art. 50 D.P.R. n. 602 del 1973, come novellato dall'art 16 D.L.G. n. 46 del 1999, la notificazione della cartella di pagamento è presupposto necessario ed indispensabile affinchè il concessionario possa procedere ad espropriazione forzata. Di talché, nell'ipotesi in cui la cartella non sia stata notificata agli eredi, bensì, come nella fattispecie, all'originario debitore, nessuna azione esecutiva riguardante quei debiti iscritti a ruolo potrà essere promossa nei confronti degli eredi stessi.

L'opposizione va, pertanto, dichiarata inammissibile.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite fra le parti.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Accertamento rapporto di lavoro - Ipotetico datore di lavoro - Interesse ad agire - Insussistenza.**

***Contributi* - Rimborso - Azione giudiziaria - Proponibilità - Domanda amministrativa - Necessità.**

**Tribunale di Palermo - 28.11.2002/4.3.2003 n. 3603/03 - Dott. Cavallaro - Società G.C.B. Serramenti Alluminio s.r.l. (Avv. Bondi) - INPS (Avv. Cola).**

*È priva di interesse ad agire — consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice — una società che agisca in giudizio contro l'Inps per l'accertamento dell'esistenza (contestata dall'istituto) di un rapporto di lavoro subordinato fra l'attrice ed un determinato soggetto, essendo altresì impossibile la sua chiamata in giudizio non potendosi costringerlo ad agire in giudizio per la tutela di un proprio interesse.*

*L'esperimento del preventivo procedimento amministrativo costituisce presupposto inderogabile per l'esercizio dell'azione giudiziaria diretta ad ottenere il rimborso di contributi versati indebitamente.*

FATTO — Con ricorso depositato il 20.11.2000, la società ricorrente in epigrafe conveniva in giudizio l'INPS, chiedendo — previa autorizzazione a chiamare in causa Giamporcaro Salvatore — dichiararsi la natura subordinata della collaborazione con questi intercorsa e intercorrente o, in subordine, condannarsi l'Istituto convenuto a rifonderle i contributi previdenziali *medio tempore* versati in favore del predetto.

Esponeva di aver assunto detto dipendente in data 11.7.1991, con qualifica di impiegato di concetto; aggiungeva che egli aveva svolto anche funzioni di amministratore delegato della società e lamentava che, nel corso di un accesso ispettivo del 15.3.1997, funzionari dell'Istituto avessero disconosciuto *ab origine* la sussistenza degli estremi della c.d. subordinazione.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resisteva l'Istituto convenuto, chiedendo il rigetto del ricorso, del quale deduceva variamente l'infondatezza.

Senza alcuna istruzione, autorizzato il deposito di note difensive, all'udienza del 28.11.2002 i procuratori delle parti discutevano la causa, che — sulle conclusioni di cui ai rispettivi atti defensionali — veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Costituendosi in giudizio, l'INPS ha eccepito preliminarmente la carenza d'interesse ad agire di parte ricorrente e l'inammissibilità dell'istanza di chiamata in causa di Giamporcaro Salvatore.

Entrambe le eccezioni sono fondate.

L'interesse ad agire, infatti, si concreta nell'esigenza, manifestata da colui che domanda, di ottenere un risultalo utile e giuridicamente apprezzabile, non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice (cfr. Cass. nn. 2115 del 1975, 927 del

1967), e — secondo l'insegnamento della Suprema Corte di legittimità — esso dev'essere concreto ed attuale, nel senso che in assenza dell'intervento dell'autorità giurisdizionale l'attore subirebbe un ingiusto danno, consistente nella privazione di un bene garantito dalla legge o nella mancata eliminazione di una situazione d'incertezza che renda insicuro il godimento di un bene (Cass. nn. 4232 del 1988, 4220 del 1983).

Nella specie, tuttavia, è agevole rilevare che nessun danno la società patisce a cagione del disconoscimento del rapporto di lavoro da parte dell'Istituto: l'unico che del provvedimento in questione avrebbe ragione di dolersi è il lavoratore, che dall'annullamento del rapporto contributivo potrebbe derivare un pregiudizio per il proprio diritto a pensione. Ma egli non ha agito, ne è ipotizzabile la sua chiamata nel presente giudizio, apparendo condivisibile il perspicuo rilievo avanzato in dottrina secondo cui non è possibile costringere taluno ad agire in giudizio per la tutela di un proprio interesse (ciò che, chiamando in causa il predetto Giamporcaro, inevitabilmente si finirebbe col fare).

Improponibile, invece, deve ritenersi l'azione (proposta in subordine) volta al conseguimento dei contributi *medio tempore* versati, non essendo stata preceduta da alcuna domanda amministrativa.

Premesso che costituisce ormai *jus receptum* il principio secondo cui l'azione giudiziaria nelle materie di cui all'art. 442 c.p.c. (ivi compresa la ripetizione di contributi assicurativi da parte del datore di lavoro) non preceduta da rituale domanda amministrativa non è semplicemente improcedibile ma radicalmente improponibile, per essere mancato il presupposto processuale costituito dall'atto d'impulso del procedimento amministrativo, e che il vizio in esame è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (cfr. *ex multis* Cass. nn. 6931 del 1996, 9865 del 1995 (1)), è sufficiente nella specie rilevare che l'unica domanda amministrativa presentata dalla società ricorrente concerne l'annullamento del provvedimento con cui l'INPS ha disconosciuto il rapporto di lavoro *de quo* e non contiene alcuna richiesta restitutoria; l'improponibilità è dunque *per tabulas* e non vale immorare oltre.

Il ricorso, pertanto, va rigettato. Sussistono comunque giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese di lite.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1316.

***Processo civile* - Verbale di accertamento - Azione di accertamento negativo - Interesse ad agire - Insussistenza.**

**Tribunale di Palermo - 29.10.2003/22.1.2004, n. 2632/03 - Dott. Lo Bello - Amato (Avv. Beninati) - INPS, S.C.C.I. spa (Avv. Cola).**

*È privo di interesse ad agire — consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice — il destinatario di un verbale di accertamento che agisca in giudizio contro l'Inps per l'accertamento dell'inesistenza dell'obbligazione contributiva contestata dall'istituto.*

FATTO — Con distinti ricorsi successivamente riuniti, il ricorrente indicato in epigrafe conveniva in giudizio l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) e, premesso che a seguito di visita ispettiva l'Istituto gli aveva notificato un processo verbale di contestazione di illecito amministrativo, con contestuale invito a pagare la somma complessiva di L. 42.862.000, pari a € 22.136,38 a titolo di contributi asseritamente evasi e oneri accessori, chiedeva dichiararsi l'illegittimità della richiesta dell'Istituto medesimo, con vittoria di spese.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resisteva in giudizio l'Istituto convenuto, chiedendo il rigetto del ricorso, del quale allegava variamente l'infondatezza.

Senza alcuna istruzione ed autorizzato il deposito di note difensive, all'udienza del 29 ottobre 2003 i procuratori delle parti discutevano la causa che, sulle conclusioni di cui ai rispettivi atti defensionali, è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Premesso che preliminare all'esame della fondatezza della domanda è la verifica delle c.d. condizioni dell'azione, tra le quali l'interesse ad agire, giova precisare che l'assenza di interesse ad agire è rilevabile anche d'ufficio, poiché costituisce un requisito per la trattazione del merito della domanda, la cui sussistenza va accertata dal giudice anche quando non vi è contrasto tra le parti sul merito della stessa (cfr. Cass. civ. n. 3429/94; n. 3330/2002).

Ciò posto, norme di riferimento al riguardo sono l'art. 35, comma 4, della L. n. 689/1981, secondo il quale "avverso l'ordinanza ingiunzione [emanata ai sensi del precedente comma 2] può essere proposta, nel termine previsto dall'art. 22, opposizione davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro" e l'art. 13 del D.L.G. n. 46/99 a mente del quale "*l'INPS iscrive a ruolo i crediti oggetto della cessione, secondo le modalità previste dall'articolo 24 del D.L.G. n. 26 febbraio 1999, n. 46, ad eccezione dei crediti oggetto di dilazione concessa antecedentemente al 30 novembre 1999, dei crediti di regolarizzazione contributiva agevolata prevista da norme di legge e dei crediti già oggetto dei procedimenti civili di cognizione ordinaria e di esecuzione*".

Presupposto indefettibile per adire l'autorità giudiziaria ordinaria è dunque l'adozione, da parte dell'ente gestore di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie, di un atto tipizzato con il quale viene determinata la somma dovuta per la violazione e se ne ingiunge il pagamento, di talché solo siffatto provvedimento, incidendo in concreto sul patrimonio del debitore, determina, in capo a quest'ultimo, il sorgere dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

L'interesse ad agire, infatti, si concreta nell'esigenza, manifestata da colui che domanda, di ottenere un risultato utile e giuridicamente apprezzabile, non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice (cfr. Cass. nn. 2115/1975; 927/1967), e secondo l'insegnamento della Suprema Corte di legittimità esso deve essere concreto ed attuale, nel senso che in assenza dell'intervento dell'autorità giurisdizionale l'attore

subirebbe un ingiusto danno, consistente nella privazione di un bene garantito dalla legge o nella mancata eliminazione di una situazione d'incertezza che renda insicuro il godimento di un bene (Cass. nn. 4232/1988; 4220/1983).

Orbene, nella specie il ricorrente ha impugnato non già un atto di ingiunzione, bensì due distinti processi verbali di accertamento d'illecito (nei quali è contenuto l'invito a pagare la somma di cui in narrativa). Trattasi, invero, di atti preliminari all'adozione di una formale ingiunzione, che non appaiono idonei a incidere in modo concreto ed attuale il suo patrimonio, cosi come non sono idonei a pregiudicare il patrimonio di alcun soggetto la mera rivendicazione di una somma di denaro operata da chi si ritiene creditore della stessa.

Del resto non può attribuirsi diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento ad un'azione di accertamento negativo dell'esistenza di un debito, come quella spiegata da parte ricorrente: il debitore è per definizione colui che è chiamato a cooperare all'adempimento, vale a dire colui senza la cui attiva collaborazione il diritto di credito non può realizzarsi. Egli è dunque pienamente capace di autotutelarsi rifiutando la prestazione che ritiene indebita; ove sorga disaccordo al riguardo, sarà infatti il creditore a doversi attivare per ottenere una pronuncia di condanna o, comunque, altro provvedimento giudiziale (o amministrativo: arg. *ex* art. 18 della legge n. 689 cit.) idoneo a incidere il patrimonio del debitore e allora — non prima — questi avrà interesse all'adito giudiziale.

Il ricorso, pertanto, va rigettato (non dichiarato inammissibile atteso che le questioni relative all'interesse ad agire attengono, come ogni altra questione non di rito, al merito della controversia).

Sussistono, nondimeno, giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese di lite, vista la sussistenza di difformi pronunzie di legittimità.

*(Omissis)*

**Processo civile - Rito lavoro - Riscossione coattiva contributi - Opposizione avverso ruolo esattoriale - Deposito del ricorso oltre quaranta giorni - Inammissibilità.**

**Tribunale di Ragusa - 2/5.3.2004, n. 186 - Dott. Giampiccolo - Macauda (Avv. Vinciguerra) - INPS, S.C.C.I. s.p.a. (Avv. Gianneri).**

*L'opposizione avverso ruolo esattoriale relativo a crediti contributivi proposta oltre il termine di quaranta giorni è inammissibile.*

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Ragusa. depositato in data 02.08.2002, Corrado Macauda propone formale opposizione avverso la cartella di pagamento n. 297 2001 00242041 55. notificata il 04.05.2001, con la quale gli è stato intimato il pagamen-

to della somma complessiva di € 6.842,64, per contributi datori di lavoro agricolo.

Eccepisce in particolare la nullità del ruolo e della cartella, l'infondatezza della pretesa creditoria, l'erronea qualificazione del credito contributivo, l'erronea determinazione delle sanzioni.

Chiede pertanto l'annullamento dell'opposta cartella, previa sospensione dell'esecuzione.

Si costituisce l'Inps, in persona del presidente pro tempore, in proprio e quale mandatario della s.p.a. S.C.C.l. - società di cartolarizzazione dei crediti Inps, chiedendo il rigetto dell'opposizione in quanto infondata, ed eccependo in particolare l'inammissibilità della stessa in quanto tardiva.

La causa viene discussa oralmente all'odierna udienza sulle conclusioni delle parti, nonché decisa come da separato dispositivo in atti di cui si da pubblica lettura.

DIRITTO — L'opposizione è inammissibile in quanto il ricorso è stato depositato, come si evince da quanto sopra descritto, oltre il termine di 40 giorni dalla notifica della cartella opposta.

Il termine di cui all'art. 24, comma 5, del D.L.G. 46/99 è da ritenere perentorio, pur nel silenzio della legge, che non lo qualifica come tale nè lo prevede a pena di inammissibilità.

Tuttavia questo giudice condivide le ragioni di ordine sistematico, relative ai principi generali del sistema di riscossione mediante ruolo, che inducono la giurisprudenza di merito a ritenere inammissibile l'opposizione tardiva.

La perentorietà del termine è stata affermata sulla scorta sia dell'analoga disposizione dettata in materia di opposizione ad ordinanza ingiunzione (art. 35, che richiama l'art. 22, della l. 689/81), sia della disciplina di cui all'art. 2, comma 4, d.l. 338/89, convertito in legge n. 89/89 (che rappresenta il precedente storico rispetto al sistema dell'art. 25 D.L.G. 46/99).

Parte della dottrina osserva che tutti i precedenti storici relativi ai temi di riscossione coattiva, in forza della quale l'Amministrazione consegue il soddisfacimento del credito a prescindere dalla verifica giudiziale, come manifestazione di potere di autotutela esecutiva, sono accomunati dalla regola secondo cui la non tempestiva opposizione al provvedimento impositivo, avente natura di titolo esecutivo, comporta in sede processuale quanto meno la incontrovertibilità ossia la incontestabilità del titolo stesso, con conseguente declaratoria di inammissibilità dell'opposizione.

Principio valevole anche nel processo tributario (art. 21 D.L.G. 546/82), per i titoli giudiziali a cognizione "sommaria"' (decreto ingiuntivo). e per una serie di titoli paragiudiziali, così definiti dalla giurisprudenza, come i casi sopra visti dell'ordinanza-ingiunzione e del provvedimento *ex* art. 2 d.l. 338/89, convertito in legge n. 389/89.

Non si comprende pertanto per quale ragione l'unico caso difforme dovrebbe essere rappresentato da quello in esame, con protrazione *sine die* della possibilità di contestare l'invalidità sostanziale del titolo di formazione stragiudiziale ovvero la risoluzione o estinzione del rapporto in esso rappresentato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

*(Omissis)*

***Contributi* - Versamento - Obbligo - Mancata identificazione dell'assicurato - Irrilevanza.**

**Tribunale di Trapani 15.4.2003, n. 342 - Dott. Grillo - Indelicato (Avv. Parisi) - INPS (Avv. Giliberto) - SCCI spa (Avv. Giliberto) Montepaschi Se.Ri.T. spa.**

*Raggiunta la prova della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato e della corresponsione della retribuzione, il datore di lavoro è obbligato al pagamento della relativa contribuzione indipendentemente dalla identificazione del lavoratore.*

FATTO — Con ricorso depositato il 5-6-2002 Indelicato Francesco Salvatore propose opposizione avverso la cartella di pagamento n. 299 2002 00121844 05 a lui notificata il I°-5-2002 con la quale gli venne intimato il pagamento della somma di € 10.995,96. Eccepiva l'opponente la decadenza dalla facoltà di iscrivere a ruolo i contributi ai sensi dell'art. 25 della legge 26-2-1999 n. 46.

Nel merito rilevava il ricorrente che la pretesa dell'istituto è infondata.

L'istituto si costituì in proprio e nella qualità di mandatario con rappresentanza della società di Cartolarizzazione SCCI s.p.a., cui l'istituto ha ceduto tutti i crediti contributivi maturati al 31-12-1999, rilevando che i crediti fatti valere concernono i contributi dovuti dall'opponente in relazione alla retribuzione corrisposta a dipendente di nome "Nicola", rimasto ignoto nell'anno 1995, circostanza rimasta accertata con sentenza passata in giudicato.

La causa, istruita documentalmente, all'udienza odierna veniva decisa dando lettura del dispositivo e della contestuale motivazione ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.

DIRITTO — È dichiarata la contumacia della Monte Paschi Serit s.p.a. citata e non comparsa.

*Eccezioni di nullità del ruolo*

II ricorrente eccepisce la nullità della cartella esattoriale rilevando che il credito è stato accertato nel 1998, mentre l'iscrizione a ruolo è avvenuta in data 11-12-2001, sicché l'istituto sarebbe incorso nella decadenza prevista dall'art 25 della legge n. 46 del 1999.

L'art. 25 intitolato, *"termini di decadenza per l'iscrizione a ruolo dei crediti degli enti pubblici previdenziali", dispone: 1. I contributi o premi dovuti dagli enti pubblici previdenziali sono iscritti in ruoli resi esecutivi, a pena di decadenza:*

*a) per i contributi o premi non versati dal debitore, entro il 31 dicembre dell'anno successivo al termine fissato per il versamento; 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.*

*L'art. 36, comma 6, della medesima legge stabilisce, però, che "Le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati ed agli accertamenti notificati successivamente alla data del 1° gennaio 2001".*

*Il che esclude evidentemente il credito azionato riguardante l'anno 1995.*

*L'eccezione, pertanto, deve essere rigettata.*

*Nel merito*

Il ricorrente deduce che non è stata fornita prova dall'INPS dell'instaurazione del rapporto di lavoro in ordine al quale si richiede il pagamento dei contributi.

L'assunto è infondato.

Invero, con sentenza passata in giudicato, resa in data 29-12-2000, dal G.L. di Trapani in causa fra l'Indelicato e l'Ispettorato Provinciale del Lavoro di Trapani, instaurata a seguito di opposizione ad ordinanza di ingiunzione, è stato accertato definitivamente che l'Indelicato nel 1995 assunse senza fornire la prescritta comunicazione allo SCICA un lavoratore del nome Nicola, ma non compiutamente identificato.

Dalle risultanze documentali in atti (copie di due agende sequestrate dalla G. di F.) si evince, poi, che a favore del detto Nicola, l'Indelicato effettuò pagamenti con cadenza periodica, per somme che nel 1995 ammontarono complessivamente a lire 12.000.000 a titolo di "stipendio".

Ritiene il decidente che le annotazioni corrispondessero a pagamenti in base al rilievo che le annotazioni riguardanti il "Nicola" sono talvolta inserite assieme ad altre voci concernenti spese sostenute nella giornata dall'imprenditore.

Ciò posto, deve ritenersi provata, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'esistenza di un rapporto di lavoro fra l'Indelicato ed una persona di nome Nicola, rimasta non identificata, nonché la corresponsione di somme per retribuzioni pari a lire 12 000.000.

Deduce l'opponente che non essendo stato accertato il tipo di rapporto di lavoro instaurato fra le parti e non essendo note le mansioni cui egli era adibito non potrebbe compiutamente determinarsi l'obbligazione contributiva.

Ma è facile ribattere che, a norma dell'art 12 della legge n. 153 del 1969, intitolato "Determinazione del reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi":

1. — *Costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui all'articolo 46, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, maturati nel periodo di riferimento.*

2. — *Per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale si applicano le disposizioni contenute nell'articolo 48 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, salvo quanto specificato nei seguenti commi.*

3. — *le somme e i valori di cui al comma 1 dell'articolo 48 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si intendono al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta, ivi comprese quelle di cui al comma 2, lettera h, dello stesso articolo 48.*

L'istituto si è attenuto a tali parametri adottando come base di calcolo le somme effettivamente corrisposte al "Nicola".

Infine obietta il ricorrente che, non essendo noto il nome dell'assicurato, non potrebbe sussistere alcuna obbligazione contributiva.

Ma deve rilevarsi che il rapporto previdenziale è un rapporto trilaterale fra istituto, datore di lavoro e lavoratore.

Orbene, per quanto sopra rilevato, è dimostrato che nel 1995 il datore di lavoro versò delle retribuzioni in favore del ricorrente e questo basta a far sorgere l'obbligazione contributiva.

NuIla impedisce che, anche a distanza di tempo, il lavoratore richieda all'istituto di riconoscergli la titolarità dei versamenti, dimostrando di avere lavorato per l'Indelicato.

Il versamento trova, pertanto, a prescindere da ogni altro rilievo, una sua giustificazione.

L'opposizione deve, quindi, essere rigettata, con condanna dell'opponente al pagamento delle spese del giudizio.

*(Omissis)*

**OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)**

**A cura di Elisabetta Bergamini**
**Professore a contratto di diritto dell'Unione europea**
**Facoltà di Scienze Politiche "R. Ruffilli"**
**Università di Bologna**

## SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 8 giugno 2004

**"Principio della parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile - Nozione di retribuzione - Riconoscimento, ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento, dei periodi di servizio militare svolti - Possibilità di paragonare i lavoratori che effettuano un servizio militare e le lavoratrici che, alla fine del loro congedo di maternità, si avvalgono di un congedo parentale la cui durata non viene presa in considerazione ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento".**

Nel procedimento C-220/02, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dall'Oberster Gerichtshof (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten* e *Wirtschaftskammer Österreich*, domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 141 CE e 1 della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile,

*(Omissis)*

### Sentenza

1. — Con ordinanza 22 maggio 2002, pervenuta alla Corte il 14 giugno successivo, l'Oberster Gerichtshof ha posto, a norma dell'art. 234 CE, tre questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 141 CE e 1 della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19).

(1) I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.eu.int.

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra l'Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten (in prosieguo: il "Gewerkschaftsbund"), sindacato che rappresenta gli impiegati del settore privato, e la Wirtschaftskammer Österreich, camera di commercio austriaca, avente ad oggetto una rivendicazione della parità di trattamento nelle indennità di licenziamento tra lavoratori di sesso maschile e femminile.

**Contesto giuridico**

*Normativa comunitaria*

3. — L'art. 141, nn. 1 e 2, CE dispone:

"1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo".

4. — L'art. 1 della direttiva 75/117 prevede quanto segue:

"Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del trattato, denominato in appresso "principio della parità delle retribuzioni", implica, per uno stesso lavoro o per un lavoro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.

In particolare, qualora si utilizzi un sistema di classificazione professionale per determinare le retribuzioni, questo deve basarsi su principi comuni per i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile ed essere elaborato in modo da eliminare le discriminazioni basate sul sesso".

*Normativa nazionale*

5. — Il contesto giuridico nazionale rilevante, come emerge dall'ordinanza di rinvio, si presenta come segue:

"Riconoscimento, ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento, dei periodi di congedo in caso di gravidanza o parto".

6. — Ai sensi delle disposizioni dell'art. 23 dell'Angestelltengesetz (legge sugli impiegati, BGBl 1921/292, modificato dal BGBl 2002/100; in prosieguo: l'"AngG»), che, in forza dell'art. 2, n. 1, dell'Arbeiter-Abfertigungsgesetz (legge relativa all'indennità di licenziamento degli operai), si applica anche agli operai, i lavoratori hanno diritto, a talune condizioni, ad un'indennità di licenziamento. L'importo di tale indennità dipende, in particolare, dall'anzianità di servizio del lavoratore.

7. — Ai sensi dell'art. 3, n. 1, del Mutterschutzgesetz 1979 (legge relativa alla protezione della madre; BGBl 221/1979, modificato dal BGBl 2002/100; in prosieguo:

l'"MSchG"), le donne incinte non possono lavorare le otto settimane precedenti la data presunta del parto. Emerge peraltro dall'art. 3, n. 3, dell'MSchG, che, al di fuori di tale periodo di otto settimane, le donne incinte sono sottoposte a un divieto di lavorare anche quando il proseguimento dell'attività minacci la vita o la salute della madre o del bambino.

8. — L'art. 5, n. 1, dell'MSchG dispone che le donne non possono lavorare nelle otto settimane successive al parto. In caso di nascita prematura, nascita multipla o parto cesareo, tale periodo è di almeno dodici settimane.

9. — L'Oberster Gerichtshof, nella causa 9 ObA 199/00f, ha affermato che i periodi di astensione obbligatoria dal lavoro devono essere presi in considerazione nel calcolo dell'anzianità di servizio ai fini della determinazione dell'indennità di licenziamento. Il giudice ha motivato la sua posizione in particolare con la circostanza che non esiste una disposizione contraria nella legislazione.

10. — Successivamente a questi periodi, la lavoratrice subordinata, ai sensi dell'art. 15, n. 1, dell'MSchG, ha diritto, su sua richiesta, ad un congedo senza retribuzione fino al secondo anno di vita del bambino, a condizione che viva con quest'ultimo nello stesso focolare domestico. Ai sensi dell'art. 15, n. 2, dell'MSchG, tale congedo parentale si deve protrarre per almeno tre mesi. Durante tale periodo di congedo, il contratto di lavoro non può essere risolto e la lavoratrice subordinata non può essere licenziata. Ai sensi del n. 4 del medesimo articolo, quest'ultima beneficia della stessa protezione per quattro settimane dal termine del detto congedo.

11. — Ai sensi dell'art. 15 septies, n. 1, dell'MSchG, "[s]e non è stato disposto diversamente, il periodo di congedo [parentale] non viene preso in considerazione ai fini dei diritti dipendenti dall'anzianità di servizio".

Riconoscimento, ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento, della durata del servizio militare.

12. — Ai sensi dell'art. 8 dell'Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz (legge sulla salvaguardia del posto di lavoro, BGBl 1991/683, modificato dal BGBl-I 1998/30; in prosieguo: l'"APSG"), "laddove i diritti di un lavoratore dipendono dall'anzianità di servizio, i periodi:

1. del servizio militare ai sensi dell'art. 27, n. 1, punti 1-4 e 6-8, del Wehrgesetz (legge sulla difesa) (divenuto: art. 19, n. 1, punti 1-4 e 6-8, del Wehrgesetz 2001),

2. del servizio militare come soldato a contratto temporaneo ai sensi dell'art. 27, n. 1, punto 5, del Wehrgesetz (divenuto: art. 19, n. 1, punto 5, del Wehrgesetz 2001), fino a 12 mesi,

3. dell'addestramento riservato alle donne e

4. del servizio civile, in costanza di rapporto di lavoro, sono da aggiungere al periodo di servizio".

13. — L'art. 12 dell'APSG prevede, per i lavoratori interessati, una protezione particolare, in tali periodi, contro la risoluzione del loro contratto di lavoro o il loro licenziamento. Tale protezione decorre a partire dal momento in cui al lavoratore è notificata la convocazione per il servizio militare, il servizio di addestramento riservato alle donne o il servizio civile fino a, di regola, un mese dopo il termine del suo servizio, ai sensi dell'art. 13, n. 1, punto 3, dell'APSG.

14. — Ai sensi dell'art. 20, n. 1, del Wehrgesetz, tutti i soggetti alla leva sono tenuti a svolgere un servizio militare di sei mesi. Qualora lo richiedano interessi di natura milita-

re, essi possono essere trattenuti per un periodo supplementare per una durata corrispondente alle esigenze militari in questione e tale durata non può superare gli otto mesi.

15. — A tale periodo corrispondente al detto servizio vanno aggiunti i periodi di esercitazioni delle truppe che i soggetti all'obbligo di leva devono svolgere per il mantenimento del livello di addestramento e per l'insegnamento di compiti di intervento ai sensi dell'art. 19, n. 1, punto 2, del Wehrgesetz 2001. La durata di tali esercitazioni va stabilita sulla base delle esigenze militari e di regola non deve superare i quindici giorni all'anno.

16. — Allo stesso titolo possono essere presi in considerazione altri periodi, come, in particolare, quelli delle esercitazioni per quadri, ai sensi dell'art. 19, n. 1, punto 3, del Wehrgesetz. Tali periodi vengono svolti volontariamente o per convocazione qualora siano motivati da esigenze militari. Le esercitazioni per quadri servono all'addestramento dei soggetti all'obbligo di leva per funzioni di inquadramento nonché al mantenimento e all'approfondimento delle competenze acquisite. La durata obbligatoria delle dette esercitazioni, ai sensi dell'art. 21, n. 1, punto 1, è di novanta giorni per le funzioni di ufficiale e, ai sensi del punto 2 della detta disposizione, di sessanta giorni per le restanti funzioni di inquadramento. È tuttavia possibile continuare tali esercitazioni volontariamente per una durata pari al doppio della loro durata complessiva.

17. — Dall'art. 23, n. 1, del Wehrgesetz 2001 emerge inoltre che i soggetti all'obbligo di leva, che hanno svolto completamente il loro servizio militare della durata di otto mesi, possono essere chiamati, su presentazione volontaria, compatibilmente con le esigenze militari del momento, a servire come "soldato a contratto temporaneo" per una durata complessiva massima di sei mesi. A determinate condizioni è possibile un prolungamento di quattro mesi.

18. — Ai sensi dell'art. 37, n. 1, del Wehrgesetz 2001, anche le donne, a seconda delle esigenze militari del momento, possono partecipare ad un addestramento, su presentazione volontaria ("Ausbildungsdienst"), per un periodo di dodici mesi, ai sensi dell'art. 8, punto 3, dell'APSG. Qualora vi siano esigenze militari di forza maggiore può essere disposto un prolungamento fino a sei mesi. Ai sensi del n. 4 del medesimo art. 37, alle donne in addestramento sono applicabili le disposizioni di cui agli artt. 3-9 dell'MSchG relative alla tutela di donne incinte e madri in allattamento.

19. — Conformemente all'art. 2, n. 1, del Zivildienstgesetz (legge costituzionale sul servizio civile) del 1986, svolgono servizio civile i soggetti all'obbligo di leva che vengano ritenuti idonei al servizio militare, ma che dichiarino di non poter assolvere ai loro obblighi militari in quanto sono contrari, per motivi di coscienza, all'uso di armi contro le persone salvo in casi di legittima difesa personale o a favore di un terzo. La durata di tale servizio viene presa in considerazione nel calcolo dell'anzianità di servizio nell'impiego svolto precedentemente allo stesso titolo di quella del servizio militare.

20. — Occorre peraltro aggiungere che la normativa nazionale prevede altri periodi di congedo che danno diritto a che venga presa in considerazione la loro durata nel calcolo dell'indennità di licenziamento. Questo è, in particolare, il caso dei congedi di formazione dei rappresentanti del personale, ai sensi dell'art. 119, n. 1, dell'Arbeitsverfassungsgesetz (legge federale che disciplina i rapporti di lavoro e l'organizzazione sociale delle imprese; in prosieguo: l'"ArbVG"), per i membri del comitato aziendale.

*(Omissis)*

**Controversia principale**

22. — Il Gewerkschaftsbund, ricorrente nella causa principale, ha presentato all'Oberster Gerichtshof un ricorso diretto a far dichiarare che il primo congedo parentale dei lavoratori vincolati da un rapporto di lavoro dev'essere riconosciuto, nel calcolare l'importo dell'indennità di licenziamento, a titolo di anzianità di servizio e per un periodo di otto mesi allo stesso modo del servizio militare o del servizio civile.

23. — Secondo il Gewerkschaftsbund, il fatto che, ai sensi dell'art. 15 septies, n. 1, dell'MSchG, i periodi di congedo parentale non siano riconosciuti ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento di cui all'art. 23 dell'AngG, contrariamente ai periodi di servizio militare o civile svolti, costituisce una discriminazione indiretta vietata dall'art. 141 CE.

24. — I lavoratori in congedo parentale sarebbero, infatti, donne nel 98,253 % dei casi, mentre gli uomini rappresentano l'1,747 % del totale. Orbene, solo una piccola parte dei contratti collettivi prevedrebbe il riconoscimento di tali periodi di congedo parentale a titolo di anzianità di servizio.

25. — La durata del servizio militare, obbligatorio per gli uomini, o del servizio civile sostitutivo, viene integralmente riconosciuta per i diritti calcolati, segnatamente, in funzione dell'anzianità. Orbene, tali servizi riguarderebbero esclusivamente gli uomini. Per il 2000, ad esempio, solo un centinaio di donne avrebbe svolto il servizio di addestramento militare loro riservato.

26. — Il sindacato ne deduce che tale disparità di trattamento tra i lavoratori, in maggioranza donne, che prendono un congedo parentale ed i lavoratori, in maggioranza uomini, che svolgono un servizio militare o civile costituisce una discriminazione indiretta.

27. — L'Oberster Gerichtshof espone che, di regola, il riconoscimento, ai fini del calcolo di un'indennità di licenziamento, di periodi di congedo non retribuiti è escluso per legge quando tali congedi vengano presi su iniziativa del lavoratore, tranne se le ragioni per cui il detto lavoratore si avvale di un congedo costituiscano un motivo grave che lo autorizza a risolvere egli stesso il rapporto di lavoro conservando l'indennità di licenziamento, alle condizioni previste dalla legge nazionale.

28. — Il giudice del rinvio osserva che, quanto alla decisione del lavoratore di continuare ad occuparsi del proprio figlio dopo la scadenza della sedicesima settimana di congedo di maternità, la Corte ha già affermato, nella sentenza 14 settembre 1999, causa C-249/97, Gruber (Racc. pag. I-5295, punti 32 e segg.), che i gravi motivi, menzionati agli artt. 26 dell'AngG e 82 bis della Gewerbeordnung 1859 (codice del commercio e dell'industria; in prosieguo la "GewO 1859"), comportanti la risoluzione anticipata da parte del lavoratore si distinguono dalla necessità di accudire il proprio figlio. La Corte preciserebbe che si tratta di un motivo indipendente dalle condizioni di lavoro nell'impresa o dal comportamento del datore di lavoro e che tale motivo non rende impossibile il proseguimento del lavoro.

29. — L'Oberster Gerichtshof ne deduce che si deve paragonare il gruppo di genitori che si avvale di un congedo aggiuntivo per l'assistenza ai figli, nel proprio interesse e unicamente su base volontaria, con quello dei lavoratori che, per altri motivi rientranti nella loro sfera, ma che non impediscono loro di lavorare, come l'assistenza a parenti malati, decidono di sospendere le prestazioni lavorative per un periodo prolungato.

30. — Il giudice del rinvio afferma che il fatto che il legislatore favorisca i genitori,

conferendo loro la possibilità di avvalersi unilateralmente di un congedo per l'educazione invece di dover risolvere il loro rapporto di lavoro e riconoscendo loro inoltre una protezione particolare in materia di licenziamento, non può essere considerato una discriminazione a danno delle lavoratrici.

31. — L'Oberster Gerichtshof constata, tuttavia, che il ricorrente nella causa principale si discosta da tale tesi effettuando l'analisi della discriminazione che deriverebbe dal paragone tra il gruppo di persone in congedo parentale per le quali il periodo in cui non sono in servizio non viene riconosciuto ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento e il gruppo di quelle i cui periodi di servizio militare o civile vengono, invece, riconosciuti per il detto calcolo.

**Questioni pregiudiziali**

32. — L'Oberster Gerichtshof, considerando, ciò premesso, che la soluzione della controversia per la quale è stato adito dipende dall'interpretazione delle disposizioni di diritto comunitario di cui trattasi, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se la nozione di retribuzione di cui all'art. 141 CE e all'art. 1 della direttiva 75/117 (…) debba essere interpretata nel senso che essa comprende anche disposizioni di legge generali come quelle contenute nell'art. 8 (…) [dell'APSG], secondo le quali, nell'interesse pubblico, i periodi di servizio svolti nei settori definiti da tale testo di esecuzione di funzioni pubbliche, durante i quali generalmente non è possibile l'esecuzione di prestazioni di lavoro private, devono essere presi in considerazione ai fini dei diritti dei lavoratori calcolati sulla base della durata del rapporto di lavoro di diritto privato.

2) Se l'art. 141 CE e l'art. 1 della direttiva 75/117 (…) debbano essere interpretati nel senso che, per quanto riguarda l'aspetto della parità di retribuzione, in un sistema di retribuzione che, in caso di risoluzione effettiva del rapporto di lavoro non dovuta ad iniziativa del lavoratore, salvo per gravi ragioni, o a lui non imputabile, riconosce ai lavoratori — principalmente per ricompensare la trascorsa fedeltà all'impresa e per agevolare la transizione verso un nuovo impiego — un'indennità di licenziamento proporzionale alla durata del rapporto di lavoro, e nel cui ambito i singoli periodi corrispondenti a questa durata hanno carattere del tutto autonomo ed è possibile escludere i periodi di congedo non remunerato, quando il congedo è stato preso per motivi di interesse del lavoratore e per sua iniziativa, senza che vi siano ragioni gravi che consentirebbero al lavoratore di risolvere il contratto di lavoro conservando l'indennità di licenziamento, il gruppo di lavoratori/lavoratrici menzionato nell'art. 8 dell'APSG (gruppo A) sia paragonabile al gruppo di lavoratrici che, dopo la scadenza delle sedici settimane di regolare "congedo di maternità", per accudire il proprio figlio, facendo valere le disposizioni di cui all'art. 15 [del] Mutterschutzgesetz, decidono di prendere un congedo parentale ("congedo per l'educazione dei figli") con sospensione delle retribuzioni in corso — al massimo — fino al secondo anno di vita del bambino (gruppo B).

3) Se l'art. 141 CE e l'art. 1 della direttiva 75/117 (…) debbano essere interpretati nel senso che le differenze tra i gruppi di lavoratori/lavoratrici indicati nella seconda questione, che consistono essenzialmente nella circostanza che nel gruppo A, in cui

rientra “chi presta servizio militare”,

— di regola sussiste un obbligo di “entrata in servizio”, ma, perlomeno, anche in caso di presentazione volontaria,

— tale entrata in servizio è possibile solo subordinatamente all’interesse pubblico alla stessa e

— generalmente non è possibile effettuare prestazioni di lavoro nell’ambito di un rapporto di lavoro di diritto privato — anche se si tratta di un altro rapporto di lavoro, mentre nel gruppo B, costituito da lavoratori/lavoratrici in “congedo parentale”,

— è lasciato unicamente alla scelta del lavoratore di avvalersi, nell’ambito di un determinato rapporto di lavoro, di un congedo parentale per accudire il figlio e

— durante tale periodo di congedo parentale, nel tempo restante nonostante l’accudimento del figlio, gli interessati possono continuare a prestare in forma limitata attività lavorative nell’ambito di un rapporto di lavoro privato, sono sufficienti a giustificare oggettivamente il diverso riconoscimento di questi periodi ai fini dei diritti dipendenti dall’anzianità di servizio”.

**Sulla prima questione**

33. — Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il vantaggio rappresentato, per le persone che svolgono un servizio militare o, in sostituzione, un servizio civile obbligatorio volontariamente prolungabile, dal riconoscimento della durata di tali servizi ai fini del calcolo di un’indennità di licenziamento alla quale le stesse potrebbero in seguito avere diritto debba essere considerato un elemento della loro retribuzione ai sensi dell’art. 141 CE.

*(Omissis)*

36. — Né le parti del procedimento principale, né il governo austriaco, né la Commissione contestano che la controversia principale abbia ad oggetto la durata del rapporto di lavoro con un datore di lavoro e che tale durata debba essere presa in considerazione per il calcolo dell’importo dell’indennità di licenziamento, in quanto essa rientra nella nozione di retribuzione (v., in tal senso, sentenza Gruber, cit., punto 22).

37. — La circostanza che tale durata possa essere aumentata, ai sensi di una disposizione legislativa, prendendo in considerazione quella del servizio militare o civile svolto nell’interesse generale e senza relazione con l’impiego a titolo del quale è stata accordata l’indennità, non incide sulla natura di retribuzione della detta indennità.

38. — In tal modo, poiché il regime dell’indennità di licenziamento rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 141 CE, le situazioni particolari, riguardanti diversi lavoratori, con riferimento a tale regime, possono essere analizzate sulla base delle disposizioni di tale articolo.

39. — Di conseguenza, la prima questione va risolta nel senso che il vantaggio rappresentato, per le persone che svolgono servizio militare o, in sostituzione, servizio civile obbligatorio volontariamente prolungabile, dal riconoscimento della durata di

tali servizi ai fini del calcolo di un'indennità di licenziamento alla quale le stesse potrebbero in seguito avere diritto dev'essere considerato un elemento della loro retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

**Sulla seconda e terza questione**

40. — Con la sua seconda e terza questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'art. 141 CE e la direttiva 75/117 ostino a che nel calcolo dell'indennità di licenziamento venga riconosciuta, a titolo di anzianità di servizio, la durata del servizio militare o del suo equivalente civile, svolto in maggioranza da uomini, ma non quella dei congedi parentali di cui si avvalgono più frequentemente le donne.

*Osservazioni presentate alla Corte*

41. — Il Gewerkschaftsbund fa valere che, secondo una costante giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof, i periodi non retribuiti devono, di regola, essere riconosciuti ai fini del calcolo dell'importo dell'indennità di licenziamento, per tutto il tempo in cui sussiste il rapporto d'impiego.

42. — Il ricorrente nella causa principale ritiene che non vi siano vere differenze tra il gruppo A, costituito dai lavoratori che svolgono un servizio militare o civile, e il gruppo B, costituito dai lavoratori in congedo parentale, definiti nella seconda e terza questione pregiudiziale.

43. — Non sarebbe infatti corretto osservare che, a differenza del servizio militare il cui svolgimento costituirebbe un obbligo nell'interesse generale, il congedo parentale, poiché traduce "il desiderio di accudire il proprio bambino", avrebbe una base volontaria e rientrerebbe dunque esclusivamente nell'interesse privato dell'interessato/a.

44. — Da una parte, il servizio militare può essere prolungato per periodi volontari. Dall'altra, le donne sarebbero costrette ad avvalersi di un congedo parentale quando vi siano pochi posti nelle strutture di accoglienza, in quanto gli uomini sarebbero poco attratti da tale congedo e gli inadempimenti agli obblighi di custodia ed educazione dei figli sarebbero penalmente sanzionati.

45. — Inoltre, secondo il ricorrente nella causa principale, i due gruppi si troverebbero nella medesima situazione per quanto riguarda la loro possibilità di lavorare durante il periodo considerato.

46. — Il Gewerkschaftsbund giunge pertanto alla conclusione che, sotto il profilo della parità di retribuzione ai sensi degli artt. 141 CE o 1 della direttiva 75/117, il gruppo di lavoratori di cui all'art. 8 dell'APSG è paragonabile al gruppo di lavoratrici soggetto all'art. 15 dell'MSchG, e che si deve affermare che il secondo gruppo subisce una discriminazione ingiustificata rispetto al primo.

47. — Per la Wirtschaftskammer Österreich, non è possibile paragonare il gruppo A, costituito da persone che svolgono il loro servizio militare, ed il gruppo B, costituito da persone in congedo parentale, in quanto gli obiettivi perseguiti dal legislatore sono diversi per le norme che riguardano ciascuno dei due gruppi, per cui non si può ritene-

re che le loro situazioni siano paragonabili.

48. — L'Oberster Gerichtshof, nell'ordinanza di rinvio, rileverebbe che il regime austriaco del diritto all'indennità di licenziamento consente di non tener conto della durata del congedo parentale poiché tale congedo viene preso per motivi rientranti nell'interesse del lavoratore e su iniziativa del medesimo.

49. — Gli interessi del lavoratore sarebbero invece estranei ai servizi obbligatori di cui all'art. 8 dell'APSG. Per quanto riguarda i servizi svolti volontariamente di cui fa peraltro parte il servizio di addestramento militare aperto alle donne, l'unico criterio per autorizzarli è costituito dalle esigenze militari dello Stato. In tal caso, la sospensione del contratto di lavoro servirebbe interessi di carattere generale e soprattutto militare.

50. — Ciò premesso, il trattamento differenziato dei gruppi A e B sarebbe conforme agli artt 141 CE e 1 della direttiva 75/117.

*(Omissis)*

54. — La Commissione sostiene che non è necessario effettuare un paragone tra i due regimi di indennità di licenziamento esaminati precedentemente e che l'Oberster Gerichtshof desidera semplicemente sapere se gli artt. 141 CE e 1 della direttiva 75/117 debbano essere interpretati nel senso che, dal punto di vista della discriminazione indiretta, ostino ad una normativa nazionale quale quella introdotta dall'art. 15 septies dell'MSchG.

55. — Secondo la Commissione, sembrerebbe inoltre che si possa constatare una discriminazione diretta basata sul sesso, in quanto la causa principale si riferisce al mancato riconoscimento di un congedo che in realtà riguarda solo i lavoratori subordinati di sesso femminile, poiché l'esclusione di cui all'art. 15 septies, n. 1, dell'MSchG si riferisce solo alle donne. La Commissione si conforma tuttavia all'approccio scelto dal giudice del rinvio ed esamina se sussista una discriminazione indiretta.

56. — Per quanto riguarda questa domanda posta dal giudice del rinvio, la Commissione sostiene che la questione della discriminazione indiretta risultante dai diversi regimi del congedo parentale e del periodo di servizio militare o civile, per quanto riguarda l'indennità di licenziamento, può rimanere in sospeso. Il paragone tra tali due regimi, da una parte, non apporta nulla di più per accertare la discriminazione già accertata solo in base alla normativa restrittiva dell'art. 15 septies dell'MSchG e, dall'altra, non farebbe nemmeno emergere un motivo obiettivo estraneo a qualsiasi discriminazione basata sul sesso tale da giustificare la detta discriminazione.

57. — In ogni caso, la Commissione considera che non v'è un fattore obiettivo ed estraneo a qualsiasi discriminazione basata sul sesso che possa giustificare la disparità di trattamento delle donne derivante dall'art. 15 septies dell'MSchG.

*Giudizio della Corte*

58. — La discriminazione diretta richiamata dalla Commissione deriverebbe dal fatto che per i lavoratori di sesso maschile non sarebbe previsto alcun rinvio all'art. 15 septies, n. 1, dell'MSchG che prevede il non riconoscimento dei periodi di congedo

parentale. Tuttavia né le parti nella controversia principale, né il governo austriaco, né la Commissione contestano che la normativa in vigore sia sufficiente ad assicurare un trattamento identico per i congedi parentali di cui si avvalgono gli uomini e quelli di cui si avvalgono le donne.

59. — Quanto alla questione posta dal giudice del rinvio, relativa alla disparità di trattamento, per quanto riguarda l'indennità di licenziamento, tra i lavoratori che prendono un congedo di maternità e quelli che svolgono un servizio militare o civile, va ricordato che il principio della parità delle retribuzioni sancito all'art. 141 CE e dalla direttiva 75/117, così come il principio di non-discriminazione di cui esso costituisce una particolare espressione, presuppone che i lavoratori di sesso maschile e i lavoratori di sesso femminile che ne beneficiano si trovino in situazioni paragonabili (v. sentenze 16 settembre 1999, causa C-218/98, Abdoulaye e a., Racc. pag. I-5723, punto 16, e 29 novembre 2001, causa C-366/99, Griesmar, Racc. pag. I-9383, punto 39).

60. — Orbene, nella fattispecie, il congedo parentale è un congedo di cui un lavoratore si avvale volontariamente per crescere il proprio figlio. Esso non può perdere tale carattere volontario a causa della difficoltà di trovare strutture adatte ad accogliere un bambino molto piccolo, per quanto spiacevole possa essere tale situazione. Tale congedo non ha la medesima finalità del congedo di maternità; è disciplinato da una normativa diversa e può, d'altronde, essere preso in periodi diversi da quelli che seguono il congedo di maternità.

61. — Lo svolgimento di un servizio di leva, invece, risponde ad un obbligo civico previsto dalla legge e non all'interesse privato del lavoratore. Il vincolo imposto, nell'interesse pubblico, al rapporto di lavoro ha carattere generale indipendentemente dalle dimensioni dell'impresa e dall'anzianità del lavoratore in quest'ultima.

62. — Nell'ambito del servizio di leva, chi è soggetto a tale obbligo è a disposizione delle forze armate, in un periodo che egli non sceglie. La specificità dell'obbligo di servizio di leva ha peraltro portato la Corte ad affermare che il diritto comunitario non ostava a che tale obbligo, in uno Stato membro, venga riservato agli uomini (sentenza Dory, cit.).

63. — La circostanza che un servizio possa essere volontariamente prolungato non lo priva della sua natura né ne modifica l'oggetto. Infatti, anche se il prolungamento del servizio militare avviene su base volontaria, un tale prolungamento continua ad essere dettato dal soddisfacimento di un'esigenza pubblica ai sensi dell'APSG che subordina la possibilità di prolungamento ad esigenze militari di forza maggiore (artt. 8 dell'APSG, 19, 20, 23 e 37 del Wehrgesetz).

64. — In ciascuno dei casi, la sospensione del contratto di lavoro è così motivata da ragioni proprie, più in particolare dall'interesse del lavoratore e della sua famiglia in quello del congedo parentale e dall'interesse della collettività nazionale in quello del servizio di leva. Poiché tali ragioni sono di natura diversa, i lavoratori che ne beneficiano non si trovano in situazioni paragonabili.

65. — Di conseguenza, la seconda e la terza questione vanno risolte nel senso che l'art. 141 CE e la direttiva 75/117 non ostano a che nel calcolo dell'indennità di licenziamento venga riconosciuta, a titolo di anzianità di servizio, la durata del servizio militare o del suo equivalente civile svolto in maggioranza da uomini, ma non quella dei congedi parentali di cui si avvalgono più frequentemente le donne.

*(Omissis)*

*Per questi motivi*, LA CORTE (Grande Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottopostele dall'Oberster Gerichtshof con ordinanza 22 maggio 2002, dichiara:

**1) Il vantaggio rappresentato, per le persone che svolgono un servizio militare o, in sostituzione, un servizio civile obbligatorio volontariamente prolungabile, dal riconoscimento della durata di tali servizi ai fini del calcolo di un'indennità di licenziamento alla quale le stesse potrebbero in seguito avere diritto dev'essere considerato un elemento della loro retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.**

**2) L'art. 141 CE e la direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, non ostano a che nel calcolo dell'indennità di licenziamento venga riconosciuta, a titolo di anzianità di servizio, la durata del servizio militare o del suo equivalente civile, svolti in maggioranza da uomini, ma non quella dei congedi parentali di cui si avvalgono più frequentemente le donne.**

*****

La parità di trattamento fra uomini e donne nell'ambito del lavoro è stata affermata fin dagli albori del diritto comunitario, inizialmente ai soli fini di prevedere la parità di retribuzione (art. 119, ora art. 141, e dir. 75/117 in *GUCE* L 45 p. 19 ss.) poi in maniera sempre più estesa mediante la direttiva 76/207 (in *GUCE* L 39 p. 40 ss.) e le successive precisazioni da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Uno dei punti fondamentali da chiarire al fine di valutare la possibile sussistenza di una discriminazione retributiva, è, ovviamente, cosa deve intendersi per retribuzione ai sensi dell'articolo 141. Come per qualunque nozione "comunitaria" la ricostruzione può essere effettuata sulla base delle diverse pronunce interpretative intervenute sul punto nel corso degli anni (per una breve analisi vedi Cortese Pinto E., *Art. 141*, in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano 2004, p. 781 ss). In particolare per retribuzione si intende "il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo" (vedi conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella presente causa, presentate il 12 febbraio 2004).

La semplicità e chiarezza della norma ha consentito alla Corte di giustizia di proclamarne l'efficacia diretta con la famosa pronuncia *Defrenne* (sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, in *Racc.* p. 455), dando così la possibilità ai singoli di richiederne l'applicazione agli stessi giudici nazionali. Il ruolo della Corte nell'interpretare tale norma riveste pertanto un'importanza particolarmente elevata al fine di garantire una uniforme interpretazione e applicazione in tutti gli Stati membri del principio di non discriminazione in materia di salario.

Nella sentenza qui analizzata la Corte si conforma alla propria giurisprudenza consolidata (si veda ad esempio, sempre sulla situazione austriaca, la sentenza 14 settembre 1999, causa C-249/97, *Grueber*, in *Racc.* p. I-5295) favorevole alla qualificazione dell'indennità di licenziamento come retribuzione. In senso contrario l'Avvocato generale nelle sue conclusioni aveva ritenuto che l'indennità non fosse qualificabile come

retribuzione nei limiti in cui vi venivano inclusi periodi in cui il lavoratore non poteva svolgere attività lavorativa a causa di obblighi di legge.

Nell'ipotesi in esame la normativa nazionale prevedeva che i periodi di congedo parentale non fossero riconosciuti ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento, contrariamente a quanto avveniva per i periodi di servizio militare o civile svolti; si tratta di valutare se ciò costituisca una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 141 CE, in quanto la maggioranza dei lavoratori che usufruiscono di un congedo parentale sono donne (98% circa) mentre la maggior parte di coloro che usufruiscono della maggior anzianità di servizio grazie al servizio militare o civile sono uomini.

La Corte stabilisce che l'aumento dell'indennità di licenziamento, derivante dalla ricomprensione dei periodi di servizio militare o civile svolti, rappresenta effettivamente un elemento della retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE.

Relativamente alle discriminazioni derivanti dal servizio militare, si deve però ricordare che la Corte ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni circa la compatibilità col diritto comunitario di vantaggi accordati agli uomini per compensare la disparità di trattamento conseguente al ritardato ingresso nel mondo del lavoro (vedi sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, *Schnorbus* in *Racc*. p. I-10997, e sentenza 11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory* in *Racc.* p. I-2479).

Infatti, la previsione di periodi obbligatori di servizio militare o civile comporta l'esclusione degli uomini, per la durata del servizio in questione, non solo dall'accesso all'impiego, ma anche dalla formazione e dalla promozione professionale, e li pone così in posizione svantaggiata rispetto alle donne all'interno del mercato del lavoro. Allo stesso modo deve essere valutato l'eventuale prolungamento volontario del servizio obbligatorio, in quanto preordinato a salvaguardare esigenze di interesse pubblico. Il periodo di congedo parentale è invece richiesto su base volontaria e per esigenze di tutela della famiglia e non dell'interesse pubblico nazionale.

Essendo i due periodi di congedo (parentale e per esigenze di leva) non comparabili dal punto di vista degli interessi tutelati, la Corte di giustizia ha sancito l'impossibilità di compararli per valutare l'eventuale portata discriminatoria della loro diversa rilevanza ai fini del calcolo dell'indennità di licenziamento.

**SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)**
**10 giugno 2004**

**"Inadempimento di uno Stato - Mancata trasposizione della direttiva 98/50/CE - Trasferimento d'impresa - Mantenimento dei diritti dei lavoratori".**

Nella causa C-333/03, *Commissione delle Comunità europee*, rappresentata dalla sig.ra M.-J. Jonczy, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo, ricorrente, contro Granducato di Lussemburgo, rappresentato dal sig. S. Schreiner, in qualità di agente, convenuto, avente ad oggetto un ricorso diretto a far dichiarare che il *Granducato di Lussemburgo*, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE, che modifica la direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 201, pag. 88), ovvero, in ogni caso, non avendo comunicato le suddette disposizioni alla Commissione, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza di tale direttiva,

*(Omissis)*

**Sentenza**

1. — Con atto introduttivo depositato nella cancelleria della Corte il 30 luglio 2003, la Commissione delle Comunità europee ha proposto alla Corte, ai sensi dell'art. 226 CE, un ricorso diretto a far dichiarare che il Granducato di Lussemburgo, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE, che modifica la direttiva 77/187/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti (GU L 201, pag. 88; in prosieguo: la "direttiva"), ovvero, in ogni caso, non avendo comunicato le suddette disposizioni alla Commissione, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza di tale direttiva.

**Ambito normativo e fase precontenziosa del procedimento**

2. — L'art. 2 della direttiva recita:

"1. Gli Stati membri adottano entro il 17 luglio 2001 le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva (…).

2. Quando gli Stati membri adottano le disposizioni di cui al paragrafo 1, queste contengono un riferimento alla presente direttiva o sono corredate di un siffatto riferimento all'atto della pubblicazione ufficiale. Le modalità di tale riferimento sono decise dagli Stati membri.

Gli Stati membri informano immediatamente la Commissione circa i provvedimenti adottati in applicazione della presente direttiva".

3. — La direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE (GU L 61, pag. 26), è stata abrogata dalla direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti (GU L 82, pag. 16). Ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2001/23, la direttiva 77/187, come modificata, è abrogata, fatti salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini di attuazione indicati nell'allegato I, parte B, della direttiva 2001/23. L'allegato I, parte B, fissa il termine per la trasposizione della direttiva al 17 luglio 2001.

4. — Non avendo ricevuto notifica dei provvedimenti nazionali di trasposizione della direttiva, la Commissione ha avviato il procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE. La stessa, dopo aver invitato il Granducato di Lussemburgo a presentare le proprie osservazioni, ha emesso, in data 3 aprile 2003, un parere motivato intimando a tale Stato membro di adottare i provvedimenti necessari per conformarsi a tale parere entro due mesi a decorrere dalla sua notifica.

5. — Dato che il Granducato di Lussemburgo non ha risposto a tale parere, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

**Sul ricorso**

*Argomenti delle parti*

6. — La Commissione constata che il Granducato di Lussemburgo non ha adottato i provvedimenti necessari per conformarsi alla direttiva o, in ogni caso, non li ha comunicati, venendo così meno agli obblighi che ad esso incombono in forza della suddetta direttiva.

7. — Il Granducato di Lussemburgo fa valere che il disegno di legge n. 4896 recante disciplina del mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, diretto a trasporre la direttiva, era stato depositato il 27 dicembre 2001 presso la Camera dei Deputati. In seguito a due pareri emessi dal Consiglio di Stato nel maggio e nel luglio 2003, la commissione del lavoro e dell'occupazione della Camera dei Deputati avrebbe deciso, il 7 luglio 2003, di apportare taluni emendamenti al testo del disegno di legge. Tali emendamenti sarebbero stati approvati dal Conseil de gouvernement (Consiglio dei Ministri) in data 18 luglio 2003 e trasmessi al Consiglio di Stato e alla Camera dei Deputati. Nella riunione del 7 luglio 2003 la suddetta commissione avrebbe deciso di mettere il disegno di legge all'ordine del giorno della Camera dei Deputati perché la legge potesse essere votata fin dall'ottobre 2003.

*Giudizio della Corte*

*(Omissis)*

9. — Ora, è pacifico che il Granducato di Lussemburgo non ha adottato i provvedimenti necessari per l'attuazione della direttiva entro il termine impartito dal parere motivato.

10. — Di conseguenza, occorre dichiarare che il Granducato di Lussemburgo, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza di tale direttiva.

*(Omissis)*

*Per questi motivi*, LA CORTE (Terza Sezione) dichiara e statuisce:

**1) Il Granducato di Lussemburgo, non avendo adottato le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE, che modifica la direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, è venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza della suddetta direttiva.**

**2) Il Granducato di Lussemburgo è condannato alle spese.**

*****

Il diritto comunitario tutela il lavoratore che esercita volontariamente la libertà di circolazione, garantendogli un diritto di accesso al mercato del lavoro degli Stati membri e la parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato ove svolge la sua attività. Allo stesso modo il diritto comunitario ha ritenuto necessario tutelare anche i lavoratori che si trovano a cambiare datore di lavoro in maniera non volontaria, a causa di un trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di stabilimenti. Un primo intervento di politica sociale su tale tema era stato previsto dalla direttiva 77/187/CEE (in *GUCE* L 61, p. 26 ss.) che aveva ravvicinato le disposizioni degli Stati membri in materia e che è stata oggetto di numerosi dubbi interpretativi (per un commento sull'evoluzione della giurisprudenza in materia vedi Garde A., *Recent Developments in the Law Relating to Transfers of Undertakings*, in *Common Market Law Review*, 2002, p.523 ss.; per alcune interpretazioni recenti vedi la sentenza 4 giugno 2002, causa C-164/00 *Beckmann*, in *Racc.* p.I-4839 con commento di Tursi A., *Previdenza complementare e trasferimento di impresa*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, pt. 2, p.359 ss. e la sentenza 6 novembre 2003, causa C-4/01, *Martin*, pubblicata sull'osservatorio novembre-dicembre 2003 di questa *Rivista*).

Al fine di garantire una maggiore tutela e di aggiornare le disposizioni alla realtà attuale il Consiglio ha adottato la direttiva 98/50/CE, che modifica la precedente diret-

tiva, il cui termine di attuazione è scaduto il 17 luglio 2001 (in *GUCE* L 201, p. 88, attuata in Italia con Decreto legislativo 2 febbraio 2001 n° 18 GURI - Serie generale - n. 43, del 21 febbraio 2001, p. 6) e la successiva direttiva 2001/23 che abroga la direttiva 77/187 (in *GUCE* L 82, p.16). In particolare con la direttiva 98/50 si modifica l'art. 3, n.1, II comma, stabilendo che "Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento".

La Commissione, nell'ambito dei suoi poteri di verifica del rispetto del diritto comunitario, ha aperto un procedimento di infrazione contro il Lussemburgo che non aveva provveduto a notificare gli strumenti di attuazione della direttiva 98/50. Nella sentenza in esame la Corte ha proceduto a condannare per infrazione il Lussemburgo in quanto effettivamente non risultava aver recepito la direttiva in tempo utile. Si tenga presente che l'eventuale recepimento tardivo, successivo alla scadenza del termine previsto dalla Commissione nel parere motivato che conclude la fase pre-contenziosa del procedimento di infrazione, non vale ad interrompere automaticamente il procedimento, in quanto permane un interesse a far constatare dalla Corte di giustizia l'avvenuta infrazione del diritto comunitario (sul punto vedi Mengozzi P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 194 ss.; Tesauro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 268 ss.; vedi anche Mori P., *art. 226*, *art. 227*, in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1057 ss; sentenze 15 marzo 2001, causa C-147/00, *Commissione/Francia*, in *Racc.* p. I-2387, punto 26, e 4 luglio 2002, causa C-173/01, *Commissione/Grecia*, in *Racc.* p. I-6129, punto 7).

Nel caso di specie il termine previsto nel parere motivato, adottato il 3 aprile 2003, era scaduto senza che il Lussemburgo provvedesse ad adottare le necessarie disposizioni, pertanto la Corte ha legittimamente accertato l'avvenuta infrazione da parte di questo Stato (per un breve commento a questa pronuncia vedi *Foro it.* 2004, IV, col. 357).

**SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)**
**27 maggio 2004**

**"Art. 141 CE - Direttiva 75/117/CEE - Misura nazionale in base alla quale gli insegnanti a tempo pieno e quelli a tempo parziale sono tenuti a prestare lo stesso numero di ore di straordinario prima di aver diritto ad una retribuzione - Discriminazione indiretta dei lavoratori di sesso femminile assunti a tempo parziale".**

Nel procedimento C-285/02, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht Minden (Germania) nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Edeltraud Elsner-Lakeberg* e *Land Nordrhein-Westfalen*, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 141 CE e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19),

*(Omissis)*

**Sentenza**

1. — Con ordinanza 26 luglio 2002, pervenuta in cancelleria il 2 agosto successivo, il Verwaltungsgericht Minden (Tribunale amministrativo di Minden, Germania) ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 141 CE e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile (GU L 45, pag. 19).

2. — Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Elsner-Lakeberg e il suo datore di lavoro, il Land Nordrhein-Westfalen, in merito alla domanda della sig.ra Elsner-Lakeberg volta all'ottenimento di una retribuzione per gli straordinari prestati.

**Contesto normativo**

*La normativa comunitaria*

3. — Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 75/117:

"Il principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'articolo 119 del Trattato, denominato in appresso "principio della parità delle retribuzioni", implica, per uno stesso lavoro o per un lavo-

ro al quale è attribuito un valore uguale, l'eliminazione di qualsiasi discriminazione basata sul sesso in tutti gli elementi e le condizioni delle retribuzioni.

(…)".

*La normativa nazionale*

4. — In virtù dell'art. 78 a del Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (legge sui dipendenti pubblici del Land Renania settentrionale-Vestfalia), nella versione pubblicata il 1° maggio 1981 (GV NRW S. 234), i pubblici dipendenti sono tenuti a prestare lo straordinario qualora le esigenze lavorative lo richiedano. Se tale straordinario supera le cinque ore di lavoro per mese solare, il dipendente deve beneficiare di un riposo compensativo corrispondente a tutte le ore straordinarie prestate. Ove la concessione di tale riposo compensativo sia incompatibile con le esigenze del servizio, determinati dipendenti pubblici possono ottenere una retribuzione per le corrispondenti ore di straordinario.

5. — L'art. 5, n. 2, primo comma, della Verordnung über die Gewährung von Mehrarbeitsvergütung für Beamte (regolamento sulla retribuzione del lavoro straordinario dei dipendenti pubblici) 13 marzo 1992 (BGBl. 1992 I, pag. 528), nella versione modificata il 3 dicembre 1998 (BGBl. 1998 I, pag. 3494) prevede che, in caso di lavoro straordinario nel settore didattico, tre ore di insegnamento equivalgano a cinque ore.

**Causa principale e questione pregiudiziale**

6. — La sig.ra Elsner-Lakeberg, che ha lo status di dipendente pubblico, lavora a tempo parziale come insegnante di scuola secondaria per il Land Nordrhein-Westfalen settentrionale-Vestfalia. Ivi, gli insegnanti a tempo pieno lavorano per 24,5 ore settimanali, pari a 98 ore mensili, sulla base di una media di 4 settimane, mentre la sig.ra Elsner-Lakeberg lavora per 15 ore settimanali, pari a 60 ore mensili.

7. — Nel dicembre 1999 la ricorrente ha dovuto prestare 2,5 ore di straordinario. La sua richiesta che tali ore venissero remunerate è stata respinta con la motivazione che la normativa applicabile prevedeva che lo straordinario prestato da un insegnante, dipendente pubblico, venisse retribuito solo se superiore alle tre ore mensili. Essa non ha pertanto ricevuto alcuna retribuzione per le 2,5 ore di straordinario prestate.

8. — Avendo infruttuosamente esperito il procedimento di reclamo amministrativo, la sig.ra Elsner-Lakeberg ha adito il Verwaltungsgericht Minden.

9. — Poiché la controversia che il Verwaltungsgericht Minden è chiamato a risolvere richiede l'interpretazione del diritto comunitario, esso ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se sia compatibile con l'art. 141 CE, in combinato disposto con la direttiva [75/117] che gli insegnanti a tempo parziale, così come a tempo pieno, dipendenti pubblici nel Land Nordrhein-Westfalen, non ricevano alcuna retribuzione per lo straordinario prestato, qualora esso non superi le tre ore di lezione per mese solare".

**Sulla questione pregiudiziale**

10. — Mediante la sua questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se gli artt. 141 CE e 1 della direttiva 75/117 debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale ai sensi della quale gli insegnanti a tempo parziale non ricevono — così come quelli a tempo pieno — alcuna retribuzione per le ore di straordinario qualora questo non superi le tre ore per mese solare.

11. — Il Land Nordrhein-Westfalen e il governo tedesco sostengono che gli insegnanti a tempo parziale sono trattati esattamente nella stessa maniera di quelli a tempo pieno. Tutti gli insegnanti avrebbero diritto ad una retribuzione degli straordinari qualora questi eccedano le tre ore. In tal caso, le ore di straordinario sarebbero retribuite esattamente nello stesso modo. La parità delle retribuzioni sarebbe garantita sia in relazione al normale orario di lavoro che alle ore di straordinario.

12. — A questo proposito, si deve constatare che, secondo una giurisprudenza costante, il principio della parità delle retribuzioni tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, sancito dagli artt. 141 CE e 1 della direttiva 75/117, implica che per uno stesso lavoro o per un lavoro cui è attribuito pari valore è vietata ogni discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda gli elementi e le condizioni della retribuzione, a meno che tale differenza di trattamento non sia giustificata da un obiettivo estraneo a qualsiasi appartenenza ad un determinato sesso o non sia necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito (v. in questo senso, in particolare, sentenze 30 marzo 2000, causa C-236/98, JämO, Racc. pag. I-2189, punto 36, e 26 giugno 2001, C-381/99, Brunnhofer, Racc. pag. I-4961, punti 27 e 28).

13. — Così, per quanto riguarda i lavoratori a tempo parziale, la Corte ha dichiarato che i membri del gruppo sfavorito, uomini o donne, hanno il diritto di essere assoggettati allo stesso regime degli altri lavoratori, in proporzione al loro tempo di lavoro (sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, Kowalska, Racc. pag. I-2591, punto 19).

*(Omissis)*

15. — Risulta inoltre dalla giurisprudenza che, per quanto riguarda il metodo da adottare per verificare l'osservanza del principio della parità delle retribuzioni nell'ambito di un raffronto di queste ultime riguardo ai lavoratori interessati, una vera trasparenza che consenta un controllo efficace è garantita solo applicando il detto principio a ciascun elemento della retribuzione corrisposta ai lavoratori di sesso maschile e ai lavoratori di sesso femminile, con l'esclusione di un giudizio globale dei vantaggi concessi agli interessati (v. citate sentenze Barber, punti 34 e 35, e Brunnhofer, punto 35). Occorre quindi mettere separatamente a confronto la retribuzione dell'orario normale e quella delle ore di straordinario.

16. — Nella causa principale, la retribuzione degli straordinari costituisce un beneficio pagato dal Land Nordrhein-Westfalen agli insegnanti interessati in ragione del loro impiego.

17. — Benché tale retribuzione appaia uguale in quanto il diritto alla retribuzione degli straordinari sorge solo oltre le 3 ore di straordinario per gli insegnanti a tempo parziale così come per gli insegnanti a tempo pieno, occorre constatare che 3 ore di

straordinario rappresentano un onere maggiore per gli insegnanti a tempo parziale che per quelli a tempo pieno. Infatti, se un insegnante a tempo pieno deve lavorare tre ore in più rispetto al suo orario di lavoro mensile di 98 ore, corrispondenti ad un aumento del 3% circa, per ricevere una retribuzione degli straordinari, un insegnante a tempo parziale deve lavorare tre ore in più rispetto al suo orario di lavoro mensile di 60 ore, corrispondenti ad un aumento del 5% circa. Dato che, per gli insegnanti a tempo parziale, il numero di ore di lezione straordinarie che dà diritto a una retribuzione non è ridotto proporzionalmente all'orario di lavoro, vi è quindi una disparità di trattamento tra questi e gli insegnanti a tempo pieno per quanto riguarda la retribuzione delle ore straordinarie di lezione.

*(Omissis)*

19. — Ciò considerato, si deve risolvere la questione proposta dichiarando che gli artt. 141 CE e 1 della direttiva 75/117 devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale ai sensi della quale gli insegnanti a tempo parziale non ricevono — così come quelli a tempo pieno — alcuna retribuzione per le ore di straordinario qualora questo non superi le tre ore per mese solare, se tale disparità di trattamento interessa un numero molto più elevato di donne che di uomini e non può essere giustificata da un obiettivo estraneo a qualsiasi appartenenza a un determinato sesso e non è necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito.

*(Omissis)*

*Per questi motivi*, LA CORTE (Prima Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Verwaltungsgericht Minden con ordinanza 26 luglio 2002, dichiara:

**Gli artt. 141 CE e 1 della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale ai sensi della quale gli insegnanti a tempo parziale non ricevono — così come quelli a tempo pieno — alcuna retribuzione per le ore di straordinario qualora questo non superi le tre ore per mese solare, se tale disparità di trattamento interessa un numero molto più elevato di donne che di uomini e non può essere giustificata da un obiettivo estraneo a qualsiasi appartenenza a un determinato sesso o non è necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito.**

*****

La Corte di giustizia ha da sempre dimostrato un notevole interesse, nell'ambito della parità di trattamento uomo-donna, verso la lotta alle discriminazioni indirette derivanti dall'attribuzione di una retribuzione inferiore all'attività lavorativa a tempo parziale. In generale, infatti, la maggior parte dei soggetti impiegati part-time sono donne e, di conseguenza, il riconoscimento di una retribuzione inferiore comporta una

disparità di trattamento rispetto ai colleghi di sesso maschile (per un esempio della giurisprudenza comunitaria in materia vedi sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*, in *Racc.* p. 1607; sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz*, in *Racc.* p. I-319; sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, *Kowalska*, in *Racc.* p. I-2591; sentenza 4 giugno 1992, causa C-360/90, *Bötel*, in *Racc.* p. I-3589; sentenza 11 dicembre 1997, causa C-246/96, *Magorrian e Cunningham*, in *Racc.* p. I-7153).

Anche in questo caso la Corte ritorna sul punto al fine di affinare ancora di più la propria nozione di disparità di trattamento. In effetti la questione interpretativa posta dal giudice di rinvio sembrerebbe a prima vista non rappresentare un'ipotesi discriminatoria: la normativa nazionale prevedeva che gli insegnanti a tempo parziale fossero retribuiti per le ore di straordinario solo in caso di superamento delle tre ore per mese solare, così come avveniva anche per gli insegnanti a tempo pieno.

Se da un lato le due categorie sono astrattamente trattate allo stesso modo, l'effetto raggiunto sul piano pratico è discriminatorio in quanto un limite di tre ore di straordinario non retribuito incide maggiormente sui lavoratori a tempo parziale, poiché rappresenta una percentuale maggiore rispetto al numero di ore normalmente svolto dal soggetto e risulta pertanto più gravoso rispetto al carico lavorativo globale.

Quanto all'incidenza effettiva di questa disparità di trattamento in maniera diversa sugli uomini e sulle donne, la Corte ha ritenuto preferibile delegare la verifica al giudice nazionale, in quanto soggetto più adatto a conoscere la realtà concreta nella quale opera la normativa del Land Nordrhein-Westfalen. Lo stesso giudice dovrà altresì valutare se la disparità di trattamento istituita dalla normativa controversa, pur interessando un numero molto più elevato di donne che di uomini, risponda a un obiettivo estraneo a qualsiasi appartenenza a un determinato sesso e sia necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito (su questo punto vedi sentenza 7 marzo 1996, causa C-278/93, *Freers e Speckmann*, in *Racc.* p. I-1165, punto 28).

La pronuncia in esame si colloca così sulla linea da sempre seguita dalla Corte di mantenere un approccio caso per caso in materia, basando le proprie decisioni non tanto su principi astratti quanto su valutazioni concrete. In tal senso si pensi ad una decisione, apparentemente in contrasto con altra precedente e successiva giurisprudenza, come quella adottata nel caso *Angelica Helmig* (sentenza 15 dicembre 1994, cause riunite C-399/92 C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 e C-78/93, 15.12.1994, *Angelica Helmig*, in *Racc.* p. I-5727) nella quale la Corte ha stabilito che una disposizione di un contratto collettivo, che preveda il pagamento di maggiorazioni per ore di lavoro straordinario solo in caso di superamento del normale orario di lavoro da esso stabilito da parte di lavoratori a tempo pieno (in maggioranza di sesso maschile) non costituisce discriminazione né diretta né indiretta (sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia vedi Pennings F., *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp, Oxford, New York, 2003, p. 309 ss. ; Foglia R., *Parità di trattamento, discriminazioni indirette ed onere della prova nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CEE*, in *Il diritto del lavoro*, 1990, II, p. 293; Foglia R., Santoro Passatelli G., *Profili di diritto del lavoro comunitario*, Torino, 1991, p. 209 ss. Gori P., *Il principio della parità di trattamento dell'uomo e della donna nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1985, p. 4).

# INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

**Redattori:**
ANTONIO TODARO
FAUSTO MARIA PROSPERI VALENTI

**Comitato di redazione:**
PIETRO CAPURSO
GIORGIO CRACA
MARIO INTORCIA
GINO MADONIA
MIRELLA MOGAVERO
MAURO NORI
COSIMO PUNZI
ALESSANDRO RICCIO
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

*4*

**LUGLIO-AGOSTO 2004**

**GIUSEPPE VIGNERA**

Magistrato

# SULLA PROVVISORIA ESECUTIVITÀ *EX LEGE* DEL DECRETO INGIUNTIVO

***Sommario:* 1. Premessa: *esecutività* ope legis *ed esecutività* ope iudicis. 2. - Elencazione esemplificativa di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi ex lege. 3. - Esame critico dell'opinione implicitamente postulante l'inesistenza di decreti ingiuntivi esecutivi ex lege. 4. - Inidoneità dell'art. 654, comma 1, c.p.c. a fornire argomenti contrari alla tesi sull'ammissibilità di decreti ingiuntivi esecutivi ex lege. 5. - (Segue) Analoga inidoneità dell'art. 647, comma 1, c.p.c. – 6. Rilevanza della distinzione tra esecutività ex lege *ed esecutività* ope iudicis *ai fini della spedizione del decreto in forma esecutiva.***

## *1. — Premessa: esecutività* ope legis *ed esecutività* ope iudicis.

La provvisoria esecutività (od esecutorietà) (1) del decreto ingiuntivo può in via generale definirsi come l'istituto (concretantesi o in una clausola accessoria o in una

(1) Su tale dizione v. per tutti CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 6-7, il quale la preferisce alla formula legislativa "esecuzione provvisoria" perchè "l'esecuzione non è provvisoria nel senso che, una volta emanata la seconda sentenza, dovrà essere sostituita da una nuova esecuzione definitiva, ma è tale perchè basata su un titolo provvisorio, e quindi destinata a cadere nel nulla qualora detto titolo non sia confermato attraverso l'emanazione di un secondo titolo e non divenga esso stesso definitivo in seguito. Di conseguenza l'esecuzione non è provvisoria, ma è basata su un titolo provvisorio. Del resto il concetto di provvisorità mal si attaglia in genere all'esecuzione ... la provvisorietà deve ritenersi estranea all'esecuzione che è sempre definitiva, salvo ad essere dichiarata invalidamente compiuta perchè basata su un titolo esecutivo non confermato" (così COSTA, *Contributo allo studio dell'esecuzione provvisoria delle sentenze civili*, in *Studi sass.*, serie II, XVII, 1939, 246-247).

Nello stesso senso v. ad esempio LANCELLOTTI, *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, 788, 789-790; MONTELEONE, *Esecuzione provvisoria*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, VII, 641, 642.

Favorevole all'espressione legislativa è, invece, DE STEFANO, *Esecuzione provvisoria della sentenza*, in *Enc. dir.*, XV, 511, 512-513.

Secondo CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza, cit.*, 7, inoltre, in relazione all'istituto in esame non sarebbe corretto parlare neppure di "esecuzione immediata" (come suggerito da CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, 94; predilige, invece, tale terminologia RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, *passim*, spec. 269 ss.), "perchè in tal caso non emergerebbe alcun criterio differenziatore rispetto all'esecuzione compiuta in forza di titolo definitivo".

qualità intrinseca del provvedimento monitorio), in virtù del quale il decreto stesso costituisce titolo esecutivo ex art. 474, comma 1, n. 1, c.p.c. e titolo ipotecario *ex* art. 655 c.p.c. (2), sebbene siano ancora pendenti il termine per l'opposizione o il giudizio oppositivo introdotto dall'ingiunto *ex* art. 645 c.p.c.

L'istituto in parola, per meglio dire, si risolve nell'anticipazione degli effetti della sentenza (3) [esecutiva (4)] rigettante integralmente l'opposizione proponibile o già proposta avverso il decreto ingiuntivo, la quale (sentenza) fa acquistare al decreto — per l'appunto — la qualità di titolo esecutivo (comb. disp. artt. 474, comma 1, n. 1, e 653, comma 1, ultima parte) (5) e quella di titolo ipotecario (art. 655 c.p.c.).

Gli artt. 642 e 648 c.p.c., più esattamente ed in particolare, disciplinano la provvisoria esecutorietà "ordinaria" del decreto ingiuntivo, vale a dire quella prevista in via generale dalle disposizioni sul procedimento monitorio.

Le varie ipotesi divisate dai predetti articoli sono accomunate dal fatto che la provvisoria esecutività consegue ad un provvedimento giudiziale accessorio all'ingiunzione di pagamento o di consegna *ex* art. 641, provvedimento (c.d. clausola di provvisoria esecutorietà), con il quale il giudice dell'ingiunzione *ex* art. 637 c.p.c. (nei casi previsti dall'art. 642) o il giudice istruttore della causa di opposizione (nelle ipotesi *ex*

---

*(segue nota 1)* Per LA CHINA, L*'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 36-37, nell'àmbito processualcivilistico sarebbe più corretto parlare di esecutività in quanto "l'esecutorietà attiene piuttosto all'autotutela, l'esecutività (ex art. 474 c.p.c.) alla eterotutela, alla piena via giurisdizionale".

(2) Sull'argomento v. in generale VIGNERA, *Sulla qualità di titolo ipotecario del decreto ingiuntivo*, in *Informazione prev.*, 2002, 1.

(3) V. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., 57 ("L'esecuzione provvisoria anticipa effetti propri della sentenza di merito"), dopo avere escluso:

a) che la stessa costituisca un accertamento con prevalente funzione esecutiva ["perchè la "«funzione esecutiva» consegue alla norma di legge, da sola o combinata con una pronuncia del giudice, mentre «l'accertamento» è proprio del provvedimento di merito" (sentenza o decreto ingiuntivo): p. 47];

b) che rappresenti l'oggetto di un'autonoma azione (essendo solo un aspetto dell'azione esercitata: p. 48);

c) che, infine, abbia natura cautelare (specialmente perchè "manca la c.d. strumentalità, caratteristica dei provvedimenti cautelari": p. 49 ss.).

(4) Quest'ultima caratteristica (della sentenza rigettante l'opposizione), se aveva indubbiamente un concreto significato prima della modifica dell'art. 282 c.p.c. operata dall'art. 33 l. 26 novembre 1990 n. 353 (quando, cioè, la sentenza di primo grado normalmente *non* era esecutiva), oggi tuttavia non ha alcuna rilevanza pratica.

Attualmente, infatti, a seguito della predetta modifica dell'art. 282 c.p.c. la provvisoria esecutorietà inerisce *ex lege* alla decisione di primo grado: di tal che tanto la qualità di titolo ipotecario, quanto quella di titolo esecutivo dell'opposto decreto sono *entrambe* immediatamente ricollegabili alla *pubblicazione* della sentenza (anche di primo grado) rigettante l'opposizione.

(5) Si ritiene, tuttavia, che nelle ipotesi divisate dall'art. 653, comma 1, c.p.c., la sentenza (esecutiva o passata in giudicato) rigettante l'opposizione e l'ordinanza dichiarante l'estinzione del giudizio d'opposizione, pur facendo acquistare al decreto ingiuntivo efficacia esecutiva, non lo rendono *ex* se titolo idoneo per l'esecuzione forzata; in tali casi, infatti, "il decreto per costituire valido titolo esecutivo deve essere munito di esecutorietà con provvedimento dichiarativo-costitutivo ai sensi dell'art. 654 c.p.c., ove l'esecutorietà non sia stata dichiarata espressamente con la sentenza o l'ordinanza di cui al comma 1 dell'art. 653 c.p.c." (così Cass. civ. 9 marzo1995 n.2755; analogamente Cass.3 giugno 1978 n. 2795, in *Foro it.*, 1979, I, 2718).

Per l'esame critico di tale ricostruzione rinviamo al paragrafo 4.

art. 648) autorizza (art. 642, comma 1) o concede (artt. 642, comma 2, e 648) l'esecuzione provvisoria del decreto.

Il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex* artt. 642 e 648 c.p.c., pertanto, rappresenta un atto a struttura complessa perchè si compone di due provvedimenti contenutisticamente diversi (6): quello (principale) contenente l'ingiunzione di pagamento o di consegna *ex* art. 641 e quello [accessorio, nel senso che presuppone necessariamente quello principale (7)] autorizzativo o concessivo della provvisoria esecutività.

La superiore puntualizzazione ci pare opportuna non solo perchè consente di confutare la giurisprudenza costituzionale e quella di legittimità relative, rispettivamente, alla questione sulla revocabilità *ex* art. 649 della provvisoria esecutività concessa all'opposto decreto *ex* art. 642 c.p.c. (8) ed al problema sulla provvisoria esecu-

(6) Volendo utilizzare una terminologia diffusa tra gli studiosi dell'atto amministrativo, possiamo parlare al riguardo di provvedimento a contenuto plurimo, il quale è configurabile quando sotto un'unica forma si raccolgono più manifestazioni di poteri diversi esercitati da un unico agente (v. esemplificativamente ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1978, 367; SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, I, Napoli, 1982, 585.

(7) Oltre che accessorio, il provvedimento autorizzativo o concessivo della provvisoria esecutività va considerato pure eventuale, nel senso che non sempre si accompagna a quello principale, dovendo (nei casi *ex* art. 642, comma 1) o potendo (nei casi *ex* artt. 642, comma 2, e 648) essere pronunciato dal giudice solo in presenza di determinati presupposti e previa verifica della loro concreta sussistenza.

(8) Ci riferiamo a Corte cost. 17 giugno 1996 n. 200, in *Foro it.*, 1997, I, 389, la quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice istruttore dell'opposizione a decreto ingiuntivo possa revocare (e non soltanto sospendere) la provvisoria esecuzione concessa ai sensi dell'art. 642, ha (tra l'altro) affermato: "ove si consentisse al giudice istruttore di compiere in via definitiva un'operazione logica inversa a quella di cui all'art. 642, rimuovendo *ex tunc* l'efficacia esecutiva", resterebbe "vanificata la pregressa fase monitoria".

Orbene!

Parlare di "vanificazione della pregressa fase monitoria" a seguito di una rimozione dell'esecutività del decreto ingiuntivo disposta *in limine litis* dal giudice istruttore, equivale a postulare che l'ingiunzione e la sua provvisoria esecutorietà *simul stabent, simul cadent* e che, quindi, il decreto ingiuntivo abbia sempre intrinseca efficacia esecutiva: postulato, invece, del tutto contrario al nostro diritto positivo, che consente al giudice dell'ingiunzione di concedere al decreto la provvisoria esecutorietà soltanto nei casi tipicamente indicati dall'art. 642 c.p.c.

È opportuno rimarcare, infine, che *de iure condito* è del tutto inesatto prospettare (come hanno fatto, invece, i Giudici della Consulta) l'idea che un decreto ingiuntivo privo (o privato dal giudice istruttore) della provvisoria esecutorietà sarebbe *inutiliter datum*: a questo proposito basta rammentare che, in caso di mancata costituzione dell'opponente (comb. disp. artt. 647 e 655 c.p.c.) o di estinzione del giudizio di opposizione (art. 653, comma 1, c.p.c.) il decreto ingiuntivo (anche se non dichiarato provvisoriamente esecutivo al momento della sua pronuncia) acquista la definitiva esecutorietà e, con essa, pure l'autorità di cosa giudicata sostanziale (v. esemplificativamente GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 5 ss.; PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 117; ed in giurisprudenza Cass. 20 ottobre 1969 n. 3415, in *Giust. civ.*, 1970, I, 217; 27 gennaio 1977 n. 411, in *Foro it.*, 1977, I, 2520; 29 marzo 1989 n. 1492, in *Fallimento*, 1989, 889; 29 maggio 1993 n. 5999; 20 aprile 1996 n. 3757, in *Foro it.*, 1998, I, 1980; 11 giugno 1998 n. 5801; 23 gennaio 1999 n. 630; 24 novembre 2000 n. 15178, in *Foro it.*, 2001, I, 914; sez. un. 16 novembre 1998 n. 11549.

Per una più approfondita critica dell'orientamento della Consulta *in subjecta materia* rinviamo a VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1185, 1196 ss.

tività parziale *ex* art. 648 c.p.c. (9), ma anche perchè permette di distinguere i decreti ingiuntivi esecutivi *ex* artt. 642 e 648 c.p.c. [qualificabili (alla stregua di quanto testè detto) provvisoriamente esecutivi *ope iudicis*] da quelli provvisoriamente esecutivi *ope legis*.

A differenza delle ipotesi di esecuzione provvisoria *ope iudicis* ed in particolare di quella c.d. obbligatoria *ex* art. 642, comma 1, c.p.c., nei casi di esecutività *ope legis* non occorre nè un autonomo provvedimento (del giudice pronunciante l'ingiunzione) di autorizzazione o concessione dell'esecutorietà immediata nè l'istanza del ricorrente, poiché l'esecutività rappresenta una qualità intrinseca al

(9) V. Cass. 21 maggio 2001 n. 6901, in *Foro it.*, 2001, I, 3167, secondo cui il giudice istruttore non può concedere l'esecuzione provvisoria ex art. 648 c.p.c. "per una somma inferiore a quella indicata nel decreto ingiuntivo, perchè ciò comporterebbe l'esercizio di quel potere di modificare il decreto, che non è consentito in quella sede" (conf. Cass. 14 ottobre 1966 n. 2453, in *Foro. it.*, 1967, I, 2148; 7 luglio 1976 n. 2549, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1620; *contra* però Cass. 4 maggio 1978 n. 2084, in *Foro it.*, 1979, I, 2725).

Così ragionando, peraltro, la Cassazione evidentemente ha dimenticato o non considerato che la clausola *ex* art. 648 c.p.c. si aggiunge (senza intaccarla) all'ingiunzione *ex* art. 643, la quale non viene affatto modificata dal giudice istruttore nell'esercizio del potere *ex* art. 648 c.p.c. [conf. CEA, *Sull'esecutorietà parziale del decreto ingiuntivo opposto (ovvero come si complica inutilmente un problema inesistente)*, in *Foro it.*, 2001, I, 3167, 3172; RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 493 ss., cui si rimanda per lo stato della dottrina e della giurisprudenza in argomento].

Val la pena di ricordare che la Suprema Corte, con il predetto ragionamento ed assumendo (giustamente) pure che il decreto ingiuntivo possa essere intaccato soltanto in sede decisoria, ha ritenuto che l'ordinanza concessiva dell'esecutività provvisoria per una somma inferiore a quella indicata nel decreto stesso, abbia natura di sentenza e rimanga, "pertanto, soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione e non al ricorso per Cassazione, come nella specie proposto".

La corrività di una simile deduzione è dimostrata dalle seguenti considerazioni:

A) essa (deduzione) si pone in flagrante contraddizione con quanto risulta scritto nella stessa motivazione a proposito dell'assoluta irrilevanza sul giudizio di opposizione e sulla relativa sentenza dell'ordinanza che concede o nega la provvisoria esecuzione, la cui "parzialità" (dice la Cassazione) "non può modificare la sua ininfluenza sul giudizio ordinario" [tanto "ininfluente" (aggiungiamo noi) da essere subito dopo assimilata agli effetti impugnatori ... alla sentenza di accoglimento parziale dell'opposizione!];

B) il provvedimento concessivo dell'esecutorietà parziale dell'opposto decreto ingiuntivo (a differenza di altri atti giurisdizionali, rispetto ai quali è stato affrontato il problema dei rimedi impugnatori avverso provvedimenti di sostanza decisoria, sebbene aventi veste formale diversa dalla sentenza: v., ad esempio, Cass. 5 gennaio 2000 n. 55, in *Giur. it.*, 2001, 928; 29 settembre 1999 n. 10784) non può avere non solo apparenza, ma neppure sostanza decisoria, essendo emesso dal giudice istruttore in una fase processuale (che può precedere lo svolgimento dell'udienza di prima comparizione *ex* art. 180 c.p.c. o perfino la designazione del giudice istruttore: v. per tutti DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 2003, 352 ss.), alla quale è estraneo ogni suo potere di definire il giudizio di opposizione: conclusione, questa, ancor più evidente, allorchè il potere *ex* art. 648 c.p.c. spetti ad un organo monocratico e quello decisorio ad un organo collegiale, siccome oggi succede ancora nel "rito societario" *ex* artt. 1, comma 3 [*"Salvo che nelle controversie di cui al comma 1, lettera e), il tribunale giudica a norma del Capo I del titolo II del presente decreto in composizione collegiale"*], e 2, comma 3, ultima parte (*"Ciascuna delle parti, al momento della costituzione, ovvero successivamente, può chiedere che sia designato il magistrato per l'adozione, previa convocazione delle parti, dei provvedimenti di cui agli articoli 648 e 649 del codice di procedura civile"*), d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, nel testo vigente a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37;

decreto, cui inerisce necessariamente ed automaticamente per effetto stesso della sua emissione (10).

## *2. — Elencazione esemplificativa di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi* ex lege.

Tra i più noti provvedimenti d'ingiunzione provvisoriamente esecutivi *ex lege* possiamo esemplificativamente (11) ricordare quelli previsti:

---

*(segue nota 9)* C) poichè nel pronunciare il provvedimento in discorso il giudice istruttore non intende affatto definire il giudizio di opposizione, quest'ultimo (specialmente quando nessuna delle parti abbia proposto immediatamente l'appello, di cui parla la Cassazione) ben potrebbe di fatto proseguire il suo corso e concludersi con una sentenza di merito *ex* art. 653 c.p.c. (di rigetto integrale o di accoglimento parziale dell'opposizione) di assai dubbia qualificazione (giuridicamente inesistente perchè pronunciata da un giudice, che aveva esaurito il proprio potere decisorio con la pronuncia del precedente provvedimento apparentemente emesso *ex* art. 648? Oppure valida e "prevalente" su quel precedente provvedimento, se entrambi destinati a passare in giudicato per mancata proposizione dell'appello? Quesiti, questi ed altri che è ben possibile immaginare, i quali giustificano il sottotitolo (*come si complica inutilmente un problema inesistente*), dato da Cea al proprio scritto surricordato (dove, peraltro, non si fa menzione dei problemi qui prospettati, limitandocisi ad evidenziare gli inconvenienti pratici connessi alla soluzione data al problema *de quo* dalla Cassazione: inconvenienti pratici che, nondimeno, già prima e meglio erano stati messi in risalto da DALMOTTO, *Sulla provvisoria esecuzione parziale dei decreti ingiuntivi*, *Nuova giur. civ*., 1993, I, 51).

Si rammenta, infine, che l'art. 9 d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 ha aggiunto all'art. 648, comma 1, c.p.c. il seguente periodo: *"il giudice concede l'esecuzione provvisoria parziale del decreto ingiuntivo opposto limitatamente alle somme non contestate, salvo che l'opposizione sia proposta per vizi procedurali"*.

Pensiamo che con tale disposizione il legislatore non abbia inteso affatto sancire "l'inammissibilità del provvedimento parziale al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista" (così, invece, Trib. Verona 18 agosto 2003, in *Giur. merito*, 2004, I, 1118), ma abbia voluto "scardinare" il postulato posto (erroneamente) dalla Suprema Corte a fondamento del suo contrario orientamento *in subiecta materia*: di tal che oggi, interpretando estensivamente la disposizione predetta, il nostro problema può considerarsi normativamente e positivamente risolto.

(10) Cfr. sul punto GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 111-112, per il quale tuttavia l'unica ipotesi di decreto ingiuntivo esecutivo *ope legis* è quella *ex* art. 664, ultimo comma, c.p.c., mentre "nei casi previsti dall'art. 642 e da altre specifiche disposizioni di legge (art. 614, art. 63 disp. att. c.c.)" occorre "un autonomo provvedimento di autorizzazione dell'esecuzione provvisoria, che può essere emanato," solo "su istanza della parte ricorrente, contemporaneamente alla pronuncia del decreto ingiuntivo".

(11) Per una più completa casistica v. DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 167 ss., dove nondimeno si fa una certa confusione tra esecutività obbligatoria *ex* art. 642, comma 1, c.p.c. (la quale opera pur sempre *ope iudicis*) ed esecutività *ex lege*, scrivendosi: "In realtà l'art. 642 comma 1 c.p.c. non esaurisce la gamma dei decreti ingiuntivi esecutivi *ex lege*, avendo un contenuto esemplificativo. Vi sono infatti altre ipotesi di decreti ingiuntivi esecutivi *ex lege*, tra cui i crediti del condominio per la riscossione dei contributi condominiali, il caso di cui all'art. 53 disp. att. c.p.c.... e, da ultimo, quello richiesto per il prezzo del contratto di subfornitura industriale (art. 3, comma 4, l. 18 giugno 1998 n. 192). A quest'ultimo proposito ... sembra che la norma esoneri il creditore dall'onere di proporre specifica istanza di concessione della clausola di esecutività".

a) dall'art. 611, comma 2, c.p.c. per le spese dell'esecuzione per consegna o rilascio (*"La liquidazione delle spese è fatta dal giudice dell'esecuzione con decreto che costituisce titolo esecutivo"*) (12);

b) dall'art. 664, ultimo comma, c.p.c. per i canoni di locazione dovuti dal conduttore moroso (*"Il decreto è immediatamente esecutivo, ma contro di esso può essere proposta opposizione a norma del capo precedente"*) (13);

c) dall'art. 669-*septies*, comma 3, c.p.c. per le spese processuali in caso di provvedimento cautelare negativo (*"La condanna alle spese è immediatamente esecutiva ed è opponibile ai sensi degli articoli 645 e seguenti in quanto applicabili, nel termine perentorio di venti giorni dalla pronuncia dell'ordinanza se avvenuta in udienza o altrimenti dalla sua comunicazione"*) (14);

---

*(segue nota 11)* La distinzione concettuale tra esecutività *ope legis* ed esecutività *ope iudicis* è, invece, del tutto sfuggita a CATALDI, *La provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo*, Milano, 1999, 51 ss., (il quale indebitamente assimila all'esecutività obbligatoria *ex* art. 642, comma 1, c.p.c. "le altre fattispecie legali, diverse dall'art. 642 c.p.c., che consentono l'emissione dell'ingiunzione provvisoriamente *esecutiva inaudita altera parte*"); ed a LEANZA-PARATORE, *Il procedimento per decreto ingiuntivo*, Torino, 2003, 152 ss. [dove, per esempio, si parla di "decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo *ex lege*" tanto in relazione all'ipotesi *ex* art. 664 c.p.c., quanto rispetto a quella *ex* art. 614 c.p.c. (che, invece, rinvia espressamente all'art. 642: v. pure la successiva nota 23)].

(12) Sulla natura del decreto in questione (controversa in dottrina: per le varie opinioni si rimanda ad ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 222 ss.) v. Cass. 28 luglio 1993 n. 8407, in *Giur. it.*, 1994, I,1, 1038: "Il decreto del pretore di liquidazione delle spese di esecuzione per consegna o rilascio (art. 611 c.p.c.) ha natura monitoria e può essere impugnato, pertanto, nelle forme previste per l'opposizione a decreto ingiuntivo, solo dinanzi al pretore che lo ha emesso, funzionalmente ed inderogabilmente competente"; analogamente Cass. 24 settembre 1990 n. 9685, *ivi*, 1992, I,1, 2027.

La differente disciplina della liquidazione delle spese nell'esecuzione per consegna o rilascio rispetto a quella *ex* art. 614 c.p.c. dell'esecuzione di obblighi di fare o di non fare è stata spiegata "ipotizzando che il legislatore avesse considerato l'esecuzione per consegna o rilascio assai meno complessa o costosa" (CORSARO-BOZZI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 1987, 364). Sul tema v. più in generale MANDRIOLI, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Digesto, Disc. priv., Sez. civ.*, VII, 549, 565-566.

(13) V. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 111 ("Al decreto d'ingiunzione è automaticamente attribuita, al momento stesso della sua pronuncia, efficacia di titolo esecutivo, nella sola ipotesi contemplata dall'art. 664, ultimo comma"); MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1995, III, 184 nota 10 ("Addirittura eccezionalissima può dirsi poi l'ipotesi prevista dall'art. 664 c.p.c., che attribuisce efficacia immediatamente esecutiva *ex lege* al decreto ingiuntivo per il pagamento dei canoni arretrati"); VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2000, 169 (secondo cui l'art. 664 "attribuisce efficacia esecutiva addirittura *ex lege*, al momento stesso della pronuncia, al decreto ingiuntivo emesso per il pagamento dei canoni arretrati").

(14) V. in tal senso VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 170.

Precisato che la condanna in questione (a differenza dell'ingiunzione in senso stretto, che solitamente viene emessa *inaudita altera parte*) ha la forma dell'ordinanza perchè accessoria alla pronuncia d'incompetenza o di rigetto, si ricorda che l'opposizione prevista dalla predetta norma viene considerata come rimedio di natura generale avverso qualsivoglia statuizione sulle spese emessa in sede cautelare: cfr. tra le più recenti Cass. 27 novembre 2002 n. 16725, in *Gius.*, 2003, 6, 603: "In tema di provvedimenti cautelari, l'art. 669-*septies*, comma 3, c.p.c., che prevede l'opponibilità, ai sensi degli art. 645 ss. c.p.c., della condanna alle spese contenuta nel provvedimento di rigetto — e che si estende anche al procedimento possessorio, essendo con esso compatibile — pur disciplinando espressamente solo l'ipotesi di provvedimento negativo, deve intendersi come norma generale, volta a ricondurre al sistema oppositorio disciplinato dai citati art. 645 ss. ogni statuizione sulle spese, evitando così il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., strumento spesso sproporzionato alla rilevanza degli interessi coinvolti in tema di spese processuali; ne consegue che deve ritenersi in ogni caso inammissibile il ricorso straordinario per cassazione avente ad oggetto la statuizione sulle spese processuali in sede cautelare, anche quando detta statuizione non sia di condanna, ovvero quando intervenga per la prima volta in sede di reclamo, o quando, per qualsiasi motivo, sia intervenuto un provvedimento di accoglimento dell'istanza cautelare".

d) dall'art. 53, ultima parte, disp. att. c.p.c. per i compensi del custode e degli altri ausiliari del giudice di cui all'art. 68 c.p.c. (15) (*"Tali decreti costituiscono titolo esecutivo contro la parte"*, a carico della quale il giudice ne ha posto il pagamento) (16);

e) dall'art. 148, comma 3, c.c. per i crediti di mantenimento dei figli (*"Il decreto, notificato agli interessati ed al terzo debitore, costituisce titolo esecutivo, ma le parti ed il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica*" (17);

f) dall'art. 63, comma 1, disp. att. c.c. per i contributi condominiali (*"Per la riscossione dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea, l'amministratore può ottenere decreto d'ingiunzione immediatamente esecutivo, nonostante opposizione"*) (18);

---

(15) Si ritiene che l'art. 68 c.p.c. riguardi gli ausiliari del giudice diversi dal consulente tecnico e dal custode (cfr. Cass. Sez. Un. 21 novembre 1997 n. 11619, in *Giust. civ.*, 1998, I, 36).

(16) "Il decreto con cui il giudice, a norma degli art. 52 e 53 disp. att. c.p.c., liquida il compenso agli ausiliari da lui nominati, ha natura monitoria e può essere impugnato, dalla parte onerata del pagamento, esclusivamente con l'opposizione *ex* art. 645 c.p.c.; detto decreto, pertanto, non essendo definitivo, non è ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost." (così Cass. 23 marzo 1989 n. 1471, in *Foro it.*, 1990, I, 2752; nello stesso senso Cass. 26 maggio 1989 n. 2540; 10 marzo 1997 n. 2141).

Pur non essendo stati espressamente abrogati dall'art. 299 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, può comunque porsi il problema dell'attuale vigenza degli artt. 52 e 53 disp. att. c.p.c. alla stregua degli artt. 168 ss. d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, che sembrano avere una portata generale [v. quanto si dirà tra poco nel testo, *sub* h)].

(17) Cfr. Corte cost. 14 giugno 2002 n. 236, in *Giur. it.*, 2002, 2010, secondo cui l'art. 148, comma 3, c.c., "nella parte concernente il decreto di ingiunzione per il pagamento delle somme destinate al mantenimento della prole, è una norma composita, sicchè, se il decreto è emesso nei confronti dell'obbligato inadempiente (genitore o ascendente), segue le regole proprie del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ed è perciò titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale, mentre, se il decreto medesimo è emesso nei confronti del terzo debitore dell'obbligato inadempiente, ragionevolmente costituisce titolo esecutivo ma non è idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del terzo".

(18) La giurisprudenza tende, tuttavia, ad assimilare il decreto in questione a quello ex art. 642, comma 1, c.p.c.: v. per esempio Cass. 23 maggio 1972 n. 1588 ("L'art. 63 disp. att. c.c. conferisce al verbale di delibera di un'assemblea condominiale attinente allo stato di ripartizione dei contributi non già la forza di titolo esecutivo, bensì un valore probatorio privilegiato, corrispondente a quello dei documenti esemplificativamente elencati nell'art. 642 c.p.c, il quale vincola, su domanda, il giudice dell'ingiunzione alla concessione della clausola di immediata esecutività"); 21 novembre 2000 n. 15017 ("Il verbale di un'assemblea condominiale contenente l'indicazione delle spese occorrenti per la conservazione o l'uso delle parti comuni costituisce prova scritta idonea per ottenere decreto ingiuntivo pur in mancanza dello stato di ripartizione delle medesime, necessario per l'ulteriore fine di ottenere anche la clausola di provvisoria esecuzione del provvedimento, ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c."); 29 marzo 2001 n. 4638 ("Per l'emissione del decreto ingiuntivo costituisce prova scritta qualsiasi documento proveniente dal debitore o dal terzo, che abbia intrinseca legalità e sia idoneo a dimostrare il diritto fatto valere; pertanto, l'amministratore condominiale può chiedere l'emissione del decreto ingiuntivo per i contributi dovuti dai condomini anche in base alle "ricevute" di pagamento mensili, ma in questo caso non può ottenere la clausola di immediata esecutività *ex* art. 63 disp. att. c.c. per la quale è necessaria l'allegazione dello stato di ripartizione della spesa approvata dall'assemblea").

Corte cost. 19 gennaio 1988 n. 40, in *Foro it.*, 1989, I, 1324 ha dichiarato manifestamente infondata, in relazione agli art. 3 e 24 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 63, comma 1, disp. att. c. c., nella parte in cui consente all'amministratore del condominio di richiedere ed ottenere, con procedimento sommario, il decreto monitorio provvisoriamente esecutivo nei confronti del condomino moroso nel pagamento delle quote per spese comuni; analogamente Corte cost. 18 marzo 1992 n. 111, in *Giur. cost.*, 1992, 1001.

g) dall'art. 32, comma 4, r.d. 28 aprile 1938 n. 1165 per le rate di affitto dovute dagli inquilini morosi agli istituti autonomi per le case popolari (*"Il decreto è titolo per procedere sia alla esecuzione sui beni mobili del debitore, sia allo sfatto"*) (19) (20);

h) dall'art. 168, comma 2, d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 per le spettanze agli ausiliari del magistrato e per l'indennità di custodia (*"Il decreto è comunicato al beneficiario e alle parti, compreso il pubblico ministero, ed è titolo provvisoriamente esecutivo"*) (21).

Rappresentano, invece, ipotesi speciali (o estravaganti perchè contemplate da disposizioni non contenute nel capo I del titolo I del libro IV del c.p.c.) di esecutorietà provvisoria *ope iudicis* di natura obbligatoria (e non fattispecie di esecutività provvisoria *ex lege*) quelle ingiunzioni, rispetto alle quali la legge stabilisce che il giudice provvede a norma dell'art. 642 c.p.c.

Ciò, per esempio, è previsto (22):

---

(19) L'esecutività *ex lege* (e non *ope iudicis*) del predetto decreto è stata esplicitamente riconosciuta da Corte cost. 19 novembre 1991 n. 419, in *Foro it.*, 1992, I, 302, la quale (prima di esaminare il merito della questione di legittimità costituzionale, di cui parleremo nella nota successiva) ha osservato: "l'anzidetto carattere esecutivo che il provvedimento possiede priva di pregio l'eccezione di inammissibilità della parte privata che assume di non aver richiesto tale clausola, all'evidenza non scorporabile dal contenuto tipico della domanda".

(20) Corte cost. 22 dicembre 1969 n. 159, in *Foro it.*, 1970, I, 381, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 dello stesso articolo nella parte in cui, per il pagamento dei canoni scaduti e per l'opposizione al decreto ingiuntivo, fissa termini diversi da quelli previsti dall'art. 641 per l'ordinario procedimento ingiuntivo.

Corte cost. 19 novembre 1991 n. 419, cit., a sua volta, ha dichiarato infondata, in riferimento agli art. 3 e 24 Cost. e "nei sensi di cui in motivazione", la questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame nella parte in cui riconosce al decreto di ingiunzione di pagamento, emesso dal giudice su ricorso dell'istituto autonomo case popolari contro l'inquilino moroso, natura di titolo esecutivo per lo sfratto e l'esecuzione sui beni del debitore (in motivazione si auspica un intervento del legislatore diretto a sostituire la disciplina del 1938 con altra più rispettosa del diritto all'abitazione avente rilevanza costituzionale, e si prospetta la possibilità per il giudice, nelle more di tale intervento, di adottare un'interpretazione della norma impugnata tale da consentire la revoca del decreto in presenza dell'adempimento effettuato nel corso del giudizio di opposizione e di estendere quanto più possibile la sospensione dell'esecuzione prevista dall'ultimo comma dell'art. 32).

Pure Corte cost. 26 febbraio 2003 n. 203, in *Arch. locazioni*, 2003, 455, infine, ha escluso l'illegittimità costituzionale della norma *de qua*.

(21) La norma sostituisce quella *ex* art. 11 l. 8 luglio 1980 n. 319, le cui disposizioni (eccetto l'art. 4) sono state espressamente abrogate dall'art. 299 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*).

L'art. 170 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115, da parte sua, precisa che, in caso di opposizione al decreto di pagamento *de quo*, "il processo è quello speciale previsto per gli onorari di avvocato e l'ufficio giudiziario procede in composizione monocratica": trattasi, cioè, del procedimento speciale previsto dall'art. 30 l. 13 giugno 1942 n. 794, il quale prevede in caso di opposizione proposta, a norma dell'art. 645 c.p.c., contro il decreto ingiuntivo riguardante gli onorari del difensore, il rito camerale e la decisione con ordinanza non impugnabile (ma considerata ricorribile solo in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.: v. esemplificativamente Cass. 11 ottobre 2001 n. 12409).

(22) LEANZA-PARATORE, *Il procedimento per decreto ingiuntivo*, cit., 154, al riguardo menzionano ancora (pur scrivendo nell'anno 2003!) il decreto *ex* art. 43 disp. att. c.p.c.: norma, codesta, espressamente abrogata dall'art. 299 del predetto d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115.

A) dall'art. 614, ultimo comma, c.p.c. per le spese dell'esecuzione forzata di obblighi di fare e di non fare (23);

B) dall'art. 58, comma 2, d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131 per il recupero, nei confronti delle persone nel cui interesse è stata richiesta la registrazione di un atto, della somma pagata a titolo d'imposta di registro dai soggetti indicati nell'art. 10, lettere *b)* e *c)* (notai, ufficiali giudiziari, segretari o delegati della pubblica amministrazione, cancellieri, impiegati dell'amministrazione finanziaria, ecc.);

C) dall'art. 1, comma 13, d.l. 2 dicembre 1985 n. 688, conv. nella l. 31 gennaio 1986 n. 11, per i contributi, premi e relativi oneri accessori dovuti agli enti previdenziali per le forme obbligatorie di previdenza e di assistenza (24);

D) dall'art. 4, comma 2, d.l. 29 marzo 1993 n. 82, conv. nella l. 27 maggio 1993 n. 162, per i crediti delle imprese di autotrasporto per conto terzi derivanti dal sistema delle tariffe cosiddette "a forcella", di cui alla l. 6 giugno 1974 n. 298;

E) implicitamente (25) dall'art. 3, comma 4, l. 18 giugno 1998 n. 192 per il prezzo del contratto di subfornitura industriale.

### *3. — Esame critico dell'opinione implicitamente postulante l'inesistenza di decreti ingiuntivi esecutivi* ex lege.

L'esistenza di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi *ope legis* è stata di recente implicitamente esclusa da chi, ai fini dell'esecutorietà immediata, ritiene

---

*(segue nota 22)* Si ricorda, poi, che ai sensi dell'art. 164, n. 3, l. 22 aprile 1941 n. 633 (nel testo oggi vigente a seguito della sua sostituzione *ex* artt. 7 l. 18 agosto 2000 n. 248 e 25 d.lgs. 9 aprile 2003 n. 68) le attestazioni di credito per diritto d'autore fatte dai funzionari della SIAE (le quali nel testo vigente anteriormente all'art. 7 l. 18 agosto 2000 n. 248 consentivano soltanto l'emissione di un decreto ingiuntivo, considerato tuttavia provvisoriamente esecutivo *ex* art. 642 c.p.c. da Trib. Trento 31 dicembre 1996, in *Dir. autore*, 1998, 196, 359; conf. DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 168; VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 168; *contra* Trib. Alba 14 ottobre 1997, in *Giur. merito*, 1998, I, 2, secondo cui quelle attestazioni non consentivano neppure l'emissione del decreto ingiuntivo) oggi "*sono atti aventi efficacia di titolo esecutivo a norma dell'art. 474 del codice di procedura civile*": può ritenersi, perciò, che anche esse (attestazioni di credito) consentono la pronuncia di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo in applicazione estensiva dell'art. 642, comma 1, c.p.c.

(23) Non condividiamo, dunque, l'opinione di VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 169, i quali, trascurando il richiamo dell'art. 642 fatto dall'art. 614, parlano al riguardo di ipotesi di ingiunzione esecutiva *ope legis* "non dissimile" da quella *ex* art. 664.

(24) Anche questa ipotesi è (erroneamente) annoverata tra le "ulteriori fattispecie di ingiunzione immediatamente esecutive per legge" da VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 169-170.

(25) L'art. 3, comma 4, l. 18 giugno 1998 n. 192, più esattamente, così recita: "*In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli articolo 633 e seguenti del codice di procedura civile*".

A nostro avviso, il predetto richiamo "d*egli articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile*" implicitamente contiene pure quello dell'art. 642: di guisa che non riteniamo qui configurabile un'ingiunzione esecutiva *ope legis* (*contra* DI ROSA, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 168: "Sembra che la norma esoneri il creditore dall'onere di proporre specifica istanza di concessione della clausola di esecutività").

necessaria una specifica richiesta del ricorrente "anche dove la legge tace" (26): e ciò, "in ossequio al principio dispositivo e di tendenziale corrispondenza tra risultato decisorio e domanda di parte".

Quest'ultima conclusione, però, a noi appare logicamente corriva e giuridicamente infondata.

Il principio dispositivo e quello della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, per vero dire, vietano bensì al giudice di dare al diritto soggettivo sostanziale una tutela non richiesta dal suo titolare o più intensa di quella richiestagli.

Ciò, tuttavia, non implica necessariamente che, ogniqualvolta gli effetti di un provvedimento giurisdizionale soddisfino un interesse personale, la loro produzione presupponga sempre ed inevitabilmente una richiesta dell'interessato (*recte*: avente ad oggetto tanto il provvedimento "principale", quanto i suoi effetti) ed una corrispondente pronuncia del giudice: in caso contrario, infatti, dovrebbe essere subordinata all'istanza di parte pure la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado *ex* art. 282 c.p.c. [nonchè, per esempio, quelle *ex* artt. 431, commi 1 e 5, c.p.c., 447-*bis*, ultimo comma, c.p.c., 5-*bis* l. 26 febbraio 1977 n. 39 (27)], che oggi invece è da tutti (28) considerata automatica (anche "se la legge tace"!).

Gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali, in verità, trovano esclusivamente nella legge la loro regolamentazione (29), compresa quella dei relativi presupposti: tra i quali può esservi (com'è previsto per l'esecutività ex artt. 642 e 648 c.p.c.) o non esservi (come succede nei suindicati casi di esecutività *ope legis*) un'istanza della parte interessata e/o una pronuncia giudiziale.

### *4. — Inidoneità dell'art. 654, comma 1, c.p.c. a fornire argomenti contrari alla tesi sull'ammissibilità di decreti ingiuntivi esecutivi* ex lege.

Chi volesse subordinare sempre la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo ad una pronuncia giudiziale emessa su richiesta del ricorrente e, conseguentemente, escludere *in subiecta* materia un'esecutorietà *ope legis*, a nostro avviso più pertinentemente potrebbe [anzichè richiamare (impropriamente) i princìpi *ex* artt. 99 e 112 c.p.c.]

---

(26) Così RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 276, il quale ricorda esemplificativamente il primo comma dell'art. 63 disp. att. c.c. ed il quarto comma dell'art. 3 l. 18 giugno 1998 n. 192.

(27) Cfr. Cass. 3 aprile 1993 n. 4040: "La sentenza che pronuncia condanna a favore del danneggiato per le indennità spettanti a norma della l. 24 dicembre 1969 n. 990 e della l. 26 febbraio 1977 n. 39 è provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 5-*bis* della citata l. n. 39, senza che sia necessario che la provvisoria esecutività sia dichiarata nel provvedimento, tal che può essere rilasciata in copia esecutiva dal cancelliere a seguito del riscontro del tenore di tale titolo anche se privo della clausola che ne autorizza la provvisoria esecuzione" (conf. Cass. 5 luglio 1991 n. 7420).

(28) Poiché più complete citazioni sarebbero solo pedanti, v. per tutti e per esempio COMOGLIO, *L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino, 1993, 363 ss.

(29 Cfr. CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 615; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1982, 64; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, 49.

invocare un'applicazione in via analogica o quale espressione di un principio generale degli artt. 647, comma 1, e 654, comma 1, c.p.c. (30), i quali ricollegano ad un decreto del giudice l'efficacia esecutiva conseguente alla mancata opposizione, all'omessa costituzione dell'opponente, all'estinzione del giudizio oppositivo o al rigetto integrale dell'opposizione.

Essendo opportuno (per le ragioni che emergeranno all'inizio del prossimo paragrafo) cominciare dalla disposizione *ex* art. 654, comma 1, c.p.c., osserviamo che il provvedimento di esecutività ivi divisato deve considerarsi meramente strumentale alla previsione contenuta nel secondo comma dello stesso articolo, a norma della quale (ed in deroga alla regola generale contenuta nell'art. 479 c.p.c.: *"l'esecuzione deve essere preceduta dalla notificazione del titolo in forma esecutiva"*) ai fini dell'esecuzione di un decreto ingiuntivo esecutivo non è necessaria una nuova notifica del medesimo (31), essendo sufficiente che il debitore e l'organo dell'esecuzione siano resi consapevoli della conseguita esecutorietà del decreto con la menzione nel precetto (32) del provvedimento che — per l'appunto — ha disposto l'esecutorietà stessa (33) e dell'apposizione

(30) Per la natura dichiarativo-costitutiva del provvedimento di esecutorietà *ex* art. 647 (nel senso che è "soltanto per effetto della sua pronuncia che il decreto d'ingiunzione ... acquista efficacia di titolo esecutivo") v. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 123 e la giurisprudenza ivi ricordata alla nota 352.

Riconosce la stessa natura al decreto *ex* art. 654, comma 1, c.p.c. Cass. 9 marzo 1995 n. 2755, secondo cui nei casi ivi contemplati (estinzione del giudizio oppositivo e rigetto integrale dell'opposizione) il decreto ingiuntivo "per costituire valido titolo esecutivo deve essere munito di esecutorietà con provvedimento dichiarativo-costitutivo ai sensi dell'art. 654 c.p.c., ove l'esecutorietà non sia stata dichiarata espressamente con la sentenza o l'ordinanza di cui al comma 1 dell'art. 653 c.p." (analogamente Cass. 3 giugno 1978 n. 2795, cit.).

Ambigua (se non proprio manipolativa) sembra l'opinione di Garbagnati, il quale, dopo avere affermato con forza la natura dichiarativo-costitutiva del decreto *ex* art. 647, comma 1, c.p.c. (come testè detto), non solo si astiene dal dire la stessa cosa per l'omologo decreto *ex* art. 654, comma 1, c.p.c. (cfr. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 204 ss.), ma addirittura sostiene che in caso di rigetto integrale dell'opposizione il titolo esecutivo è la sentenza e non il decreto ingiuntivo, ad onta delle ben diverse parole contenute nell'art. 653, comma 1, c.p.c. ("*il decreto ... acquista efficacia esecutiva"*), le quali (parole) costituirebbero soltanto una "imprecisa dizione letterale" (GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 224).

(31) Una nuova notificazione, infatti, sarebbe assolutamente superflua, atteso che il decreto è stato già notificato ai sensi dell'art. 643 c.p.c. allo scopo di evitare l'inefficacia dell'ingiunzione *ex* art. 644 e di far decorrere il termine dell'opposizione *ex* art. 641, comma 1, c.p.c.: cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 109; nonché Cass. 5 giugno 2000 n. 7454 ("Il creditore che promuove l'esecuzione forzata avvalendosi di un decreto ingiuntivo può limitarsi alla sola menzione nell'atto di precetto del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà del decreto e dell'avvenuta apposizione della formula esecutiva, poichè tale menzione sostituisce la formalità della nuova notificazione ed integra la precedente notificazione del titolo, se questo, al momento della sua notificazione ai sensi dell'art. 643 c.p.c., non aveva ancora carattere di titolo esecutivo"; nello stesso senso Cass. 6 ottobre 1998 n. 9901).

(32) È ovvio che il precetto deve comunque contenere gli altri elementi *ex* art. 480 c.p.c.

(33) Poichè competente a dichiarare esecutivo il decreto ingiuntivo è lo stesso giudice che lo ha emesso (art. 654, comma 1, c.p.c.), se il precetto menziona, al fine di identificare il titolo esecutivo (comma 2 del medesimo articolo), la data del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e quella in cui è stata apposta la formula esecutiva, lo stesso si considera valido, anche se manca l'indicazione dell'autorità dichiarante (v. *ex plurimis* Cass. 17 dicembre 1997 n. 12792).

della formula esecutiva (34) (35).

Ciò – a parer nostro – è tanto vero che, se si volesse negare l'esistenza del predetto nesso strumentale tra il decreto di esecutività *de quo* e le speciali modalità esecutive ex art. 654, comma 2, c.p.c. (e se, pertanto, in presenza della sentenza rigettante l'opposizione o dell'ordinanza dichiarativa dell'estinzione del giudizio di opposizione, l'esistenza del titolo esecutivo fosse da ricollegare sempre e comunque alla dichiarazione di esecutorietà *ex* art. 654, comma 1, c.p.c.), l'art. 653, comma 1, c.p.c. non avrebbe alcun senso:

A) nè nella parte in cui prevede che (pronunciata la sentenza o l'ordinanza in questione) *"il decreto ... acquista efficacia esecutiva"* e, quindi, (indipendentemente dall'espressa dichiarazione di esecutorietà *ex* art. 654) diventa senz'altro titolo esecutivo *ex* art. 474, comma 2, numero 1, c.p.c., trattandosi di provvedimento cui *"la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva"*;

B) nè nella parte in cui postula la "sopravvivenza" dell'ingiunzione alla pronuncia della sentenza rigettante integralmente l'opposizione.

A quest'ultimo proposito va osservato che, se è innegabile che tale sentenza da un

---

(34) La disposizione contenuta nell'art. 654, comma 2, c.p.c., essendo diretta a semplificare l'inizio del procedimento esecutivo, si considera di carattere generale e, quindi, applicabile a tutte le ipotesi in cui il decreto ingiuntivo ha acquistato efficacia esecutiva, incluse quelle di provvisoria esecutorietà conferita dal giudice dell'ingiunzione o dal giudice dell'opposizione (v. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 110; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 1, Milano, 1968, 106; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1984, 149-150; nonchè la giurisprudenza ricordata da quest'ultimo Autore, cui *adde* Cass. 26 ottobre 1984 n. 5489, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1736; 21 gennaio 1985 n. 199; 16 gennaio 1987 n. 330, in *Arch. civ.*, 1987, 384; 28 luglio 1987 n. 6536; 21 novembre 2001 n. 14729).

Ma per l'ipotesi di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ex art. 642 c.p.c. v. (esattamente) in senso diverso Cass. 28 aprile 1975 n. 1656, che ricorderemo nella nota 45.

Va ricordato, infine, che "nel caso in cui il precetto sia stato intimato al debitore sulla base della sentenza pronunciata in grado d'appello reiettiva dell'apposizione al decreto ingiuntivo, non trova applicazione la norma dell'art. 654 c.p.c. concernente la menzione nell'atto di precetto del provvedimento che attribuisce esecutorietà al decreto e dell'apposizione della formula esecutiva, essendo costituito il titolo esecutivo che deve essere notificato al debitore esclusivamente dalla sentenza d'appello, ancorchè integralmente confermativa della decisione di primo grado" (Cass. 22 marzo 1995 n. 3273).

(35) Per Cass. 28 luglio 1987 n. 6536 i suddetti elementi formali *ex* art. 654, comma 2, in base al correlato disposto dell'art. 480 c. p. c. sono prescritti a pena di nullità dell'atto di precetto (conf. Cass. 16 gennaio 1987 n. 330, in *Arch. civ.*, 1987, 384), "senza che l'erronea indicazione della data dell'ordinanza concessiva della provvisoria esecuzione ne determini la nullità, qualora l'esigenza d'individuazione del titolo esecutivo risulti soddisfatta da altri elementi contenuti nel precetto stesso (quali: l'indicazione dell'autorità promanante, la data di emissione del decreto ingiuntivo, la data di notifica del precetto)".

Pure Cass. 21 novembre 2001 n. 14730, ai fini della validità del precetto, considera sufficiente che "il debitore sia informato della conseguita esecutorietà del decreto, attraverso la citazione del provvedimento che abbia disposto l'esecutorietà, indipendentemente dall'osservanza di prescrizioni formali".

In questa stessa prospettiva, in particolare, è stato detto che, "poichè competente a dichiarare esecutivo il decreto ingiuntivo è lo stesso giudice che lo ha emesso (art. 654, comma 1, c.p.c.), se il precetto menziona, al fine di identificare il titolo esecutivo (comma 2 del medesimo articolo), la data del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e quella in cui è stata apposta la formula esecutiva, il precetto è valido, anche se manca l'indicazione dell'autorità dichiarante" (Cass. 17 dicembre 1997 n. 12792).

Cass. 1° dicembre 2000 n. 15364, infine, ha precisato che "nell'espropriazione forzata, minacciata in virtù di ingiunzione dichiarata esecutiva ai sensi dell'art. 654 c.p.c., la menzione, nel precetto, del provvedimento che ha disposto la esecutorietà e dell'apposizione della formula, comporta non la inesistenza giuridica, ma la nullità del precetto medesimo, per effetto del combinato disposto degli art. 654, 480 e 479 c.p.c., la quale deve essere dedotta mediante opposizione agli atti esecutivi, nel termine perentorio di cinque giorni dalla notificazione del precetto stesso" (nello stesso senso v., ad esempio, Cass. 25 maggio 1989 n. 2525).

punto di vista rigorosamente logico dovrebbe assorbire o sostituire sempre il decreto ingiuntivo [attesa la prevalenza della pronuncia di merito sugli "accertamenti anticipati" (36)], è altrettanto innegabile che con la disposizione in parola il legislatore ha deliberatamente (37) anteposto alla logica esigenze pratiche, facendo "sopravvivere" l'ingiunzione proprio in funzione delle finalità acceleratorie (rispetto all'inizio del procedimento esecutivo) perseguite dall'art. 654, comma 2, c.p.c.: finalità che sarebbero rimaste frustrate, qualora (sostituendosi la sentenza al decreto ingiuntivo) il titolo esecutivo fosse stato costituito dalla sentenza rigettante integralmente l'opposizione [la quale (sentenza) avrebbe dovuto notificarsi in forma esecutiva in base alla regola generale *ex* art. 479, comma 1, c.p.c.].

Orbene!

La dichiarazione di esecutorietà *ex* art. 654, comma 1, c.p.c., mentre è del tutto coerente con le esigenze acceleratorie perseguite dal secondo comma dello stesso art. 654, non avrebbe più giustificazione per il creditore che non intendesse avvalersi delle forme esecutive semplificate ivi previste e che volesse, invece, notificare nuovamente *ex* art. 479 c.p.c. il decreto ingiuntivo divenuto esecutivo *ex* art. 653, comma 1, c.p.c. (38) (39).

---

(36) V. specialmente MANDRIOLI, *La caducazione dei cosiddetti accertamenti anticipati per effetto della pronuncia di primo grado ancorchè non esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 518, (a p. 530 il chiaro Autore riassume così le sue conclusioni: "da ciò consegue che quando la sentenza di primo grado è in contrasto col contenuto del provvedimento-anticipazione, questo è caducato senz'altro perchè per il giudice di primo grado il contenuto del risultato dell'esercizio del suo potere decisorio non può che essere quello della sentenza. D'altra parte, quando la sentenza non è in contrasto col provvedimento-anticipazione, questo è ugualmente caducato, perchè superato dalla sentenza nel suo contenuto e quindi superfluo. Il che lascia aperta l'eventualità di qualche sua ulteriore utilizzazione per il caso in cui la legge ne offre la possibilità"); *Sull'efficacia della sentenza di primo grado non esecutiva che accoglie parzialmente l'opposizione a decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 698, 709; *Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 551, 571 ss.; nonchè BUCOLO, *Appunti sull'esecutività provvisoria della sentenza che accoglie l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 1965, I, 2, 625.

Lo stesso effetto sostitutivo (della sentenza *de qua* rispetto al decreto) dovrebbe postulare altresì chi ravvisa nell'opposizione un'impugnazione sostitutiva o rescindente del decreto ingiuntivo (cfr. VIGNERA, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 720, 755 ss.).

(37) In tal modo dissentiamo, ovviamente, da chi ha riduttivamente parlato a questo proposito di "imprecisa dizione letterale dell'art. 653, 1° comma" (GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 224) o di "abnormità" (VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 392).

(38) Come testè detto, il decreto stesso in tal caso "acquista efficacia esecutiva" *ex* art. 653, comma 1, ultima parte, c.p.c. ed è, quindi, senz'altro titolo esecutivo *ex* art. 474, comma 1, n. 1, ultima parte, c.p.c.

Non può escludersi, invero, che il creditore (anzichè utilizzare la facoltà concessagli dall'art. 654, comma 2) preferisca rinotificare il decreto ingiuntivo in forma esecutiva *ex* art. 479. Ciò, più esattamente, può succedere allorchè egli intenda pignorare i beni del debitore per realizzare esecutivamente tanto il credito costituente l'oggetto dell'ingiunzione, quanto le ulteriori pretese riconosciutegli dalla sentenza rigettante l'opposizione (per esempio: il risarcimento del danno *ex* art. 1224 c.c. ed il rimborso delle spese del giudizio di opposizione *ex* art. 91 c.p.c.): in tal caso, infatti, il decreto ingiuntivo e la sentenza rigettante l'opposizione ben potrebbero essere notificate assieme *ex* art. 479 c.p.c.

Va da sè, naturalmente, che il creditore potrebbe pure mettere in esecuzione il decreto ingiuntivo nelle forme semplificate *ex* art. 654, comma 2, c.p.c. ed intervenire successivamente nel processo esecutivo *ex* art. 499 per far valere le ulteriori ragioni di credito spettantigli in virtù della pronuncia di rigetto dell'esecuzione.

(39) Alla stregua del discorso fatto nella nota precedente, condividiamo l'opinione che, "per la condanna recata dal decreto (sorta, accessori e spese), l'unico titolo è quest'ultimo, potendosi soltanto aggiungere, quale titolo esecutivo, ma per altre ragioni di credito, diverse od ulteriori rispetto a quelle del decreto, anche la sentenza di rigetto dell'opposizione" (VALITUTTI-DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, cit., 397).

Infatti, pretendere pure in quest'ultimo caso la preventiva dichiarazione di esecutorietà *ex* art. 654, comma 1, c.p.c., significherebbe esporre l'art. 653, comma 1, c.p.c. ad una censura di incostituzionalità *ex* artt. 3 (40), 24, comma 1 (41), e 111, comma 2, ultima parte (42), Cost., atteso che si porrebbe irragionevolmente a carico del creditore un onere incidente sul tempestivo esercizio dell'azione esecutiva [ed avente ad oggetto la proposizione dell'istanza (43) finalizzata ad ottenere dal giudice dell'ingiunzione la pronuncia del decreto di esecutorietà, ogniqualvolta il medesimo non sia stato emesso precedentemente e contestualmente alla sentenza rigettante l'opposizione (44)], il quale (onere) invece sarebbe del tutto mancato, se il titolo esecutivo fosse stato (secondo la logica) costituito dalla sentenza rigettante l'opposizione anzichè dal decreto ingiuntivo!

---

*(segue nota 39)* Non ci pare, invece, conforme al diritto positivo la tesi, secondo cui la sentenza rigettante l'opposizione si sostituisce al decreto ingiuntivo "anche dal punto di vista dell'esecutività", costituendo la medesima titolo esecutivo pure per l'oggetto di condanna riflesso dal decreto ingiuntivo (così RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 517 ss., spec. 519-520, secondo cui in virtù dell'art. 653, comma 1, c.p.c. "ciò che il decreto – integralmente confermato dalla sentenza di merito – mantiene non è altro che la sua umile valenza di *chartula executiva*, e cioè la sua idoneità ad essere speso come titolo *ex* art. 474 c.p.c. pur dopo la pubblicazione della decisione di primo grado. In sostanza, la norma di cui ci stiamo occupando ... attribuisce al creditore vittorioso in opposizione la facoltà alternativa di iniziare l'esecuzione forzata o sulla base della sentenza o sulla base del decreto: se vorrà utilizzare come titolo quest'ultimo potrà evitare, ai sensi del secondo comma dell'art. 654 c.p.c., di notificarlo, ma, ovviamente, non potrà procedere esecutivamente per somme la cui condanna sia riflessa nella sola sentenza...; se vorrà utilizzare come titolo la sentenza potrà pretendere tutto quanto in essa riconosciuto – ivi comprese le somme che già erano state fatte oggetto di condanna monitoria – ma, ovviamente, dovrà notificarla ai sensi dei primi due commi dell'art. 479 c.p.c.").

Osserviamo in contrario che, se effettivamente la sentenza di rigetto dell'opposizione avesse contenuto condannatorio anche per il credito costituente l'oggetto della condanna monitoria, la sentenza stessa dovrebbe costituire senz'altro *ex* art. 2818, comma 1, c.c. titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale pure in relazione al credito predetto. In tal caso, però, risulterebbe assolutamente superfluo l'art. 655 c.p.c. nella parte in cui espressamente riconosce la qualità di titolo ipotecario proprio ai "decreti ... rispetto ai quali è rigettata l'opposizione" (i quali, pertanto, *de iure condito* non hanno soltanto la "umile valenza di *chartulae executivae*" (siccome, invece, riduttivamente assume Ronco).

(40) Sul c.d. criterio della ragionevolezza nel giudizio di costituzionalità delle leggi ci permettiamo rinviare a ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 133 ss.

Per più complete informazioni v. pure MORRONE, Il custode della ragionevolezza, Milano, 2001, 37 ss.

(41) Sul diritto ad agire *in executivis* garantito (pure) dall'art. 24 Cost. v. Corte cost. 15 luglio 1992 n. 329, *Foro it.*, 1993, I, 2785; 5 ottobre 2001 n. 333, in *Giur. it.*, 2002, 31; 12 novembre 2002 n. 444, *ivi*, 2003, 1075; 28 maggio 2004 n. 155.

Per più generali rilievi sulla garanzia costituzionale dell'azione v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 63 ss.

(42) Sull'art. 111, comma 2, ultima parte, Cost. v. VIGNERA, *La durata ragionevole del processo (civile) nel sistema delle garanzie costituzionali*, in *Informazione prev.*, 2003, 446.

(43) Non infirma la validità delle nostre conclusioni la circostanza che l'istanza in discorso può essere anche verbale, analogamente a quanto previsto dall'art. 647 c.p.c. [cfr. SCIACCHITANO, *"Ingiunzione (dir. proc. civ.)"*, in *Enc. dir.*, XXI, 505, 523]. Non è, infatti, detto che all'istanza segua immediatamente la pronuncia del decreto d'esecutorietà!

(44) L'inizio dell'esecuzione forzata risulterebbe vieppiù ritardato alla stregua della tesi, secondo cui il decreto previsto dal primo comma dell'art. 654 potrebbe essere pronunciato solo quando l'esecutorietà viene acquisita dal decreto ingiuntivo successivamente alla pronuncia della sentenza di rigetto (come succedeva normalmente prima della modifica dell'art. 282 operata dall'art. 33 della l. 26 novembre 1990 n. 353: quando, cioè, la sentenza di primo grado normalmente non era esecutiva) e non, invece, quando il giudice abbia erroneamente omesso di provvedere con la sentenza medesima, dovendosi in quest'ultima ipotesi ricorrere alla procedura di correzione degli errori materiali (così ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit., 108).

In conclusione: essendo stato scritto in funzione delle ragioni di economia processuale perseguite dal secondo comma (come speriamo di aver dimostrato), il primo comma dell'art. 654 non solo non potrebbe considerarsi l'estrinsecazione di un principio generale (in virtù del quale l'esecutività dovrebbe essere sempre dichiarata dal giudice dell'ingiunzione), ma non potrebbe neppure applicarsi analogicamente in mancanza di una precedente notificazione del decreto ingiuntivo (45): siccome succede, per l'appunto, in presenza dell'ingiunzione esecutiva *ex lege*, la quale va notificata al debitore (agli effetti *ex* artt. 479, comma 1, 641, comma 1, 644 e 645 c.p.c.) solo dopo la sua pronuncia.

### *5. —* (Segue) *Analoga inidoneità dell'art. 647, comma 1, c.p.c.*

La conclusione or ora enucleata ben si attaglia pure alla previsione ex art. 647, comma 1, c.p.c.

Infatti:

A) la disposizione contenuta nell'art. 654, comma 2, c.p.c., essendo diretta a semplificare l'inizio del procedimento esecutivo, si considera di carattere generale e, quindi, applicabile in tutte le ipotesi in cui il decreto ingiuntivo ha acquistato efficacia esecutiva (46), comprese quelle *ex* art. 647 (47);

B) conseguentemente, lo stesso nesso di strumentalità esistente tra il decreto di esecutorietà *ex* art. 654, comma 1, c.p.c. e la norma ex art. 654, comma 2, c.p.c. è configurabile tra quest'ultima ed il decreto di esecutorietà ex art. 647, comma 1.

Alla superiore considerazione, tuttavia, a nostro avviso è possibile aggiungerne un'altra, derivante dalla constatazione che l'accertamento della sussistenza dei presupposti dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo fissati dall'art. 647, comma 1, c.p.c. (mancata opposizione o mancata costituzione dell'opponente) implica la soluzione di delicati interrogativi giuridici, i quali a solo titolo esemplificativo possono così formularsi:

— in presenza di una regolare notificazione del decreto ingiuntivo, la sua mancata conoscenza da parte dell'intimato e la conseguente mancanza di opposizione possono determinare comunque l'esecutività del decreto stesso (48)?

---

(45) Cfr. Cass. 28 aprile 1975 n. 1656, per la quale, nel caso di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo *ex* art. 642 c.p.c., "non è applicabile la disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 654 c.p.c., secondo cui è necessario che nel precetto si faccia menzione del provvedimento che ha disposto l'esecutorietà e dell'apposizione della formula esecutiva, in quanto tale norma è dettata per l'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo diventi esecutivo dopo la sua emanazione".

(46) V. la dottrina e la giurisprudenza ricordate all'inizio della nota 34.

(47) Per l'applicabilità della norma *ex* art. 654, comma 2, c.p.c. alle ipotesi *ex* art. 647 c.p.c. v. specificamente Cass. 20 giugno 1972 n. 1975.

(48) Ad onta della lettera dell'art. 647, ultima parte, c.p.c. [che sembra riconnettere la rinnovazione della notificazione del decreto (e, quindi, la preclusione della sua esecutività) alla mancata conoscenza (effettiva o probabile) del decreto stesso] sembra preferibile la tesi, secondo cui la probabile mancata conoscenza del decreto determina la rinnovazione della sua notificazione nei soli casi *ex* art. 650 (irregolarità della notifica, caso fortuito o forza maggiore): v. in tal senso GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 122, il quale ragionevolmente postula un coordinamento tra l'art. 650, comma 1, e l'art. 647, comma 1.

— la notifica del decreto oltre il termine ex art. 644 c.p.c. è idonea a far decorrere quello per l'opposizione ex art. 641 (49)?

— può il decreto ingiuntivo essere dichiarato esecutivo *de plano* ai sensi dell'art. 647, comma 1, pur in pendenza di un'opposizione intempestivamente proposta (50) ovvero in caso di tardiva costituzione in giudizio dell'opponente (51)?

— data risposta affermativa a quest'ultimo quesito, qual è il termine di costituzione dell'opponente, la cui decorrenza provoca la tardività della costituzione stessa (52)?

---

(49) In senso affermativo v. in dottrina GARBAGNATI, I*l procedimento d'ingiunzione*, cit., 108-109; ed in giurisprudenza Cass. 25 febbraio 1981 n. 1141; 24 febbraio 1982 n. 1140; 25 marzo 1985 n. 2090; 17 dicembre 1992 n. 13333, in *Giust. civ.*, 1993, I, 928; 20 dicembre 2000 n. 15977.

(50) Per la soluzione negativa cfr. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 125 nota 358 ("Può darsi che sia proposta intempestivamente opposizione contro un decreto d'ingiunzione regolarmente notificato; in tal caso la pendenza del giudizio di opposizione preclude l'applicabilità dell'art. 647, primo comma").

*Contra* RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 418, il quale esattamente sottolinea che la diversa soluzione penalizza ingiustamente il creditore.

(51) L'equiparazione agli effetti *ex* art. 647 c.p.c. della tardiva costituzione alla mancanza della stessa, (contestata da GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 175-176, secondo cui la tardiva costituzione dell'opponente determina l'improcedibilità dell'opposizione, ma preclude al creditore la possibilità di ottenere la dichiarazione di esecutività *ex* art. 647) può considerasi "diritto vivente" (v. esemplificativamente Cass. 30 marzo 1998 n. 3316, in *Foro it.*, 1998, I, 2161: "La tardiva costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo, essendo equiparabile alla mancata costituzione, determina l'improcedibilità dell'opposizione e legittima la dichiarazione di esecutività del decreto opposto"; analogamente v. in dottrina CARNELUTTI, *Decadenza dall'opposizione all'ingiunzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, II, 220; RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 418).

In argomento v. pure Cass. 3 aprile 1990 n. 2707, in *Corriere giur.*, 1990, 1022: "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la tardiva costituzione dell'opponente va equiparata alla sua mancata costituzione e comporta l'improcedibilità dell'opposizione, con la conseguenza che l'opponente non può utilmente riassumere il giudizio ancorché non sia stato pronunciato il decreto di esecutorietà dell'ingiunzione ed indipendentemente dal fatto che il creditore opposto si sia costituito nel suo termine; detta improcedibilità dell'opposizione, con la conseguente efficacia di giudicato (interno) acquistata dal decreto ingiuntivo, deve essere rilevata in via pregiudiziale rispetto ad ogni altra questione, compresa quella relativa alla competenza del giudice che ha emesso l'ingiunzione, ed anche d'ufficio, dal giudice e, quindi, pure dalla corte di cassazione, che, in tal caso, provvede a cassare senza rinvio la sentenza impugnata, perché l'azione non poteva essere più proseguita"; nello stesso senso v. tra le più recenti Cass. 27 novembre 1998 n. 12044; 22 giugno 1999 n. 6304; 26 gennaio 2000 n. 849, in *Giur. it.*, 2002, 1627; 15 marzo 2001 n. 3752, in *Foro it.*, 2002, I, 193.

(52) Per GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., 169 ss., attesa la riduzione dei termini di comparizione disposta dall'art. 645, comma 2, ultima parte, c.p.c. ed in virtù del generico richiamo alle norme del procedimento ordinario *ex* art. 645, comma 2, prima parte, trova "applicazione il principio enunciato dagli art. 165 e 166, con riferimento all'ipotesi contemplata dall'art. 163-*bis*, comma 2°: e cioè, che alla riduzione fino alla metà del termine di comparizione deve accompagnarsi" sempre la riduzione dei termini di costituzione; di guisa che "il termine per la costituzione dell'opponente è di soli cinque giorni" *ex* art. 165 c.p.c.

Secondo la tesi dominante, invece, "nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, i termini di costituzione sono quelli ordinari, secondo quanto stabiliscono gli art. 165 e 166 c. p. c. rispettivamente per l'attore e per il convenuto, quando l'opponente assegni alla controparte il termine ordinario di comparizione o un termine maggiore; qualora, invece, si avvalga della facoltà, in base all'ultimo comma, art. 645 c. p. c., di dimezzare il termine di comparizione, assegnando al convenuto in opposizione un termine a comparire inferiore a quello ordinario, è ridotto alla metà il termine a lui stesso assegnato per la costituzione dall'art. 165 c. p. c." (così *ex plurimis* Cass. 7 aprile 1987 n. 3355; conf. Cass. 27 novembre 1998 n. 12044; 15 marzo 2001 n. 3752, in *Foro it.*, 2002, I, 193; 20 novembre 2002 n.16332, in *Gius*, 2003, 6, 604).

Ebbene!

Non ci sembra affatto inverosimile affermare che la dichiarazione giudiziale di esecutività *ex* art. 647, comma 1, c.p.c. ben può essere stata concepita dal legislatore (pure) in previsione di simili problemi, la cui soluzione è stata così (e per ragioni di opportunità) demandata al giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo (53), il cui controllo è ben più "professionale" rispetto a quello che (in mancanza della previsione *de qua*) sarebbe stato compiuto esclusivamente dal cancelliere in sede di apposizione della formula esecutiva.

E se proprio questa o anche questa (in aggiunta a quella suggerita all'inizio del presente paragrafo) è la ragion d'essere del provvedimento di esecutività *ex* art. 647 c.p.c., allora tale norma:

a) deve considerasi eccezionale rispetto alle disposizioni *ex* art. 475, comma 1, c.p.c. e 153, comma 1, disp. att. c.p.c., che demandano solamente al cancelliere [senza necessità, cioè, un apposito ordine del giudice" (54)] "il controllo sulla perfezione del titolo esecutivo" (55) in sede di spedizione del medesimo in forma esecutiva;

b) non è, di conseguenza, applicabile ai decreti ingiuntivi considerati senz'altro esecutivi nè in via analogica (ostandovi l'art. 14 delle preleggi) nè in via estensiva (56) (atteso che, a differenza di quella *ex lege*, l'esecutorietà *ex* art. 647 c.p.c. viene acquisita dal decreto ingiuntivo dopo la sua pronuncia).

---

*(segue nota 52)* Speciale attenzione merita, infine, l'opinione di RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 406 ss., secondo cui il termine per la costituzione dell'opponente è quello divisato per il convenuto dall'art. 166 c.p.c. e cioè, di almeno venti giorni prima dell'udienza indicata nell'atto introduttivo ovvero di almeno dieci giorni prima di tale udienza, in caso di abbreviazione *ex* art. 163-*bis*, comma 2, c.p.c. [*recte*: "soltanto ove l'opponente ottenga dal giudice *ex* art. 163-*bis*, secondo comma, c.p.c. l'autorizzazione a far correre tra la notifica della citazione e l'udienza di comparizione meno di trenta giorni liberi" (così a p. 414)], atteso che "tale è ... il termine di cui l'opposto deve poter godere per ritrovarsi in una posizione non deteriore rispetto a quella in cui si troverebbe chi, avendo proposto una domanda secondo le forme ordinarie, debba poter replicare alle difese del convenuto tempestivamente costituito" (p. 414): opinione che condividiamo senz'altro, avendo in precedente occasione manifestato l'avviso che "il creditore-ricorrente ed il debitore opponente sono, rispettivamente, l'attore ed il convenuto non solo dal punto di vista sostanziale (come si è soliti dire), ma anche da quello formale" (VIGNERA, *La relazione strutturale tra procedimento monitorio e giudizio di opposizione*, cit., 769).

(53) Alla stregua di quanto testè detto, pertanto, non può affatto sostenersi che il provvedimento giudiziale di esecutività risulta "meramente ripetitivo dell'attestazione di cancelleria in ordine alla notificazione e mancata opposizione del decreto ingiuntivo": siccome ha, di contro, ritenuto il Presidente del Tribunale di Firenze nel sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 647 e 654 c. p. c., nella parte in cui richiedono l'adozione di un provvedimento giudiziale che dichiari l'esecutività del decreto ingiuntivo, in riferimento all'art. 97 Cost. (questione dichiarata manifestamente inammissibile da Corte cost. 28 dicembre 1990 n. 572, in *Giur. cost.*, 1990, 3219).

(54) In questo senso v. specialmente GRASSO, *Titolo esecutivo*, in *Enc. dir.*, XLIV, 685, 696, il quale (nel contesto di una ricostruzione finalizzata a rivalutare la funzione della spedizione del titolo in forma esecutiva, che tradizionalmente viene, viceversa, riduttivamente considerata un "residuo storico") sottolinea esattamente come nell'attuale realtà normativa il potere di accertare la sussistenza del titolo esecutivo sia "sicuramente e necessariamente esercitato da un organo giudiziario diverso dal giudice o dal pubblico ufficiale che ha ricevuto l'atto, nei modi previsti dall'art. 153 disp. att. c.p.c.".

(55) GRASSO, *Titolo esecutivo*, cit., 696, il quale precisa che tale controllo "riguarda la stessa rilevanza dell'atto quale titolo esecutivo".

(56) Cfr. esemplificativamente Cass. 1° settembre 1999 n. 9205: "L'interpretazione estensiva di disposizioni "eccezionali" o "derogatorie", rispetto ad una avente natura di "regola", se pure in astratto non preclusa, deve ritenersi comunque circoscritta alle ipotesi in cui il *plus* di significato, che si intenda attribuire alla norma interpretata, non riduca la portata della norma costituente la regola con l'introduzione di nuove eccezioni, bensì si limiti ad individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di *ratio* con quella espressamente contemplata".

### *6. — Rilevanza della distinzione tra esecutività* ex lege *ed esecutività* ope iudicis *ai fini della spedizione del decreto in forma esecutiva.*

La distinzione dei decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi *ope iudicis* da quelli immediatamente esecutivi *ex lege* non è priva di riflessi pratici.

Ed invero, dovendosi [alla stregua dell'opinione prevalente (57)] ritenere che al momento della spedizione in forma esecutiva *ex* art. 475 c.p.c. il pubblico ufficiale debba *ex* art. 153 disp. att. c.p.c. verificare l'esistenza originaria di un titolo esecutivo, l'oggetto del controllo del cancelliere nell'ipotesi di decreti esecutivi *ope iudicis* è diverso da quello espletato in presenza di decreti esecutivi *ope legis*.

Nel primo caso tale oggetto è costituito dalla clausola di provvisoria esecutività, dovendo il cancelliere accertarsi soltanto della presenza di un provvedimento giudiziale espressamente autorizzativo o concessivo dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo.

Nel secondo caso, invece, il controllo *de quo* investe il contenuto stesso dell'ingiunzione (per ricostruire il quale, anzi, è quasi sempre necessario esaminare pure il relativo ricorso ed i documenti ad esso allegati) e della disposizione normativa che disciplina la medesima (ingiunzione) in via generale ed astratta: trattasi, più esattamente, di un controllo più complesso del precedente in quanto il cancelliere deve individuare la natura del credito oggetto dell'ingiunzione [nonchè talvolta (58) la natura della "sottostante" prova documentale] e la norma giuridica contemplante l'immediata esecutività del decreto ingiuntivo relativo a crediti di quella natura.

Del tutto ininfluente agli effetti di questo secondo controllo è, viceversa, la sussistenza o meno di una precedente pronuncia giudiziale sull'esecutività del provvedimento in questione.

Ciò significa che, emesso un decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo *ex lege*, il cancelliere ha il potere-dovere di effettuare senz'altro la spedizione in forma esecutiva *ex* artt. 475 c.p.c. e 153 disp. att. c.p.c. (59): sia in mancanza di un'espressa

---

(57) V. per tutti VELLANI, *Titolo esecutivo-precetto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 328, 330, il quale precisa che, nell'ipotesi di provvedimenti giurisdizionali diversi dalla sentenza, il cancelliere deve accertare l'esistenza di una specifica norma attribuente agli stessi la qualità di titolo esecutivo.

Per la giurisprudenza v. Cass. 5 luglio 1990 n. 7074: "Nel sistema indicato dall'art. 475 c. p. c., la spedizione del titolo in forma esecutiva non comporta l'accertamento dell'efficacia del titolo esecutivo, né dell'inesistenza di fatti impeditivi o estintivi dell'azione esecutiva, ma una verifica formale per il debitore dell'esistenza dello stesso titolo esecutivo".

(58) V. ad esempio l'art. 63 disp. att. c.c., il quale parla dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea condominiale: cfr. Cass. 29 marzo 2001 n. 4638 e Cass. 21 novembre 2000 n. 15017 ricordate nella nota 18.

(59) Cfr. Cass. 13 dicembre 1980 n. 6483, in *Arch. locazioni*, 2003, 701: "Mentre nell'ipotesi prevista dal primo comma dell'art. 663 c.p.c. titolo esecutivo, generante l'azione esecutiva di rilascio, è l'intimazione di licenza o di sfratto convalidala, nell'ipotesi considerata dall'art. 665 c.p.c. titolo esecutivo è l'ordinanza non impugnabile di rilascio, con la conseguenza che il giudice non deve, in tal caso, pronunciare alcun ordine di apposizione della formula esecutiva, la quale deve invece essere apposta dal cancelliere, a norma dell'art. 475 c.p.c. in calce alla copia autentica di quell'ordinanza"; conf. Trib. Padova 4 novembre 1977, in *Giur. merito*, 1978, I, 783; AGOSTINO, *Osservazioni sugli artt. 665 e 663, in ordine all'efficacia esecutiva dei rispettivi provvedimenti del giudice*, *ivi*, 1978, I, 784; GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., 312 nota 69; VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 141. *Contra* (soltanto) LAZZARO-PREDEN-VARRONE, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978, 153.

dichiarazione di esecutività del giudice dell'ingiunzione (non necessaria), sia in presenza di un rigetto della (non necessaria) richiesta di declaratoria d'esecutorietà eventualmente rivolta al giudice dell'ingiunzione dal creditore ricorrente (rigetto irrilevante per totale carenza di potere *in parte qua*).

Un eventuale rifiuto del cancelliere, infine, potrà provocare soltanto (come succede in ogni altra ipotesi di suo ingiustificato diniego del rilascio di copia esecutiva) un ricorso dell'interessato al capo dell'ufficio giudiziario che ha pronunciato il decreto (e non al giudice che l'ha emesso) in applicazione analogica dell'art. 476, comma 2, c.p.c. (60).

(60) V. in tal senso CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 1985, 38; CORSARO-BOZZI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 32-33; MASSARI, *Titolo esecutivo*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, 375, 388; VELLANI, T*itolo esecutivo-precetto*, cit., 332.

Lo stesso strumento è divisato da CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., 191, il quale peraltro invoca al riguardo (non già un'applicazione analogica dell'art. 476, comma 2, c.p.c., ma) l'art. 101 l. 23 ottobre 1960 n. 1196, riguardante il potere di sorveglianza dei capi degli uffici giudiziari.

Per SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1966, 98, invece, il rimedio avverso il rifiuto *de quo* sarebbe costituito dall'azione giudiziaria di accertamento del diritto di procedere ad esecuzione forzata contro l'esecutando e, quindi, ad ottenere il rilascio della copia esecutiva: tale rimedio, tuttavia, mentre per per alcuni (MASSARI, *Titolo esecutivo*, cit., 388) sarebbe utilizzabile solo in caso di infruttuosità del ricorso *ex* art. 476, comma 2, c.p.c. e per altri (CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, cit., 38) addirittura in via alternativa al ricorso stesso, è radicalmente escluso da CORSARO-BOZZI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 33 (ma v. già prima CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 831).

**ANDREA ROSSI**

Avvocato INAIL

# IL PARZIALE ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO

***Sommario: 1. Origine e fondamento del parziale esonero. 2. - Ambito di applicazione del parziale esonero: condizioni e limiti. 3. - La tutela previdenziale del danno biologico: riflessi sul sistema di parziale esonero. 4. - Conclusioni***

## *1. — Origine e fondamento del parziale esonero*

Il parziale esonero dalla responsabilità civile del datore di lavoro venne introdotto nel nostro ordinamento con il combinato disposto contenuto negli artt. 22 e 24 della legge 15 marzo 1898, n. 80, istitutiva dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro (1).

Questa legge costituì il punto di approdo dell'intensa attività legislativa, scientifica e giurisprudenziale, sviluppatasi in concomitanza con la crescita esponenziale degli infortuni sul lavoro, inevitabile tributo da pagare al processo di industrializzazione che interessò il nostro paese negli ultimi decenni del XIX secolo, per rimediare all'insuffi-

(1) Il testo dell'art.22 della legge n.80 del 1898 così dispone "Nonostante l'assicurazione effettuata con le norme da questa legge stabilite, rimane la responsabilità civile a carico di coloro che siano assoggettati a condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato. Rimane anche la responsabilità civile al proprietario o capo od esercente dell'impresa, industria o costruzione quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha preposto alla direzione o sorveglianza del lavoro se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile. Le precedenti disposizioni di questo articolo si applicano soltanto quando il fatto dal quale l'infortunio è derivato costituisce reato d'azione pubblica. Qualora venisse dichiarato non essere luogo a procedimento perché l'azione sia estinta per amnistia o morte, dietro domanda giudiziale degli interessati proposta entro un anno da tale dichiarazione, il giudice civile deciderà se, per i fatti che avrebbero costituito reato, sussista la responsabilità civile a norma dei tre primi comma di questo articolo. Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che non ascende a somma maggiore della indennità che il danneggiato od i suoi eredi avranno diritto al pagamento della sola parte che eccede le indennità liquidate a norma di questa legge".

Art. 24 : "Salvo i casi previsti dall'art.22, i capi o esercenti d'imprese, industrie o costruzioni di cui agli artt. 1 e 6 dopo stipulata l'assicurazione o dopo aver provveduto ai termini degli articoli 17 e 18, restano esonerati dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro".

cienza degli strumenti giuridici forniti dal diritto comune che lasciava il lavoratore infortunato nella maggior parte dei casi privo di un'effettiva tutela. Infatti, una volta verificatosi l'infortunio né la responsabilità extracontrattuale (2) né la responsabilità contrattuale (3), tramandate dalla tradizione romanistica, garantivano il conseguimento del risarcimento del danno, legato all'esistenza o, comunque, alla difficile dimostrazione processuale della responsabilità colposa del datore di lavoro.

D'altronde presto ci si accorse che "la statistica, discriminando le varie cause degli infortuni, dimostra che poco più del terzo può riferirsi a colpa degli industriali; il 70% è occasionato dal rischio professionale. È questa grande massa di infortuni irresarcibili dovuti al caso ed alla forza maggiore che commuove l'opinione pubblica e domanda efficaci provvedimenti, non già la cifra pressoché trascurabile degli infortuni colposi" (4); così, sulla scorta del fatto che "ogni qualvolta un infortunio si verifica e viene constatato che (come avviene nel maggior numero dei casi) nessuno con dolo o con colpa ne fu la causa, necessariamente ne deriva, nel diritto vigente, che nessuno civilmente debba risponderne. Ma diversamente si presenta la cosa se noi consideriamo invece tali infortuni non più isolatamente ma nel loro complesso. Essi appaiono allora infatti non più come imprevedibili avvenimenti ma come accessori inevitabili dell'industria che regolarmente si riproducono" (5), gli esponenti della corrente del socialismo giuridico si fecero promotori della teoria del rischio professionale che comportò il passaggio da un sistema fondato sulla responsabilità per colpa ad un sistema basato sulla responsabilità per rischio (6), in base al quale il datore di lavoro avrebbe dovuto rispondere di tutti gli infortuni sul lavoro.

Ed allora, per neutralizzare i riflessi negativi che sarebbero derivati sul patrimonio degli industriali si pensò allo strumento assicurativo, già presente nell'ambito infortunistico, anche se in forma facoltativa (7). L'obbligo di risarcire il danno alla persona riportato dal lavoratore venne sostituito con l'erogazione di un indennizzo a cari-

(2) Gli articoli 1151 e 1152 del codice civile del 1865 disciplinavano la fattispecie di responsabilità civile di natura extra-contrattuale, in base alla quale il lavoratore infortunato doveva dimostrare la colpevolezza del datore di lavoro per ottenere il ristoro del danno alla persona riportato. Tale prova, però, era particolarmente difficile da fornire sia perché in molti casi lo stesso incidente determinava la distruzione degli elementi utili per ricostruire l'incidente, sia per la ritrosia dei compagni di lavoro a deporre in favore dell'infortunato.

(3) Secondo la teoria della responsabilità contrattuale, che, però, in assenza di una norma simile a quella contenuta nell'art. 2087 c.c., non aveva fondamento nel diritto positivo, il datore di lavoro era gravato da un obbligo di sicurezza, che, in caso di infortunio, comportava il suo inadempimento contrattuale generatore di responsabilità civile. Questa teoria non ebbe molta fortuna per le difficoltà incontrate per l'assenza di una norma che ne giustificasse l'esistenza.

(4) Relazione del Ministro CHIMIRRI al progetto di legge presentato al Senato il 13 aprile 1891 (Senato del Regno, XVII legisl., n.33), pp.2-3.

(5) FUSINATO, *Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile*, Roma, 1887, p.54.

(6) L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile: alle origini del diritto del lavoro*, 1986, Napoli, 127.

(7) La legge 8 luglio 1883, n.1473, istitutiva della Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro, consentiva al datore di lavoro di assicurarsi per far fronte agli infortuni sul lavoro accaduti ai propri dipendenti. Tale assicurazione era facoltativa e non esonerava il datore di lavoro dalla responsabilità civile.

co di un'assicurazione obbligatoria il cui finanziamento venne affidato al datore di lavoro, che riceveva come contropartita il parziale esonero dalla responsabilità civile per tutti quegli infortuni determinati da una sua condotta omissiva colpevole.

La soluzione adottata fu, perciò, "di compromesso fra due opposte tendenze: quella che esigeva l'irresponsabilità, in ogni caso, dell'imprenditore assicurato e quella che invece riteneva dover mantenere integri i principi di diritto comune, limitando i benefici dell'assicurazione obbligatoria ai soli casi di infortunio non derivanti da colpa" (8).

L'assicurazione obbligatoria, così, assunse presto le sembianze di mezzo di pacificazione sociale fondato su una vera e propria transazione tra produzione e lavoro, in quanto il datore di lavoro veniva esonerato dalla responsabilità civile diretta o indiretta, purché non fosse assoggettato a condanna penale per il fatto-reato perseguibile d'ufficio dal quale l'infortunio era derivato, mentre il lavoratore riceveva un risarcimento del danno sotto forma di indennizzo di misura ridotta seppure per tutti gli infortuni sul lavoro riportati, anche quelli accaduti per caso fortuito, per forza maggiore o per sua stessa colpa.

Il sistema del parziale esonero venne riproposto nella sua interezza con l'art. 32 del t.u. 31 gennaio 1904, n. 51; venne, in seguito, trasfuso nell'art. 4 del r.d. 17 agosto 1935, n. 1765, che, a differenza del passato, rese automatico in presenza di un rapporto di lavoro meritevole di tutela sia il diritto all'indennizzo sia il parziale esonero dalla responsabilità civile a prescindere dall'avvenuto assolvimento dell'obbligazione contributiva.

Infine il testo dell'art.4 è stato recepito nell'ultimo t.u. 30 giugno 1965, n.1124, precisamente negli artt. 10 e 11 (9).

---

(8) L. GAETA, Sulla responsabilità civile dell'imprenditore nella legislazione infortunistica, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1955, 488.

(9) Art. 10 del t.u. n.1124/65: "L'assicurazione a norma del presente decreto esonera il datore di lavoro dalla responsabilità civile per gli infortuni sul lavoro. Nonostante l'assicurazione predetta permane la responsabilità civile a carico di coloro che abbiano riportato condanna penale per il fatto dal quale l'infortunio è derivato. Permane altresì la responsabilità civile del datore di lavoro quando la sentenza penale stabilisca che l'infortunio sia avvenuto per fatto imputabile a coloro che egli ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi debba rispondere secondo il codice civile. Le disposizioni dei due commi precedenti non si applicano quando per la punibilità del fatto dal quale l'infortunio è derivato sia necessaria la querela della persona offesa. Qualora sia pronunciata sentenza di non doversi procedere per morte dell'imputato o per amnistia, il giudice civile, in seguito a domanda degli interessati, proposta entro tre anni dalla sentenza, decide se, per il fatto che avrebbe costituito reato, sussista la responsabilità civile a norma dei commi secondo, terzo e quarto del presente articolo. Non si fa luogo a risarcimento qualora il giudice riconosca che questo non ascende a somma maggiore dell'indennità, che per effetto del presente decreto, è liquidata all'infortunato o ai suoi aventi diritto. Quando si faccia luogo a risarcimento questo è dovuto solo per la parte che eccede le indennità liquidate a norma degli articoli 66 e seguenti. Agli effetti dei precedenti commi sesto e settimo l'indennità di infortunio è rappresentata dal valore capitale della rendita liquidata, calcolato in base alle tabelle di cui all'art.39".

Art. 11 del t.u. n.1124/65: "L'Istituto assicuratore deve pagare le indennità anche nei casi previsti dal precedente articolo, salvo il diritto di regresso per le somme pagate a titolo di indennità e per le spese accessorie contro le persone civilmente responsabili. La persona civilmente responsabile deve, altresì, versare all'Istituto assicuratore una somma corrispondente al valore capitale dell'ulteriore rendita dovuta, calcolato in base alle tabelle di cui all'art.39. La sentenza, che accerta la responsabilità civile a norma del precedente articolo, è sufficiente a costituire l'Istituto assicuratore in credito verso la persona civilmente responsabile per le somme indicate nel comma precedente. L'Istituto può, altresì, esercitare la stessa azione di regresso contro l'infortunato quando l'infortunio sia avvenuto per dolo del medesimo accertato con sentenza penale. Quando sia pronunciata sentenza di non doversi procedere per morte dell'imputato o per amnistia, il dolo deve essere accertato nelle forme stabilite dal codice civile".

Anche nella sua ultima formulazione normativa il sistema del parziale esonero è rimasto coerente alla logica ed alla struttura assicurativa delle origini, nonostante che con la promulgazione della Costituzione repubblicana nel 1948 il fondamento della tutela previdenziale del lavoratore infortunato non poteva più essere il principio del rischio professionale, ma la norma contenuta nell'art.38 della Costituzione che mira alla realizzazione di un interesse pubblico e, precisamente, la liberazione, attraverso l'erogazione dei mezzi adeguati alle esigenze di vita, dallo stato di bisogno derivato dal verificarsi di uno di quegli eventi — elencati nell'art.38, co.2 Cost. e tra i quali vi è l'infortunio — che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono l'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, co. 2 Cost.) (10).

Il nuovo contesto legislativo comportò che pochi mesi prima della pubblicazione del t.u. 30 giugno 1965, n.1124 il Tribunale di Milano, con ordinanza del 22 aprile 1965, riscontrasse dei profili di incostituzionalità nel sistema del parziale esonero per violazione degli artt. 3, 35 e 38 della Costituzione.

La Consulta, però, con la sentenza 9 marzo 1967, n. 22, sebbene ritenesse opportuna una nuova strutturazione "dell'intero congegno previdenziale e del relativo sistema di finanziamento" per renderlo più coerente al disposto costituzionale contenuto nell'art.38, confermò la validità dell'impianto originario sulla base del fatto che il parziale esonero dalla responsabilità civile trova la sua giustificazione nella peculiarità del regime assicurativo, che garantisce al lavoratore infortunato una tutela più ampia di quella consentita dal diritto comune, indennizzandolo automaticamente per il danno professionale subito, anche nelle ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore (11).

L'esito del giudizio celebrato dinanzi alla Consulta ha messo in evidenza la pervicacia del principio del rischio professionale che paradossalmente, come osservato in dottrina, riesce ad influenzare l'opera della Consulta che "anziché giudicare della validità costituzionale delle leggi in relazione ai principi e norme costituzionali, in primo luogo l'art. 38 Cost. che non distingue tra lavoratori esposti a rischio e lavoratori non esposti al rischio, ha attribuito alla norma costituzionale la portata desumibile dai principi accolti dalla legislatore ordinario che, pertanto, finiscono con il coincidere senza residui con i principi costituzionali" (12).

La sentenza n.22 del 1967 emessa dalla Consulta incise altresì sull'ambito di applicazione del parziale esonero, comprimendolo e inaugurando quella serie di pronunce manipolative-additive con le quali la Consulta ha ridotto la sfera di applicazione del parziale esonero.

---

(10) Sulla funzione della previdenza sociale cfr. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, 22. Per l'inadeguatezza del modello assicurativo cfr. M. PERSIANI, "Rischio professionale e regresso dell'Inail, in *Mass. Giur. Lav*., 1986, 571. Per il superamento del principio del rischio professionale cfr. M. PERSIANI, "Tendenze dell'evoluzione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale", in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1974, III, 177.

(11) Per il testo della sentenza 9 marzo 1967, n.22 della Corte Costituzionale, insieme ad un commento critico, cfr. M. PERSIANI, "Esonero dalla responsabilità civile dell'infortunio sul lavoro e principi costituzionali in tema di previdenza sociale", in *D.L.*, 1968, II, 400; G. D'EUFEMIA, "Illegittimità costituzionale dell'art.4 della legge infortuni", in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1967, II, 2.

(12) S. PICCININNO, "L'evoluzione tecnologica ed i limiti soggettivi ed oggettivi del rischio professionale", in *Riv. It. Med. Leg.*, VIII, 1986, 680.

### *2. — Ambito di applicazione del parziale esonero: condizioni e limiti*

Nella sua formulazione originaria il parziale esonero dalla responsabilità civile disciplinato dall'art.4 del r.d. 17 agosto 1935, n. 1765 (divenuto, successivamente, art. 10 del t.u. 30 giugno 1965, n. 1124) veniva meno solo se il datore di lavoro e/o "coloro che egli (il datore di lavoro) ha incaricato della direzione o sorveglianza del lavoro, se del fatto di essi dal quale l'infortunio è derivato debba rispondere secondo il codice civile" avessero riportato una condanna penale per un reato perseguibile d'ufficio.

Erano previste, inoltre, due ipotesi residuali in cui anche senza una pronuncia di condanna, il giudice civile era chiamato ad accertare la presenza del fatto-reato: l'estinzione dell'azione penale per morte dell'imputato o per amnistia (comma 5).

Di norma il datore di lavoro veniva esonerato per il delitto di lesioni lievi colpose, che il disposto normativo contenuto nell'art. 590 c.p. considerava perseguibili a querela; mentre la responsabilità civile riviveva in tutta la sua pienezza per i delitti di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e lesioni gravi e gravissime colpose (art. 590 c.p.) ritenute tutte indistintamente, sino alla legge n. 689/81, perseguibili d'ufficio.

Pertanto, al di fuori delle ipotesi di estinzione del reato per amnistia e morte del reo, l'accertamento della responsabilità civile del datore di lavoro presupponeva una sentenza penale di condanna, la cui assenza, al contrario, salvaguardava, di fatto, il datore di lavoro che poteva opporre al lavoratore infortunato o all'Inail il parziale esonero.

La sentenza di condanna per un reato perseguibile d'ufficio faceva sorgere il diritto dell'Inail ad ottenere la restituzione degli importi erogati in favore del lavoratore infortunato nei limiti del danno civile complessivo dovuto dal datore di lavoro; mentre al lavoratore infortunato che aveva ricevuto l'indennizzo dall'Inail spettava il cd. danno differenziale, se esistente, rappresentato dalla differenza tra danno civilistico complessivo e prestazioni previdenziali erogate.

L'assetto complessivo, sino ad allora coerente ai principi di unità della giurisdizione e della preminenza del giudizio penale sulle altre forme di processo, a partire dalla sentenza n.22 del 1967 della Consulta, iniziò a vacillare sotto i colpi inferti dai molteplici interventi della Corte Costituzionale.

La prima breccia al sistema del parziale esonero venne aperta, come detto nel paragrafo precedente, dalla sentenza n.22 del 1967 della Consulta che affermò l'illegittimità parziale della norma contenuta nell'art.4 del r.d. n.1765/35 nella parte in cui escludeva la responsabilità civile indiretta del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro derivati da una condotta colpevole, integrante un reato perseguibile d'ufficio, di un suo dipendente che non rivestiva la qualifica di preposto, sempre che del fatto di esso ne debba rispondere secondo il codice civile (cfr. art.2049 c.c.) e nella parte in cui non consentiva al giudice civile di accertare l'esistenza del fatto-reato nelle ipotesi di pronuncia di estinzione del reato per prescrizione.

Questa sentenza segna il declino del giudicato penale di condanna destinato nel corso del tempo a perdere il suo ruolo di fulcro della responsabilità civile del datore di lavoro, sostituito gradualmente dall'accertamento, affidato *incidenter tantum* al giudice civile, del-

l'esistenza di un reato perseguibile d'ufficio, che diviene mera condizione dell'azione (13).

Ad onor del vero il ribaltamento dell'impianto originario si verificò qualche anno dopo, diretta conseguenza dell'illegittimità costituzionale delle norme contenute negli articoli 25, 27 e 28 dell'oramai abrogato codice di procedura penale perché contrarie al principio secondo cui il giudicato penale non può produrre i suoi effetti *erga omnes*, dovendo restare esclusi i terzi estranei al giudizio o per impossibilità giuridica o perché non posti nella condizione di partecipare (14).

Sulla scorta di tale principio all'inizio degli anni '80 la Consulta venne chiamata a verificare la legittimità degli artt.10 ed 11 del t.u. n.1124/65 che impedivano l'esercizio dell'azione di regresso dell'Inail in presenza di sentenze dibattimentali di assoluzione (15), di sentenze istruttorie di non doversi procedere (16) e di archiviazione della notizia di reato (17); lo scrutinio di costituzionalità interessò, inoltre, le medesime norme nella parte in cui estendevano l'efficacia del giudicato di condanna pronunciato nei confronti del compagno di lavoro del lavoratore infortunato al datore di lavoro che non aveva partecipato al giudizio penale (18).

La Consulta, accogliendo tutti i profili di incostituzionalità sollevati con le ordinanze di rinvio indicate in nota, di fatto, determinò l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità civile del datore di lavoro e restrinse gli ambiti del parziale esonero limitato solo alla circostanza che il fatto non integra un reato perseguibile d'ufficio (19).

Con una seconda pronuncia la Consulta produsse i medesimi effetti, questa volta in favore del lavoratore che esercitava l'azione civile nei confronti del datore di lavoro per ottenere il risarcimento del cd. danno differenziale; unica differenza riguardava l'esclusione della possibilità di agire dinanzi al giudice civile in presenza di una sentenza dibattimentale

(13) G. MARANDO, *Le azioni di R.C. per infortuni sul lavoro e malattie professionali, Appendice di aggiornamento*, Milano, 13.

(14) Con tre sentenze pubblicate nel giro di pochi anni (22 marzo 1971, n.55 in *F.I.*, 1971, I, 824 e 1798; 27 giugno 1973, n.99 in *F.I.*, 1973, I, 2009; 26 giugno 1975, n.165 in *F.I.*, 1976, I, 36) la Corte Costituzionale, ritenendo violato il diritto di difesa riconosciuto dall'art.24 della Costituzione, ha precluso la possibilità che la sentenza emessa possa produrre i suoi effetti pregiudizievoli a danno del terzo estraneo al giudizio.

(15) Pret. Avellino 11 luglio 1977, n.446; Pret. Roma 22 gennaio 1979, n.662; Pret. Savona 19 giugno 1979, n.644.

(16) Pret. Genova 17 luglio 1977, n.368 e 26 marzo 1979, n.423; Pret. Savona 16 giugno 1978, n.513; Pret. Pisa 1 luglio 1977, n.580.

(17) Trib. Genova 30 dicembre 1975, n.206/76; Pret. Savona 21 giugno 1977, n.357.

(18) Cass. (ord.) 3 settembre 1976, in *Riv. Inf. Mal. Prof.*, 1976, II, 242.

(19) Corte Costituzionale 19 giugno 1981, n.102, in *F.I.*, 1981, I, 2639 ha dichiarato l'illegittimità degli artt.10 ed 11 del t.u. 1124/65 nella parte in cui precludono in sede civile l'esercizio del diritto di regresso dell'Inail nei confronti del datore di lavoro qualora il processo penale promosso contro il datore di lavoro o un suo dipendente, per il fatto dal quale l'infortunio è derivato, si sia concluso con sentenza di assoluzione, malgrado che l'Istituto non abbia potuto parteciparvi; del 5° comma dell'art. 10 nella parte in cui non consente all'Inail l'esercizio del diritto di regresso anche nei casi in cui il processo penale nei confronti del datore di lavoro o di un suo dipendente si sia concluso con proscioglimento in sede istruttoria o vi sia provvedimento di archiviazione; degli artt. 10 e 11 nella parte in cui rendono opponibili nel giudizio di danno a carico del datore di lavoro per un infortunio di cui sia civilmente responsabile per fatto di un proprio dipendente, gli accertamenti dei fatti materiali da parte del giudice penale nel processo penale a carico del dipendente, processo al quale il datore di lavoro stesso sia rimasto estraneo perché non posto in grado di intervenire.

di assoluzione, perché questo profilo non era stato sollevato nelle ordinanze di rinvio (20).

A seguito delle due sentenze della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, con numerose pronunce susseguitesi nel corso del tempo, ha ritenuto corretto che "il giudice civile compia un'autonoma valutazione dei fatti posti a base dell'azione di regresso, nell'ambito della quale tuttavia non gli è precluso di trarre utili elementi di prova e di convincimento dell'istruttoria svolta nel processo penale e dagli accertamenti eseguiti in quella sede" (21).

L'opera di emancipazione dell'azione civile di risarcimento del danno promossa dal lavoratore infortunato o dell'azione di regresso dell'Inail dalle sorti del processo penale venne portata a compimento con l'introduzione nel nostro ordinamento del nuovo processo penale di stampo accusatorio, che ha segnato il passaggio dalla pregiudizialità penale all'autonomia dei giudizi affidati alla piena cognizione di ciascun giudice (22).

Se prima il rapporto tra processo penale e processo civile era strettamente connesso tanto che vigeva l'obbligo di sospendere il secondo in attesa di conoscere l'esito del primo per salvaguardare il principio di uniformità dei giudicati e di unità della giurisdizione, con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito l'azione penale e l'azione civile sono divenute separate ed indipendenti (23).

Ciò ha comportato che "tutte le volte che il giudice penale non possa provvedere sulla delibazione del fatto-reato, o si pronunci con effetto non vincolante per alcuna delle parti, la competenza all'accertamento dell'illecito infortunistico spetta in via incidentale al giudice civile" (24).

Agli inizi degli anni novanta il giudice delle leggi aprì un'ulteriore breccia nel sistema del parziale esonero che questa volta uscì ridimensionato dal confronto con il danno biologico.

In effetti, quando la Corte Costituzionale, con le sentenze nn.356 e 485 del 1991, ha affermato il diritto del lavoratore di agire per ottenere il ristoro del danno biologico di sua esclusiva spettanza e non indennizzato dall'Inail, nei confronti del datore di lavoro, che, a sua volta, non poteva usufruire del parziale esonero dalla responsabilità civile

---

(20) Corte Costituzionale 30 aprile 1986, n.118 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del 5° comma dell'art. 10 nella parte in cui non consente che ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dell'infortunato, l'accertamento del fatto reato possa essere compiuto dal giudice civile anche nel caso in cui non essendo stata promossa l'azione penale nei confronti del datore di lavoro o di un suo dipendente vi sia provvedimento di archiviazione; del 5° comma dell'art. 10 del t.u. nella parte in cui non consente che, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria da parte dell'infortunato, l'accertamento del fatto-reato possa essere compiuto dal giudice civile anche nel caso in cui il processo penale contro il datore di lavoro o un suo dipendente si sia concluso con proscioglimento in sede istruttoria.

(21) Cass. 16 aprile 1982, n.2330; in senso conforme Cass. 23 febbraio 1982, n.1131; Cass. 25 gennaio 1986, n.511; Cass. 18 marzo 1987, n.2740.

(22) Per l'autonomia dell'azione di regresso rispetto al processo penale dopo l'introduzione del processo penale di stampo accusatorio cfr. Cass. 1 marzo 2001, n.2952; Cass. 14 luglio 2001, n.9601. *Contra*, Cass. 6 dicembre 2003, n. 8694 e Cass. 21 gennaio 2004, n. 968, secondo le quali "l'Inail non può esercitare l'azione di regresso prima del passaggio in giudicato della sentenza penale di proscioglimento o di condanna dell'escusso, ovvero prima dell'estinzione del reato per una delle varie ipotesi previste dalla legge penale per il caso in cui la notizia di reato non sia mai pervenuta al P.M.".

(23) Sulla scomparsa della pregiudizialità penale cfr. V. MARINO, *La responsabilità del datore per infortuni e malattie da lavoro*, 1990, Milano, 211 e ss..

(24) G. MARANDO, *Le azioni di R.C.*, cit., 45.

per una voce di danno esclusa dalla tutela sociale, la natura transattiva dell'intervento previdenziale in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali perse l'equilibrio originario perché il datore di lavoro, che continuava a versare il premio, si vedeva accorciare la coperta del parziale esonero, che non copriva più quelle voci di danno (il biologico e il morale), che, seppure escluse dalla transazione sociale, nel frattempo, avevano assunto una posizione di rilievo nella liquidazione del danno alla persona (25).

Affianco all'opera del giudice delle leggi, che ha gradualmente determinato la riduzione degli spazi operativi del parziale esonero, si pone l'intervento, in forma indiretta, del Legislatore, che, al contrario, ha prodotto l'effetto opposto di ampliamento della sfera di applicazione dell'esonero dalla responsabilità civile.

Mi riferisco all'art.92 della legge 24 novembre 1981, n.689, di modifica dell'art.590 c.p. che prevede e punisce il delitto di lesioni personali colpose. Fino ad allora la norma penale considerava tutte le lesioni gravi e gravissime perseguibili d'ufficio; con il nuovo testo legislativo viene ribaltata la situazione: tutte le lesioni personali colpose divengono perseguibili a querela tranne quelle commesse "con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale".

La nuova formulazione dell'art. 590 c.p. determinò un indiretto ampliamento della copertura assicurativa garantita dal parziale esonero, dal cui ambito erano escluse le sole lesioni personali colpose gravi o gravissime commesse con violazione di una norma generica (ad es. art. 2087 c.c.) o specifica (ad es. dpr. 27 aprile 1955, n. 547) in materia di sicurezza e igiene sul lavoro; mentre per tutte le altre forme di lesione personale colposa, come, ad esempio, le fattispecie di reato commesse per imprudenza o negligenza generica ovvero in violazione delle norme sulla circolazione stradale il datore di lavoro poteva opporre al lavoratore infortunato e/o all'Inail il parziale esonero dalla responsabilità civile perché divenute perseguibili a querela.

---

(25) In particolare, con la sentenza n.356 del 18 luglio 1991 (in *F.I.*, 1991, I, c. 2967, con nota di DE MARZO, *Pregiudizio della capacità lavorativa generica: danno da lucro cessante o danno alla salute?*), la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art.1916 c.c. nella parte in cui consente all'assicuratore di avvalersi, nell'esercizio del diritto di surrogazione nei confronti del terzo responsabile, anche delle somme a titolo di risarcimento del danno biologico. Mentre, con la sentenza n.485 del 27 dicembre 1991 (in *F.I.*, 1993, I, c. 71, con nota di G. BIANCO, *Corte Costituzionale e danno biologico: incontri vieppiù ravvicinati*), la Consulta ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art.32 Cost, l'art.10, co.6 e 7, d.P.R. n.1124/65, nella parte in cui prevede che il lavoratore infortunato o i suoi aventi causa hanno diritto, nei confronti delle persone civilmente responsabili per il reato da cui l'infortunio è derivato, al risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica solo se e solo nella misura in cui il danno risarcibile, complessivamente considerato, superi l'ammontare delle indennità corrisposte dall'Inail; parimenti è stato dichiarato illegittimo l'art.11, co.1 e 2, nella parte in cui consente all'Inail di avvalersi, nell'esercizio del diritto di regresso contro le persone civilmente responsabili, anche delle somme dovute al lavoratore infortunato a titolo di risarcimento del danno biologico non collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica. Per un'analisi complessiva della vicenda: C. CASTRONOVO, "Danno alla salute e infortuni. La Corte Costituzionale e i diritti secondi", in *F. I.*, 1995, c.84; MARIANI, "Il risarcimento del danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro e l'assicurazione INAIL", in *Lav. e Dir.*, 1994, p.422; S. PICCININNO, "Danno biologico, azione di regresso e surroga nell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro", in *D. L.*, 1995, I, p.59; P. SANDULLI, "Tutele risarcitorie e tutele indennitarie nel danno biologico", in *D. L.*, 1995, I, p.232.

Questi sono i nuovi confini tracciati dalla Corte Costituzionale e, indirettamente, dal Legislatore entro i quali opera il sistema di parziale esonero, il cui unico titolare non può che essere il datore di lavoro svincolato dalle comuni regole di responsabilità civile non solo in presenza di un infortunio sul lavoro ma anche di una malattia professionale, di un infortunio subito da un lavoratore italiano distaccato all'estero o di un infortunio accaduto ad un dipendente della P.A., nell'ipotesi di gestione diretta dell'assicurazione (26); il parziale esonero consente al datore di lavoro di opporsi all'azione del terzo corresponsabile impedendogli l'azione di regresso per il recupero di quanto eventualmente versato in favore del lavoratore infortunato (27).

La mancata ammissione del lavoratore infortunato alle prestazioni previdenziali esclude il sistema di parziale esonero, che, altrimenti, priverebbe il lavoratore da qualsiasi forma di ristoro (28).

Nel caso in cui, invece, il lavoratore viene ammesso alla tutela, ma la menomazione riportata non raggiunge la soglia minima di indennizzabilità sono state proposte due opposte soluzioni: l'una che consentirebbe al lavoratore di agire civilmente nei confronti del datore di lavoro per ottenere il risarcimento del danno, l'altra che ritiene estensibile anche in questo caso il sistema di parziale esonero (29).

---

(26) La Corte di Cassazione (SS.UU. 16 aprile 1997, n. 3288) ha stabilito che l'Inail agisce in regresso sia nei confronti del datore di lavoro sia nei confronti "dei soggetti responsabili o corresponsabili dell'infortunio a causa della condotta da essi tenuta in attuazione dei loro compiti di preposizione o di meri addetti all'attività lavorativa". Poiché l'Inail agisce in regresso in presenza di un reato perseguibile d'ufficio, si può ritenere che grazie a questa sentenza il parziale esonero dalla responsabilità civile sia stato esteso anche ai preposti ed ai compagni di lavoro del lavoratore infortunato.

(27) *Contra*, Cass. 21 luglio 2003, n. 11315, secondo cui "l'eventuale azione ordinaria di regresso eventualmente promossa *ex* art. 2055 c.c., dal terzo responsabile convenuto in giudizio dall'Inail, nei confronti del datore di lavoro o dei suoi dipendenti, quali corresponsabili dell'evento dannoso subito dall'infortunato, prescinde dai presupposti previsti per la speciale azione di regresso esercitata dall'Inail *ex* art. 10 e 11 d.P.R. n. 1124 del 1965".

(28) A tal proposito cfr. Corte Cost. n.356 del 1991 dove si legge "l'istituto dell'esonero costituisce una garanzia per la quale — nell'ambito dei rischi coperti da assicurazione ed in relazione ai quali il datore di lavoro eroga contributi — egli non è tenuto al risarcimento del danno. (*omissis*). L'esonero opera pertanto all'interno e nell'ambito dell'oggetto dell'assicurazione, così come delimitata dai suoi presupposti soggettivi e oggettivi. Laddove la copertura assicurativa non interviene per mancanza di quei presupposti, non opera l'esonero: e pur trovando il danno origine dalla prestazione di lavoro, la responsabilità è disciplinata dal codice civile, senza i limiti posti dall'art.10 del t.u. del 1965. Come è stato affermato in sintesi in dottrina, se non si fa luogo alla prestazione previdenziale, non vi è assicurazione: mancando l'assicurazione, cade l'esonero". In dottrina, in senso conforme, cfr. V. MARINO, *op. cit.*, 304 ss.

(29) La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1523 del 1993, ha preferito la soluzione più garantista per il lavoratore infortunato, ritenendo di escludere il sistema di parziale esonero nel caso in cui non venga raggiunta la soglia minima di indennizzabilità. In dottrina, nello stesso senso, G. MARANDO, *op. cit.*, 238 e ss.; V. MARINO, *op. cit.*, 320 ss.; A. ANDREONI, "L'azione del lavoratore per il risarcimento del danno biologico", relazione al convegno "L'evoluzione della tutela antinfortunistica tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali", Napoli, 5-6 ottobre 2001, che, a proposito delle micro-permanenti (fino al cinque per cento), soggette a valutazione prospettica in relazione ai possibili aggravamenti ed a prestazioni future Inail, ha ricordato il principio di diritto affermato dalla Consulta "se non si fa luogo alla prestazione previdenziale non vi è l'assicurazione e mancando l'assicurazione cade l'esonero". *Contra*, G. ALIBRANDI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, 734, la sussistenza del sistema di parziale esonero perché rimane comunque aperta la possibilità per l'infortunato di essere ammesso al trattamento previdenziale in caso di aggravamento dei postumi. ACCONCIA - PICCININNO, Voce *Infortuni sul lavoro e malattie professionali (Assicurazione obbligatoria contro gli)*, in *Noviss. Dig. It., Appendice*, IV, Torino, 1983, 225 ss.

### *3. — La tutela previdenziale del danno biologico: riflessi sul sistema di parziale esonero*

Prima delle sentenze della Corte Costituzionale nn.356 e 485 del 1991, ricordate nel precedente paragrafo, l'unico limite alla rivalsa dell'Inail era quantitativo e, precisamente, veniva identificato con l'intero danno civilistico, al di là del quale il diritto al rimborso dell'Inail non trovava capienza; l'intervento della Consulta introdusse un ulteriore limite, questa volta qualitativo, perché la rivalsa dell'assicuratore sociale non poteva pregiudicare il ristoro del danno biologico, espressione del diritto costituzionale alla salute, di spettanza esclusiva del lavoratore infortunato.

Sebbene le sentenze del 1991 della Consulta, in particolare la n. 485/91, riconoscessero all'Inail la facoltà di avvalersi, nell'esercizio della rivalsa anche delle somme dovute al lavoratore a titolo di risarcimento del danno biologico collegato alla perdita o riduzione della capacità lavorativa generica, la giurisprudenza di legittimità che si è andata nel corso del tempo sedimentando ha escluso che l'azione dell'Inail potesse aggredire il danno biologico a causa della sua disomogeneità rispetto all'attitudine al lavoro (voce di danno oggetto della tutela dell'Inail), della sua unicità e non frazionabilità e, infine, della sua mancata protezione nel sistema previdenziale gestito dall'Inail (30).

Le conseguenze dirette ed immediate dell'intervento della Consulta sul sistema di parziale esonero sono ben rappresentate dalla seguente massima: "in caso di operatività dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni occorsi al lavoratore infortunato e la limitazione dell'azione risarcitoria di quest'ultimo al cosiddetto danno differenziale nel caso di esclusione di detto esonero per la presenza di responsabilità di rilievo penale, a norma dell'art. 10 d.P.R. n. 1124/65 e delle inerenti pronunce della Corte Costituzionale, riguarda la sfera dell'ambito della copertura assicurativa, cioè il danno patrimoniale collegato alla riduzione della capacità lavorativa generica, e invece — in armonia con i principi ricavabili dalle sentenze della Corte Costituzionale n.356 e 485 del 1991 e con il conseguente nuovo orientamento della giurisprudenza ordinaria sui limiti della surroga dell'assicuratore — non riguarda il danno alla salute o biologico e il danno morale di cui all'art. 2059 c.c., entrambi di natura non patrimoniale, al cui integrale risarcimento il lavoratore ha diritto ove sussistano i presupposti della relativa responsabilità del datore di lavoro" (31).

La tutela previdenziale del danno biologico, definito "lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona" dall'art. 13, co. 1, del d. lgs. n. 38 del 2000, determina il riequilibrio della transazione sociale originaria (32), che tut-

(30) È ormai granitica l'elaborazione giurisprudenziale di legittimità, in particolare della terza sezione civile, che limita il diritto dell'assicuratore sociale al danno patrimoniale economico che spetta al danneggiato nel rapporto di responsabilità civile. Cfr. Cass. 6 maggio 1994, n. 4412; Cass. 15 aprile 1996, n. 356; Cass. 30 dicembre 1997, n. 13126; Cass. 22 gennaio 1998, n. 605; Cass. 20 ottobre 1998, n. 10450; Cass. 3 dicembre 1998, n. 12247; Cass. 27 agosto 1999, n. 8998; Cass. 15 dicembre 2000, n. 15859; Cass. 21 marzo 2002, n. 4080; Cass. 30 luglio 2003, n. 11704; Cass. 14 febbraio 2004, n. 2889.

(31) Cass. 16 giugno 2001, n.8182.

(32) Nello stesso senso, R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, 440 e 451, che ritiene il principio transattivo originario ristabilito.

tora giustifica il parziale esonero dalla responsabilità civile di cui gode il datore di lavoro, giacché l'indennizzabilità del danno all'integrità psico-fisica da parte dell'Inail, presumibilmente, impedirà al lavoratore di agire nei confronti del datore di lavoro per ottenerne il ristoro in sede civile.

Si è espressa, di recente, in questo senso la Suprema Corte che ha affermato "in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, l'esonero del datore di lavoro dalla responsabilità civile per i danni occorsi al lavoratore infortunato e la limitazione dell'azione risarcitoria di quest'ultimo al cosiddetto danno differenziale nel caso di esclusione di detto esonero per la presenza di responsabilità di rilievo penale (a norma dell'art. 10 d.P.R. n. 1124 del 1965 e delle inerenti pronunce della Corte costituzionale) riguarda solo le componenti del danno coperte dall'assicurazione obbligatoria, la cui individuazione è mutata nel corso degli anni. Ne consegue che per le fattispecie sottratte *"ratione temporis"* all'applicazione dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000 (che ha ricondotto il danno biologico nella copertura assicurativa obbligatoria), per le quali si deve far riferimento ai principi ricavabili dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 87, 356 e 485 del 1991, le suddette limitazioni riguardano solo il danno patrimoniale collegato alla riduzione della capacità lavorativa generica, mentre esse non si applicano al danno alla salute o biologico e al danno morale di cui all'art. 2059 cod.civ., entrambi di natura non patrimoniale, sicché il lavoratore ha diritto al loro risarcimento integrale ove sussistano i presupposti della relativa responsabilità del datore di lavoro (diritto che, per effetto dell'indicata modifica legislativa, è invece venuto meno in riferimento al danno biologico)" (33).

Pertanto, l'indennizzabilità da parte dell'Inail del danno biologico, se serve a ristabilire la situazione *ante* 1991 (34), determina, da una parte, l'eliminazione del limite qualitativo all'azione di rivalsa dell'Inail e, dall'altra, la sopravvivenza del precedente ed unico limite quantitativo.

### *4. — Conclusioni*

Ben oltre un cinquantennio fa Francesco Santoro-Passarelli, in un famoso saggio, auspicava il superamento del principio del rischio professionale, "un felice, ma provvisorio espediente per giungere ad imporre all'imprenditore l'obbligazione dell'assicurazione contro gli infortuni professionali degli operai dell'impresa", e con esso l'abbandono del sistema di parziale esonero per tornare al diritto comune in virtù del fatto che, in realtà, il premio, essendo parte del salario, è versato dal lavoratore (35).

(33) Cass. 29 gennaio 2002, n. 1114. In senso conforme cfr, Cass. 17 febbraio 2003, n. 2357.

(34) A tal proposito M. ROSSETTI, relazione al convegno "*Homo faber, Homo sapiens, Homo economicus*, Quale evoluzione nella tutela giuridica del lavoratore e del cittadino", Forte dei Marmi, 18-19 maggio 2001, si è espresso nel senso di una "legittimità costituzionale sopravvenuta dell'art. 1916 c.c.".

(35) F. SANTORO - PASSARELLI, "Rischio e bisogno nella previdenza sociale", in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1948, 177 e ss.

Ma nonostante le numerose e puntuali critiche piovute sulla struttura assicurativa delle origini sia dal mondo accademico (36) sia dalla Consulta attraverso i suoi continui moniti (37), il principio del rischio professionale ed il sistema di parziale esonero hanno conservato nel tempo la loro valenza, anche se le fondamenta su cui poggiano non sono più solide come nel passato.

Ed infatti se l'istituzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro è legata al processo di industrializzazione che ha caratterizzato la fine del XIX secolo e la transazione sociale che giustifica il sistema di parziale esonero ha una sua ragion d'essere legata a quel tipo di organizzazione del lavoro all'interno dell'industria di tipo fordista, il passaggio dal modello taylor-fordista al modello post-fordista, caratterizzato dalla disarticolazione dell'impresa e da rapporti di lavoro flessibili, cioè non più stabili, a tempo pieno e indeterminato, ha introdotto nuovi elementi di crisi nel sistema assicurativo la cui struttura non consente un'estensione automatica dell'intervento previdenziale idoneo a garantire la liberazione dal bisogno a tutta la platea indistinta dei nuovi lavoratori a causa del permanere del meccanismo selettivo per l'ammissione alla tutela, disciplinato dagli articoli 1 e 4 del t.u. n.1124/65.

Ancora oggi l'art.4 del t.u. n.1124/65 si rivolge essenzialmente a "coloro che in modo permanente o avventizio prestano alle dipendenze e sotto la direzione altrui opera manuale retribuita, qualunque sia la forma di retribuzione"; questa nozione identifica il lavoratore subordinato, figura che oggi sta cedendo inesorabilmente il passo alle nuove tipologie contrattuali di lavoro flessibile, alcune delle quali si discostano dallo schema tradizionale per la scissione tra titolarità del contratto di lavoro e la titolarità del rapporto di lavoro, come avviene nel lavoro interinale disciplinato dalla legge n.196 del 1997.

Pensiamo, inoltre, alle nuove tipologie contrattuali introdotte nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che ha dato esecuzione alla legge di delega 14 febbraio 2003, n. 30, quali il lavoro a chiamata, temporaneo, occasionale, accessorio, a prestazioni ripartite o la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato (cd. staff leasing). Tutte queste fattispecie sono ammesse alla tutela in materia di infortuni sul lavoro grazie alle norme inserite nel medesimo decreto legislativo, in assenza delle quali l'Inail non potrebbe garantire la protezione sociale anche a questi lavoratori.

Pertanto, a fronte della nuova platea di lavoratori bisognerà adeguare una volta per tutte le regole di ingresso alla protezione sociale in materia di infortuni sul lavoro e

(36) G.G. BALANDI, "Un caso di archeologia giuridica ciò che resta oggi del rischio professionale", in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, III, p.93 e ss; M. PERSIANI, "Tendenze dell'evoluzione della tutela per gli infortuni e le malattie professionali: il superamento del principio del rischio professionale", in *Riv. Giur. Lav.*, III, 1974.

(37) A tal proposito cfr. Corte Costituzionale 9 marzo 1967, n.22 che auspicava "la strutturazione su nuove basi dell'intero congegno previdenziale e del relativo sistema di finanziamento" e Corte Costituzionale 21 novembre 1997, n. 350, in *F.I.*, 1998, I, 22 con nota di V. FERRARI con la quale il giudice delle leggi ha auspicato la profonda rivisitazione della tutela previdenziale infortunistica, in particolare, con l'aggiornamento delle tabelle e con una più dettagliata individuazione delle diverse categorie delle attività lavorative, resa necessaria per il lungo tempo trascorso dall'emanazione dell'ultimo Testo Unico del 1965, non più adeguato a causa dell'avvento delle nuove tecnologie, del progresso della scienza medico-legale e del cambiamento della sensibilità sociale.

di malattie professionali, come di recente, peraltro, è stato fatto con la nutrita schiera dei lavoratori parasubordinati, ammessi alla tutela previdenziale in virtù dell'art.5 del d. lgs. n.38 del 2000 e chiamati a concorrere al finanziamento del sistema nella misura di un terzo insieme al committente al quale spetta versare i due terzi del premio.

Per la prima volta nella lunga storia del sistema assicurativo l'obbligazione contributiva viene imposta anche ad un soggetto diverso dal datore di lavoro.

La compartecipazione al finanziamento della tutela allontana la fattispecie contrattuale della parasubordinazione dall'originaria natura transattiva, rendendo quanto mai difficile estendere il sistema di parziale esonero, *sic et simpliciter*, al committente che, tra le altre cose, attualmente non è neanche civilmente responsabile, *ex* art.2087 c.c., della salute e dell'integrità fisica del lavoratore parasubordinato (38).

Se ancora oggi, nonostante il recente ampliamento dell'ambito soggettivo della tutela attraverso la legge n.493 del 1999 e il decreto legislativo n.38 del 2000, in materia di infortuni sul lavoro sembra che "il legislatore guarda ancora alla tutela assicurativo-sociale dal punto di vista del soggetto responsabile dell'attività produttiva del rischio e non da quello del soggetto che versi in stato di bisogno in conseguenza dell'infortunio occorsogli in occasione di lavoro" (39), i recenti cambiamenti intervenuti nel mercato del lavoro, forse, serviranno per superare definitivamente il principio del rischio professionale e per garantire l'intervento previdenziale in presenza di tutti gli eventi infortunistici derivati da un semplice rischio da lavoro "senza aggettivi".

Ed allora, se come è stato anche auspicato dal Consiglio di Amministrazione dell'Inail nella seduta del 26 gennaio 2000, il nuovo sistema di tutela degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali deve tendere all'"universalizzazione della tutela, attraverso il superamento del meccanismo di identificazione dei soggetti tutelati (e dei contribuenti) del titolo primo del T.U. (artt. 1 e 4 T.U.), con estensione dell'obbligo assicurativo contro i rischi del lavoro a tutti i lavoratori", il sistema di parziale esonero molto probabilmente dovrà fare i conti con una realtà profondamente diversa rispetto a quella delle sue origini e una volta "archiviato" il suo fondamento giuridico originario difficilmente se ne potrà ancora giustificare la sopravvivenza.

(38) Da ultimo cfr. Cassazione 16 luglio 2001, n.9614, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc*., 2002, n. 3.
(39) S. GIUBBONI, "Le contraddizioni dell'assicurazione obbligatoria…", *op. cit.*, 96.

**CHRISTIAN LO SCALZO**

Avvocato INPS

# IL DECRETO MINISTERIALE 27.10.2004 DI ATTUAZIONE DELL'ART. 47 DECRETO LEGGE N. 269/03 IN MATERIA DI BENEFICI PREVIDENZIALI PER L'AMIANTO: TRA DISPOSIZIONI ATTUATIVE E DISPOSIZIONI SOSTANZIALMENTE INNOVATIVE

## *1. — Premessa* (1)

Con quasi un anno di ritardo rispetto al termine inizialmente fissato, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, ha emanato il decreto 27.10.2004, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 295 del 17.12.2004, recante le modalità attuative dell'art. 47 decreto legge n. 269/03, convertito con modificazioni dalla legge n. 326/03, ed intitolato *Benefici previdenziali ai lavoratori esposti all'amianto*.

Il commento del decreto *de quo* non può prescindere da una ricostruzione per linee generali delle fasi che hanno condotto alla adozione del decreto legge n. 269, *rectius*, per quanto ci riguarda, dell'art. 47 citato, ed alla sua conversione nella legge n. 326.

Un cenno si dedicherà, inoltre, all'art. 3, comma 132, legge n. 350/03 (Finanziaria 2004), atteso l'esplicito rinvio ad esso operato dal decreto medesimo nel suo preambolo.

## *2. — Il decreto legge n. 269/03*

Nel testo originario, l'art. 47 disponeva che: 1.) A decorrere dal 1° ottobre 2003, il coefficiente stabilito dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, è ridot-

(1) Per una ricostruzione sistematica della disciplina dei benefici previdenziali in materia di amianto, v., senza pretesa di completezza, MISCIONE, Professore ordinario dell'Università di Trieste, *I benefici per l'amianto fra norme di sanatoria e giurisprudenza*, in ILLeJ, vol. VI, n. 3, 2004, http://www.labourlawjournal.it, ISSN 1561-8048; GERMANO, Professore associato dell'Università di Bari, *Limiti della tutela assicurativa in tema di amianto*, relazione al Convegno di studi del 19.05.2001, avente ad oggetto *Amianto. A 10 anni dall'attuazione delle prime direttive europee, aspetti igienico-sanitari, normativi e tecnici*; RICCIO, Coordinatore centrale Settore pensioni Avvocatura INPS, *Amianto: benefici previdenziali ex art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257*, intervento al Corso di formazione per gli Avvocati neo assunti del 04.05.2004.

to da 1,5 a 1,25. Con la stessa decorrenza, il predetto coefficiente moltiplicatore si applica ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche e non della maturazione del diritto di accesso alle medesime. 2.) Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai lavoratori a cui sono state rilasciate dall'INAIL le certificazioni relative all'esposizione all'amianto sulla base degli atti d'indirizzo emanati sulla materia dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali antecedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto. 3.) Con la stessa decorrenza prevista al comma 1, i benefici di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, sono concessi esclusivamente ai lavoratori iscritti all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali, gestita dall'INAIL, che, per un periodo non inferiore a dieci anni, sono stati esposti all'amianto in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno. I predetti limiti non si applicano ai lavoratori per i quali sia stata accertata una malattia professionale a causa dell'esposizione all'amianto, ai sensi del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124. 4.) La sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto di cui al comma 3 sono accertate e certificate dall'INAIL. 5.) I lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 3, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 1° ottobre 2003, devono presentare domanda alla Sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto interministeriale di cui al comma 6, a pena di decadenza del diritto agli stessi benefici. 6.) Le modalità di attuazione del presente articolo sono stabilite con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

Dirompenti le novità introdotte.

Nell'ottica della correzione dell'andamento dei conti pubblici, il legislatore riduceva il coefficiente di rivalutazione contributiva di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92, da 1,5 a 1,25, rendendolo applicabile ai soli fini della determinazione dell'importo delle prestazioni pensionistiche (comma 1); ribadiva che il beneficio compete ai soli lavoratori iscritti all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali gestita dall'INAIL (comma 3); attribuiva all'INAIL il potere di accertare e certificare la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto (2) (comma 4); fissava un termine di decadenza entro il quale i lavoratori che intendono ottenere il riconoscimento dei benefici previdenziali in esame (compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'INAIL prima del 02.10.2003), devono presentare domanda alla Sede INAIL di residenza (comma 5); codificava il principio secondo cui, ai fini del diritto al beneficio contributivo, il lavoratore deve aver subito una esposizione all'amianto di intensità non inferiore ai valori limite di 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno (comma 3) — principio ripetutamente affermato dalla Suprema Corte di Cassazione fin dal 2001 (3).

(2) La norma del comma 8 dell'art. 13 legge n. 257/92 non prescriverebbe, invece, l'assolvimento di alcun incombente da parte dell'INAIL, v. Cass. civ., sez. lav., 23.01.2003, n. 997 in Foro it. 2003, I, 1357.

(3) Cass. civ., 03.04.2001, n. 4913 in Rass. giur. Enel 2001, 224 con nota di AGUSTONI; v., inoltre, tra le tante, Cass. civ. n. 2926/02 in Giust. civ., Mass. 2002, 340; Cass. civ. n. 7084/02 in Orient. giur. lav. 2002, I, 630; Cass. civ. n. 16256/03 Foro it. 2004, I, 79 con nota di DE MARZO.

### *2.1. — La conversione del decreto legge n. 269/03*

La mancata previsione di qualsivoglia meccanismo perequativo di salvaguardia dei diritti quesiti non poteva non suscitare notevoli perplessità circa la costituzionalità della riforma, oltre che forti e legittime pressioni per una sua più equilibrata applicazione.

Cosicché, in sede di conversione nella legge n. 326/03, il comma 3 dell'art. 47 era modificato con l'eliminazione della preclusione prevista nei confronti dei lavoratori non coperti da assicurazione obbligatoria gestita dall'INAIL (così recependo un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito) (4); e dopo il comma 6 erano aggiunti i commi 6-bis, 6-ter, 6-quater e 6-quinquies, che fanno salve le disposizioni dell'art. 13, comma 8, legge n. 257/92 in favore dei lavoratori che, alla data di entrata in vigore del più volte richiamato decreto legge, avessero già maturato il diritto al trattamento pensionistico e per altre situazioni compiutamente definite.

In particolare, il comma 6-*bis* prima parte dell'art. 47, nella sua attuale formulazione, prevede che siano fatte salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 02.10.2003, il diritto al trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92.

Tale norma di salvezza, tuttavia, se vale a garantire l'applicazione della più favorevole disciplina previgente in capo ai lavoratori che abbiano maturato, prima del 02.10.2003, il diritto alla pensione, nulla prevede in favore dei lavoratori che, a quella data, avevano già ottenuto la certificazione dall'INAIL.

Di qui, l'esigenza di un ulteriore intervento legislativo operato attraverso la Finanziaria 2004.

### *3. — La legge finanziaria per il 2004*

Ai sensi dell'art. 3, comma 132, legge n. 350/03, sono fatte salve le disposizioni previgenti per coloro che, al 02.10.2003, hanno avanzato domanda di riconoscimento dell'esposizione all'amianto all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data.

---

(4) V., per tutte, C. cost. n. 5/00 in Giur. cost. 2000, 41, D.L. Riv. critica dir. lav. 2000, 318 con nota di GIOMETTI, Informazione previd. 2000, 84, Orient. giur. lav. 2000, I, 244 con nota di SPAGNUOLO VIGORITA, Riv. giur. lav. 2000, II, 562 con nota di LIPARI; C. cost. n. 127/02 in Giur. cost. 2002, 994, Lavoro nella giur. 2002, 637 con nota di MISCIONE, Foro it. 2002, I,1934, Arch. civ. 2002, 659, Riv. giur. lav. 2002, II, 621, Orient. giur. lav. 2002, I, 373; Cass. civ. n. 10722/98 in Giust. civ. Mass. 1998, 2195; Cass. civ. n. 10114/02 in Foro it. 2003, I,1358, secondo cui: *"In tema di benefici per i lavoratori del settore amianto, il disposto dell'art. 13, comma 8, l. n. 257 del 1992 va interpretato nel senso che il beneficio pensionistico ivi previsto deve essere attribuito, indipendentemente dall'eventuale obbligo del datore di lavoro di corrispondere all'INAIL il c.d. premio supplementare per asbestosi di cui all'art. 153 d.P.R. 1124/1965, a tutti i lavoratori esposti per un periodo ultradecennale alla inalazione di polveri di amianto"*.

In verità, il comma 132 dell'articolo citato si apre con la previsione di una ulteriore clausola di salvezza in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 02.10.2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92.

Tuttavia, l'oscurità oggettiva dell'espressione *"lavoratori che abbiano già maturato il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali"* renderà necessario l'ennesimo intervento, operato proprio attraverso il decreto in commento, nel cui preambolo si legge, in proposito, che esso nasce, oltre che per esigenze di carattere attuativo, per l'ulteriore esigenza di delineare un efficace raccordo tra il medesimo art. 47 e l'art. 3, comma 132, legge n. 350/03 ai fini della razionale operatività delle modalità di riconoscimento dei benefici da parte degli enti che erogano le prestazioni e dell'istituto assicuratore cui spetta la competenza in materia di rilascio della certificazione attestante l'esposizione qualificata all'amianto.

### *4. — Il decreto ministeriale 27.10.2004*

Dopo questa doverosa premessa, è, a questo punto, possibile passare ad esaminare le disposizioni contenute nel decreto ministeriale in parola.

Ad avviso di chi scrive, le norme in commento possono essere distinte, in base al loro contenuto, in disposizioni procedurali che, in conformità con l'art. 47, comma 6, decreto legge n. 269/03, recano l'indicazione delle modalità di attuazione dell'art. 47 medesimo, e disposizioni di carattere, per così dire, sostanziale, che non hanno natura attuativa, ma che vengono ad incidere, sostanzialmente modificandolo, sul contenuto del diritto al beneficio *de quo*.

Appartengono al primo gruppo di norme gli articoli 3 e 4.

A mente dell'articolo 3 *(Procedura)*, la sussistenza e la durata dell'esposizione all'amianto sono accertate e certificate dall'INAIL (comma 1); la domanda di certificazione dell'esposizione all'amianto, predisposta secondo lo schema di cui all'allegato 1, deve essere presentata alla sede INAIL entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, a pena di decadenza dal diritto ai benefici pensionistici di cui all'art. 2, comma 1; per data di presentazione della domanda si intende la data di arrivo alla sede INAIL o la data del timbro postale di invio nel caso di raccomandata. I lavoratori di cui all'art. 1, comma 1, che hanno già presentato domanda di certificazione dell'esposizione all'amianto alla data del 02.10. 2003 devono ripresentare la domanda (comma 2); l'avvio del procedimento di accertamento dell'INAIL è subordinato alla presentazione, da parte del lavoratore interessato, del curriculum lavorativo, predisposto secondo lo schema di cui all'allegato 2, rilasciato dal datore di lavoro, dal quale risulti l'adibizione, in modo diretto ed abituale, ad una delle attività lavorative di cui al medesimo art. 2, comma 2, comportanti l'esposizione all'amianto (comma 3); le controversie relative al rilascio ed al contenuto dei *curricula* sono di competenza delle direzioni provinciali del lavoro (comma 4); nel caso di aziende cessate o fallite, qualora il datore di lavoro risulti irreperibile, il curriculum lavorativo di cui al comma 3 è rilasciato dalla

direzione provinciale del lavoro, previe apposite indagini (comma 5); ai fini dell'accertamento dell'esposizione all'amianto, il datore di lavoro è tenuto a fornire all'INAIL tutte le notizie e i documenti ritenuti utili dall'Istituto stesso; nel corso dell'accertamento, l'INAIL esegue i sopralluoghi ed effettua gli incontri tecnici che ritiene necessari per l'acquisizione di elementi di valutazione, ivi compresi quelli con i rappresentanti dell'azienda e con le organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'azienda stessa (comma 6); per lo svolgimento dei suoi compiti, l'INAIL si avvale dei dati delle indagini mirate di igiene industriale, di quelli della letteratura scientifica, delle informazioni tecniche, ricavabili da situazioni di lavoro con caratteristiche analoghe, nonché di ogni altra documentazione e conoscenza utile a formulare un giudizio sull'esposizione all'amianto fondato su criteri di ragionevole verosimiglianza (comma 7); la certificazione della sussistenza e della durata dell'esposizione all'amianto deve essere rilasciata dall'INAIL entro un anno dalla conclusione dell'accertamento tecnico (comma 8); per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 2, continuano a trovare applicazione le procedure di riconoscimento dell'esposizione all'amianto seguite in attuazione della previgente disciplina, fermo restando, per coloro i quali non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui al comma 2 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto (comma 9); il lavoratore in possesso della certificazione rilasciata dall'INAIL presenta domanda di pensione all'ente previdenziale di appartenenza che provvede a liquidare il trattamento pensionistico con i benefici di cui al presente decreto (comma 10).

Ai sensi del successivo articolo 4 *(Disposizioni finali)*, l'anzianità complessiva utile ai fini pensionistici, conseguita con l'attribuzione dei benefici previdenziali derivanti dall'esposizione all'amianto, non può comunque risultare superiore a quaranta anni, ovvero al corrispondente limite massimo previsto dai regimi pensionistici di appartenenza, ove inferiore (comma 1); ai soggetti destinatari di benefici previdenziali che comportino, rispetto ai regimi pensionistici di appartenenza, l'anticipazione dell'accesso al pensionamento ovvero l'aumento dell'anzianità contributiva è data facoltà di optare tra i predetti benefici e quelli previsti per l'esposizione all'amianto; l'opzione è esercitata al momento della presentazione della domanda di pensionamento all'ente previdenziale di appartenenza (comma 2).

Le due norme non pongono particolari problemi ermeneutici.

Anzi, il comma 1 dell'art. 4 non fa che recepire un orientamento giurisprudenziale assolutamente fermo ed incontrastato (5), mentre il successivo comma 2 ribadisce quanto già statuito dal comma 6-ter dell'art. 47 decreto legge n. 269/03.

Più problematico è invece il comma 9 dell'art. 3, laddove si prevede che, per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 2, continuano a trovare applicazione le procedure di riconoscimento dell'esposizione all'amianto seguite in attuazione della previgente disciplina, fermo restando, per coloro i quali non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui al comma 2 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

La norma in esame pare in evidente contrasto con quanto affermato dal comma 5

(5) V. *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 07.11.2001, n. 13786 (in motivazione) in Giust. Civ. Mass. 2001, 1798.

dell'art. 47 citato, secondo cui i lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento del beneficio contributivo, compresi quelli a cui è stata rilasciata la certificazione INAIL prima del 02.10.2003, compresi, dunque, anche i lavoratori di cui all'art. 1, comma 2, decreto in commento devono, comunque, presentare domanda alla sede INAIL di residenza entro 180 giorni dalla data di pubblicazione del decreto medesimo.

Gli articoli 1 e 2 presentano, invece, aspetti particolarmente problematici.

Ai sensi dell'articolo 1 *(Ambito di applicazione)*, i lavoratori che, alla data del 02.10.2003, sono stati esposti all'amianto per periodi lavorativi non soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestita dall'INAIL hanno diritto ai benefici previdenziali derivanti da esposizione ad amianto, alle condizioni e con le modalità stabilite dal presente decreto (comma 1); ai lavoratori che sono stati esposti all'amianto per periodi lavorativi soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, gestita dall'INAIL, che abbiano già maturato, alla data del 02.10.2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, e successive modificazioni, si applica la disciplina previgente alla medesima data, fermo restando, qualora non abbiano già provveduto, l'obbligo di presentazione della domanda di cui all'art. 3 entro il termine di 180 giorni, a pena di decadenza, dalla data di entrata in vigore del presente decreto (comma 2).

Secondo il successivo articolo 2 *(Determinazione del beneficio pensionistico e criteri di accertamento)*, per i lavoratori di cui all'art. 1, comma 1, che sono stati occupati, per un periodo non inferiore a dieci anni, in attività lavorative comportanti esposizione all'amianto, in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, e comunque sulla durata oraria giornaliera prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro, l'intero periodo di esposizione all'amianto è moltiplicato, unicamente ai fini della determinazione dell'importo della prestazione pensionistica, per il coefficiente di 1,25 (comma 1); per attività lavorative comportanti esposizione all'amianto si intendono le seguenti: a) coltivazione, estrazione o trattamento di minerali amiantiferi; b) produzione di manufatti contenenti amianto; c) fornitura a misura, preparazione, posa in opera o installazione di isolamenti o di manufatti contenenti amianto; d) coibentazione con amianto, decoibentazione o bonifica da amianto, di strutture, impianti, edifici o macchinari; e) demolizione, manutenzione, riparazione, revisione, collaudo di strutture, impianti, edifici o macchinari contenenti amianto; f) movimentazione, manipolazione ed utilizzo di amianto o di manufatti contenenti amianto; distruzione, sagomatura e taglio di manufatti contenenti amianto; g) raccolta, trasporto, stoccaggio e messa a discarica di rifiuti contenenti amianto (comma 2); per periodo di esposizione si intende il periodo di attività effettivamente svolta (comma 3).

*Nulla quaestio* sulle disposizioni di cui agli artt. 1, comma 2, e 2, comma 2.

In particolare, l'art. 1, comma 2, non fa che ripetere quanto già stabilito dall'art. 3, comma 132, legge n. 350/03.

Al contrario, le disposizioni contenute negli artt. 1, comma 1, e 2, commi 1 e 3, recano, come anticipato, disposizioni che incidono sul contenuto sostanziale del diritto al beneficio della rivalutazione contributiva.

Tale circostanza è doppiamente problematica, da un lato, perché porta le indicate norme a contrastare con orientamenti giurisprudenziali consolidati, dall'altro, e soprat-

tutto, perché crea un conflitto tra norme di rango diverso.

Come visto, gli artt. 47, comma 6-*bis*, decreto legge n. 269/03, e 3, comma 132, legge n. 350/03, fanno salve le disposizioni previgenti: 1) per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 02.10.2003, il diritto al trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92; 2) per coloro che, al 02.10.2003, hanno avanzato domanda di riconoscimento dell'esposizione all'amianto all'INAIL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data; 3) per coloro che abbiano già maturato, alla data del 02.10.2003, il diritto al conseguimento dei benefici previdenziali di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92.

Per contro, ai sensi degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, decreto in commento, per i lavoratori che, alla data del 02.10.2003, sono stati esposti all'amianto per periodi non soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestita dall'INAIL, non inferiori a dieci anni, in attività lavorative comportanti esposizione all'amianto, in concentrazione media annua non inferiore a 100 fibre/litro come valore medio su otto ore al giorno, e, comunque, sulla durata oraria giornaliera prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro, l'intero periodo di esposizione all'amianto è moltiplicato, unicamente ai fini della determinazione dell'importo della prestazione pensionistica, per il coefficiente di 1,25.

Così stando le cose, si può affermare che il combinato disposto delle norme suindicate introduca una deroga al regime di deroghe previsto dagli artt. 47, comma 6-*bis*, decreto legge n. 269/03, e 3, comma 132, legge n. 350/03.

Se tale interpretazione fosse corretta, ci troveremmo di fronte ad un evidente conflitto tra norme di rango diverso: da un lato, gli artt. 47, comma 6-*bis*, decreto legge n. 269/03, e 3, comma 132, legge n. 350/03 — che, come evidenziato, fanno salve le disposizioni previgenti in favore dei lavoratori che, alla data del 02.10.2003, abbiano maturato il diritto alla pensione, o che, pur non avendo maturato il diritto alla pensione, a quella data, abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva —, dall'altro, gli artt. 1 e 2 citati che dispongono l'applicazione del nuovo, più sfavorevole regime per i lavoratori che, alla data del 02.10.2003, sono stati esposti all'amianto per periodi non soggetti all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali gestita dall'INAIL.

A ben vedere, il conflitto si estende all'art. 3 Cost.

Invero, laddove, al 02.10.2003, i lavoratori indicati dagli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, abbiano maturato il diritto alla pensione o abbiano avviato un procedimento amministrativo o giudiziario per l'accertamento del diritto alla rivalutazione contributiva, non si comprende in cosa la loro posizione differisca da quella dei lavoratori che — ai sensi dei più volte richiamati artt. 47, comma 6-*bis*, decreto legge n. 269/03, e 3, comma 132, legge n. 350/03 — sono ammessi a godere del privilegiato trattamento di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92.

A maggior ragione, ove si consideri l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo cui "*plurimi elementi esegetici* […] *portano a ritenere che [l'art. 13, comma 8, citato sia volto a tutelare], in linea generale, tutti i lavoratori esposti all'amianto, in presenza, beninteso, dei presupposti fissati dalla disposizione stessa*" (6).

(6) C. cost. n. 127/02 cit.

In definitiva — ammesso che si possa qualificare il decreto ministeriale in commento come atto di natura regolamentare e non come mero atto amministrativo (7), alla luce dei principi generali sulla gerarchia delle fonti, secondo cui, in caso di conflitto tra norme diverse, rispetto alla disposizione regolamentare, prevale quella legislativa che è di livello superiore — è ragionevole supporre che le disposizioni di cui agli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, decreto ministeriale 27.10.2004 siano destinate ad essere "riassorbite" all'interno dell'insegnamento sopra illustrato che, in conformità con l'art. 3 Cost., estende l'applicazione del beneficio di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92 a tutti i lavoratori comunque esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni con le note concentrazioni.

In contrasto con la prevalente giurisprudenza si pone anche il comma 3 dell'art. 3 nella parte in cui dispone che, per periodo di esposizione, si intende il periodo di attività effettivamente svolta.

È, infatti, noto che, per giurisprudenza costante (8), nel periodo rivalutabile ai sensi dell'art. 13, comma 8, legge n. 257/92, vanno ricomprese anche le pause c.d. fisiologiche proprie di tutti i lavoratori, quali riposi, ferie e festività.

Ne discende che l'unica interpretazione possibile del citato comma 3 è quella secondo cui per attività effettivamente svolta debba intendersi anche quella coincidente con le dette pause fisiologiche, e che, tra i periodi non rivalutabili, perché non corrispondenti ad attività effettivamente svolta, vi siano i periodi di integrazione salariale, che, anzi, costituiscono momento patologico per eccellenza del rapporto di lavoro subordinato.

### *5. — Osservazioni conclusive*

In definitiva, i limiti connessi all'avere introdotto con un decreto attuativo disposizioni che incidono sulle posizioni sostanziali dei lavoratori interessati suscitano seri dubbi sulla concreta applicabilità delle disposizioni in esso contenute.

Tali limiti finiscono con l'incidere, poi, sulla stessa applicabilità dell'intera riforma della legislazione di settore.

Invero, considerato quanto sopra detto a proposito degli artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, decreto 27.10.2004, il "nuovo" beneficio previdenziale competerebbe ai soli lavoratori la cui posizione non è riconducibile alle deroghe previste dall'art. 47, comma 6-*bis*, legge n. 326/03, e dall'art. 3, comma 132, legge n. 350/03.

È, allora, evidente che — se, prima di C. cost. n. 5/00, dubbi circa la determinatezza soggettiva della disposizione di cui all'art. 13, comma 8, legge n. 257/92 erano

(7) Sul punto, v., Cass. civ., s.u., n. 10124/94 in Giust. civ. Mass. 1994; Cass. civ. n. 6933/99 in Giust. civ. Mass. 1999, 1558; Cass. civ. n. 1972/00 in Giust. civ. Mass. 2000, 429; Cass. civ. n. 6321/04 in Giust. civ. 2004, I, 2007.

(8) Per tutte, Cass. civ., sez. lav., 03.04.2001, n. 4913 in D.L. Riv. critica dir. lav. 2001, 793 con nota di GIOMETTI.

stati da più parti sollevati — anche in ordine alla fattispecie legale attributiva del "nuovo" beneficio rivalutativo sarà lecito attendersi censure circa la determinabilità dei destinatari del beneficio medesimo.

Altrettanto lecito è, tuttavia, attendersi un ulteriore intervento della giurisprudenza, tanto più necessario ove si consideri — come più volte affermato dalla Corte costituzionale (9) — il dovere dell'interprete di ricercare, tra più soluzioni astrattamente possibili, quella costituzionalmente adeguata, benché risulti la meno plausibile rispetto alla lettera della legge.

(9) Da ultimo, C. cost. 27.07.2001, n. 316 in Giur. cost. 2001, 4.

**CORTE DI CASSAZIONE**
**Sezioni Civili**

***Contributi* - In genere - Soci di cooperative di lavoro - D.M. prevedente contributi agevolati per provincia e per settore di attività - Atto normativo - Configurabilità - Ambito di operatività - Riferibilità anche ai soci operanti fuori della provincia considerata - Esclusione - Fondamento.**

***Leggi* - Fonti del diritto - Regolamenti - Statali - Ministeriali (e interministeriali) - D.M. di natura regolamentare - Atto normativo - Configurabilità - Concessione di contributi agevolati in favore di cooperative - Ambito di operatività - Riferibilità anche ai soci operanti fuori dalla provincia considerata - Esclusione - Fondamento.**

**Corte di Cassazione - 28.6.2004, n. 11979 - Pres. Mileo - Rel. De Matteis - P.M. Sorrentino (Conf.) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra) - Espressione s.c.a.r.l. (Non cost.).**

*I decreti del Ministro del lavoro e della previdenza sociale emessi ai sensi del DPR 30 aprile 1970, n. 602 ed in attuazione dell'art. 35 della legge 21 luglio 1965, n. 903 — i quali, avendo natura di regolamenti delegati, costituiscono fonte di diritto oggettivo cui si estende il sindacato della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 360 cod. proc. civ. — nel determinare, ai fini contributivi, il salario medio e il periodo di occupazione media mensile convenzionale per i soci delle cooperative, prevedendo al riguardo eventuali agevolazioni, trovano applicazione esclusivamente con riferimento ai soci operanti nella provincia di riferimento, e non anche a i soci operanti altrove, non rilevando la provincia ove ha sede la cooperativa. A tal fine rilevano il tenore letterale dei decreti e la* ratio *delle norme di tutela della cooperazione, che avrebbero effetti distorsivi della concorrenza qualora le cooperative aventi sede nelle province beneficiarie di disposizioni maggiormente favorevoli potessero giovarsene per i servizi resi nel restante territorio nazionale. Inoltre il sistema previdenziale è improntato al principio di territorialità, nel senso che si applica il regime normativo del luogo dove la prestazione è svolta.*

FATTO — Con sentenza 21/26 giugno 2001 n. 338, il Tribunale di Gorizia, in riforma della sentenza pretorile, ha revocato i due decreti ingiuntivi (nn. 622/96 e 500/96) con i quali il locale Pretore del Lavoro aveva ingiunto alla E.S. di pagare all'INPS, rispettivamente, la somma di L. 109.245.420 (di cui L. 81.353.000 per contributi e L. 27.892.420 per somme aggiuntive per il periodo all'1.4.1994 al 31.1.1995), e di L.

7.677.900 (di cui L 3.934.000 per contributi e L. 3.743.000 per somme aggiuntive per il periodo dal dall'l.4.1994 al 31.12.1995).

Due i motivi a base della decisione: a) la qualificazione, come autonomi anziché subordinati, di 25 lavoratori operanti per la cooperativa; e su questa statuizione si è formato il giudicato per mancata impugnazione; b) la interpretazione del decreto del Ministero del lavoro e della Previdenza Sociale 5 giugno 1991, che determina, ai fini contributivi, il salario medio e il periodo di occupazione media mensile convenzionali per i soci delle cooperative operanti nel settore delle pulizie in provincia di Gorizia, nel senso che esso trova applicazione con riferimento alla sede della cooperativa, e quindi comporta contributi agevolati per tutti i soci della cooperativa stessa, anche se operanti fuori provincia (nella specie in quella di Udine, dove vige altro D.M., in data 1° agosto 1991, con importi più elevati).

Avverso tale sentenza, notificata il 15 novembre 2001, ha proposto ricorso per Cassazione l'INPS, con atto notificato il 10 gennaio 2002, limitatamente alla statuizione riportata sub b); ed ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

La società intimata, ritualmente citata, non si è costituita.

DIRITTO — Con unico motivo l'Istituto ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 4 DPR 30 aprile 1970 n. 602; omessa motivazione in ordine a punto decisivo della controversia (art. 360, nn. 3 e 5 c.p.c.), censura la statuizione *sub* b) della sentenza impugnata.

Il motivo è fondato.

Con la sentenza 24 febbraio 2003 n. 2790 (1)questa Corte ha affermato che i decreti del Ministero del lavoro e della Previdenza Sociale i quali, ai sensi degli artt. 4 e 6 DPR 30 aprile 1970 n. 602 determinano, ai fini del calcolo dei contributi previdenziali, il salario medio e il periodo di occupazione media mensile convenzionali per i soci delle cooperative, prevedendo al riguardo eventuali agevolazioni, trovano applicazione nei confronti dei soci operanti nella provincia di riferimento del decreto; resta irrilevante la sede della cooperativa.

A motivazione di tale principio la Corte ha addotto innanzitutto la interpretazione letterale

dell'art. 4 del DPR 30 aprile 1970, n. 602, da cui tali decreti traggono fonte. Esso dispone che "Per le categorie di lavoratori soci degli organismi associativi indicati al primo comma del precedente articolo 1, i contributi per le varie forme di previdenza e di assistenza sociale sono dovuti, entro i termini e con le modalità stabilite dalle vigenti disposizioni di legge, su imponibili giornalieri e per periodi di occupazione mensile da determinarsi ... con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale sentite le organizzazioni sindacali a carattere nazionale, sulla base del disposto dell'art. 35 del testo unico sugli assegni familiari, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797".

Ed il successivo art. 6 dispone che "In attuazione dell'art. 35 della legge 21 luglio 1965, n. 903, ai fini dell'applicazione dei contributi base ed integrativi per l'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti gestita dall'istituto nazionale della previdenza sociale, per i lavoratori soci di società cooperative e di organismi di fatto di cui al primo comma dell'art. 1, possono essere determinate, per

provincia o per zona nonché per settori di attività merceologiche, con decreto del Ministro per il lavoro e la previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali interessate, la classe iniziale di contribuzione e la corrispondente retribuzione imponibile, riferite alla vigente tabella delle classi di contribuzione ed alle successive variazioni della stessa.

La classe iniziale di contribuzione, di cui al comma precedente, non può essere inferiore a quella corrispondente all'imponibile contributivo stabilito a norma del precedente art. 4 …".

Il giudice del merito ha omesso di considerare che i DD.MM. in questione, ripetendo testualmente la formula legislativa, recitano: "...il salario medio ed il periodo di occupazione media ai fini contributivi, per i soci delle cooperative che prestano attività nella provincia di ... sono così determinati …".

È ben noto che i decreti ministeriali sono in generale atti amministrativi, privi di funzione normativa, cui non è applicabile il principio *"jura novit curia"*, e la cui verifica in Cassazione è limitata ai vizi di motivazione (Cass. 28 novembre 1992 n. 12742, 22 gennaio 1992 n. 708 (2), 4 giugno 1999 n. 5480, 22 maggio 1999 n. 5004).

Tuttavia possono essere emanati con decreto ministeriale anche i regolamenti (art. 17, comma 3 e 4, Legge 23 agosto 1988 n. 400), i quali si distinguono dagli atti e provvedimenti amministrativi di carattere generale, perché questi ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono destinati alla cura concreta di interessi pubblici, mentre i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita dalla legge (nella specie dall'art. 4 DPR 30 aprile 1970 n. 602) all'amministrazione, al fine di disciplinare, con carattere secondario rispetto a quella legislativa, aspetti attuativi o integrativi della legge, senza dei quali il precetto legislativo non potrebbe essere attuato (Cass. 5 luglio 1999 n. 6933). Essi costituiscono fonte di diritto oggettivo cui è esteso il sindacato diretto di questa Corte ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c..

Per tale ragione la giurisprudenza di questa Corte ha sempre affermato la natura di regolamenti delegati per quei decreti ministeriali che, in attuazione di una delega legislativa, determinano la misura di contributi a carico di privati (così Cass. 26 settembre 1998 n. 9660, 28 marzo 2000 n. 3767, sez. un. 11 giugno 2001 n. 7853 per i decreti ministeriali approvativi della tariffa dei premi deliberata dal Consiglio di amministrazione dell'INAIL, in forza dell'art. 40 DPR 30 giugno 1965, n. 1124; al riguardo è da notare che il D.M. 12 dicembre 2000, approvativo della tariffa dei premi in forza dell'art. 3 D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, è privo dei requisiti formali e procedurali consultivi previsti dall'art. 17 Legge 23 agosto 1988 n. 400, pur essendo emanato dopo la vigenza del citato art. 17; sicché sembra che la funzione normativa secondaria debba essere affermata anche in difetto di alcuno di quei requisiti).

Ma vi è anche un argomento funzionale.

La interpretazione seguita dalla sentenza impugnata, secondo cui la base contributiva è determinata dal D.M. della provincia in cui ha sede la cooperativa, indipendentemente da dove operino i soci, contrasta con la *ratio legis* di tutela diffusa della cooperazione in tutto il territorio nazionale (art. 45 Cost.), e provoca effetti distorsivi della libera concorrenza (art. 41 Cost.); infatti, come rilevato dall'Istituto ricorrente, da una parte penalizza le cooperative aventi sede nelle province nelle quali il D.M. non è stato

emanato o prevede un salario convenzionale o un numero di giornate lavorative superiore; dall'altra le cooperative aventi sede nelle province con d.m. più favorevole potrebbero offrire i propri servizi a minor prezzo nel restante territorio nazionale (basti pensare che il periodo di occupazione media mensile è fissato in 26 giornate per il territorio nazionale, in 16 giornate nei territori del Mezzogiorno, in 14 giornate per la Campania e Basilicata, differenze molto marcate in fase di riallineamento ad opera del D.M. 3 dicembre 1999).

La Corte è consapevole che la interpretazione affermatasi con la sent. 2790/2003 cit. presta il fianco ad alcuni rilievi: vi possono essere province per le quali manca un D.M. (come nel caso esaminato da Cass. 2790/2003 cit.), sicché in quel caso rileva la retribuzione effettiva; essa può presentare difficoltà applicative per i lavoratori che prestano attività promiscua in diverse province, soggette a diversi DD.MM., e per periodi parziali, mentre i DD.MM. considerano periodi di occupazione media mensile; infine comporta contributi in misura diversa per soci della stessa cooperativa.

Ma trattasi in tutti i casi di inconvenienti pratici, che non ostano all'applicazione della legge nel senso sopra indicato, come risulta tra l'altro dalla circostanza che l'istituto assicuratore riesce ad applicare il criterio dal medesimo sostenuto.

Vi è infine un argomento sistematico, che vale come criterio interpretativo nei casi dubbi: il sistema previdenziale è improntato al principio di territorialità, nel senso che si applica il regime normativo del luogo dove la prestazione è svolta, salve ipotesi particolari come i trasfertisti.

L'accentramento contributivo rileva ai fini amministrativi, nonché per quelli processuali della competenza territoriale (Cass. 8 marzo 2001 n. 3366; Cass. 29 maggio 2000 n. 7108; Cass. 30 luglio 1996 n. 6843 (3)), ma non per la disciplina sostanziale dei rapporti di lavoro.

Infine, nel senso indicato da Cass. 2790/2003 si è pronunciata la dottrina nota sul punto specifico.

Il ricorso va pertanto accolto, la sentenza impugnata cassata, e gli atti trasmessi alla Corte d'Appello di Trieste, la quale deciderà la causa attenendosi al seguente principio di diritto: "i decreti del Ministero del lavoro e della Previdenza Sociale i quali, ai sensi degli artt. 4 e 6 DPR 30 aprile 1970 n. 602 determinano, ai fini del calcolo dei contributi previdenziali, il salario medio e il periodo di occupazione media mensile convenzionali per i soci delle cooperative, trovano applicazione nei confronti dei soci operanti nella provincia di riferimento del decreto; resta irrilevante la sede della cooperativa".

Il giudice del rinvio provvederà altresì alle spese del presente giudizio.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 161

(2) *Idem*, 1992, p. 455

(3) *Idem*, 1997, p. 504

***Contributi* - In genere - Aspettativa per svolgimento delle funzioni di sindaco - Calcolo della retribuzione utile - Superminimo individuale - Rilevanza - Fondamento - Fattispecie soggetta *"ratione temporis"* alla disciplina dettata dalla legge n. 816 del 1985.**

***Lavoro (Rapporto di)* - Lavoro subordinato - Associazioni sindacali - Sindacati (postcorporativi) - Attività sindacale - Aspettativa dei lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettorali od a cariche sindacali provinciali e nazionali - Aspettativa per svolgimento della funzioni di sindaco - Calcolo della retribuzione utile - Superminimo individuale - Rilevanza - Fondamento - Fattispecie soggetta *"ratione temporis"* alla legge n. 816 del 1985.**

**Corte di Cassazione - 26.6.2004, n. 11931- Pres. Mileo - Rel. La Terza - P.M. Fuzio (Diff.) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo) - Cagliani (Avv. Buzzi).**

*Ai fini della contribuzione previdenziale dovuta per il periodo di aspettativa goduto per lo svolgimento del mandato di sindaco, deve essere computato anche il superminimo individuale, non in forza della disciplina relativa alla contribuzione figurativa, di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 564 del 1996, che ha ristretto la retribuzione di riferimento per determinare i contributi figurativi a quella prevista dai contratti collettivi, senza che sia stata estesa agli enti locali la disposizione più favorevole di cui al comma 5 della norma citata, ma per effetto dell'art. 2 della legge n. 816 del 1985, disposizione specificamente dettata in materia di "Aspettativa, permessi e indennità degli amministratori locali" e applicabile* "ratione temporis" *al caso di specie; detta disposizione, prevedendo che per il lavoratore dipendente che eserciti cariche elettive presso gli enti locali, il periodo trascorso in aspettativa è considerato a tutti i fini come servizio effettivamente prestato e che gli oneri previdenziali siano sostenuti dall'ente locale, impone che la contribuzione — obbligatoria e non figurativa — debba essere versata su tutti i compensi erogati al lavoratore espletante la carica di sindaco, secondo il principio di onnicomprensività della retribuzione utile ai fini previdenziali.*

FATTO — Con sentenza del 25 gennaio 2001 la Corte d'appello di Milano confermava la statuizione n. 957 del 2000 emessa dal locale Tribunale, con cui era stata accolta la domanda proposta da Michele Cagliani nei confronti dell'INPS, per il riconoscimento — ai fini della contribuzione figurativa per il periodo in cui aveva esercitato funzioni di sindaco (dal primo gennaio 1996 al 31 marzo 1999) - del superminimo individuale. La Corte territoriale — premesso in fatto che il Cagliani godeva di un superminimo fin dall'assunzione, aumentato negli anni con l'aumento dell'anzianità, che non era previsto dal CCNL, ma non era neppure collegato alla prestazione effettiva — affermava che l'art. 26 della legge 265/99 aveva espressamente esteso agli enti territoriali ed alle regioni la facoltà di versare la contribuzione aggiuntiva, la quale era stata prevista dal decreto legislativo n. 564 del 1996 solo nel caso di aspettativa per cariche sindacali, così superando l'eccezione di incostituzionalità proposta dal Cagliani delle disposizioni

che prevedevano limitazioni alla contribuzione figurativa da versare in caso di aspettativa per elezione a cariche pubbliche, giacché l'art. 3 del decreto legislativo 564/96 prevedeva che fossero accreditabili ai fini della contribuzione figurativa le retribuzioni previste dal CCNL, ma escludeva gli emolumenti collegati alla effettiva prestazione e gli incrementi non legati alla sola maturazione dell'anzianità di servizio. La Corte di Milano affermava infatti che l'art. 26 della legge 265/99 — estendendo agli amministratori degli enti locali la possibilità della contribuzione aggiuntiva e prevedendo un termine di sei mesi dalla sua entrata in vigore — si riferiva evidentemente alla sanatoria delle situazioni precedenti, trattandosi di effettuare versamenti tardivi. Nella specie il Comune, già nelle more del giudizio di primo grado, si era impegnato a completare la contribuzione e di ciò il giudice aveva preso atto nel riconoscere il diritto del Cagliani.

Avverso detta sentenza l'INPS propone ricorso affidato ad un unico complesso motivo. Il Cagliani resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 3 del decreto legislativo n. 564 del 1996 e dell'art. 26 comma 8 della legge n. 265 del 1999, nonché dell'art. 2697 cod. civ., giacché la possibilità di versare la contribuzione aggiuntiva, prevista dal comma quinto del decreto legislativo 564/96, sarebbe prevista solo in capo alle organizzazioni sindacali nel caso di aspettativa per motivi sindacali, non già per l'aspettativa relativa all'espletamento di funzioni pubbliche elettive. Né detta disposizione sarebbe stata modificata dall'art. 26 comma 8 della legge 265/99, perché questo estende all'aspettativa per lo svolgimento di funzioni pubbliche il disposto, non già del quinto comma del decreto legislativo 564/96, ma quello del settimo comma sulla possibilità di regolarizzazione delle situazioni pregresse.

Il ricorso non merita accoglimento, ancorché la motivazione della sentenza impugnata debba essere corretta a sensi dell'art. 384 ultimo comma del codice di procedura civile.

La questione da risolvere, su cui non risultano precedenti, consiste nell'accertare l'entità della retribuzione sulla cui base si deve "accreditare" la contribuzione figurativa per il periodo di aspettativa per lo svolgimento del mandato di sindaco; più precisamente se debbano computarsi solo le voci previste dalla contrattazione collettiva, come dispone il quinto comma del citato decreto legislativo del 1996, ovvero anche il superminimo individuale, non previsto dalla contrattazione collettiva.

a) Invero nei casi in cui il lavoratore dipendente venisse chiamato a ricoprire funzioni pubbliche elettive o cariche sindacali, era prevista la facoltà di godere di un periodo di aspettativa, ossia un periodo di esonero dalla prestazione lavorativa per espletare il mandato. Lo prevedeva il vecchio testo dell'art. 31 della legge 30 maggio 1970 n. 300, e lo ha riconfermato, sia pure con modifiche, il primo comma dell'art. 3 del decreto legislativo n. 564 del 16 settembre 1996 che disciplina in via generale la contribuzione figurativa, giacché si tratta della "Attuazione della delega conferita dall'art. 1 comma 39, della legge 8 agosto 1995 n. 335, in materia di contribuzione figurativa e di copertura assicurativa per periodi non coperti da contribuzione".

L'aspettativa prevista da dette disposizioni era ed è non retribuita, per cui in mancanza di retribuzione i contributi previdenziali non avrebbero potuto essere versati, ed il lavoratore dipendente — non potendo incrementare la posizione assicurativa e contributiva durante tutto il periodo — avrebbe finito per risentire un danno dall'espletamento della

funzione pubblica (in contrasto con l'art. 51 Costituzione) ovvero dell'incarico sindacale. Di qui la necessità di assicurare comunque la copertura previdenziale per il periodo di aspettativa, copertura che non poteva che essere garantita tramite contribuzione figurativa.

L'istituto della contribuzione figurativa — che è poi contribuzione virtuale, posto che non si "versa" ma si "accredita" — per cui sono validi (senza onori per l'interessato) ai fini del diritto e misura della pensione Inps per invalidità e vecchiaia superstiti, i periodi che non siano coperti da contribuzione effettiva né presso l'Inps né presso istituti previdenziali diversi, fu introdotto dall'art. 56 del RDL 4 ottobre 1935 n. 1827 convertito nella legge 6 aprile 1936 n. 1155, in relazione a situazioni diverse, come il servizio militare, di malattia e la interruzione obbligatoria e facoltativa per gravidanza e puerperio, che vengono ritenute, per motivi di ordine sociale, meritevoli di particolare tutela. A questi casi si aggiunse poi l'accredito figurativo per l'espletamento di cariche pubbliche e di mandato sindacale, di cui alle leggi sopra citate.

Sorse il problema di determinare, per i lavoratori che godevano dell'aspettativa, quale dovesse essere la retribuzione utile ai fini del calcolo dei contributi figurativi da accreditare. Mentre l'art. 31 della legge 300/70 taceva sul punto, provvide invece l'art. 3 del citato dec. leg. 564/96, il quale precisò al quarto comma che la retribuzione a tal fine accreditabile era quella prevista "dai contratti collettivi di lavoro della categoria e non comprendono emolumenti collegati alla effettiva prestazione dell'attività lavorativa o condizionati ad una determinata produttività o risultato di lavoro né incrementi o avanzamenti che non siano legati alla sola maturazione dell'anzianità di servizio".

Si restrinse così la retribuzione utile sulla quale determinare i contributi figurativi.

b) Fu poi previsto dal quinto comma dell'art. 3 del medesimo dec. leg. 594/96 che il sindacato, nel caso di aspettativa per cariche sindacali, potesse versare una contribuzione aggiuntiva sulla differenza tra la retribuzione che il lavoratore distaccato avrebbe percepito se avesse lavorato e quella (ridotta appunto ai sensi del comma 3) su cui sarebbero stati accreditati i contributi figurativi.

Tuttavia questa facoltà di incremento della contribuzione figurativa non fu mai estesa agli enti locali, ossia nessuna norma provvide ad estendere agli enti locali la previsione di cui al comma quinto del decreto legislativo 564, giacché la estensione cui la Corte territoriale fa riferimento, ossia l'art. 7 *bis* della legge 3 agosto 1999 n. 265, dispone l'applicazione agli enti locali territoriali, non già della disciplina del comma quinto, ma solo del comma settimo del decreto legislativo 564, che attiene ad una questione completamente diversa, ossia alla regolarizzazione per contributi non pagati agli eletti presso gli enti locali, disponendo (sia l'art. 7, sia l'art. 7 *bis*) che tale regolarizzazione avvenga con il solo sovraccarico degli interessi e possa essere versata ratealmente (il caso era in realtà quello in cui l'aspettativa non era conforme a legge, per cui non vi era diritto a contribuzione figurativa, ma vi era obbligo di pagare i contributi obbligatori).

Le doglianze dell'INPS sono quindi fondate rispetto alla motivazione della sentenza impugnata, che è pervenuta all'accoglimento della domanda del Cagliani (diritto all'accredito figurativo sul superminimo non previsto dalla contrattazione collettiva) proprio sulla base dell'art. 7 *bis* della legge 265/99.

c) Tuttavia il diritto vantato dal Cagliani sorge da diverse disposizioni di legge.

Invero il presupposto indefettibile per l'applicazione del comma quarto del decreto legislativo 564/96 di cui al precedente punto a), è il fatto che il periodo di aspettativa

venga coperto da contribuzione figurativa, ed infatti detta disposizione determina espressamente, ed esclusivamente, quale sia la retribuzione sulla quale deve essere accreditata la contribuzione figurativa.

Ne consegue che ove il periodo di aspettativa sia coperto ai fini previdenziali in altro modo, e non già con la contribuzione figurativa, il quarto comma dell'art. 3 decreto legislativo 564/96 non viene in applicazione.

Nella specie si tratta di aspettativa che il Cagliani ha fruito per il periodo dal primo gennaio 1996 al 31 marzo 1999 per espletare le mansioni di sindaco.

Per detto periodo veniva in applicazione *ratione temporis* la legge n. 816 del 27 dicembre 1985, contenente la disciplina delle "Aspettative, permessi e indennità degli amministratori locali", la quale, dopo avere disposto all'art. 2 primo comma che l'aspettativa spettava solo ai dipendenti pubblici e privati eletti presso le amministrazioni locali, prevedeva al secondo comma che "Il periodo trascorso in aspettativa è considerato a tutti i fini come servizio effettivamente prestato, nonché come legittimo impedimento per il compimento del periodo di prova". Al terzo comma prevedeva altresì che l'ente, presso il quale il lavoratore collocato in aspettativa esercitava il mandato, doveva provvedere al versamento, presso gli istituti previdenziali competenti, degli oneri previdenziali in sostituzione del datore di lavoro privato.

Ne consegue che il lavoratore dipendente che esercitava cariche elettive presso gli enti locali, ancorché in situazione di aspettativa, veniva regolarmente remunerato durante il medesimo periodo, perché questo veniva considerato "come servizio effettivamente prestato" a tutti gli effetti, e quindi anche agli effetti previdenziali. Ne consegue allora che nel periodo di aspettativa non si doveva ricorrere al sistema virtuale di "accredito" della contribuzione figurativa, ma doveva essere "versata" quella obbligatoria, quella cioè che si versa durante il normale espletamento del rapporto di lavoro, con l'unica particolarità che i contributi non venivano pagati dal datore di lavoro (che non riceveva la prestazione lavorativa) ma dall'ente presso il quale il lavoratore medesimo esercitava il mandato.

Se tale è la regola, se cioè si tratta di contribuzione obbligatoria, non vi è dubbio che la stessa debba essere versata su tutti i compensi erogati al lavoratore espletante la carica di sindaco, compreso quindi il superminimo per cui è causa, secondo il principio di onnicomprensività della retribuzione utile ai fini previdenziali, previsto in via generale dall'art. 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153, e successivamente dal decreto legislativo 2 settembre 1997 n. 314.

Ed è allora fuori luogo l'applicazione delle regole di cui all'art. 3 quarto comma del decreto legislativo 564/96, perché queste, come già detto, si riferiscono alla retribuzione sulla quale va accreditata la contribuzione figurativa.

Si rammenta altresì che disposizioni analoghe al citato art. 2 della legge 816/85, si rivengono nelle leggi più recenti e precisamente all'art. 22 della legge 3 agosto 1999 n. 265 "Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali", nonché all'art. 81 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali emanato in forza della delega di cui all'art. 31 della legge 265/99.

Il ricorso va pertanto rigettato.

Le spese del giudizio vengono compensate tra le parti.

*(Omissis)*

***Infortuni sul lavoro e malattie professionali* - Agricoltura - Infortunio subito nel corso di attività di organizzazione dell'attività economica aziendale - Tutela assicurativa - Esclusione - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 26.6.2004, n. 11929 - Pres. Prestipino - Rel. Cellerino - P.M. Apice (Diff.) - Giubergia (Avv.ti Rinaldi, Collidà) - INAIL (Avv.ti Catania, De Ferrà, Raspanti).**

*La tutela assicurativa contro gli infortuni sul lavoro in agricoltura apprestata dagli artt. 205 e 208 del DPR n. 1124 del 1965, non consente di ricomprendere ogni attività umana che si trovi ad essere anche solo occasionalmente ed indirettamente ricollegabile al multiforme esercizio dell'agricoltura (art. 206), ma oltre a richiedere l'esercizio di un'attività fisica o di carattere manuale - esecutivo presuppongono che l'intervento operativo, pur potendo inerire all'esercizio dell'impresa agricola, tuttavia non sia svolto a causa e per un diverso titolo, ovvero nell'adempimento di un dovere o per un interesse personale dell'agricoltore,* uti civis, *dove l'interconnessione con la professione rurale è solo occasionale e accidentale. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva ritenuto escluso dalla copertura legale del rischio infortunistico l'infortunio subito da un agricoltore mentre si recava a consegnare fatture inerenti la contabilità della propria azienda agricola).*

FATTO — Il 10 luglio 2000 la sig.ra Graziella Giubergia ricorreva al Tribunale di Cuneo chiedendo, previo espletamento di ctu medico-legale, che l'INAIL fosse condannata a corrisponderle la prescritta rendita, oltre gli accessori maturati, per l'infortunio subito nell'ottobre '99, allorché era stata investita da un'autovettura mentre tornava in auto dall'Ufficio della Coldiretti di Peveragno, dove s'era recata per consegnare fatture inerenti la contabilità della sua azienda agricola.

Costituendosi, l'Istituto ribadiva quanto aveva deciso in via amministrativa, ovvero che l'infortunio non aveva copertura assicurativa perché s'era verificato nell'esercizio dell'attività imprenditoriale della Giubergia e non nel corso della sua attività di coltivatrice diretta.

Avendo il Tribunale respinto, all'esito dell'istruttoria, il ricorso e compensate le spese del grado, l'odierna ricorrente appellava la sentenza sostenendo che, stante la connessione funzionale all'attività agricola (coltivazione di grano, fragole e piccoli frutti) della consegna della documentazione contabile alla Coldiretti, cui aveva affidato l'incarico della gestione, l'evento rientrava nella copertura assicurativa.

Nel rinnovato contraddittorio la Corte d'appello di Torino, richiamate alcune sentenze di questa Corte, ha escluso che l'attività, nel corso della quale si era verificato l'infortunio, fosse ricollegabile all'attività propria del coltivatore diretto o rientrasse fra i lavori agricoli definiti dall'art. 207, 1° co., T.U. n. 1124/65, concernendo piuttosto l'organizzazione dell'attività economica aziendale ed imprenditoriale, esclusa dalla tutela, non essendo connessa, complementare o accessoria all'attività agricola, ovvero diretta alla trasformazione o alienazione dei prodotti agricoli (art. 207, 2° co., T.U. cit.), non rientrando nel normale ciclo agricolo produttivo, né essendo preordinata

all'esercizio dell'attività agricola, ma riguardando "l'ottimale amministrazione dell'azienda, sotto l'aspetto contabile".

Contro questa sentenza la Giubergia espone un motivo di ricorso per cassazione.

Resiste l'Istituto con controricorso.

DIRITTO — La sig.ra Graziella Giubergia, con unico motivo, lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 205, T.U. sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni, in relazione all'art. 360, nn. 3, cod. proc. civ., reputando limitativa la considerazione della Corte territoriale secondo la quale la tutela apprestata dalla normativa di riferimento si rivolgerebbe esclusivamente all'attività manuale dell'operatore agricolo, senza ricomprendervi "le lavorazioni connesse, complementari ed accessorie" di cui al 2° comma dell'art. 207.

In particolare, la difesa ricorrente osserva che l'identificazione del soggetto agricolo non vale a limitare la tutela assicurativa all'esclusiva attività manuale, ma si estende anche a quelle "connesse in stretto rapporto funzionale con l'attività di coltivazione", tra le quali v'è, nel mondo d'oggi, quella contabile - fiscale, che evidenzia "un rapporto funzionale tale da far considerare la seconda un momento comunque essenziale della prima", trattandosi "di attività intrinsecamente connessa e di chiusura del ciclo produttivo, che non può essere sganciato dal profilo contabile, svolto dalla titolare, stante la natura e le dimensioni dell'azienda".

Il ricorso non può trovare accoglimento.

Gli artt. 205 e 207 del T.U., sui quali s'incentra il ricorso per argomentare l'estensione della garanzia anche alle operazioni ideologicamente strumentali alle lavorazioni materiali del fondo, ovvero destinate ad assicurare la più proficua organizzazione dell'impresa agricola, non consentono di ricomprendere, tra quelle "connesse, complementari od accessorie … eseguite sul fondo o nell'interesse e per conto di una azienda agricola", ogni attività umana che si trovi ad essere anche solo occasionalmente ed indirettamente ricollegabile al multiforme esercizio dell'agricoltura (art. 206), ma, ad eccezione dei "sovrastanti" (art. 205, 1° co., lett. c), oltre a richiedere l'esercizio di una attività fisica o di carattere manuale-esecutivo, come esplicita il termine 'lavorazione', posto in apertura del comma in discorso, presuppongono che l'intervento operativo, pur potendo inerire all'esercizio dell'impresa agricola, dove il diaframma s'è, spesso, dimostrato evanescente (si pensi all'agricoltore infortunatosi mentre si recava a comprare bestiame: Cass., 2.6.1998, n. 5416; o macchine agricole; 5.7.2002, n. 9757; o ad affittare un fondo per le necessità aziendali: Cass., 5.2.1992, n. 1241; o ad informarsi sui turni di irrigazione: Cass., 7.12.1998, n. 12374), tuttavia non sia svolto a causa e per un diverso titolo, ovvero nell'adempimento di un dovere o per un interesse personale dell'agricoltore, *uti civis*, dove l'interconnessione con la professione rurale è solo occasionale e del tutto accidentale (v. Cass., 29.4.2003, n. 6675 per il caso, non indennizzabile, dell'agricoltore infortunato nel caricare su un veicolo legname acquistato per uso domestico; v. però, contra, Cass., 27.7.2000, n. 9837).

In altre parole, essendo la copertura legale del rischio infortunistico fondata sullo svolgimento di attività fisiche manuali e concrete proprie dell'agricoltura, o a queste strettamente connesse, funzionali o strumentali, sicché non è revocabile in dubbio che la commercializzazione e distribuzione diretta dei prodotti, e più in generale quelle interferenti con l'ottimizzazione della coltivazione agricola siano, *ex lege*, complementari a questa attività, per contro, i momenti della denuncia, della tenuta e della contabi-

lizzazione dei connessi guadagni (a fini fiscali, creditizi, del risparmio, ecc.), che pur rilevano inscindibilmente con l'attività di gestione imprenditoriale (anche elementare) dell'agricoltura (si pensi, per altri esempi, anche alle attività di carattere sindacale o formativo del mondo contadino attuale), non hanno alcun collegamento materiale, conformemente al caso descritto in narrativa, con l'attività agricola "a monte", esistendo solo un legame soggettivo puramente "accidentale".

Lo svolgimento di queste attività, infatti, esprime una scelta di carattere personale e realizza un rapporto del soggetto interessato con il commercialista, con l'erario, con il risparmio, ecc., che prescinde dalla lavorazione agricola in sé, né ha un rapporto di derivazione diretta con lo svolgimento dell'attività d'elezione, limitandosi a rispondere ad una esigenza personale, individuale ed ideologica dell'agricoltore.

Il ricorso deve essere, pertanto, rigettato.

Non si fa luogo alla condanna del soccombente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione *ex* art. 152, disp. att. c.p.c., nel testo previgente alla riforma di cui all'art. 42, comma 11°, del D.L. n. 269/1993.

*(Omissis)*

***Pensioni* - Lavoratori autonomi - In genere - Contributi versati all'assicurazione generale obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti - Diritto del lavoratore autonomo al computo ai fini della misura della pensione a carico della gestione separata - Restituzione dei contributi in caso di inutilizzabilità a tali fini - Presupposti - Conseguimento del diritto a pensione autonoma o ai trattamenti pensionistici previsti dall'art. 3 D.M. n. 282 del 1996 - Spettanza della restituzione - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 17.6.2004, n. 11377 - Pres. Sciarelli - Rel. Cuoco - P.M. De Augustinis (Conf.) - Calori (Avv. Gerosa) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra).**

*Con riferimento agli iscritti alla gestione pensionistica dei lavoratori autonomi che vantano anche versamenti di contributi presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti e che possono computare tale contribuzione ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della predetta gestione separata, ai sensi dell'art. 3 del D.M. n. 282 del 1996 (in attuazione dell'art. 2, commi 26 e 30, della legge n. 335 del 1995), il diritto alla restituzione dei medesimi contributi previsto dall'art. 4 dello stesso D.M. presuppone che gli interessati non conseguano alla cessazione dell'attività lavorativa il diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti pensionistici di cui all'art. 3; pertanto, la restituzione non compete allorché l'interessato consegua il diritto alla pensione supplementare, che è compresa fra i "trattamenti" a carico della predetta gestione.*

FATTO — Con atto del 23 giugno 2000 l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) propose appello avverso la sentenza con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'opposizione a decreto ingiuntivo con cui l'Istituto era stato condannato a restituire a Gianfranco Calori i contributi che questi aveva versato nella gestione separata di cui all'art. 2 comma 26 della legge 8 agosto 1995 n. 335.

Con sentenza del 22 marzo 2000 la Corte d'Appello di Milano, accogliendo l'impugnazione dell'INPS ha respinto la domanda proposta dal Calori per la restituzione dei contributi.

Afferma il giudicante che l'art. 4 secondo comma del Decreto Ministeriale 2 maggio 1996 n. 282, in attuazione dell'art. 2 commi 26 e 30 della legge 8 agosto 1995 n. 335, ha previsto il rimborso dei contributi versati per i pensionati da lavoro autonomo ultrasessantenni, salvo che per coloro che abbiano conseguito il diritto alla pensione autonoma od ai trattamenti di cui all'art. 3.

Poiché l'interpretazione letterale della disposizione, non comprendendo nell'esclusione le pensioni supplementari, previste dall'art. 1 (non richiamato), sarebbe in palese contrasto con i principi generali del sistema pensionistico e darebbe luogo ad ingiustificate disparità di trattamento fra pensionati, è necessario interpretare la norma con criterio logico - sistematico.

La ragione della norma è la corrispondenza fra versamento dei contributi e diritto alla pensione, con il conseguente diritto al rimborso solo ove i contributi non siano stati utilizzati. E sarebbe contraddittorio il rimborso di quei contributi utilizzabili (in base all'art. 1 secondo comma) per la pensione supplementare, ove non si maturi il diritto alla pensione autonoma. Come il rimborso è espressamente escluso per la pensione autonoma, è da escludere ove i contributi siano utilizzati per fruire della pensione supplementare, trattamento sostitutivo della pensione autonoma. L'art. 1 non è stato richiamato poiché, secondo il giudicante, la regola prevista per il trattamento principale (pensione autonoma) si applica al trattamento sostitutivo, che presuppone egualmente l'utilizzazione dei contributi versati nella gestione separata.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre Gianfranco Calori, percorrendo le linee d'un unico motivo, coltivato con memoria; l'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Denunciando per l'art. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 4 secondo comma del Decreto Ministeriale 2 maggio 1996 n. 282 nonché omessa insufficiente e contraddittoria motivazione, il ricorrente sostiene che la norma in esame dispone una disciplina transitoria per i collaboratori coordinati e continuativi; la disciplina prevede deroghe ai principi generali previdenziali, i quali, in presenza d'una norma speciale, non restano applicabili (art. 12 disp. prel. cod. civ.).

Né è fondato sostenere che, considerando implicito che la regola prevista per il trattamento principale si applichi anche al trattamento sostitutivo, l'art. 1 non sarebbe stato richiamato. Né la norma, secondo la sua immediata lettura, determina una disparità di trattamento fra pensionati. Ed invero, la disposizione concede ai pensionati ultrasessantenni il diritto al rimborso dei contributi, escludendo coloro che abbiano conseguito "la pensione autonoma od i trattamenti di cui all'art. 3". La disciplina è ben

logica: qualora il diritto alla pensione autonoma non sia raggiunto, il pensionato può scegliere se percepire la pensione supplementare (di esigua entità) ovvero richiedere la restituzione dei contributi.

Ove il legislatore avesse voluto escludere il rimborso anche per la pensione supplementare, avrebbe fatto esplicito riferimento all'art. 1 (come lo ha fatto all'art. 3).

La disposizione non può riferire l'esclusione del rimborso, come erroneamente sostiene l'Istituto, a coloro che abbiano maturato "trattamenti pensionistici". Oltre al diritto sostanziale ai rimborsi, anche la diretta legittimazione attiva del pensionato (direttamente in capo ai lavoratori od agli iscritti alle gestioni pensionistiche) si basa sull'espressa previsione normativa della disposizione in esame.

Il ricorso è infondato. L'art. 4 secondo comma del predetto D.M. 12 maggio 1996 n. 282 dispone che "i soggetti in possesso del requisito di sessanta anni d'età alla medesima data di cui al comma 1 e che alla cessazione dell'attività lavorativa non conseguono il diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti di cui all'art. 3 possono richiedere la restituzione dei contributi versati alla gestione".

Il presupposto negativo di questa ripetibilità (quale fatto la cui assenza consente la ripetibilità, e la cui presenza la esclude) è costituito dal conseguimento del "diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti di cui all'art. 3".

Nell'art. 3 del predetto D.M. è prevista la computabilità, nella Gestione separata, dei contributi versati nell'A.G.O. dei lavoratori dipendenti (o forme esclusive e sostitutive) "ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa".

I "trattamenti" previsti da questa norma, comprendono ogni diritto quivi previsto (e l'ampia formula con cui è delineato il presupposto negativo, è il riscontro dell'eccezionalità della ripetibilità). Questo diritto comprende ogni forma di "pensione" a carico della Gestione separata.

Ed è "pensione" a carico della Gestione separata anche la pensione supplementare (l'interpretazione è consentita anche in quanto nella locuzione dell'art. 3 non compare l'aggettivo "autonoma", che compare nell'art. 1 secondo comma e nell'art. 4 secondo comma).

E pertanto l'esistenza, attraverso i contributi versati nella Gestione separata, del diritto alla pensione supplementare esclude il diritto al rimborso dei contributi.

Questa interpretazione della (non lineare) disposizione dell'art. 4 secondo comma trova riscontro nel fondamento della norma.

Ed invero, il regime dell'assicurazione obbligatoria per invalidità vecchiaia e superstiti (A.G.O.), pur dopo l'introduzione della Gestione separata (espressamente finalizzata alla "estensione" di questa assicurazione come dispone l'art. 2 comma 26 della legge 8 agosto 1995 n. 335, e prevista per coloro che esercitano per professione abituale — pur non esclusiva — attività di lavoro autonomo e per i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di cui all'art. 49 commi 1 e 2 del DPR 22 dicembre 1986 n. 917, nonché per gli incaricati di vendite a domicilio) costituisce una struttura unitaria.

Questa unitarietà si esprime anche in una più ampia utilizzabilità della contribuzione (nell'ambito dei rapporti fra contribuzione per lavoro dipendente e per lavoro autonomo).

Nel quadro di questa utilizzabilità si inscrivono anche:

a. la pensione supplementare prevista dall'art. 5 della legge 12 agosto 1962 n. 1338 (quale utilizzabilità dei contributi versati od accreditati nell'assicurazione generale obbligatoria, ed insufficienti ad una pensione autonoma); in riferimento a questa disposizione, altra ipotesi di pensione supplementare è poi prevista dall'art. 1 secondo comma del D.M. 12 maggio 1996 n. 282, regolamento per la disciplina della predetta Gestione separata, in attuazione dell'art. 2 comma 32 dell'indicata legge n. 335 (quale utilizzabilità, da parte di titolari di trattamento pensionistico A.G.O. di lavoratori dipendenti o relative forme esclusive o sostitutive, dei contributi in Gestione separata non sufficienti ad una pensione autonoma);

b. la computabilità, dei contributi versati nell'A.G.O. lavoratori dipendenti o relative forme esclusive o sostitutive, nell'ambito della predetta Gestione separata, ai fini del diritto e della misura della pensione a carico di questa Gestione (art. 3 dell'indicato D.M. 12 maggio 1996 n. 282).

Questa ampia utilizzabilità, conferendo alla contribuzione la possibilità di svolgere la sua funzione in un più ampio spazio, e fondata sul principio di corrispondenza fra contribuzione e funzione.

Questo principio, nel suo aspetto negativo (quale assenza di corrispondenza: impossibilità che la contribuzione possa svolgere la sua funzione, consentendo, pur come potenzialità, il "diritto alla pensione"), è il fondamento della ripetibilità dei contributi, prevista dall'art. 4 secondo comma del predetto D.M. 12 maggio 1996 n. 282.

Nel suo aspetto positivo (quale corrispondenza fra contribuzione e pensione: fruibilità della funzione cui la contribuzione è diretta: il trattamento pensionistico, nel cui spazio è da inquadrare anche la pensione supplementare), il principio rende la ripetizione inipotizzabile.

Leggendo la predetta norma (non tanto in base alla sua non lineare lettera, bensì) in base al lineare principio su cui è fondata, i "trattamenti" ivi previsti comprendono anche la pensione supplementare, quale parte integrante del presupposto negativo della ripetizione (il non conseguimento del diritto ivi previsto).

Le nuove ragioni esposte nella memoria difensiva (ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.) sono inammissibili (e *plurimis*, Cass. 19 aprile 2000 n. 5079). Per esigenza di completezza è da aggiungere che il presupposto negativo della ripetizione non è il materiale conseguimento della pensione, bensì (come "diritto alla pensione") la possibilità che la contribuzione possa svolgere la sua funzione: la sua fluibilità ai fini del diritto alla pensione (e pertanto quanto sostenuto nella memoria resta irrilevante).

Il ricorso deve essere respinto. E, in applicazione dell'art. 152 disp. att. cod. proc. civ. e (per il generale principio dell'art. 11 disp. prel. cod. civ.) nell'inapplicabilità del testo modificato dall'art. 42 undicesimo comma del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326 (che presuppone che il giudizio sia stato introdotto posteriormente all'ingresso di questa nuova norma), nulla è da disporsi in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

*(Omissis)*

***Contributi* - Danni per omessa assicurazione - In genere - Domanda diretta del lavoratore contro l'INPS per la costituzione di una rendita vitalizia - Inammissibilità - Limiti.**

**Corte di Cassazione - 1.6.2004, n. 10517 - Pres. Mileo - Rel. Celentano - P.M. Apice (Conf.) - Culasso (Avv.ti Rinaldi, Collidà) - INPS (Avv.ti Fonzo, Sgroi).**

*A norma del comma 5 dell'art. 13 l. 12 agosto 1962 n. 1338, è inammissibile la domanda proposta direttamente dal lavoratore nei confronti dell'INPS, in sostituzione del datore di lavoro, e diretta ad ottenere la costituzione di una rendita vitalizia pari alla pensione o alla quota di pensione adeguata ai contributi assicurativi omessi e non più versabili per intervenuta prescrizione, ove il lavoratore non abbia dato la prova della impossibilità di ottenere la rendita dallo stesso datore di lavoro.*

FATTO — Con sentenza del 6/14 novembre 2000 il Tribunale di Saluzzo, accogliendo in parte la domanda proposta da Giuseppe Culasso nei confronti dell'INPS, condannava l'Istituto a costituire in favore del ricorrente la rendita di cui all'art. 13 della legge n. 1338/62 per i periodi gennaio 1957/dicembre 1961 e 30.11.1977/20.9.1978; dichiarava, inoltre, il diritto del signor Culasso a percepire la pensione di anzianità con decorrenza dall'1.1.1997.

L'appello dell'INPS, cui resisteva il pensionato, veniva accolto dalla Corte di Appello di Torino con sentenza del 29 maggio/7 luglio 2001.

I giudici di secondo grado osservavano che la domanda era inammissibile, atteso che il signor Culasso aveva chiesto la condanna dell'INPS alla costituzione della rendita senza dedurre e, quindi dimostrare, di avere precedentemente richiesto la costituzione della rendita al soggetto tenuto al versamento dei contributi. Rilevavano che il quinto comma dell'art. 13 della legge n. 1338 del 1962 autorizza il lavoratore ad agire nei confronti dell'INPS, in sostituzione del datore di lavoro, solo quando non possa ottenere la costituzione della rendita ad opera dello stesso datore.

Aggiungevano, *ad abundantiam*, che la domanda era anche infondata nel merito, attesa la inidoneità della prova testimoniale espletata in primo grado, in quanto la prova del pregresso rapporto lavorativo deve essere data solo attraverso la produzione di documenti aventi data certa.

Respingevano, quindi, le domande proposte dall'appellato con il ricorso introduttivo, compensando le spese dei due gradi di giudizio.

Per la cassazione di tale decisione ricorre, formulando tre motivi di censura, Giuseppe Culasso.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 13, 4° e 5° comma, della legge 12 agosto 1962, n. 1338, la difesa del ricorrente critica la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la prova del pregresso rapporto di

lavoro debba essere data solo con documenti di data certa.

Sostiene che il quarto comma (ed il quinto) del citato art. 13 sono stati dettati per il lavoro dipendente. La estensione della disciplina relativa ai lavoratori autonomi, quali i familiari coltivatori diretti o coadiutori artigiani o commercianti, operata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 18 del 1995 (1), dovrebbe avvenire con i necessari "aggiustamenti" connessi alle differenze tra i due settori.

Assume che, mentre la prova documentale è facilmente fornibile dal lavoratore subordinato per il quale non siano stati versati i contributi, attraverso il libretto di lavoro o "altro", la prova da parte del lavoratore agricolo nelle stesse condizioni, che non sia stato iscritto negli elenchi nominativi, risulterebbe impossibile, non esistendo alcun documento di data certa che possa attestare lo svolgimento di attività coltivatrice in seno al nucleo.

Con il secondo motivo, denunciando sempre violazione degli stessi commi 4 e 5 dell'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, la difesa del ricorrente critica la interpretazione che dei commi citati ha dato la Corte del merito, ritenendo che la legittimazione del lavoratore ad agire in giudizio per la costituzione della rendita sia subordinata al previo tentativo di ottenere la costituzione della stessa ad opera del datore di lavoro.

Assume che solo due sentenze di questa Corte (la 2687/80 e la 1987/88 (2)) si sono pronunciate in tal senso, e che tale indirizzo interpretativo va rivisto, atteso che nei nuclei familiari coltivatori "datore di lavoro" è di regola il padre o la madre, che spesso sono già deceduti quando il familiare non regolarmente assicurato si accorge della irregolare posizione contributiva, sicché lo stesso dovrebbe far causa a se stesso o ai coeredi, i quali dovrebbero ingiustamente sostenere il costo della rendita percepita dal coerede non assicurato.

Con il terzo motivo la difesa del ricorrente denuncia la contraddittorietà della sentenza, che, dopo aver ritenuto in motivazione inammissibile la domanda per carenza di legittimazione ed avere aggiunto solo *ad abundantiam* che la stessa era anche sfornita di valida prova scritta, ha poi, in dispositivo, rigettato le domande anziché dichiararle inammissibili.

Il secondo motivo di ricorso, che assume carattere pregiudiziale, investendo quella parte della motivazione che ha ritenuto inammissibile la domanda diretta del lavoratore nei confronti dell'INPS, per la costituzione della rendita di cui all'art. 13 della legge n. 1338 del 1962, è infondato.

L'art. 13 citato stabilisce, al comma 5, che "il lavoratore, quando non possa ottenere dal datore di lavoro la costituzione della rendita a norma del presente articolo, può egli stesso sostituirsi al datore di lavoro, salvo il diritto al risarcimento del danno, a condizione che fornisca all'Istituto nazionale della previdenza sociale le prove del rapporto di lavoro e della retribuzione indicate nel comma precedente".

Presupposto perché il lavoratore sia legittimato ad avanzare domanda nei confronti dell'INPS, quasi alla stregua di un "sostituto processuale", è la impossibilità di ottenere la costituzione della rendita da parte del datore di lavoro; impossibilità che, prima di essere provata, va naturalmente allegata.

La lettera della legge è chiara ed è stata correttamente interpretata dalla Corte territoriale, conformemente, del resto, all'orientamento già espresso da questa Corte di legittimità con le sentenze n. 2867 del 29 aprile 1980 e n. 1987 del 24 febbraio 1988, puntualmente citate nella decisione impugnata.

La Corte di Torino ha rilevato che parte appellata non aveva neppure allegato di avere precedentemente (ma vanamente) richiesto la costituzione della rendita al soggetto originariamente tenuto al versamento dei contributi assicurativi; e tale affermazione non viene neppure puntualmente censurata, limitandosi il ricorrente ad invocare una diversa lettura della norma, che eliminerebbe del tutto la necessità di qualsiasi richiesta al soggetto obbligato.

Il rigetto del secondo motivo rende superfluo l'esame del primo, teso a contestare la necessità di una prova scritta per la dimostrazione della sussistenza del rapporto, affermata dalla Corte torinese quale argomento *ad abundantiam* per rigettare la domanda del lavoratore.

Infondato, infine, è il terzo motivo.

Il fatto che la Corte abbia rigettato la domanda, anziché dichiararla inammissibile (per la mancata allegazione e prova della previa richiesta al soggetto obbligato al versamento dei contributi), non costituisce motivo di cassazione della sentenza.

Il rigetto della domanda, esplicitato in dispositivo, è stato chiaramente collegato in primo luogo al mancato rispetto della condizione di cui al quinto comma dell'art. 13 della legge n. 1338/62.

L'improprietà terminologica (rigetto e non dichiarazione di inammissibilità) non è sufficiente a determinare la nullità della sentenza, atteso che effetto della pronuncia è stato comunque il mancato accoglimento del ricorso introduttivo.

Per tutto quanto esposto il ricorso va rigettato.

Il soccombente non è tenuto al rimborso, nei confronti dell'INPS, delle spese dell'intero processo, non ricorrendo l'ipotesi della domanda manifestamente infondata e temeraria (art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo anteriore alla riforma del 2003).

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 81

(2) *Idem*, 1988, p. 1570

***Contributi* - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Art. 5, terzo comma, sui contratti di riallineamento contributivo - Sanatoria delle pendenze contributive a condizioni agevolate - Applicazione del relativo accordo provinciale - Relativo onere probatorio - Spettanza all'imprenditore deducente gli effetti della sanatoria a proprio vantaggio.**

**Corte di Cassazione - 27.5.2004, n. 10228 - Pres. Ciciretti - Rel. Filadoro - P.M. Matera (Parz. Diff.) - INPS (Avv.ti Correra, Coretti, Fonzo) - Orsini ed altri (Avv. Sconocchia).**

*L'onere di provare l'applicazione nel tempo dell'accordo provinciale di riallineamento ai fini della sanatoria relativamente ai periodi pregressi per le pendenze contributive ed a titolo di fiscalizzazione ovvero di sgravi contributivi — prevista dall'art. 5, comma 3, seconda proposizione, D.L. 1 ottobre 1996 n. 510, conv. in l. 28 novembre 1996 n. 608 — è a carico dell'imprenditore che deduca a suo vantaggio gli effetti della sanatoria stessa.*

FATTO — Con decreto ingiuntivo emesso dal Pretore di Ascoli Piceno, su richiesta della competente Sede INPS, veniva richiesto il pagamento di lire 99.602.530 a Gino Orsini e Filippo Damiani, quali responsabili della omonima società in accomandita semplice, per omesso versamento di parte dei contributi relativamente a dipendenti a tempo determinato per il periodo 1 gennaio 1989 - 31 maggio 1990 (per i quali erano state considerate come base imponibile retribuzioni inferiori a quelle fissate dal contratto collettivo nazionale di categoria).

Proponevano opposizione i due ingiunti i quali assumevano:

— a) che aveva pagato i contributi sulla base dei contratti collettivi provinciali stipulati dalle organizzazioni nazionali più rappresentative su base nazionale, conformemente all'art. 1, comma primo, D.L. 9 ottobre 1989, n. 338, convertito con legge 7 dicembre 1989, n. 389;

— b) e che, comunque, doveva esser applicata la deroga ("sospensione") di cui agli artt. 6, comma 11, D.L. cit. e 2 - bis D.L. 4 giugno 1990, n. 129, convertito con legge 3 agosto 1990, n. 210.

L'opposizione veniva accolta, con sentenza 20 luglio - 15 settembre dal Tribunale - giudice del lavoro di Ascoli Piceno che riteneva decisivo l'assunto *sub* a).

La Corte di appello di Ancona, con sentenza depositata il 1° ottobre 2001, rigettava l'appello dell'INPS, dando atto che si era verificata la condizione prevista per la sanatoria disposta dall'art. 5 del decreto legge n. 510 del 1° ottobre 1996, convertito con legge 28 novembre 1996, n. 608.

La Corte di merito ha disatteso la "ratio decidendi" del Tribunale — secondo cui era sufficiente l'adeguamento ai contratti collettivi provinciali stipulati dalle organizzazioni nazionali —, perché la tesi era in contrasto con l'art. 2 - *bis* del D.L. n. 129/1990 il quale, per tale ipotesi, si era limitato a concedere alle imprese che avessero recepito gli accordi provinciali predetti una deroga (sospensione della condizione ostativa del pagamento di retribuzioni inferiori a quelle dei contratti collettivi nazionali), purché si fosse trattato di contratti di riallineamento.

Ha, tuttavia, ulteriormente argomentato la Corte di appello:

— la datrice di lavoro rientrava in zona cui si applicavano i benefici della fiscalizzazione degli oneri sociali per il Mezzogiorno, ai sensi del DPR 6 marzo 1978, n. 218;

— il contratto aziendale di riferimento era stato stipulato il 20 novembre 1991 con validità sino al 31 dicembre 1993 ed era stato depositato presso l'INPS il 29 novembre 1991;

— lo stesso contratto aziendale richiamava il contratto provinciale di settore concluso il 27 giugno 1991, intervenuto tra la CONFCOMMERCIO della Provincia di Ascoli Piceno e le organizzazioni sindacali FLAI/CGIL e FISASCAT/CISL, mediante il quale

si era concordato di continuare il riallineamento delle retribuzioni ai livelli previsti dal C.C.N.L., con aggiornamenti semestrali percentuali sulla base della paga lorda nazionale, e si era altresì stabilito che il sistema di riallineamento concordato avrebbe dovuto essere recepito con contratti aziendali entro il 30 novembre 1991, con l'assistenza delle stesse organizzazioni firmatarie dell'accordo provinciale;

— il contratto aziendale 20.11.1991 era stato depositato oltre la data di scadenza (31 maggio 1991), prevista dall'art. 2 bis, comma secondo, D.L. n. 129/1990 per il deposito degli accordi provinciali e aziendali di riallineamento;

— peraltro, l'intervenuta decadenza dalla deroga era da escludere in quanto, successivamente, il D.L. n. 510/1996 aveva riaperto i termini, concedendo dodici mesi per stipulare gli accordi territoriali e quelli aziendali di recepimento, da depositare, rispettivamente, presso i competenti uffici provinciali del lavoro e le sedi provinciali dell'INPS entro trenta giorni dalla stipula. II rispetto di tali termini, poi ulteriormente prorogati, aveva comportato sanatoria anche per i periodi pregressi, talché il già avvenuto deposito del contratto di riallineamento del 20 novembre 1991 era sufficiente per farlo rientrare nella proroga dei termini di cui all'art. 5 D.L. n. 510/1996, seppure il deposito era avvenuto in periodo pregresso rispetto alla legge di proroga;

— l'avvenuto riallineamento aveva estinto le obbligazioni per sanzioni amministrative e ogni altro onere accessorio (art. 23 legge n. 196 /1997);

— ai fini della sanatoria occorreva, altresì, che fosse stata fatta "applicazione nel tempo dell'accordo provinciale". Tale presupposto era stato contestato dall'INPS solo nel ricorso in appello peraltro genericamente, per contro, considerato che la legge attribuiva all'Istituto il compito di accertare il rispetto del programma di riallineamento, era da ritenere che nel caso in cui l'INPS avesse accertato la mancata attuazione del programma, avrebbe dovuto dedurlo in modo specifico e concreto ed avrebbe dovuto altresì fornire la prova relativa, dopo avere chiesto al giudice dell'opposizione, ai sensi dell'art. 420, primo comma, c.p.c., l'autorizzazione a dedurre tale ulteriore *"causa petendi"*, fondata sullo *"ius superveniens"*.

In mancanza di tale prova, doveva ritenersi realizzata la fattispecie estintiva della sanzione amministrativa.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre l'INPS con due motivi.

I due intimati resistono con controricorso, illustrato con memoria.

DIRITTO — Col primo motivo, l'Istituto deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 113 c.p.c. in relazione all'art. 2, comma terzo, D.L. 11 luglio 1988, n. 258, convertito in legge 5 agosto 1988, n. 337 e sostiene che l'art. 2 cit. fissa come termine finale per la concessione degli sgravi degli oneri sociali a favore delle aziende operanti nella provincia di Ascoli Piceno la data del 31 dicembre 1990, talché la Corte di appello non avrebbe potuto concedere gli sgravi per il periodo tra il 13 settembre e il 31 ottobre 1993.

II motivo non merita di essere accolto.

L'art. 2, comma terzo, del D.L. 11 luglio 1988, n. 258, recante "modifiche alla legge 1° marzo 1986, n. 64, in attuazione della decisione della Commissione CEE/88/318 del 2 marzo 1988"; convertito, con modificazioni, con legge 5 agosto 1988, n. 337, ha stabilito che "nelle province di Ascoli Piceno e Roma, fino al 31 dicembre 1990 [...], sono

concesse le agevolazioni finanziarie, contributive e fiscali nelle misure previste dagli articoli 59, 63, 69, 70, 101, 102 e 105 del testo unico [delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con DPR 6 marzo 1978, n.m218] di cui al comma secondo, fermi restando i nuovi criteri e procedure fissati in materia dai provvedimenti di applicazione della legge 1° marzo 1986, n. 64".

Il senso di questa disposizione non può che essere quello di restringere territorialmente i benefici indicati dalle citate norme del DPR n. 218/1978 e di escluderne la provincia di Ascoli Piceno.

A nulla rileva, pertanto, che l'art. 5 (richiamato nel controricorso) della legge 1° ottobre 1996, n. 510, di conversione del D.L. 1° ottobre 1996, n. 608, abbia dettato una particolare disciplina in materia di contratti di riallineamento retributivo e di regolarizzazione retributiva e contributiva per le imprese operanti nei territori di cui alle zone di cui all'art. 92, paragrafo 3 lett. a ("... regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di disoccupazione") della legge 14 ottobre 1957, n. 1203 di ratifica ed esecuzione del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, posto che la citata decisione della Commissione CEE/88/318 ha rilevato che per talune province (e tra esse quella di Ascoli Piceno), nelle quali erano previsti gli aiuti di cui alla legge n. 64/1986 e al DPR n. 218 del 1978, ai sensi dell'art. 92 ult. cit., secondo i dati per il 1985, non erano più sussistenti le condizioni per l'applicazione di detto articolo 92 e il nostro legislatore, per quei territori, ha conseguentemente stabilito, con il citato art. 2, la data finale del 31 dicembre 1990 per la spettanza dei benefici ivi indicati.

Rileva, peraltro, la Corte che il decreto ingiuntivo emesso su richiesta dell'INPS ha inteso sanzionare omissioni contributive afferenti al periodo 1° gennaio 1989/31 maggio 1990, anteriore alla data del 31 dicembre 1990.

Ne consegue che la doglianza del ricorrente, circa il mancato rispetto dell'art. 2, terzo comma, del D.L. 11 luglio 1988 n. 258, è priva di attinenza con la decisione impugnata e presenta quindi profili di inammissibilità.

Col secondo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 c. civ., 415, 416, 420 e 437 c.p.c., nonché vizio di motivazione, l'Istituto di previdenza sostiene che la concessione degli sgravi contributivi è subordinata alla dimostrazione da parte dell'interessato dei fatti costitutivi del diritto al beneficio e, tra essi, di avere dato concreta attuazione "nel tempo" al contratto di riallineamento, circostanza contestata dall'INPS, per la prima volta (si legge nel ricorso), con l'atto di appello. Contrariamente al convincimento implicito della Corte di merito, non si sarebbe trattato di una eccezione in senso proprio (sicché il giudice di appello la ha ritenuta inammissibile), bensì di una mera difesa per la quale non vi sarebbero state preclusioni alla sua prospettazione da parte dell'Istituto successivamente alla sua costituzione in giudizio (e neppure in appello), e alla contestazione dei fatti posti dall'avversario a fondamento della sua pretesa al beneficio.

Il motivo è fondato.

Per quanto emerge dall'esposizione che precede dello svolgimento del processo, il ragionamento della Corte di appello si articola nelle seguenti proposizioni: l'accertamento del rispetto del programma di riallineamento, ai sensi dell'art. 5 del D.L. n. 510 del 1996 (convertito con modificazione in legge 28 novembre 1996, n. 608) era compi-

to dell'Istituto di previdenza: ne conseguiva che in caso di constatazione della mancata attuazione del programma sarebbe stato onere dello stesso Istituto dedurre la circostanza in modo specifico e provarla.

Si tratta, tuttavia, di una argomentazione logicamente non corretta, come può desumersi dalla ricostruzione delle due distinte fattispecie previste dal terzo comma dell'art. 5 ult cit., che, nel primo periodo, ha riguardo alla posizione di quelle imprese che recepiscano, con l'entrata in vigore della norma, il programma graduale di riallineamento e dispone che per le stesse resta "sospesa" la condizione, per il godimento dei benefici, rappresentata (per quanto interessa nella presente controversia) dalla corresponsione di retribuzioni non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi (nazionali) stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (art. 1 D.L. 9 ottobre 1989, n. 338): ne consegue che se, successivamente, l'Istituto accerti che l'attuazione del programma graduale di riallineamento dei trattamenti economici contenuto nell'accordo territoriale sia venuta a cessare, cessa anche, dal periodo di paga per il quale l'INPS accerta il mancato rispetto (salvi, quindi, gli effetti prodottisi nel periodo durante il quale è stato osservato l'accordo), la sospensione dell'obbligo di adeguamento ai minimi salariali, sicché la non applicazione degli stessi comporta *"de futuro"* la decadenza dai benefici.

Trattandosi dell'avvenuto accertamento da parte dell'Istituto della cessazione di un beneficio, originariamente riconosciuto dalla legge, in ragione del venir meno del suo presupposto, spetta certamente all'INPS dedurre e provare il fatto estintivo.

Diversa è la fattispecie regolata col secondo periodo del terzo comma dell'art. 5 ult. cit., laddove è stabilita una sanatoria "anche per i periodi pregressi", "per le pendenze contributive ed a titolo di fiscalizzazione ovvero di sgravi contributivi" per le imprese che sottoscrivano gli accordi di riallineamento: mentre per i periodi a venire (per i quali non v'è luogo a parlare di sanatoria) resta ferma la disposizione di cui alla prima proposizione sopra esaminata, *"de praeterito"* la sanatoria opera a condizione che l'accordo provinciale di riallineamento continui ad essere applicato "nel tempo".

Nello stesso senso, la dottrina ha rilevato che, se con l'applicazione del contratto di riallineamento l'impresa fruisce, anzitutto, anche per i periodi pregressi, della sanatoria, tali agevolazioni sono riconosciute solo in caso di effettiva osservanza del programma di riallineamento, talché solo a conclusione di esso potrà essere riconosciuta la sanatoria medesima.

A conferma di ciò, si è sottolineato che la legge 24 giugno 1997, n. 196 (art. 23, lett. b)) ha inserito, alla fine della seconda proposizione dell'art. 3 del D.L. n. 510/1996; la disposizione secondo cui "i provvedimenti di esecuzione in corso, in qualsiasi fase e grado, sono sospesi fino alla data del riallineamento. L'avvenuto riallineamento estingue i reati previsti da leggi speciali in materie di contributi e di premi e le obbligazioni per sanzioni amministrative e per ogni altro onere accessorio".

L'osservanza "nel tempo" del programma di riallineamento rappresenta, dunque, una *"conditio iuris"* della sanatoria per i periodi pregressi che, come tale, costituisce non un elemento estrinseco, ma un vero e proprio elemento costitutivo (la cui necessità, inoltre, è venuta in essere in corso di causa per effetto di *"ius superveniens"*) della fattispecie "sanatoria", la ricorrenza del quale avrebbe dovuto essere dedotta e provata dalla parte che della sanatoria stessa ha inteso avvalersi e cioè dall'imprendito-

re soggetto all'obbligo contributivo. La mancanza di un elemento essenziale della fattispecie costituiva, dunque, è oggetto di una mera deduzione difensiva e non di eccezione in senso tecnico. Nel caso di specie, non è sostenibile che l'INPS fosse tenuto a contestare, nei termini di cui all'art. 416 c.p.c., la mancanza di un presupposto, quando il meccanismo della sanatoria non era stato ancora configurato dal legislatore.

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, le considerazioni svolte inducono a rigettare il primo motivo del ricorso, mentre il secondo deve essere accolto.

La sentenza impugnata deve essere annullata in relazione al secondo motivo e la causa deve essere rinviata per nuovo esame ad altro giudice equiordinato, designato in dispositivo, il quale si atterrà al principio di diritto secondo cui "l'onere di provare l'applicazione nel tempo dell'accordo provinciale di riallineamento ai fini della sanatoria per i periodi pregressi per le pendenze contributive ed a titolo di fiscalizzazione ovvero di sgravi contributivi — prevista dall'art. 5, comma terzo, seconda proposizione, del D.L. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito con legge 28 novembre 1996, n. 606 — è a carico dell'imprenditore che deduca a suo vantaggio gli effetti della sanatoria stessa".

Allo stesso giudice è opportuno demandare, altresì, la statuizione sul regolamento delle spese del giudizio di legittimità.

*(Omissis)*

***Contributi* - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Rimborsi dovuti dall'INPS *ex* sentenza Corte Cost. n. 261 del 1991 - Rateizzazione *ex* art. 1, terzo comma, D.L. n. 71 del 1993, convertito in legge n. 151 del 1993 - Esclusione di aggravio per rivalutazione o interessi - Interpretazione - Interessi e rivalutazione maturati fino alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale - Computabilità - Esclusione - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza.**

**Corte di Cassazione - 4.5.2004, n. 8432 - Pres. Ianniruberto - Rel. Roselli - P.M. Maccarone (Conf.) - Lirosi Autoservizi S.r.l. (Avv. Lattanzi) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra).**

*La disposizione dell'art. 1 comma 3 D.L. 71/93, conv. con modificazioni in l. 151/93, la quale — in relazione al rimborso della somme dovute dall'INPS per effetto della sentenza della Corte Costituzionale 261/91 (1) (dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 l. 1089/68, nella parte in cui esclude il beneficio degli sgravi contributivi in caso di retribuzioni non assoggettate a contribuzione contro la disoccupazione involontaria) — prevede, relativamente a periodi contributivi anteriori alla data di pubblicazione di tale sentenza, che tali rimborsi siano effettuati in dieci rate annuali di pari importo senza*

*alcun aggravio per rivalutazione o interessi, va interpretata nel senso che ai contributi da rimborsare non vanno aggiunti, secondo la normativa ordinaria, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria, atteso che, alla stregua della disciplina dettata dall'art. 2033 c.c., non può ritenersi in mala fede l'ente pubblico che riscuote somme dovute dal privato in base ad una legge vigente, alla cui osservanza il medesimo ente sia stato obbligato sino alla pronuncia di incostituzionalità; ne consegue che l'esclusione di interessi e rivalutazione non riguarda solo la dilazione decennale della restituzione delle somme dovute alla data della pronuncia di incostituzionalità, ma si riferisce a qualsiasi tempo, compreso il periodo anteriore a tale data. Né tale interpretazione può suscitare dubbi di illegittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., poiché la disciplina, da parte del legislatore ordinario, degli effetti retroattivi delle dichiarazioni di incostituzionalità è espressione di discrezionalità e trova ragionevoli limiti nelle esigenze della finanza pubblica.*

FATTO — Con ricorso del 17 aprile 1998 al Pretore di Reggio Calabria, la S.r.l. Lirosi autoservizi esponeva di essere stata esclusa dagli sgravi dalla contribuzione previdenziale previsti dalla legge 25 ottobre 1968 n. 1089 pur operando nel Mezzogiorno, poiché le retribuzioni corrisposte al personale non erano soggette a contributi contro la disoccupazione volontaria (art. 18, secondo comma).

Con sentenza 12 giugno 1991 n. 261 la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità di questo art. 18 nella parte contenente l'esclusione dagli sgravi, onde la società aveva chiesto all'INPS la restituzione delle somme corrispondenti ai contributi indebitamente versati fin al 1981, con gli interessi, che però erano stati negati dall'Istituto, riconosciutosi debitore per il solo capitale.

Tanto esposto, la ricorrente conveniva in giudizio l'INPS, chiedendone la condanna al pagamento dei detti interessi.

Costituitosi il convenuto, il Tribunale accoglieva la domanda, facendo decorrere il debito dal 1° febbraio 1981, con decisione del 29 febbraio 2000, riformata però con sentenza del 30 dicembre successivo dalla Corte d'appello, la quale rigettava la domanda, osservando che l'art. 1, comma 3, D.L. 22 marzo 1993 n. 71 conv. in l. 20 maggio 1993 n. 151, aveva bensì previsto il rimborso, da rateizzare in dieci anni, delle suddette somme ma aveva espressamente escluso rivalutazione ed interessi, senza alcuna limitazione.

Contro questa sentenza ricorreva per cassazione la S.r.l. Lirosi autoservizi mentre l'INPS resisteva con controricorso. In prossimità dell'udienza del 5 maggio 2003 la ricorrente depositava memoria.

Con ordinanza del 1° luglio 2003 la Sezione lavoro, rilevato un contrasto di giurisprudenza sulla questione della spettanza degli interessi sul debito di cui all'art. 1, comma 3, cit., rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa a queste Sezioni unite ai sensi dell'art. 374 cod. proc. civ.. Il Primo Presidente disponeva in conformità. Memorie di entrambe le parti, depositate in prossimità dell'udienza.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1, comma 3, D.L. 22 marzo 1993 n. 71 conv. in l. 20 maggio 1993 n. 151, 1124, 1262,

2033 cod. civ., 11 preleggi e vizi di motivazione, osservando che, dichiarata incostituzionale una norma impositiva di certi contributi previdenziali, l'ente che li abbia percepiti prima della dichiarazione stessa è tenuto a restituirli con gli interessi, senza che rilevi il suo stato di buona fede nella percezione. Di conseguenza la norma (art. 1, comma 3, cit.), che nel prevedere la restituzione rateizzata in dieci anni esclude gli interessi, dovrebbe applicarsi solo al periodo di rateizzazione e non escluderebbe gli interessi per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore.

La contraria interpretazione, adottata dalla sentenza ora impugnata e comportante la completa negazione dei frutti civili, contrasterebbe, ad avviso della ricorrente, con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., per le ragioni già espresse dalla Corte costituzionale con sentenza 23 dicembre 1998 n. 417 in materia di contributi indebitamente pagati all'INPS da artigiani.

2. — Il motivo non è fondato.

Il D.L. 30 agosto 1968 n. 918 conv. in l. 25 ottobre 1968 n. 1089 disciplinava gli sgravi sulle contribuzioni INPS in favore di imprese industriali ed artigiane operanti in certi territori e nell'art. 18, secondo comma, attribuiva uno sgravio per le retribuzioni assoggettate alla contribuzione per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione.

Con sentenza 12 giugno 1991 n. 261 la Corte costituzionale dichiarò illegittima questa norma nella parte in cui negava lo sgravio sulle retribuzioni non assoggettate alla contribuzione ora detta.

Fu così certo il diritto delle imprese a chiedere in restituzione le somme corrispondenti all'ammontare dello sgravio non goduto.

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

La questione che la ricorrente sottopone ora alla Corte è se l'espressione legislativa "senza alcun aggravio per interessi" si riferisca alla sola dilazione decennale della restituzione (interpretazione restrittiva, voluta dalla ricorrente) oppure se essa comprenda anche il periodo anteriore alla pubblicazione della sentenza — n. 261/1991 della Corte costituzionale, così — escludendo del tutto il debito dell'INPS per interessi (interpretazione estensiva, adottata nella sentenza impugnata).

La prima interpretazione è seguita da Cass. 6 dicembre 1995 n. 12358, la quale ritiene di intendere la lettera della legge (art. 12 preleggi) connettendo l'espressione qui sopra riportata a quella "a dieci rate annuale di pari importo", con la conseguente

impossibilità di riferire l'esclusione degli interessi al periodo precedente il 19 giugno 1991 e la necessità di connettere i medesimi a tutte le somme dovute in restituzione in relazione a quel periodo (nella specie, a partire dal 1981).

Questo orientamento è seguito anche da Cass. 10 settembre 1997 n. 8875, che non motiva specificamente sul punto e, a differenza della precedente, fa decorrere gli interessi dalla domanda amministrativa di restituzione, nella specie anteriore al 19 giugno 1991.

La seconda interpretazione è seguita da Cass. 14 aprile 1999 n. 3702 (2), 5 giugno 2000 n. 7487 (3) e 2 settembre 2003 n. 12784, le quali richiamano l'art. 2033 cod. civ. Questo, in materia di ripetizione dell'indebito, fa decorrere gli interessi a carico del percettore (*accipiens*) in buona fede fin dal momento della domanda di restituzione e non da quello, anteriore, della percezione.

Le sentenze ora dette osservano come l'INPS, percettore di contributi previdenziali in applicazione di una legge non ancora dichiarata incostituzionale, non possa considerarsi in mala fede. La conseguente esclusione degli interessi per il periodo anteriore alla pronuncia di incostituzionalità induce la Corte, nelle sentenze citate da ultimo, a ravvisare una volontà del legislatore del 1993 nel senso della totale esclusione degli interessi.

3. — Quest'ultima interpretazione è esatta.

Non è possibile risolvere la questione sottoposta dalla ricorrente alla Corte senza partire dall'art. 2033 ora cit., secondo cui "chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato. Ha inoltre diritto ai frutti ed agli interessi dal giorno del pagamento, se chi lo ha ricevuto era in mala fede, oppure, se questi era in buona fede, dal giorno della domanda".

L'art. 2033, come già l'art. 1147 cod. civ. del 1865, assimila così la situazione dell'*accipiens* non già a quella del creditore di una somma di denaro bensì a quella del possessore: come entrambi si sono trovati a sfruttare un bene non proprio così entrambi debbono restituire i frutti solo da quando il titolare del diritto sul bene ne faccia domanda al giudice. E infatti l'art. 2040, come già l'art. 1150 cod. civ. del 1865, in tema di rimborso delle spese e dei miglioramenti fatti sulla cosa ricevuta indebitamente, chiama l'*accipiens* "possessore", mentre la Relazione ministeriale al progetto definitivo sulle obbligazioni poneva in evidenza la necessità di "evitare sconcordanze con il progetto sui diritti reali".

Non rileva che il possessore in buona fede venga ad acquisire coscienza dell'altruità della cosa mentre possiede poiché *mala fides superveniens non nocet* (art. 1147, terzo comma, cod. civ.) onde sulla decorrenza di frutti ed interessi non influisce la domanda extragiudiziale di restituzione. La domanda giudiziale (a questa solo si riferisce l'art. 2033 Cost.) influisce non perché costituisca in mala fede l'accipiens ma per il principio generale, oggi ricondotto dai processualisti all'art. 24 Cost., secondo cui gli effetti favorevoli della sentenza di condanna (alla restituzione) debbono retroagire al momento della domanda. Talvolta la Corte assimila alla domanda giudiziale quella rivolta all'autorità amministrativa, se questa debba necessariamente precedere quella (Cass. 25 marzo 1992 n. 3692).

Mentre la dottrina concorda su questi punti, la giurisprudenza tende a considerare l'*accipiens* non già come possessore ma come debitore di una somma di denaro e gli interessi come oggetto di un risarcimento di danno da mora (art. 1224 cod. civ.). Per quanto qui interessa, tuttavia, anche la giurisprudenza esclude la costituzione in mora

extragiudiziale onde è certo che il percettore di indebito versante in buona fede non debba pagare interessi prima della domanda proposta al giudice dal s*olvens* o, se a ricevere l'indebito sia stato un ente pubblico, prima della domanda amministrativa di restituzione (Cass. 9 dicembre 1980 n. 6970, 7 aprile 1982 n. 2138, 22 ottobre 1986 n. 6211 (4)), quando questa sia richiesta dalla legge quale condizione di procedibilità.

4. — Né potrebbe ritenersi in mala fede l'ente pubblico, quale l'INPS, che riscuota somme, quali i contributi previdenziali, dovute dal privato in base ad una legge tuttora vigente perché non ancora dichiarata incostituzionale.

Vale a questo proposito la giurisprudenza assolutamente prevalente di questa Corte in tema di imputabilità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., giacché ai fini di questa decisione la mancanza di imputabilità ben può essere assimilata alla buona fede di cui all'art. 2033 cod. civ. Più volte la Corte ha affermato che la naturale retroattività delle pronunce di accoglimento rese dal Giudice delle leggi dev'essere coordinata con i principi dell'ordinamento generale e del diritto civile in particolare. Ne consegue che non potrebbero essere, sulla base di una sentenza di incostituzionalità, essere irrogate sanzioni di qualsiasi genere per comportamenti risultati illeciti in base alla sentenza e ad essa preesistenti oppure che, ove la legge configuri una responsabilità per colpa, questa possa essere affermata dal giudice senza una verifica dell'elemento soggettivo della condotta oggettivamente illecita. L'affermazione di responsabilità del singolo, o anche di una sua mala fede soggettiva (ad integrare la quale occorre la colpa grave: art. 1147, secondo comma, cod. civ.) ovvero oggettiva, equivarrebbe a trasferire sul cittadino una sorta di responsabilità da produzione di leggi incostituzionali (Cass. 26 luglio 1996 n. 6744, 10 febbraio 1999 n. 1138, 29 aprile 1999 n. 4328, Sez. un. 21 agosto 1972 n. 2697).

Tanto più assurdo ciò sarebbe con riguardo ad un ente pubblico, la cui inosservanza di leggi di spesa o la mancata riscossione di crediti genererebbe a carico delle persone fisiche che lo rappresentano una responsabilità non soltanto civile, con effetti pregiudizievoli non sempre cancellabili dalla successiva pronuncia di incostituzionalità.

In conclusione gli enunciati principi inducono a negare che la caducazione, da parte della Corte costituzionale, di una disposizione di legge impositiva di un contributo previdenziale generi a carico dell'ente percettore l'obbligo, oltreché di restituire le somme percepite, anche di pagare gli interessi con decorrenza anteriore alla domanda giudiziale di restituzione o, se successiva, alla pubblicazione della sentenza di incostituzionalità.

Ulteriore e specifica conseguenza è che l'art. 1, comma 3, D.L. n. 71 del 1993, nell'escludere interessi a carico dell'INPS, non ha inteso distinguere diversi periodi, ma ha voluto riferirsi a qualsiasi tempo, senza limitazioni, rivelandosi così priva di fondamento la doglianza dell'attuale ricorrente.

5. — Né l'orientamento giurisprudenziale a cui qui ci si attiene confligge con gli articoli della Costituzione invocati dalla ricorrente medesima.

La sent. 13 luglio 1995 n. 320 (5) cit. ha escluso che la norma di cui qui si tratta, negando gli interessi sul debito di restituzione derivato dalla propria pronuncia n. 261 del 1991, sia in contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost.: la disciplina, da parte del legislatore ordinario, degli effetti retroattivi delle dichiarazioni di incostituzionalità è espressione di discrezionalità e trova ragionevoli limiti nelle esigenze della finanza pubblica. Uno sgravio contributivo destinato ad incoraggiare l'attività produttiva delle

imprese può legittimamente essere ridotto se concesso "ora per allora", quando la situazione economica può essere mutata.

La sent. 23 dicembre 1998 n. 417 non influisce sulla questione di legittimità costituzionale qui in esame: il fatto che per alcuni crediti di restituzione, aventi ad oggetto contributi indebitamente versati da lavoratori autonomi ossia somme sottratte ad esigenze vitali di persone fisiche, il legislatore sia tenuto a prevedere interessi in misura non irrisoria, non limita la discrezionalità del medesimo nella diversa materia degli sgravi contributivi in favore delle imprese.

La non invocabilità, quale precedente in termini, di Corte Cost. 17 maggio 2001 n. 136 risulta dal testo stesso di questa sentenza, che dichiara bensì l'incostituzionalità di una norma negativa di interessi (art. 26, comma 4, l. 23 dicembre 1998 n. 448), ma pone in evidenza la diversità delle *rationes decidendi* quando trattisi di crediti previdenziali, come nel caso allora definito, e quando si tratti invece di restituzione di indebito, come in Corte Cost. n. 320 del 1995 nonché nella fattispecie qui in esame.

Rigettato il ricorso, il contrasto di giurisprudenza giustifica la compensazione delle spese processuali.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 532
(2) *Idem*, 2000, p. 150
(3) *Idem*, *idem*, p. 1669
(4) *Idem*, 1987, p. 591
(5) *Idem*, 1995, p. 896

***Contributi* - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi aggiuntivo e supplementare - Disciplina *ex* art. 59 DPR n. 218 del 1978 - Applicazione - Presupposti - Verifica dell'effettivo incremento occupazionale - Riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Conseguenze - Società di nuova costituzione - Applicabilità degli sgravi - Condizioni.**

***Contributi* - In genere - Sanzioni amministrative per indebita applicazione di sgravi contributivi - Sopravvenienza della disciplina più favorevole dettata dall'art. 116, comma dodicesimo, della legge n. 388 del 2000 - Applicabilità retroattiva - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 8.4.2004, n. 6972 - Pres. Mattone - Rel. La Terza - P.M. Finocchi Ghersi (Conf.) - ARTEMA S.r.l. (Avv.ti De Luca Tamajo, Niutta) - INPS (Avv.ti Pulli, Correra, Fonzo).**

*Ai fini dell'applicazione degli sgravi aggiuntivo e supplementare, secondo la disciplina dettata dall'art. 59 del Testo Unico di cui al DPR 6 marzo 1978 n. 218, la verifica relativa alla sussistenza di un effettivo incremento dell'occupazione deve essere compiuta in riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo, senza tener conto delle variazioni intervenute nella titolarità dell'impresa. Ne consegue che, in caso di formale costituzione di una nuova società, i suddetti benefici competono o meno a seconda che si tratti di un'impresa effettivamente nuova o piuttosto di un'impresa solo derivata (sia pure parzialmente) da un'impresa preesistente, assumendo rilevanza determinante, a tali fini, sia la presenza di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale (o di parte di essa o comunque di elementi aziendali funzionalmente collegati), sia la sussistenza di una sostanziale continuità nell'esercizio dell'impresa.*

*In materia di illeciti amministrativi, l'adozione dei principi di legalità, irretroattività e divieto di applicazione analogica, risultante dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, comporta l'inapplicabilità della disciplina posteriore più favorevole, sia che si tratti di illeciti amministrativi derivanti da depenalizzazione, sia che essi debbano ritenersi tali* "ab origine". *(Nell'applicare il principio di diritto indicato, la Suprema Corte ha ritenuto che, nonostante l'entrata in vigore, nelle more del giudizio di Cassazione, dell'art. 116, comma dodicesimo, della legge 22.12.2000, n. 388, comportante l'abolizione delle sanzioni amministrative relative a violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatoria consistenti nell'omissione contributiva totale o parziale o relative a violazioni di norme sul collocamento di carattere formale, le violazioni amministrative commesse prima dell'entrata in vigore dello* "ius novum" *restano soggette alle sanzioni amministrative previste dalla disciplina previgente non incidendo sull'assoggettamento alla sanzione l'introduzione di un credito contributivo in favore delle imprese colpite dalle più gravi sanzioni, e la conseguente possibilità di operare la compensazione tra le maggiori sanzioni già pagate, e i contributi correnti da pagare).*

FATTO — Con ricorso del 6 giugno 1995 la ARTEMA S.r.l. aveva proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo con cui il Pretore del lavoro di Cagliari le aveva ordinato di pagare all'INPS la somma complessiva di lire 10.203.739.543, di cui lire 2.936.484.000 per contributi e lire 7.256.184.263 per sanzioni civili, a titolo di indebita applicazione degli sgravi contributivi per il periodo dal primo gennaio 1975 al 31 agosto 1993; la pretesa dell'Istituto trovava origine in un verbale di accertamento del 1993, con cui era stato disposto l'inquadramento dell'attività svolta dalla società nel settore commercio o terziario come attività di spedizione, e non già nel settore industriale come impresa di trasporto, e di conseguenza era stato negato il diritto agli sgravi contributivi che la società aveva conguagliato. Costituitosi l'INPS — che insisteva per l'obbligo della società alla iscrizione nel settore commercio, e deduceva in subordine che lo sgravio aggiuntivo e supplementare non era comunque dovuto, non trattandosi

di nuova impresa, ma di semplice subentro nell'attività gestita dalla preesistente società Rinaldo Rinaldi — il Pretore, con sentenza del 3 giugno 1996 revocava il decreto ingiuntivo escludendo l'esistenza di omissioni contributive.

Sull'appello dell'Istituto, il locale Tribunale, effettuata consulenza tecnica, con sentenza del 20 giugno 2000 riformava la statuizione, condannando la società al pagamento della somma complessiva di lire 1.900.491.915, di cui lire 483.333.019 per contributi, lire 966.666.038 per sanzioni civili e lire 450.492.858 per interessi di legge.

Il Tribunale, nel rigettare il primo motivo d'appello proposto dall'Istituto, negava che l'attività svolta rientrasse tra quella di spedizione e confermava trattarsi di attività di trasporto. Premesso che connotato essenziale di quest'ultima è l'obbligo del vettore di eseguire il trasporto di persone o cose con mezzi propri o di terzi, assumendosi integralmente i relativi rischi, mentre nel contratto di spedizione lo spedizioniere si obbliga nei confronti del mittente alla conclusione di un contratto di trasporto ed al compimento della spedizione, affermavano i Giudici di merito che il discrimine tra le due attività non andava individuato nella misura dei trasporti merce eseguiti in proprio, ma nella natura dei contratti stipulati con la clientela, e nella specie emergeva dal verbale di accertamento che la società — pur esercitando professionalmente l'attività di spedizioniere, e pur affidando più spesso a terzi la copertura della tratta di trasferimento — aveva proceduto alla movimentazione di merce, assumendosi i relativi rischi. Dal riconoscimento della natura industriale il Tribunale faceva scaturire il diritto della società allo sgravio generale di cui all'art. 59 della legge 1089/68.

Il Tribunale accoglieva invece il secondo motivo d'appello, affermando che — contrariamente a quanto ritenuto dal primo Giudice — era stata espressamente sollevata dall'INPS la questione relativa alla insussistenza del diritto allo sgravio aggiuntivo e supplementare, giacché nel verbale ispettivo l'oggetto della contestazione non concerneva solo la natura dell'attività espletata dalla ARTEMA, ma anche il diritto a questo tipo di sgravio, prospettando l'Istituto che si trattava di immutata prosecuzione della società Rinaldo Rinaldi, e proprio a tal fine, nel verbale ispettivo, era stata menzionata la necessità di apposita segnalazione all'Ufficio Recupero Crediti per i relativi adempimenti. Inoltre l'INPS, attraverso la richiesta di ingiunzione per l'importo contributivo indebitamente conguagliato di lire 2.936.484.000, nel contestare la natura industriale dell'attività svolta dalla società, aveva implicitamente escluso anche la spettanza dello sgravio aggiuntivo, ponendo quindi a carico di controparte l'onere di dimostrare il fatto costitutivo, rappresentato dall'incremento reale e non fittizio della manodopera. Pertanto, concludeva il Tribunale, l'intenzione espressa dalla ARTEMA di non accettare il contraddittorio su tale pretesa, formulata dall'INPS in via subordinata, rispondeva ad una scelta processuale volontaria di cui la società non poteva dolersi.

Nel merito del diritto allo sgravio, il Tribunale — premesso che lo sgravio aggiuntivo di cui all'art. 18 quarto comma legge 1089/68 e quello supplementare di cui all'art. 1 della legge 589/71 presuppongono un incremento reale dell'occupazione rispetto alle date considerate dal legislatore (rispettivamente 30 settembre 1968 e 31 dicembre 1970), per cui, quando si realizza il passaggio da una impresa ad un'altra l'incremento può considerarsi effettivo solo quando la società che assume manodopera costituisce nuova impresa e non sostanziale continuazione della precedente — affermava che la attività della ARTEMA, sorta il 26 aprile 1971, era mera prosecuzione di quella svolta

dalla filiale di Cagliari della società Rinaldo Rinaldi, in quanto costituita dallo stesso gruppo imprenditoriale, svolgente — nei primi anni anche nei medesimi locali — la medesima attività di spedizione e trasporti con i medesimi mezzi; che inoltre ben nove dei tredici dipendenti della ARTEMA erano transitati dalla Rinaldi senza soluzione di continuità; che due di questi nove transitati non risultavano neppure licenziati dalla Rinaldi, mentre gli altri sette erano stati presi in carico ai fini contributivi solo nel 1976, ancorché la richiesta di avviamento fosse del novembre 1971.

Il Tribunale disattendeva infine le tardive contestazioni svolte dalla società in sede di discussione orale, e cioè che all'atto di avvio dell'attività fossero state assunte ben 21 persone e che fossero state acquistate ben dodici macchine nuove, perché, in relazione al primo aspetto, risultava dall'allegato 1 alla consulenza che a quella data la società occupava solo tredici dipendenti (di cui nove transitati dalla Rinaldi) e che solo nel dicembre 1974 avevano raggiunto il numero di 21, e quanto, al secondo aspetto, non era stato dimostrato dalla società neppure l'acquisto di altre macchine. Concludeva il Tribunale che la società non poteva quindi godere dello sgravio aggiuntivo e supplementare rispetto alle nove unità lavorative già in forza alle date di riferimento presso la società Rinaldi, ma solo rispetto a quelle assunte in prosieguo di tempo in soprannumero rispetto alla predetta quota (avuto anche riguardo alle cessazioni succedutesi nel tempo), perché solo rispetto a tali assunzioni poteva ritenersi integrato il requisito della nuova occupazione, cui è preordinata tutta la normativa sugli sgravi.

Avverso detta sentenza la ARTEMA S.r.l. propone ricorso affidato a tre motivi.

Resiste l'INPS con controricorso e ricorso incidentale, cui la società ha risposto con controricorso e memoria.

DIRITTO — Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi, in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza *ex* art. 335 cod. proc. civ. Con il primo motivo del ricorso principale si denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 638, 125, 112, 418 cod. proc. civ. in relazione all'art. 360 n. 4 cod. proc. civ. perché il Tribunale, nell'esaminare e accogliere la domanda dell'INPS intesa al pagamento delle somme corrispondenti agli sgravi asseritamente non spettanti, sarebbe andato *ultra petita*, non essendo ravvisabile nel ricorso per decreto ingiuntivo alcuna domanda in tal senso, né l'allegazione dei fatti a sostegno. Né — contrariamente a quanto statuito dal Tribunale — essa potrebbe essere desunta dal verbale ispettivo, sia perché in esso questa specifica pretesa non figurava, sia perché l'atto introduttivo del giudizio è rappresentato dal ricorso in sede monitoria, e non vi sarebbe possibilità di recupero *aliunde*. La domanda relativa alla non spettanza degli sgravi era stata avanzata solo nella comparsa di costituzione, ma essendo fondata su termini di fatto diversi da quelli fatti valere con il ricorso per ingiunzione, si sarebbe ampliato irritualmente il *thema decidendum*, senza consentire ad essa opponente di formulare allegazioni e richieste istruttorie sul punto.

Il motivo non merita accoglimento.

Ed invero — anche a voler disattendere la giurisprudenza già formatasi, (cfr. Cass n. 4422 (1) del 17 maggio 1997, n. 11625 del 8.11.95, n. 7699 del 2.8.90) per cui "Al ricorso per ingiunzione non si applicano le prescrizioni dell'art. 414 cod. proc. civ. sul contenuto del ricorso introduttivo anche se le somme richieste riguardano uno dei rapporti

riconducibili all'ambito delle controversie di lavoro o previdenziali, ma la disciplina dettata per queste controversie trova applicazione a seguito dell'opposizione al decreto ingiuntivo (in conformità alla precisazione di cui all'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ.) e di conseguenza il convenuto opposto, che riveste la posizione sostanziale di attore, nella memoria di costituzione deve articolare la domanda secondo le specificazioni di cui all'art. 414", potendosi obiettare a questo orientamento che la necessità di specificare nel ricorso per decreto ingiuntivo l'oggetto e le ragioni della pretesa discende immediatamente dall'art. 638 cod. proc. civ., il quale prescrive che la relativa domanda deve contenere i requisiti indicati dall'art. 125 dello stesso codice, e che detta regola, prevista in via generale per i procedimenti per ingiunzione, non subisce deroghe per il fatto che la pretesa attenga alle controversie che rientrano nel rito speciale del lavoro — in ogni caso il motivo non può essere accolto giacché, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, l'interpretazione della domanda spetta al giudice del merito, per cui ove questi abbia espressamente dichiarato che una certa domanda era stata avanzata ed era compresa nel *thema decidendum*, tale statuizione, ancorché erronea, non è tale da comportare direttamente l'ultra petizione, perché il suo errore attiene esclusivamente al momento logico relativo all'accertamento in concreto della volontà della parte, e non già a quello inerente all'interpretazione della norma e del principio processuale del quale si tratta.

Pertanto, in detta ipotesi, l'errore del giudice può concretizzare soltanto una carenza nell'interpretazione d'un atto processuale, ossia un vizio che può essere sindacato in sede di legittimità unicamente sotto il profilo del vizio di motivazione di cui all'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., giacché la ricostruzione del contenuto di tali atti è compito istituzionale del giudice del merito, sì che, per le ragioni già richiamate, si deve escludere la configurabilità dell'*error in procedendo* (cfr. in tale senso Cass. 3270/94 e n. 5085 del 21.5.98). Nella specie il difetto di motivazione non è stato neppure denunziato, ed in ogni caso non si ravvisano errori nella interpretazione del Tribunale per cui la negazione, chiaramente espressa dall'INPS della natura industriale dell'azienda, comportava la negazione anche del diritto a qualunque tipo di sgravio, poiché questo compete solo a quelle industriali ed artigiane, ai sensi delle leggi 1089/68 e 589/71.

In tal modo la sentenza si è attenuta all'orientamento consolidato per cui la domanda giudiziale, per essere correttamente interpretata, va considerata non solo nella sua formulazione letterale ma anche, e soprattutto, nel suo contenuto sostanziale con riguardo alle finalità che la parte intende perseguire e tenendo conto dello insieme delle deduzioni e delle tesi svolte. In tale prospettiva un'istanza, pur se non espressamente e formalmente proposta, può ritenersi tacitamente avanzata e virtualmente contenuta nel *thema decidendum* quando si trovi in rapporto di necessaria connessione con la materia del contendere e non ne estenda l'ambito soggettivo e oggettivo di riferimento (Cass. 20/5/1997 n. 4461; 16/1/1997 n. 381; 18/4/1996 n. 3670; 14/3/1996 n. 2142).

Il primo motivo di ricorso va quindi rigettato.

Con il secondo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 18 DL 918/68 come modificato con la legge 1089/68, dell'art. 11 legge 589/71 e difetto di motivazione.

Il Tribunale non avrebbe verificato l'assoluta novità dell'iniziativa ARTEMA, in particolare omettendo di accertare se essa avesse acquistato solo singoli beni e assunto alcuni dipendenti e di considerare la sopravvivenza della società Rinaldi, nonché lo

sviluppo occupazionale di entrambe le società, la mancanza di prove sull'avvenuto trasferimento di un sistema organizzato (locali, mezzi, dipendenti, stessa attività), e il mancato passaggio del *management*.

Il Tribunale non si sarebbe avveduto che la sede di piazza Deffenu era solo una filiale della Rinaldi. Il Tribunale avrebbe erroneamente affermato che i dipendenti occupati dalla Rinaldi (recte ARTEMA) all'inizio della sua attività, ossia nel giugno 1971, erano 13 e non 21, avendo omesso di considerare che dai libri matricola (allegati 27, 6, 7, e 8 della produzione INPS) risultavano dette assunzioni, essendo incorso nell'equivoco di fondarsi sull'elenco dei dipendenti allegato alla CTU, che però, essendo contestata l'omissione contributiva dal 1975, non aveva considerato i dipendenti assunti nel 1971.

Neppure questo motivo è fondato.

Va premesso in punto di diritto, cfr. Cass. 10 luglio 2002 n. 10055, che con riguardo alle ipotesi di aziende costituite *ex novo* dopo le date di riferimento indicate nelle anzidette fonti normative, per le quali l'incremento occupazionale sarebbe in re ipsa e inciderebbe su tutti i dipendenti, è principio consolidato che debba trattarsi di una azienda effettivamente nuova, dovendosi avere riguardo al concetto di azienda in senso oggettivo, senza che possano assumere rilievo tutte le eventuali variazioni intervenute nella titolarità dell'impresa, come nelle ipotesi di trasferimento, trasformazione o fusione di aziende, nelle quali si verifichi il mero passaggio di personale alla nuova impresa senza un effettivo incremento dei lavoratori occupati.

E la giurisprudenza di questa Corte ha precisato, in proposito, che non ricorre il presupposto per l'attribuzione degli sgravi suddetti, nell'ipotesi di una società che sia derivata da una ditta individuale di cui abbia rilevato attrezzature, dipendenti e sede sociale, restando immutato il numero dei lavoratori occupati, anche se la derivazione sia stata parziale.

Ciò non significa, naturalmente, che un'impresa debba considerarsi comunque non nuova e derivata tutte le volte in cui abbia in comune con una preesistente impresa uno o più elementi aziendali, dovendosi invece accertare:

a) in primo luogo, la presenza o meno di significativi elementi di permanenza della preesistente struttura aziendale (o di parte di essa o comunque di elementi aziendali funzionalmente collegati: v. sul punto la sentenza di questa Corte n. 8537 (2) del 2001), nonché la presenza o meno, altresì, di elementi di novità intervenuti nella struttura;

b) in secondo luogo, la sussistenza o meno di una sostanziale continuità nell'esercizio dell'impresa (v. in tal senso la citata sentenza n. 4343 del 1995, in motivazione), dato che solo in caso di una tale continuità può configurarsi la trasmigrazione degli elementi aziendali da un'impresa all'altra e, quindi, la derivazione, quantunque parziale, della neocostituita società dalla impresa preesistente.

Il Tribunale, nell'affermare la sostanziale continuità dell'azienda ARTEMA dalla società Rinaldo Rinaldi si è sostanzialmente attenuto ai citati principi e non ha omesso di valutare alcuna delle circostanze allegate in ricorso, avendo considerato: che si trattava del medesimo gruppo imprenditoriale, che l'attività svolta dalla ARTEMA era la medesima svolta dalla filiale di Cagliari (pag. 16 della sentenza) della Rinaldi a piazza Deffenu; che i mezzi erano gli stessi, non essendo stato dimostrato l'acquisto di altre macchine; che ben nove dei tredici dipendenti della Rinaldi erano passati alla ARTEMA; che dei nove dipendenti transitati due non risultavano neppure licenziati dalla

Rinaldi, mentre gli altri sette erano stati presi in carico ai fini contributivi solo nel 1976, ancorché la richiesta di avviamento fosse del novembre 1971.

D'altra parte neppure il ricorrente precisa gli elementi di novità introdotti dalla ARTEMA, che varrebbero a distinguerne l'attività rispetto a quella svolta dalla Rinaldi, e che sarebbero stati pretermessi dal Tribunale di Cagliari.

In tale ampio contesto probatorio, non appare decisivo l'errore che si imputa alla sentenza di non avere considerato che all'inizio dell'attività i dipendenti ARTEMA erano non tredici ma ventuno, come risultante dai documenti prodotti dall'INPS, errore determinato dal fatto che il CTU aveva calcolato il personale in forza non dal 1971 ma solo a partire dal 1975, giacché l'omissione contributiva era stata contestata solo da quella data. Infatti detto elemento, da solo considerato, non varrebbe a smentire la negazione del carattere nuovo dell'azienda, la quale, d'altra parte, non risente alcun danno dall'errore, giacché il numero dei dipendenti in forza nel 1971 non rileva ai fini della dedotta omissione che si riferisce appunto al periodo dal 1975 in poi. Peraltro il mancato riconoscimento dello sgravio concerne solo i nove dipendenti della Rinaldi passati alla ARTEMA, non già tutti gli altri assunti in prosieguo di tempo rispetto alla predetta quota, per costoro infatti, nel numero individuato nella CTU, il Tribunale ha ovviamente ritenuto essere stato integrato il requisito della nuova occupazione, con conseguente concessione dello sgravio.

Con il terzo ed ultimo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 4 comma 5 *bis* inserito nel DL n. 6 del 1993 dalla legge di conversione n. 63/93, degli artt. 116 commi 8, 9, 10 e 15 della legge 388/2000, nonché difetto di motivazione nella determinazione dei contributi omessi e delle relative sanzioni; il Tribunale avrebbe violato il citato art. 4 a norma del quale dalle somme liquidate avrebbero dovuto essere detratte le imposte versate al momento del rimborso, si trattava infatti, come risultava dal verbale ispettivo, dell'addebito di 968.038.228 per saldo a credito dell'azienda a suo tempo rimborsato dall'INPS.

La censura è infondata perché il Tribunale ha liquidato solo le somme determinate dal consulente per sgravi indebiti, senza alcun riferimento alcuno né al verbale ispettivo, né al ricorso per decreto ingiuntivo, giacché la sentenza in esame ha confermato la revoca dell'ingiunzione, condannando la società alla somma minore accertata nell'elaborato peritale.

Quanto poi al più favorevole regime delle sanzioni civili introdotto dall'art. 116 della legge 388/2000, è stato ritenuto (Cass. 15.1.003 n. 533) che dette disposizioni non sono retroattive, alla stregua del principio generale per cui ogni condotta viene assoggettata alla legge vigente nel momento in cui viene posta in essere (cfr. in questo senso da ultimo Cass. 22 maggio 2002 n. 7524 (3) in relazione alla disposizione della medesima legge del 2000 che abolisce le sanzioni amministrative). La non retroattività è fatta palese, peraltro, dal disposto dell'art. 116 8/2000, secondo cui "Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute secondo le modalità fissate dai commi 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 662".

È ben vero che — nonostante la non retroattività del nuovo apparato sanzionatorio — il legislatore del 2000 (cfr. comma 18) attribuisce comunque un credito contributivo alle aziende colpite dalle più consistenti sanzioni previgenti, di talché il medesimo credito finisce di fatto per alleggerire l'impatto delle sanzioni applicate in relazione agli inadempimenti pregressi, tuttavia, la possibilità di conguaglio costituisce mero risvolto pratico suc-

cessivo al pagamento, attenendo alla possibilità di operare la compensazione (ratealmente nell'arco di un anno) tra la maggiore sanzione, già pagata, ed i contributi correnti da pagare. La disposizione — la cui *ratio* è essenzialmente di quella di semplificazione, e cioè di evitare la necessità di ricalcolo di sanzioni già determinate, opera solo a pagamento avvenuto — e non esime dall'applicazione delle sanzioni previgenti per i crediti dell'INPS in essere ed accertati al 30 settembre 2000 secondo la disposizione del citato comma 18.

Il ricorso principale va quindi rigettato.

Con il ricorso incidentale l'INPS denunzia difetto di motivazione, perché sarebbe contraddittorio sostenere da una parte che la ARTEMA era mera prosecuzione della Rinaldi, che era iscritta nel settore commercio della Cuaf, ed attribuire poi alla medesima ARTEMA la collocazione nel settore trasporto. Inoltre sarebbe impossibile individuare dalla sentenza gli elementi probatori sulla cui base si è pervenuti a valutare come prevalente l'attività di trasporto rispetto a quella di spedizione.

Neppure il ricorso incidentale merita accoglimento, giacché la iscrizione delle due società in settori diversi non appare elemento decisivo al cospetto degli elementi di fatto ravvisati dalla sentenza impugnata per pervenire all'affermazione del carattere industriale della ARTEMA, che, contrariamente a quanto si assume nel ricorso incidentale, è stato esaurientemente desunto dalla tipologia di contratti stipulati con la clientela, che si configuravano come contratti di trasporto, avendo la società proceduto alla movimentazione delle merce, talvolta anche servendosi di terzi, ma sempre assumendosi la responsabilità per i relativi rischi.

Entrambi i ricorsi vanno quindi rigettati, le spese del giudizio vengono compensate tra le parti.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 199

(2) *Ide*m, 2002, p. 162

(3) *Idem*, *idem*, p. 902

***Processo civile* - Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Domanda giudiziale in materia di prestazioni previdenziali - Decadenza prevista dall'art. 47 DPR n. 639 del 1970 - Limiti - Controversia attinente all'esistenza del diritto alla prestazione previdenziale - Applicabilità - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 5.4.2004, n. 6646 - Pres. Mileo - Rel. Toffoli - P.M. Sepe (Diff.) - Pagliani ed altri (Avv. Agostini) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*Le regole sulla necessaria proposizione del ricorso amministrativo e quelle, ad esse collegate, sui termini di decadenza per la proposizione del giudizio, previste dall'art. 47, commi secondo e terzo, del decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1979, n. 639, come sostituito dall'art. 4 del decreto legge 19 settembre 1992, n. 384, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre 1992, n. 438, si riferiscono a tutte le pretese azionate dall'interessato contro l'INPS in relazione alle prestazioni cui la citata disposizione si riferisce, e quindi anche alle controversie in materia di trattamenti pensionistici, quando sia in discussione non solo la quantificazione delle prestazioni richieste, ma l'esistenza stessa del diritto fatto valere. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva dichiarato inammissibili, per intervenuta decadenza, le domande proposte da alcuni pensionati per ottenere la condanna dell'Istituto previdenziale al pagamento dei ratei della pensione di anzianità da epoca anteriore a quella dell'intervenuto riconoscimento da parte dell'INPS).*

FATTO — Il Tribunale di Modena con sentenza depositata il 4.2.2000 dichiarava inammissibili, per intervenuta decadenza, le domande proposte (con separati ricorsi poi riuniti) da alcuni pensionati, volte ad ottenere la condanna al pagamento di alcuni ratei della pensione di anzianità, a ciascuna riconosciuta con decorrenza solo dal 1.12.1994, sul presupposto della spettanza anche dei ratei di dicembre (e così pure di novembre, per quanto riguardava i ricorrenti Benedetti e Cremaschi).

Proponevano appello Luigi Pagliani e gli altri quattordici pensionati attuali ricorrenti. L'INPS resisteva all'impugnazione, che era rigettata dalla Corte d'appello di Bologna.

Il giudice di secondo grado, ricordato nuovamente che, pacificamente, in tutti i casi era decorso il termine di tre anni dalla scadenza del termine stabilito dalla legge per la pronuncia della decisione del ricorso amministrativo, osservava che non poteva ritenersi fondata la tesi, sostenuta dagli appellanti con l'unico motivo di impugnazione, secondo cui il termine di decadenza in questione è posto dalla legge a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale originaria, e quindi può riguardare le domande dirette ad ottenere l'intera prestazione, eventualmente negata, e non le domande proposte al fine di conseguire l'esatto adempimento di una prestazione già riconosciuta. Al riguardo la Corte di merito rilevava che, sia pure limitatamente ad uno o due mesi, l'Istituto aveva negato proprio il diritto degli appellanti al trattamento pensionistico di anzianità e che tale specifica questione era stata appunto oggetto di appositi ricorsi in sede amministrativa.

Contro questa sentenza i suddetti quindici pensionati hanno proposto ricorso per cassazione, articolato in un unico motivo. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — I ricorrenti denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del DPR 30 aprile 1970 n. 639, come sostituito dall'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito dalla l. 14 novembre 1992 n. 438, oltre che insufficienza e contraddittorietà di motivazione. Rilevato che nella specie i diritti alla pensione erano stati riconosciuti dall'INPS e residuava un disaccordo tra le parti solo sulla loro decorrenza, i ricorrenti lamentano la violazione del principio secondo cui la richiesta di una prestazione previdenziale impedisce la

decadenza e fa sì che l'assicurato che abbia accettato il pagamento parziale possa poi chiedere la dovuta integrazione senza essere assoggettato al termine di decadenza.

Lamentano inoltre la non corretta applicazione dell'art. 4 citato da parte della Corte d'appello, dovendosi applicare l'ipotesi della decorrenza del termine di decadenza dalla comunicazione della decisione del ricorso amministrativo anche se la stessa sia intervenuta dopo la scadenza del termine previsto per la sua adozione: quando esistono provvedimenti non è giustificato il riferimento ai termini teorici per la loro emanazione.

Il ricorso non è fondato, poiché le regole sulla necessaria proposizione del ricorso amministrativo e quelle, ad esse collegate, sui termini di decadenza per la proposizione del giudizio, si riferiscono a tutte le pretese avanzate dall'interessato contro l'INPS in relazione alle materie indicate dall'art. 47, secondo e terzo comma, del DPR n. 63911970, tra cui sono comprese le "controversie in materia di trattamenti pensionistici". Né è conferente nella specie l'interpretazione restrittiva di tale disciplina proposta da Cass., S.U., 18 luglio 1996 n. 6491 (1), riguardando questa sentenza l'ipotesi della controversia relativa esclusivamente alla quantificazione della prestazione, mentre nella specie era in discussione l'esistenza stessa del diritto, relativamente a un primo periodo (per il quale solo sussisteva contrasto tra le parti).

La ulteriore doglianza formulata dai ricorrenti è inammissibile poiché il giudice di appello non ha preso affatto in considerazione tale questione, facendo riferimento espressamente all'"unico motivo dell'impugnazione" e alla sua infondatezza. Fosse stata anche in ipotesi già proposta anche in appello la tesi — già ritenuta infondata in primo grado, come espressamente riferito dagli stessi ricorrenti — relativa alla rilevanza o meno, ai fini della decorrenza del termine di decadenza in questione, della data di decisione effettiva del ricorso amministrativo, nel caso del sopravvenire della medesima dopo il decorso del termine massimo previsto per la sua adozione dall'art. 46 della legge 9 marzo 1989 n. 88, gli attuali ricorrenti avrebbero dovuto puntualmente censurare il mancato esame di tale motivo di appello.

Nulla per le spese a norma dell'art. 152 disp. att. c.p.c. nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11, del D.L. 30 settembre 2003 n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2004 n. 326, nella specie inapplicabile *ratione temporis*.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1372

***Pensioni* - Pensioni a carico del Fondo di previdenza INPS - Natura sostitutiva dell'A.G.O - Esclusione - Requisiti - Decorrenza del diritto.**

**Corte di Cassazione - 20.3.2004, n. 5656 - Pres. Sciarelli - Rel. De Luca - P.M. D'Angelo (Conf.) - INPS (Avv.ti Todaro, Riccio, Lanzetta) - Filograna (Avv. Vesci).**

*La pensione a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) — ancorché possa essere erogata indipendentemente dalla maturazione del diritto alla pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria (a norma dell'art. 26, lettera F o lettera G, del regolamento dello stesso Fondo) — è riconducibile ad uno dei trattamenti, contemplati dall'art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997 e, come tale, si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza. (Massima non ufficiale)*

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Genova, previa declaratoria della giurisdizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria, riformava la sentenza del Tribunale della stessa sede in data 28 gennaio 2000 — nella parte in cui aveva riconosciuto ad Emanuele Filograna il diritto alla pensione, a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'INPS (prevista dall'art. 26 del regolamento dello stesso Fondo), "condizionatamente alla previa risoluzione del rapporto" di lavoro — e dichiarava che, all'epoca del tentativo di conciliazione, era "vigente ed operante l'articolo 26 del regolamento del Fondo INPS", che — prevedendo la "corresponsione anticipata di una prestazione, in assenza dei requisiti per la pensione obbligatoria" — esclude che, a tale prestazione, possa essere riconosciuta "natura di prestazione integrativa o aggiuntiva", con la conseguenza che la prestazione stessa "si sottrae alla disciplina dettata" (dall'art. 15, comma 5, legge n. 335/95 e dall'art. 59, comma 3, legge n. 449/97), che subordina — alla maturazione del diritto alla pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, appunto — soltanto l'accesso a pensioni integrative.

Avverso la sentenza d'appello, l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) propone ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi.

L'intimato Emanuele Filograna resiste con controricorso e propone, contestualmente, ricorso incidentale, affidato ad un motivo.

Le sezioni unite civili di questa Corte (con sentenza n. 9221 del 2003) rigettavano il primo motivo di ricorso principale — dichiarando la giurisdizione dell'A.G.O — e rimettevano gli atti al Primo Presidente, che assegnava il ricorso a questa sezione semplice per decidere sugli altri motivi del medesimo ricorso principale e del ricorso incidentale e per provvedere al regolamento delle spese del giudizio di cassazione (ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c.).

Entrambe le parti hanno presentato memoria.

DIRITTO — 1. — Con il secondo motivo del ricorso principale — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 15, comma 5, legge 8 agosto 1995, n. 335 e 59, comma 3, legge 27 dicembre 1997, n. 499), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) censura la sentenza impugnata per avere ritenuto che la pensione pretesa, a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'istituto nazionale della previdenza sociale - INPS (prevista e disciplinata dal regolamento del Fondo), non abbia natura integrativa, ma sostitutiva — in quanto può prescindere dal possesso dei requi-

siti per l'accesso alla pensione dell'assicurazione obbligatoria (a norma dello stesso regolamento) — e, come tale, non sia soggetta alle disposizioni di legge invocate (art. 15, comma 5, legge 8 agosto 1995, n. 335 e 59, comma 3, legge 27 dicembre 1997, n. 499), che — per il trattamento integrativo, ivi contemplato — prevedono, appunto, che "si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza".

Con il terzo motivo — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 112 c.p.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — il ricorrente principale censura la sentenza impugnata per avere omesso di considerare che controparte non avesse "dato prova di avere presentato le dimissioni", sebbene la cessazione dal servizio sia requisito indispensabile per avere diritto alla pensione pretesa a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'istituto nazionale della previdenza sociale - INPS (a norma del regolamento dello stesso Fondo).

Con il quarto motivo — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 1, comma 25, legge 8 agosto 1995, n. 335), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — il ricorrente principale censura la sentenza impugnata per avere ritenuto che la pensione pretesa, a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'Istituto nazionale della previdenza sociale - INPS (prevista e disciplinata dal regolamento del Fondo), non abbia neanche natura sostitutiva del trattamento obbligatorio — siccome prospettato, in subordine, dall'attuale ricorrente principale — e, come tale, non sia soggetta alla disciplina dei trattamenti pensionistici anticipati, introdotta dalla disposizione di legge invocata (art. 1, comma 25, legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.).

Con l'unico motivo del ricorso incidentale — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 1322, 1324, 1334, 2118 c.c., 112 c.p.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — Emanuele Filograna censura la sentenza impugnata per avere rigettato la propria domanda di "dichiarare risolto il rapporto di lavoro intercorrente con l'INPS con il correlativo diritto al (…) pensionamento sostitutivo" preteso — a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'Istituto nazionale della previdenza sociale — sebbene avesse presentato, fin dal ricorso introduttivo, le proprie dimissioni condizionate al riconoscimento del diritto a pensione, fatto valere in giudizio.

I motivi del ricorso principale, ora in esame, sono fondati.

Dev'essere rigettato, invece, il ricorso incidentale.

2. — Invero la disposizione (art. 59, comma 3, legge 27 dicembre 1997, n. 449, Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica) — della quale si discute l'applicabilità alla dedotta fattispecie — sancisce testualmente:

"A decorrere dal 1° gennaio 1998, per tutti i soggetti nei cui confronti trovino applicazione le forme pensionistiche che garantiscono prestazioni definite in aggiunta o ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio, (…), nonché le forme pensionistiche che assicurano comunque ai dipendenti pubblici, inclusi quelli alle dipendenze delle regioni a statuto speciale e degli enti di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70 e successive modificazioni, (…), prestazioni complementari al trattamento di base ovvero al trattamento di fine rapporto, il trattamento si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza".

Si tratta di stabilire, infatti, se la pensione a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) — che sia erogata, in presenza dei requisiti contestualmente previsti, ma indipendentemente dalla maturazione del diritto alla pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria (a norma dell'art. 26, lettera F o lettera G, del regolamento dello stesso Fondo) — sia riconducibile ad uno dei trattamenti contemplati dalla disposizione prospettata.

3. — La disposizione in esame (art. 59, comma 3, legge 27 dicembre 1997, n. 449, cit.) non può essere letta disgiuntamente dal complesso processo riformatore del sistema pensionistico obbligatorio e complementare (avviato dalla legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 e dai decreti legislativi 30 dicembre 1992 n. 503 e 21 aprile 1993 n. 124, che ne hanno dato attuazione, proseguito dalla legge 23 dicembre 1994 n. 724 e, poi, definitivamente confermato dalla riforma generale del sistema, di cui alla legge 8 agosto 1995, n. 335, e dalla successiva legge n. 449 del 1997, cit.).

Ne risulta perseguito, infatti, lo scopo (*ratio*) — enunciato esplicitamente (nell'art. 1, comma 1, legge 8 agosto 1995, n. 335, cit., recante, appunto, Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare) — di "garantire la tutela prevista dall'art. 38 della Costituzione, definendo i criteri di calcolo dei trattamenti pensionistici attraverso la commisurazione dei trattamenti alla contribuzione, le condizioni di accesso alle prestazioni con affermazione del principio di flessibilità, l'armonizzazione degli ordinamenti pensionistici nel rispetto della pluralità degli organismi assicurativi, l'agevolazione delle forme pensionistiche complementari allo scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura previdenziale, la stabilizzazione della spesa pensionistica nel rapporto con il prodotto interno lordo e lo sviluppo del sistema previdenziale medesimo".

4. — In funzione della *ratio* prospettata, la stessa legge di riforma (n. 335 del 1995, cit.) affida alle proprie disposizioni — che "costituiscono principi fondamentali di riforma economico - sociale della Repubblica" (comma 2 dell'articolo 1 della stessa legge) — la previsione, tra l'altro, di più rigorosi requisiti anagrafici e contributivi (di età, appunto, e di anzianità assicurativa e contributiva) — elevandone, gradualmente, i rispettivi minimi (commi da 25 a 28 dell'articolo 1 della stessa legge n. 335/91, preceduti dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, nonché dall'art. 11 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, e seguiti dal comma 6 dell'art. 59 della legge n. 449 del 1997) — per l'accesso alla pensione di vecchiaia e segnatamente, per quel che qui interessa, alla pensione di anzianità — che, in quanto prescinde (*recte*: prescindeva) dall'età del pensionamento, mal si conciliava con il nuovo metodo contributivo di calcolo delle pensioni, introdotto contestualmente (commi 6 e seguenti dell'art. 1 della stessa legge n. 335/95, in relazione alla allegata Tabella A dei coefficienti di trasformazione, che variano, appunto, in relazione alle età del pensionamento) — in stretto collegamento, peraltro, con il c.d. blocco dei pensionamenti anticipati (inaugurato dal decreto - legge n. 384, convertito nella legge n. 438 del 1992 e proseguito dall'art. 13 della citata legge n. 724 del 1994 e da disposizioni di legge successive).

Parimenti coerente con la *ratio* — e, segnatamente, con l'obiettivo specifico della "armonizzazione degli ordinamenti pensionistici" — è l'estensione progressiva dei più rigorosi requisiti anagrafici e contributivi — previsti, per l'accesso alla pensione di anzianità (o, comunque, anticipata rispetto a quella di vecchiaia), a carico della assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive ed esclusive della stessa (commi

25 ss. dell'art. 1 legge n. 335/95) — ai trattamenti pensionistici, parimenti anticipati, a carico di altre forme di previdenza, anche complementare (quale, ad esempio, la forma di previdenza contemplata dall'art. 15, comma 5, della stessa legge n. 335/95, che costituisce l'immediato antecedente della disposizione in esame).

Ne risultano, quindi, assoggettate — alla medesima disciplina, (anche) nella soggetta materia — forme di previdenza obbligatoria e complementare — quale che ne sia la fonte istitutiva (legale, regolamentare o contrattuale) — essenzialmente in dipendenza della comune funzione di garanzia (di cui all'art. 38, 2° comma, Cost.) — parimenti perseguita dalla riforma (di cui alla legge 33/95, cit.) — del diritto alla previdenza, cioè di mezzi adeguati alle esigenze di vita (vedi Corte Cost. n. 393/2000 (1), che richiama Corte Cost. n. 421/95 (2), 292/97 (3), 178/2000 (4)).

5. — In linea con la tendenza limitativa dei pensionamenti anticipati — affidata, per quanto si è detto, al graduale innalzamento dei requisiti minimi (di età, assicurazione e contribuzione) per l'accesso — e nella prospettata ottica di armonizzazione tra ordinamenti previdenziali (e, segnatamente, pensionistici), dev'essere collocata — al fine di una lettura corretta — anche la disposizione in esame (art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit.).

Ne risultano, infatti, subordinati — "alla presenza dei requisiti (ed alla) decorrenza, previsti dalla disciplina dell'assicurazione obbligatoria di appartenenza" — tutti i trattamenti — a carico di "forme pensionistiche definite in aggiunta o ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio" — ed a questo accomunati, per quanto si è detto, dalla prospettata funzione di garanzia del diritto alla previdenza (di cui all'art. 38, 2° comma, Cost., cit.).

Condividono, tuttavia, la stessa funzione e vanno annoverate, perciò, tra le "forme pensionistiche definite in aggiunta o ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio" — e non già soltanto "ad integrazione" sia detto per inciso, come stabilito in precedenza (art. 15, comma 5, legge n. 335/95, cit.) — anche le "prestazioni integrative — destinate ad assolvere anche una funzione sostitutiva — per essere le medesime comunque assicurate nel caso di accesso anticipato rispetto al trattamento di base" (così, testualmente, Corte Cost. n. 393/2000, cit.).

La stessa disciplina (di cui all'art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit.) si applica, altresì, alle "forme pensionistiche che assicurano comunque ai dipendenti pubblici, inclusi quelli alle dipendenze delle regioni a statuto speciale e degli enti di cui alla legge 20 marzo 1975, n. 70 e successive modificazioni, (…), prestazioni complementari al trattamento di base".

All'evidenza, si tratta — per quel che qui interessa — dei "fondi integrativi di previdenza previsti dai regolamenti di taluni enti" del c.d. parastato (quale, appunto, l'INPS), che sono contemplati — e, contestualmente, "conservati" (dall'art. 14, 2° comma, della legge 20 marzo 1975, n. 70, cit., recante Riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente) — disgiuntamente e ad integrazione dell'assicurazione generale obbligatoria oppure degli (eventuali) "trattamenti pensionistici sostitutivi o che comportano l'esclusione o l'esonero dalla stessa" (di cui al 1° comma dello stesso art. 14 della legge 20 marzo 1975, n. 70, cit.).

Evidente appare, quindi, la funzione riequilibratrice, che ne risulta, del sensibile scostamento — che, altrimenti, si sarebbe determinato, quanto a requisiti per l'accesso al pensionamento anticipato, tra disciplina del regime obbligatorio e disciplina delle

forme di previdenza complementare — con esiti virtuosi, anche sul piano finanziario.

Con la rimozione delle paventate distonie tra previdenza pubblica e previdenza complementare — sebbene siano entrambe, per quanto si è detto, componenti del sistema pensionistico — ne risultano evitate, così, ripercussioni negative, d'ordine finanziario appunto, sugli ambiti rispettivi — quali la prospettiva di minore contribuzione al sistema obbligatorio di base, da un lato, e maggiori oneri a carico dei fondi complementari, dall'altro — nonché, in definitiva, sulla tenuta o, comunque, sulla sostenibilità finanziaria complessiva del sistema delle assicurazioni sociali (vedi Corte Cost. n. 393/2000, cit.).

L'agevolazione, che ne risulta, delle forme pensionistiche complementari, allo scopo di consentire livelli aggiuntivi di copertura previdenziale si coniuga, quindi, con gli obiettivi — parimenti perseguiti dalla riforma del sistema pensionistico (di cui alla legge n. 335/95 e successive modifiche) — della "stabilizzazione della spesa pensionistica, nel rapporto con il prodotto interno lordo", e dello "sviluppo del sistema (…) medesimo".

Né può essere trascurato, infine, che i requisiti più rigorosi — per l'accesso al pensionamento anticipato — sono previsti da disposizioni (della legge n. 335/95 e successive modifiche) — che costituiscono, come è stato già ricordato, principi fondamentali di riforma economico - sociale della Repubblica (art. 1, comma 2, della stessa legge n. 335/95) — e, come tali, si impongono, quali limiti insuperabili, a qualsiasi tipo di potestà legislativa (esclusiva, concorrente, integrativa o meramente attuativa) delle regioni, anche a statuto speciale (vedi Corte Cost. n. 314 del 21 ottobre 2003, che dichiara incostituzionale una disposizione di legge della regione siciliana, che prevede requisiti, per l'accesso a pensionamento anticipato, meno rigorosi rispetto a quelli dell'assicurazione generale obbligatoria).

Alla luce dei principi di diritto enunciati, non si può non concludere che la dedotta pensione a carico del Fondo di previdenza per il personale impiegatizio dell'istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) — ancorché possa essere erogata indipendentemente dalla maturazione del diritto alla pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria (a norma dell'art. 26, lettera F o lettera G, del regolamento dello stesso Fondo) — è riconducibile ad uno dei trattamenti, contemplati dalla disposizione in esame (art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit.), e, come tale, "si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza".

6. — Invero il regolamento per il trattamento di previdenza e quiescenza del personale impiegatizio dell'INPS (deliberato dal consiglio di amministrazione dell'ente il 12 giugno 1970, ai sensi dell'art. 14 n. 9 R.D.L. 4 ottobre 1935 n. 1827, ed approvato con decreto interministeriale del 22 febbraio 1971, applicabile, in virtù del comma 2 dell'art. 14 L. 20 marzo 1975 n. 70, cit., al personale in servizio o cessato dal servizio alla data di entrata in vigore della stessa legge, ad integrazione della normativa generale sull'assicurazione generale obbligatoria I.V.S.), costituisce una fonte secondaria di produzione normativa — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, la sentenza n. 10013/90 delle sezioni unite) — con la conseguenza che, da un lato, può essere interpretato direttamente dalla Corte di cassazione e, dall'altro, l'erronea interpretazione, da parte del giudice del merito, può essere denunciata, con ricorso per cassazione, sotto il profilo della violazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.).

Ora la pensione, pretesa nel presente giudizio, è prevista (art. 26, lettere f e g, del regolamento) — a favore degli impiegati che "siano cessati dal servizio (…) e possano

far valere un'anzianità di servizio effettivo non inferiore a venticinque anni" oppure, rispettivamente, "un'anzianità di servizio utile non inferiore a trentacinque anni" — ancorché, "all'atto della cessazione dal servizio, non abbia(no) i requisiti per conseguire la pensione dell'assicurazione obbligatoria".

Intanto ne risulta che la "cessazione dal servizio" concorre ad integrare la fattispecie costitutiva del diritto a pensione — fatto valere nel presente giudizio — con la conseguenza che la disposizione di legge in esame (art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit.) trova applicazione a tutti gli impiegati dell'INPS che siano in servizio, come nella specie, alla data della sua entrata in vigore (in tal senso vedi, per tutte, Cass. n. 14959/2002, che nega l'applicazione dello *ius superveniens* più restrittivo, di cui all'art. 1, comma 29, legge n. 335/95, per l'accesso a pensione di anzianità a carico dell'INPDAI, a soggetti che, alla data della sua entrata in vigore, avevano già risolto il rapporto di lavoro ed erano in possesso degli altri requisiti).

La stessa disposizione di legge (art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit.) si applica, peraltro, proprio nelle ipotesi in cui il diritto a pensione — a norma della disciplina speciale rispettiva (quale quella dettata dal regolamento citato) — possa maturare, come nella specie, a prescindere dalla maturazione della pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria.

Solo in tal caso, infatti, può trovare applicazione la previsione (di cui all'art. 59, comma 3, della legge n. 449 del 1997, cit., appunto) che "il trattamento si consegue esclusivamente in presenza dei requisiti e con la decorrenza previsti dalla disciplina dell'assicurazione generale obbligatoria di appartenenza".

Né pare revocabile in dubbio la riconducibilità della pensione, di cui si discute, ai trattamenti soggetti alla stessa previsione di legge.

Vi risultano esplicitamente incluse, infatti, le "prestazioni definite in aggiunta o ad integrazione del trattamento pensionistico obbligatorio" e, tra queste, anche le "prestazioni integrative — destinate ad assolvere anche una funzione sostitutiva — per essere le medesime comunque assicurate nel caso di accesso anticipato rispetto al trattamento di base" (così, testualmente, Corte Cost. n. 393/2000, cit.), quale, appunto, la pensione di cui si discute.

Del pari esplicitamente incluse sono, altresì, le "prestazioni complementari al trattamento di base", in favore dei dipendenti degli enti del c.d. parastato (di cui alla legge n. 70 del 1975, cit.), quale va considerata (ai sensi dell'art. 14, comma 2, della stessa legge n. 70 del 1975) — per quanto si è detto — anche la pensione, di cui si discute, a carico del Fondo di previdenza e quiescenza del personale impiegatizio dell'INPS (di cui al regolamento citato).

Né va trascurato che la pensione stessa viene esplicitamente qualificata integrativa — oltre che dalla disposizione di legge, da ultima citata (art. 14, comma 2, della stessa legge n. 70 del 1975) — anche dal regolamento istitutivo (art. 20), che ne reca la disciplina.

Parimenti non va trascurato che questa Corte (vedine la sentenza n. 16062/2003) ha già avuto occasione di affermare il carattere integrativo e di negare, invece, il carattere sostitutivo (peraltro riservato, sia detto per inciso, a previsione di legge: vedi Cass. n. 6839/2000) — al fine di escluderne la ricongiunzione presso l'assicurazione generale obbligatoria (ai sensi dell'art. 1 legge n. 29 del 1979) — di analoga forma di previdenza (in favore di personale dell'INAM, trasferito al servizio sanitario nazionale).

Tanto basta per accogliere i motivi, ora in esame, del ricorso principale.

Va rigettato, invece, il ricorso incidentale, che — proprio supponendo l'opposta decisione sul ricorso principale — prospetta la cessazione del rapporto di lavoro, per dimissioni condizionate, quale requisito per l'accesso alla pensione pretesa nel presente giudizio, che — per quanto si è detto — dev'essere, invece, negata.

7. — Pertanto — mentre va rigettato il ricorso incidentale — dev'essere, invece, accolto il ricorso principale.

Per l'effetto, la sentenza impugnata va cassata senza rinvio — in relazione al ricorso accolto — in quanto la causa può essere decisa nel merito (ai sensi dell'art. 384 c.p.c.) — senza che siano all'uopo necessari accertamenti di fatto ulteriori — rigettando la domanda proposta da Emanuele Filograna contro l'istituto nazionale della previdenza sociale (INPS).

Sussistono, tuttavia, giusti motivi (art. 92 c.p.c.) per compensare tra le parti le spese dell'intero processo (art. 385, 2° comma, c.p.c.).

*(Omissis)*

---

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 981

(2) *Idem*, 1995, p. 886

(3) *Idem*, 1997, p. 569

(4) *Idem*, 2000, p. 738

***Contributi* - Retribuzione imponibile - Lavoratori dello spettacolo assunti a termine con contratto di durata - Determinazione della base contributiva - Riferimento ai giorni di lavoro effettivo - Necessità - Fondamento - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5157 - Pres. Sciarelli - Rel. Lamorgese - P.M. Matera (Diff.) - Dolce Vita S.r.l. (Avv. Selvaggi) - ENPALS.**

*Ai fini della determinazione della base contributiva della retribuzione dei lavoratori dello spettacolo assunti a termine con contratti di durata, la disposizione di cui all'art. 2, quinto comma, DPR 31 dicembre 1971 n. 1420, secondo cui la retribuzione imponibile giornaliera nei confronti di tali lavoratori "si ottiene dividendo il complesso dei compensi corrisposti per il numero delle giornate di durata del contratto escludendo i riposi settimanali nonché le festività nazionali", va interpretata nel senso che il dato di riferimento (divisore) è quello pertinente ai singoli giorni di effettiva prestazione lavorativa, e non ai giorni ricompresi nel periodo di durata contrattuale, posto che la citata disposizione fa sorgere l'obbligo del versamento dei contributi in relazione ad ogni "giornata di lavoro" (primo comma), fissa il calcolo delle aliquote contributive "sulla retri-*

*buzione giornaliera" (terzo comma) e, infine, esclude dal calcolo i giorni di riposo, nei quali il lavoratore non ha spiegato alcuna prestazione lavorativa, salva la possibilità di stabilire con decreto ministeriale una "durata convenzionale" non superiore a sei giorni per ogni settimana (quinto e sesto comma); né tale interpretazione comporta un ingiustificato nocumento per i lavoratori interessati, atteso che il versamento dei contributi solo sulle giornate di lavoro effettivo spiega la previsione normativa di non trascurabili benefici assicurativi, quali la riduzione dei minimi contributivi ai fini del conseguimento del diritto a pensione e della prosecuzione volontaria del versamento dei contributi.(Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, correggendone la motivazione ai sensi dell'art. 384, comma secondo, cod. proc. civ., in quanto i giudici del merito, pur ritenendo erroneamente che i contributi dovessero essere versati per tutte le giornate lavorative ricadenti nel periodo di durata del contratto, avevano in realtà accertato, in mancanza di diversa documentazione, che le giornate lavorative effettive corrispondevano a quelle di durata del contratto).*

FATTO — Con sentenza depositata il 5 giugno 2001 la Corte di appello di Firenze ha confermato la decisione con la quale il Tribunale della stessa sede aveva rigettato l'opposizione proposta da Luciano Parnetti, in proprio e quale legale rappresentante della S.r.l. Dolce Vita, gerente di un night club in Camucia di Arezzo, avverso l'ordinanza ingiunzione emessa dall'ENPALS, sede compartimentale di Firenze, per il pagamento di sanzioni amministrative relative ai contributi non versati per il periodo dal gennaio 1997 al giugno 1998, e relativi ad alcune ballerine e *entraineuses* addette a quel *night*.

Gli appellanti avevano dedotto l'erroneità del calcolo della retribuzione imponibile effettuato dall'ENPALS applicando i relativi minimali previsti dall'art. 1, primo comma, decreto legge n. 338 del 1989, convertito nella legge n. 389 del 1989 ai compensi del suddetto personale, senza considerare i giorni di effettiva prestazione lavorativa.

Tali doglianze sono state disattese dalla Corte territoriale in base ai seguenti rilievi. Anzitutto per l'interpretazione letterale delle disposizioni dettate dall'art. 4, primo comma, D.Lgs. 16 luglio 1947 n. 708 (convertito, con modificazioni, nella legge 29 novembre 1952 n. 2388) e dall'art. 2, comma quinto, DPR 31 dicembre 1971 n. 1420, specificandosi in entrambe le norme che la retribuzione individuale giornaliera si ottiene dividendo il complesso dei compensi stabiliti per il numero delle giornate di durata del contratto, con esclusione dei riposi settimanali e delle festività nazionali. Poi perché nel libro matricola e nelle denunce presentate dal datore di lavoro all'ufficio di collocamento dei lavoratori dello spettacolo erano stati indicati soltanto i periodi di durata dei rapporti con ciascun lavoratore, senza alcun riferimento alle singole effettive prestazioni, mentre per quanto concerneva le condizioni contrattuali era stato richiamato il CCNL del personale artistico dei pubblici esercizi: era cioè mancata qualsiasi indicazione sulle giornate di effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative all'interno dei singoli contratti e sarebbe stato onere degli appellanti depositare i singoli contratti di lavoro, evidenzianti ab origine i giorni di effettive richieste di prestazioni nell'ambito del periodo. In assenza di contrarie indicazioni si deve ritenere, ha affermato la Corte fiorentina, che le ballerine fornivano all'impresa la loro piena disponibilità — fatto salvo il diritto al riposo giornaliero — e che gli appellanti erano liberi di utilizzare il suddetto personale per un numero maggiore o minore di serate in relazione

alla propria organizzazione gestionale.

Il giudice del gravame, a sostegno della tesi seguita, ha richiamato la giurisprudenza elaborata da questa Corte con la sentenza 15 novembre 2000 n. 14761 (1).

Infine, quanto alla doglianza sulle somme aggiuntive, gli interessi e le sanzioni, non dovuti ad avviso degli appellanti, poiché essi per il calcolo dei contributi si erano sempre basati sul diverso orientamento, condiviso in precedenza dall'ente, del riferimento alle effettive giornate di lavoro dell'ente e sul costante rilascio del certificato di agibilità, il giudice del merito ha rilevato che con il ricorso in opposizione, i ricorrenti si erano doluti soltanto della determinazione della sanzione, la quale era invece immune da vizi e nei limiti delle previsioni normative.

Di questa sentenza i soccombenti hanno richiesto la cassazione con ricorso fondato su un solo motivo, illustrato poi con memoria.

L'ENPALS non ha svolto attività difensiva in questa sede.

DIRITTO — L'unico mezzo di annullamento denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma quinto, DPR 31 dicembre 1971 n. 1420, anche coordinato con il disposto di cui all'art. 3 D.L. C.p.S. n. 708 del 1947, e deduce l'errore di diritto in cui è incorso il giudice del merito, non essendo il criterio di calcolo adottato in ordine alla determinazione della retribuzione giornaliera del personale, cui era riferito l'accertamento in questione, cioè il complesso dei compensi stabiliti diviso il numero delle giornate di durata del contratto, esclusi i riposi settimanali e le festività nazionali, coincidente con quello individuato dalla norma nella interpretazione più recente della giurisprudenza di questa Corte, che invece fa riferimento, per il divisore, al numero dei giorni di effettiva prestazione lavorativa.

Il ricorso non può essere accolto. Il principio giurisprudenziale richiamato dai ricorrenti, affermato da Cass. 24 marzo 2001 n. 4303 del 24 marzo 2001, ha stabilito: "Ai fini della determinazione della base contributiva della retribuzione dei lavoratori dello spettacolo assunti a termine con contratti di durata, la disposizione dell'art. 2, comma 5, DPR 31 dicembre 1971 n. 1420, secondo cui la retribuzione imponibile giornaliera nei confronti di tali lavoratori si ottiene dividendo il complesso dei compensi corrisposti per il numero delle giornate di durata del contratto escludendo i riposi settimanali nonché le festività nazionali, va interpretata nel senso che il dato di riferimento (divisore) è quello pertinente ai singoli giorni di effettiva prestazione lavorativa, e non ai giorni compresi nel periodo di durata contrattuale, posto che la citata disposizione fa sorgere l'obbligo del versamento dei contributi in relazione ad ogni giornata di lavoro (primo comma), fissa il calcolo delle aliquote contributive sulla retribuzione giornaliera (terzo comma) e, infine, esclude dal calcolo i giorni di riposo, nei quali il lavoratore non ha spiegato alcuna prestazione lavorativa, salva la possibilità di stabilire con decreto ministeriale una durata convenzionale non superiore a sei giorni per ogni settimana (quinto e sesto comma); né tale interpretazione comporta un ingiustificato nocumento per i lavoratori interessati, atteso che il versamento dei contributi solo sulle giornate di effettivo lavoro spiega la previsione normativa di non trascurabili benefici assicurativi, quale la riduzione dei minimi contributivi ai fini del conseguimento del diritto a pensione e della prosecuzione volontaria del versamento dei contributi".

Questo orientamento, confermato dalla successiva pronuncia di questa Corte 23 luglio 2002 n. 10774, va qui ribadito, essendo da preferire, per le persuasive argomen-

tazioni addotte a sostegno, rispetto al precedente indirizzo, costituito da Cass. 15 novembre 2000 n. 14761, cui si è invece riportata la sentenza impugnata.

L'errore compiuto dal giudice del merito non è però causale e non può perciò portare all'annullamento della sentenza.

Va infatti rilevato che, contrariamente a quanto assumono i ricorrenti, la sentenza impugnata ha accertato la mancata indicazione in atti del numero di effettive giornate lavorative svolte dal personale, cui si riferisce il verbale ispettivo. Ciò la Corte territoriale ha ritenuto, evidenziando (v. pagina 4 della sentenza), che quelle indicazioni non erano riportate nel libro matricola e nelle denunce all'ufficio collocamento dei lavoratori dello spettacolo, pur essendo là indicati i periodi di durata dei contratti per ciascun lavoratore e il riferimento, per il compenso, al CCNL del personale artistico dei pubblici esercizi. Le medesime circostanze negative ha poi ribadito (v. sub lettera a di pag. 5 della sentenza impugnata), come ulteriore argomentazione a sostegno del rigetto dell'appello.

La statuizione non è stata censurata dai ricorrenti, i quali si sono limitati a contrapporre, inammissibilmente, all'accertamento di fatto compiuto dal giudice del merito la deduzione della indicazione delle giornate effettivamente lavorate dalle ballerine, a loro avviso risultanti dal libro paga e dalle dichiarazioni rese dalle stesse, senza neppure specificare in quale atto del processo queste dichiarazioni fossero contenute.

Del resto, i ricorrenti hanno denunciato solo la violazione e falsa applicazione delle norme di diritto innanzi indicate, ma non vizi di motivazione concernenti la ricostruzione dei fatti, per la parte concernente le giornate effettivamente lavorate.

Coerentemente quindi la Corte territoriale è pervenuta all'affermazione che le giornate lavorative effettive corrispondevano a quelle di durata del contratto.

Atteso siffatto accertamento, l'errore di diritto in cui è incorsa la sentenza impugnata resta senza conseguenze e si deve procedere soltanto alla sua correzione, a norma dell'art. 384, secondo comma, cod. proc. civ., nel senso che la norma di cui all'art. 2, comma quinto, DPR 31 dicembre 1971 n. 1420 deve essere interpretata secondo il principio stabilito da Cass. 24 marzo 2001 n. 4303.

Il ricorso va dunque rigettato.

Non si provvede alla regolamentazione delle spese del presente giudizio, in quanto l'intimato non ha svolto attività difensiva.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2001, p. 830

***Processo civile* - Procedimenti in materia di lavoro e di previdenza - Procedimento di primo grado - Prova - Poteri del giudice - Poteri istruttori di ufficio - Esercizio - Doverosità - Presupposti - Approfondimenti richiesti dalle risultanze istruttorie - Rilevanza - Verificarsi di preclusioni o decadenze in danno delle parti - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie.**

***Infortuni sul lavoro e malattie professionali* - Assicurazione - Malattie professionali - Rapporto con le lavorazioni - Controversie in materia di previdenza e assistenza - Poteri istruttori di ufficio - Esercizio - Configurabilità - Presupposti - Fattispecie relativa a domanda per riconoscimento causa di servizio.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5152 - Pres. Prestipino - Rel. Mazzarella - P.M. Abbritti (Diff.) - G.A. (Avv. Assennato) - INAIL (Avv.ti Catania, De Ferrà).**

*Nel rito del lavoro, e, in particolare, nella materia della previdenza e assistenza, quando le risultanze di causa offrono significativi dati di indagine, non può farsi meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova, occorrendo, invece, che il giudice, in caso di incertezza sui fatti costitutivi del diritto in questione, eserciti il potere - dovere di provvedere d'ufficio agli atti istruttori sollecitati dal materiale acquisito, senza che a ciò sia di ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva negato il riconoscimento della natura professionale della patologia da cui era affetto il ricorrente, limitando l'indagine al più recente periodo in cui questi aveva fatto uso di strumenti di lavoro vibranti, senza valutare la possibilità di acquisire elementi in ordine al ben più lungo periodo in cui aveva lavorato come muratore, benché detta attività e la malattia denunziata fossero tabellate).*

FATTO — Con la sentenza di cui in epigrafe, e qui impugnata, il Tribunale di Rimini, respingeva il gravame proposto da G.A. avverso la sentenza n. 362/98 resa in data 3 aprile 1998 dal Pretore della stessa città, che, a sua volta aveva rigettato la domanda del G.A. diretta al riconoscimento della natura professionale della "patologia degenerativa della cuffia dei rotatori" e della condanna dell'INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro (in appresso INAIL) alle conseguenti prestazioni di legge. Aveva dedotto G.A. che sia l'attività di muratore che la detta malattia erano tabellate, donde la presunzione legale di eziologia professionale della citata patologia.

Osservava il Tribunale, per quanto ancora di rilievo: la presunzione legale dell'eziologia professionale della malattia risultava superata dalla prova sulla diversa patogenesi fornita dall'Istituto; era risultata infatti la ridotta e saltuaria esposizione del lavoratore al rischio specifico, per aver fatto uso di strumenti vibranti soltanto nel corso degli ultimi cinque anni e per periodi di tempo non lunghi; gli accertamenti medico-legali avevano rivelato, alla spalla sinistra, esiti di un pregresso intervento alla cuffia dei rotatori per effetto di pregresso grave infortunio sul lavoro, e, alla spalla destra, solo modeste note artrosiche; tali elementi, riconnessi alla natura destrimane del G.A. erano correttamente valutati in sede medico-legale nel senso di escludere la riconducibilità della dedotta patologia ad apposita malattia tabellata.

Ricorre per cassazione G.A. affidandosi ad unico, articolato, motivo di censura.

L'INAIL si è costituito con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso G.A. denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 e 53 del DPR n. 1124 del 1965 e della voce 44 del relativo alle-

gato n. 4, 112, 244, 245, 345, 420 e 421 c.p.c., 2697 c.c., e 41 c.p., nonché motivazione omessa, insufficiente e contraddittoria, il tutto ai sensi dell'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c..

Deduce, in sintesi, G.A.: la pretesa prova dell'uso di strumenti vibranti solo negli ultimi anni della vita lavorativa e per periodi non lunghi era contraddetta, senza alcun altro elemento di supporto, dall'accertamento eseguito in tema di anamnesi lavorativa del consulente circa l'attività di operaio stagionale presso le ferrovie, prima in Svizzera e poi in Germania, per otto mesi all'anno per cinque anni addetto alla manutenzione dei binari, di manovale muratore presso varie aziende civili per ventisei anni dal 1960, e per ulteriori sei anni dal 1989; lo stesso consulente, in occasione dei chiarimenti richiestigli in grado di appello, si era espresso nel senso del dubbio della non corrispondenza della invocata patologia alla spalla sinistra per un soggetto destrimane, dubbio da risolversi in base ai principi propri delle malattie tabellate; d'altra parte, dalla cartella clinica agli atti si rilevava in data 23 marzo 1993 "presenza di una condizione di patologia degenerativa della cuffia dei rotatori presente bilateralmente, in modo più accentuato a destra. Su tale condizione si è inserito su base traumatica la rottura completa della cuffia dei rotatori e la lesione del capo lungo del bicipite di sinistra"; il contrasto delle risultanze peritali con tale accertamento agli atti non risultava minimamente motivato, né sussistevano riferimenti a diversi e probanti elementi medico-legali contrari; con l'attività di muratore era stato espressamente denunziato l'uso continuo di martello pneumatico, del flessibile e del montacarichi, nonché il periodo ultratrentennale della relativa attività; il citato dubbio andava risolto in base al principio di equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p.; né il giudice, di fronte alla prova fornita dall'assistito per gli ultimi anni di attività lavorativa, si era adoperato per il completamento del quadro istruttorio e la verifica dell'effettività delle circostanze dedotte.

Il ricorso è fondato.

È pacifico che nel caso di specie si verte in tema di malattia e di lavorazione tabellate.

L'affermazione in tal senso da parte del giudice di merito è categorica, essendo evidentemente superata, in base agli elementi acquisiti agli atti circa la natura e la durata delle attività svolte dall'assicurato e alla documentazione sanitaria acquisita, l'eccezione di contrario avviso dell'INAIL. Né l'Istituto oppone nel ricorso in esame, nel sostenere la propria originaria eccezione, elementi nuovi e diversi da quelli già in possesso del giudice di merito e quindi da esso valutati; né, ancora, va taciuto che lo stesso Istituto sostanzialmente argomenta sui limiti della presunzione legale dell'origine professionale della malattia.

Tuttavia, deve riconoscersi che le argomentazioni fondanti la sentenza impugnata presentano violazioni di disposizioni legislative e vizi di motivazione.

In punto esposizione a rischio, il giudice di appello, pur avendo acquisito agli atti (le circostanze risultano dall'anamnesi lavorativa della relazione del consulente nominato in primo grado) che G.A. già contadino, aveva lavorato nelle ferrovie svizzere come operaio stagionale per otto mesi all'anno, per quattro stagioni addetto alla manutenzione dei binari, per un anno presso le ferrovie in Germania, e per gli ultimi 35 anni come manovale muratore presso varie aziende civili, con intermezzo di tre anni di gestione di un bar, conclude, senza ulteriori argomentazioni, che dalla istruttoria espletata era risultata "la ridotta e saltuaria esposizione del lavoratore al rischio specifico, atteso che G.A. ha usato strumenti vibranti soltanto negli ultimi cinque anni e per periodi di tempo non lunghi".

Orbene, su tale punto non può non rilevarsi che, in considerazione della sicura prova di esposizione al rischio specifico per gli ultimi cinque anni per l'uso di strumenti di lavoro vibranti, ancorché per periodi non lunghi ma quanto meno in termini di prevalenza, nell'espletamento dell'attività di manuale muratore, una maggiore attenzione avrebbe dovuto

usare il giudice di appello per la esclusione della medesima esposizione al rischio per il periodo, notevolmente più lungo (ben ventisette anni), tenuto conto del pacifico svolgimento della stessa attività lavorativa di manovale muratore, spiegando, con riferimento agli elementi probatori acquisiti (ovvero acquisibili) il motivo della detta esclusione, in luogo della evidente contraddizione dell'affermazione categorica in ordine alla malattia e alle lavorazioni tabellate con la esclusione della malattia professionale. Vuol dirsi, cioè, che, se pur dagli elementi istruttori acquisiti fosse effettivamente risultata la prova della esposizione al rischio specifico solo per l'ultimo periodo di cinque anni, andava anche valutata, e motivata, la impossibilità di una ulteriore, e non difficoltosa, acquisizione dei medesimi elementi anche per il detto più lungo periodo, e finanche per i pregressi periodi di attività di manutenzione dei binari ferroviari, che giustificasse in qualche modo il conclusivo accertamento di fatto a sostegno della decisione adottata. Tanto, in base al principio generale, secondo cui, nel rito del lavoro, ed ancor più in materia previdenziale, in caso di incertezza sui fatti costitutivi del diritto in contestazione, ed ove sussistenti significativi dati di indagine, deve ritenersi obbligato il giudice di merito ad esercitare, anche di ufficio, i poteri istruttori sollecitati dal materiale acquisito, senza che a ciò sia di ostacolo il verificarsi di preclusioni o decadenze.

Fondata è anche l'ulteriore censura circa l'utilizzo da parte del giudice di merito della presunzione legale che assiste l'eziologia professionale delle malattie tabellate.

Sul punto, nel caso di specie, lo stesso consulente di ufficio, in presenza di circostanze di fatto acquisite agli atti, con particolare riferimento al pregresso infortunio sul lavoro con rottura della cuffia dei rotatori, ed espressamente chiamato a chiarimenti in ordine alla riconducibilità della patologia dedotta dall'assicurato alla genesi professionale, si esprime, innanzitutto, nel senso ormai pacifico che la lavorazione svolta dall'assicurato era tabellata, ma aggiunge "che rimane il dubbio della non corrispondenza della patologia dedotta riguardante la spalla sinistra, nella articolazione controlaterale, trattandosi di un soggetto destrimane".

Orbene, a parte la considerazione che la sentenza impugnata non fornisce alcuna spiegazione della esclusione della eziologia professionale in presenza del dubbio dello stesso consulente tecnico (al cui operato lo stesso giudice di appello dichiara di conformarsi), tenuto conto proprio del pacifico accertamento da parte dello stesso giudice della esistenza della malattia e dell'attività tabellata, altrettanto privo di ogni riferimento, e senza alcuna motivazione, è la esclusione della medesima eziologia secondo il principio della equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p.. Su tale ultimo punto è bene ricordare il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui "in tema di assicurazione contro le malattie professionali, ove l'infermità invalidante derivi da fattori concorrenti, di natura sia professionale che extraprofessionale, trova applicazione il principio di equivalenza causale stabilito in materia penale dall'art. 41 cod. pen.; pertanto a ciascuno di detti fattori deve riconoscersi efficacia causativa dell'evento, a meno che uno di essi assuma carattere di causa efficiente esclusiva" (fra le tante, Cass. 19 giugno 1998, n. 06127, Cass. 16 giugno 2001, n. 08165, Cass. 05 febbraio 1998, n. 01196, e da ultimo, Cass. 03 maggio 2003, n. 06722).

Il ricorso, pertanto, è fondato e va accolto, la sentenza va cassata, e la causa rimessa ad altro giudice di merito, che si designa nella Corte di Appello di Bologna, il quale provvederà al riesame della controversia in considerazione delle osservazioni e dei principi di cui sopra, nonché al regolamento anche delle spese del giudizio di cassazione.

*(Omissis)*

***Pensioni* - Pensione di invalidità - Revoca - In genere - Sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità - Accertamento giudiziale - Estensione del giudicato - Esistenza degli elementi costitutivi - Stato invalidante - Inclusione - Conseguenze - Revoca dell'assegno per recupero della capacità di guadagno - Mutamento della relativa situazione di fatto rispetto al precedente accertamento giudiziale - Necessità.**

***Pensioni* - Cosa giudicata civile - Effetti del giudicato (preclusioni) - Previdenza (assicurazioni sociali) - Assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti - Assegno di invalidità - Sentenza di accoglimento della domanda di assegno di invalidità - Accertamento giudiziale - Estensione del giudicato - Esistenza degli elementi costitutivi - Stato invalidante - Inclusione - Conseguenze - Revoca dell'assegno per recupero della capacità di guadagno - Mutamento della relativa situazione di fatto rispetto al precedente accertamento giudiziale - Necessità.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5151 - Pres. Senese - Rel. Vigolo - P.M. Sorrentino (Conf.) - Marsella (Avv. Nespega) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).**

*In materia di invalidità pensionabile, l'accertamento contenuto nella sentenza, passata in giudicato, con la quale sia accolta la domanda di assegno di invalidità, si estende anche all'esistenza di tutti gli elementi voluti dalla legge per la configurazione del rapporto, compreso, oltre al requisito assicurativo e a quello contributivo, lo stato invalidante (attinente alla riduzione, nella percentuale stabilita dalla legge, della capacità di guadagno) e la portata vincolante della decisione riguardo a tali elementi continua ad esplicare i suoi effetti sul relativo rapporto di durata, a situazione normativa e fattuale immutata. Ne consegue che, ai fini della valutazione concernente il recupero della capacità di guadagno da parte del pensionato — comportante la soppressione della pensione da parte dell'Istituto assicuratore quando tale capacità cessi di essere inferiore ai limiti di legge — la situazione già accertata nel precedente giudizio non può formare oggetto di una valutazione diversa, ove permangano immutati gli elementi di fatto e di diritto preesistenti; pertanto, quando viene in questione la legittimità della revoca della pensione disposta dall'istituto assicuratore, va eseguito il necessario raffronto tra la situazione esistente all'epoca del precedente accertamento giudiziale e quella ricorrente al momento dell'emanazione dell'atto di soppressione per verificare se effettivamente vi sia stata un'evoluzione in senso migliorativo dello stato di salute del pensionato o comunque un recupero della capacità di guadagno del medesimo, derivante da un proficuo e non usurante riadattamento lavorativo in attività confacenti con le sue personali attitudini.*

FATTO — Con atto depositato il 25 febbraio 1995, il Sig. A.M. ricorreva al Pretore di Lecce nei confronti dell'INPS chiedendone la condanna a corrispondergli assegno di invalidità, già riconosciutogli con sentenza e revocatogli dall'Istituto alla scadenza del triennio.

Con sentenza in data 24 ottobre 1996, il Pretore accoglieva la domanda con decor-

renza dalla predetta scadenza.

L'appello dell'INPS è stato accolto parzialmente dal Tribunale di Lecce che, con sentenza in data 23 maggio 2000, ha riconosciuto nuovamente l'assegno, ma con decorrenza dal 1° febbraio 1999.

Ha ritenuto il giudice di secondo grado, alla luce di una ulteriore consulenza tecnica di ufficio, che solo a tale epoca le patologie, a lenta evoluzione, si erano aggravate sino a raggiungere la soglia indennizzabile.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre A.M affidandosi a due motivi (il secondo erroneamente enumerato come terzo).

L'INPS si è limitato a depositare procura.

DIRITTO — Col primo motivo di ricorso, l'assicurato, deducendo difetto di motivazione e violazione dell'art. 10 R.D.L. 14 aprile 1939, n. 639 e dell'art. 2909 c. civ., sostiene che l'assegno di invalidità gli era stato riconosciuto con sentenza del Pretore di Lecce n. 2642 del 4 giugno 1992 e illegittimamente gli era stato revocato in sede amministrativa sul presupposto di un miglioramento psico-fisico, per cui la residua capacità lavorativa non era più inferiore a un terzo.

In realtà, come riconosciuto espressamente dal consulente di ufficio nominato in primo grado, le patologie erano ancora le stesse, pur considerate nella evoluzione clinica, diagnosticate in sede di concessione dell'assegno, senza che si fosse verificato alcun miglioramento.

Erroneamente, invece, il Tribunale aveva ritenuto che solo in epoca successiva, le medesime infermità, avevano determinato una incapacità lavorativa indennizzabile, malgrado le contestazioni tempestivamente formulate dal ricorrente alla consulenza tecnica di ufficio depositata in appello.

A fronte del giudicato, formatosi con la sentenza del Pretore del 4 giugno 1992, ai fini della revoca per miglioramento sarebbe stato indispensabile che il consulente tecnico e il Tribunale avessero proceduto al raffronto tra le condizioni sanitarie all'epoca della concessione e quelle del momento della revoca, in sede amministrativa, del beneficio, perché solo in caso di intervenuto miglioramento la revoca sarebbe stata legittima.

Il Tribunale ha ritenuto che le patologie invalidanti considerate dal Pretore con la sentenza passata in giudicato si erano aggravate successivamente, sino a raggiungere la soglia indennizzabile, mentre proprio il giudicato aveva accertato in modo definitivo che per effetto della medesima condizione sanitaria, la soglia stessa già era stata superata al momento dell'attribuzione del beneficio.

Col secondo motivo di ricorso, deducendo violazione dell'art. 112 c.p.c., il ricorrente si duole che il Tribunale abbia giudicato "*extra petita*" per non avere pronunciato sulla domanda tendente ad accertare che alcun miglioramento delle condizioni fisiche dell'assicurato vi era stato al momento della revoca dell'assegno, rispetto al momento della sua concessione.

I due motivi, da esaminare congiuntamente perché strettamente connessi, sono fondati.

Le Sezioni Unite di questa Corte hanno statuito (sentenza 7 luglio 1999, n. 383) che "in materia di invalidità pensionabile, l'accertamento contenuto nella sentenza, passata in giudicato, con la quale sia accolta la domanda di pensione dell'assicurato, pur non contenendo propriamente l'accertamento di un diritto stipite comprendente il diritto ai singoli ratei di pensione, si estende non solo alla debenza dei singoli ratei, ma anche all'esistenza di tutti gli elementi voluti dalla legge per la configurazione del rapporto, compreso, oltre al requisito assicurativo e a quello contributivo, lo stato invalidante (attinente alla riduzione, nella percentuale stabilita dalla legge, della capacità di guadagno o di lavoro a secon-

da che il periodo considerato sia precedente o successivo all'entrata in vigore della legge n. 222 del 1984), e la portata vincolante della decisione, riguardo a tali elementi, continua ad esplicare i suoi effetti sul relativo rapporto di durata a situazione normativa e fattuale immutata. Ne consegue che, in relazione alla rilevanza attribuita dall'art. 10 del R.D.L. n. 636 del 1939, convertito con modificazioni nella legge n. 1272 del 1939, al recupero della capacità di guadagno da parte del pensionato — comportante la soppressione della pensione da parte dell'Istituto assicuratore quando tale capacità cessi di essere inferiore ai limiti di legge —, la situazione già accertata nel precedente giudizio non può formare oggetto di una valutazione diversa ove permangano immutati gli elementi di fatto e di diritto preesistenti e, quindi, quando viene in questione la legittimità della revoca della pensione disposta dall'istituto assicuratore, va eseguito il necessario raffronto tra la situazione esistente all'epoca del precedente accertamento giudiziale e quella ricorrente al momento dell'emanazione dell'atto di soppressione per verificare se effettivamente vi è stata un'evoluzione in senso migliorativo dello stato di salute del pensionato o comunque un recupero della capacità di guadagno del medesimo, derivante da un proficuo e non usurante riadattamento lavorativo in attività confacenti con le sue personali attitudini".

Tenuto conto di tale principio (cui si è adeguata la successiva giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 11 luglio 2001, n. 9389; 22 marzo 2001, n. 3357; 8 marzo 2001, n. 3357; 23 dicembre 1999, n. 14523; 7 luglio 1999, n. 383), dal quale la Corte non ritiene di doversi discostare, non essendo stati addotti argomenti decisivi di segno contrario, si rileva come nella sentenza impugnata, così come nella relazione del consulente di ufficio ivi richiamata, non siano posti in luce sostanziali mutamenti degli elementi, di fatto e di diritto, apprezzati dal Pretore con la sentenza 4 giugno 1992, di riconoscimento del diritto all'assegno di invalidità, rispetto alle condizioni fisiche esistenti al momento della revoca del beneficio, ma è stata operata una sostanziale svalutazione dell'accertamento operato dal Pretore, laddove si è affermato che le patologie accertate con la sentenza del 1982 (come invalidanti nella misura richiesta per l'attribuzione del beneficio) avrebbero raggiunto la soglia prevista per l'attribuzione dell'assegno di invalidità solo sette anni dopo.

Appare, dunque, di tutta evidenza la violazione del giudicato.

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, il ricorso deve essere accolto.

La sentenza impugnata deve essere annullata e la causa deve essere rinviata ad altro giudice equiordinato, designato in dispositivo, il quale, previ gli accertamenti del caso, giudicherà alla luce del principio di diritto secondo cui "l'accertamento contenuto nella sentenza, passata in giudicato, con la quale sia accolta la domanda di assegno di invalidità, si estende anche all'esistenza di tutti gli elementi voluti dalla legge per la configurazione del rapporto, compreso, oltre al requisito assicurativo e a quello contributivo, Io stato invalidante (riduzione, nella percentuale stabilita dalla legge, della capacità di guadagno) e la portata vincolante della decisione, riguardo a tali elementi, continua ad esplicare i suoi effetti sul relativo rapporto di durata a situazione normativa e fattuale immutata. Di talché, ai fini della valutazione concernente il recupero della capacità di guadagno da parte del pensionato — comportante la soppressione dell'assegno da parte dell'Istituto assicuratore quando tale capacità cessi di essere inferiore ai limiti di legge —, la situazione già accertata nel precedente giudizio non può formare oggetto di una valutazione diversa ove permangano immutati gli elementi di fatto e di diritto preesistenti; quindi, quando viene in questione la legittimità della revoca della pensione disposta dall'istituto assicuratore, va eseguito il necessario raffronto tra la situazione esistente all'epoca del precedente accertamento giudiziale e quella ricorrente al momento dell'emanazione dell'atto di soppressione per verificare se effettivamente vi è stata

un'evoluzione in senso migliorativo dello stato di salute del pensionato o comunque un recupero della capacità di lavoro del medesimo, derivante da un proficuo e non usurante riadattamento lavorativo in attività confacenti con le sue personali attitudini".

Allo stesso giudice è opportuno demandare altresì il regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Previa presentazione della domanda amministrativa - Condizione di proponibilità - Disposizioni *ex* artt. 8 legge n. 5 del 1973 e 148 disp. Att. cod. proc. civ. - Applicabilità - Esclusione - Temporaneo difetto di giurisdizione - Configurabilità - Rilevabilità in ogni stato e grado di giudizio - Sussistenza - Omessa tempestiva eccezione da parte dell'ente tenuto alla prestazione - Rilevanza - Esclusione.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5149 - Pres. Mattone - Rel. Vidiri - P.M. Matera (Diff.) - N.C. (Avv. Giordano) - Ministero dell'Interno (Avv. Gen. dello Stato).**

*In tema di prestazioni previdenziali e assistenziali, la preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce un presupposto dell'azione, mancando il quale la domanda giudiziaria non è improcedibile, con conseguente applicazione degli artt. 8 l. 11 agosto 1973 n. 533 e 148 disp. att. c.p.c., ma improponibile, determinandosi in tal caso una temporanea carenza di giurisdizione, rilevabile in qualsiasi stato e grado del giudizio, senza che tale difetto possa essere sanato in relazione alla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa, ancorché compatibile con quella poi richiesta in sede giudiziaria. Ne consegue che, integrando la previa presentazione della domanda amministrativa, non un elemento costitutivo della domanda proposta in sede giudiziaria (come i requisiti sanitari, reddituale e di incollocazione), ma un requisito di procedibilità (in caso di non esaurimento del procedimento amministrativo) o di proponibilità (in caso di mancanza della domanda amministrativa), la circostanza che l'ente tenuto alla prestazione non abbia tempestivamente dedotto la mancanza della domanda amministrativa non preclude la possibilità di proporre l'eccezione stessa in appello e al giudice di rilevare d'ufficio il temporaneo difetto di giurisdizione.*

FATTO — Con sentenza del 22 luglio 1999, il giudice del lavoro del Tribunale di Gela condannava il Ministero dell'Interno a corrispondere l'assegno mensile di invalidità a N.C. con decorrenza dal 1 aprile 1992, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

A seguito di gravame, il Tribunale di Caltanissetta con sentenza del 13 giugno 2001, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, condannava il Ministero dell'Interno a

corrispondere il suddetto assegno a partire dal 1 gennaio 1996. Nel pervenire a tale conclusione il Tribunale osservava che l'assegno non poteva decorrere dal 1 aprile 1992, per non avere l'assicurato ancora presentato a quella data domanda in via amministrativa; detta domanda era stata proposta, invece, solo in data 23 dicembre 1995.

Più specificatamente la precedente domanda era stata presentata in data 10 marzo 1992 al fine di ottenere "l'aggravamento" e non invece l'assegno mensile di invalidità.

Avverso tale sentenza N.C. propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

Resiste con controricorso il Ministero dell'Interno.

DIRITTO — Con il primo e secondo motivo l'assicurata deduce violazione e falsa applicazione di legge nonché difetto ed omessa motivazione, assumendo che il giudice d'appello non poteva accogliere il gravame del Ministero in quanto questi solo nel relativo ricorso aveva eccepito la insussistenza dei requisiti amministrativi atti alla concessione della provvidenza economica. In assenza di una valida contestazione la sentenza impugnata aveva violato il disposto dell'art. 112 c.p.c.. Per di più il Tribunale di Caltanissetta aveva omesso di esaminare le prospettazioni difensive di essa N.C. che aveva evidenziato come la decisione di primo grado non meritasse alcuna censura per avere deciso sulla causa del contendere attenendosi al *petitum* non contestato e non oggetto di atti (nuovi ed) impeditivi.

Il ricorso è infondato e, pertanto, va rigettato. Questa Corte in numerose occasioni ha affermato il principio — in tema di combinato disposto degli artt. 443 c.p.c. e 148 disp. att. stesso codice e di rapporto tra procedimento amministrativo ed azione giudiziaria — che la preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce un presupposto dell'azione mancando il quale la domanda giudiziaria è improponibile, senza che — in contrario — possano trarsi argomenti né dall'art. 8 della legge n. 533 del 1973, che si limita a negare rilevanza ai vizi, alle preclusioni e alle decadenze verificatisi nel corso della procedura amministrativa, né dall'art. 443 c.p.c. che, con disposizione non suscettibile d'interpretazione estensiva, prevede la mera improcedibilità — anziché l'improponibilità — della domanda soltanto per il caso del mancato esaurimento del provvedimento amministrativo, che sia stato però iniziato (cfr. al riguardo: Cass. 11 dicembre 1995 n. 12661; Cass. 4 novembre 1983 n. 6526).

In tale ottica è stato anche precisato da questa Corte che la mancata presentazione della domanda amministrativa di prestazione previdenziale determina non già la mera improcedibilità *ex* art. 443 c.p.c. ma la radicale "improponibilità" della domanda giudiziale, e si è anche aggiunto che tale vizio, rendendo nulli tutti gli atti del processo, in quanto presuppone "una temporanea carenza di giurisdizione", e rilevabile anche dopo la prima udienza di discussione ed "in qualsiasi stato e grado del giudizio" (cfr. in tali sensi ancora: Cass. 11 dicembre 1995 n. 12661; Cass. 2 luglio 1992 n. 8111; Cass. 23 agosto 1990 n. 8575).

In questa stessa ottica è stato anche affermato che la domanda amministrativa di prestazione previdenziale costituisce condizione di ammissibilità della domanda giudiziaria, il cui difetto deve essere rilevato d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, senza che tale difetto possa essere sanato in relazione alla presentazione di domanda amministrativa concernente prestazione previdenziale diversa ancorché "compatibile" con la prestazione poi richiesta in sede giudiziaria (cfr. in tali termini: Cass. 8 aprile 2000 n. 4463).

Correttamente, quindi, il giudice d'appello ha riconosciuto la prestazione richiesta dall'assicurata solo a partire da epoca successiva a quella di presentazione della domanda amministrativa con la quale si richiedeva l'assegno di invalidità, evidenziando al riguardo come non potesse tenersi in alcun conto — per una retrodatazione di detto assegno — di una precedente domanda c.d. di "aggravamento» (del cui contenu-

to l'assicurata tra l'altro nel ricorso non ha fornito alcuna indicazione), sicuramente estranea alla pretesa fatta valere dall'assicurata.

Questa Corte ritiene di ribadire i principi innanzi enunciati anche se non ignora altro indirizzo, secondo il quale qualora l'ente tenuto alla prestazione non abbia ritualmente dedotto la mancanza della domanda amministrativa, la relativa eccezione non può più essere sollevata nell'ulteriore corso del giudizio (cfr. Cass. 7 ottobre 1999 n. 11252).

La particolare funzione spiegata dalla domanda amministrativa in relazione al procedimento giudiziario e che ha condotto la giurisprudenza a parlare — come si è visto — in sua mancanza di una "temporanea carenza di giurisdizione", e le finalità sottese al procedimento amministrativo — tra le quali riveste un non trascurabile rilievo l'esigenza di una deflazione del copioso contenzioso in materia previdenziale — inducono a ritenere non rientranti nella previsione della sentenza 23 gennaio 2002 n. 761 delle Sezioni Unite di questa Corte, la fattispecie in esame per attagliarsi quest'ultima decisione alla non (tempestiva) contestazione degli elementi costitutivi della domanda giudiziaria laddove nel caso di specie si è in presenza di un mero requisito di procedibilità (nel caso di non esaurimento della procedura amministrativa) o di improponibilità (in caso di assenza di domanda amministrativa), del tutto differenziato — per la propria natura e funzione — dagli elementi costitutivi della domanda per prestazioni di invalidità, che si individuano, come è noto, nel requisito sanitario, in quello reddituale e nella incollocazione.

Anche la censura con la quale la ricorrente, alla stregua del principio della soccombenza, denunzia la liquidazione delle spese da parte del giudice d'appello va rigettata atteso che detta liquidazione, che ha portato alla compensazione delle spese di primo grado ed alla declaratoria di irripetibilità di quelle di secondo grado, si basa sulla decorrenza dell'assegno, riconosciuto in epoca successiva a quella indicata nell'atto introduttivo della lite.

A tale riguardo va ricordato il costante indirizzo giurisprudenziale in base al quale la valutazione della compensazione totale o parziale delle spese rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito, incensurabile in cassazione salvo che non risulti violato il principio secondo cui le spese non possono essere poste a carico della parte totalmente vittoriosa ovvero che la decisione del giudice di merito sia accompagnata dalla indicazione di ragioni palesemente illogiche e tali da inficiare, per la loro inconsistenza o palese erroneità, lo stesso processo formativo della volontà decisionale sul punto (cfr. *ex plurimis*: Cass. 11 febbraio 2002 n. 1899; Cass. 23 aprile 2001 n. 5988, Cass. 27 aprile 2000 n. 5390). In relazione alle spese del presente giudizio di cassazione nessuna statuizione può essere emessa stante il disposto dell'art. 152 disp. att. c.p.c. nel suo testo originario, essendo inapplicabile *ratione temporis* il disposto dell'art. 42 del d. l. 30 settembre 2003 n. 269.

*(Omissis)*

***Contributi* - In genere - Condono - Clausola di riserva *ex* art. 81, L. n. 448 del 1998 - Condizioni di efficacia - Fattispecie.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5139 - Pres. Sciarelli - Rel. Roselli - P.M. Fuzio (Conf.) - Osiglia (Avv.ti Germano, Grollino) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).**

*In tema di condono previdenziale, l'apposizione della riserva di accertamento dell'obbligo contributivo e di ripetizione di quanto pagato, ai sensi dell'art. 81, comma 9, l. n. 448 del 1998, deve essere contenuta nella domanda di condono previdenziale, cioè nell'atto unilaterale recettizio destinato al soggetto attivo del rapporto obbligatorio, titolare del potere di valutare l'ammissibilità della richiesta e di procedere alla deliberazione amministrativa; conseguentemente, non ha alcuna efficacia sul rapporto obbligatorio una riserva del debitore contenuta in un atto precedente la domanda. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere non riconoscendo efficacia ad una riserva contenuta in una delibera di Giunta del comune debitore, precedente la domanda di condono).*

FATTO — Ritenuto che con sentenza del 3 ottobre 2000 il Tribunale di Savona confermava la decisione pretorile dichiarativa della cessazione della materia del contendere nella controversia vertente fra il Comune di Osiglia e l'INPS ed avente ad oggetto il pagamento di una somma per contributi evasi e sanzioni civili;

— che detta decisione pretorile aveva dichiarato l'estinzione della controversia a causa dell'accettazione, da parte dell'INPS, della domanda di condono previdenziale e del conseguente pagamento della contribuzione ridotta da parte del Comune;

— che a giudizio del Tribunale il detto pagamento non bastava a determinare la cessazione della materia del contendere quando il contribuente avesse apposto alla domanda di condono la clausola di riserva di ripetizione (art. 81, comma 9, l. 23 dicembre 1998 n. 448), e tuttavia nel caso di specie la documentazione prodotta dal Comune non conteneva alcuna clausola di riserva;

— che contro questa sentenza ricorre per cassazione il Comune di Osiglia mentre l'INPS si è costituito con la sola procura al difensore, ma ha poi partecipato alla discussione.

DIRITTO — Considerato che con l'unico motivo il ricorrente lamenta la violazione della legge 17 marzo 1993 n. 63 e dell'art. 81 l. n. 448 del 1998, affermando l'errore nella dichiarazione di cessazione della materia del contendere, stante che la domanda di condono previdenziale, ed il conseguente versamento di denaro, erano subordinati agli esiti del contenzioso per il disconoscimento del debito contributivo onde non valevano ad estinguere tale contenzioso;

— che, sempre secondo il ricorrente, detta clausola di riserva era contenuta in una delibera della Giunta comunale regolarmente versata in atti;

— che il motivo è privo di fondamento;

— che, come risulta testualmente dall'invocato art. 81, comma 9, l. n. 448 del 1998, la clausola di riserva in questione dev'essere contenuta nella "domanda di condono previdenziale", vale a dire nell'atto unilaterale ricettizio destinato al soggetto attivo del rapporto d'obbligazione previdenziale, titolare del potere di valutare l'ammissibilità della richiesta e di procedere alla conseguente deliberazione amministrativa;

— che pertanto non può esplicare alcuna efficacia sul detto rapporto obbligatorio un atto precedente la domanda, quale la manifestazione di un proposito da parte di un organo della persona giuridica debitrice (cfr. Cass. 4 marzo 2003 n. 3198);

— che, rigettato il ricorso, le spese seguono la soccombenza.

*(Omissis)*

***Contributi* - Versamento - A mezzo di "marche" - Idoneità - Condizioni.**

**Corte di Cassazione - 12.3.2004, n. 5132 - Pres. Mileo - Rel. Amoroso - P.M. Abbritti (Conf.) - Prandini (Avv. Manca Bitti) - Conti (Avv. Boer) INPS (Avv.ti Fonzo, Pulli, Sgroi).**

*In tema di assicurazioni sociali, nel vigore del sistema di pagamento dei contributi previdenziali a mezzo di "marche" assicurative (ai sensi del R.D. 28 agosto 1924, n. 1422 della legge 4 aprile 1952, n. 218 e del DPR 26 aprile 1957, n. 818), perché possa dirsi assolto l'obbligo assicurativo del datore di lavoro, è necessario che questi non solo abbia acquistato le suddette marche e versato contemporaneamente i contributi integrativi a percentuale dovuti a norma dell'art. 8 della sopra indicata legge n. 818 del 1952, ma abbia anche applicato le marche sulle tessere dei lavoratori dipendenti, dando così luogo all'imputazione soggettiva dell'esborso contributivo ed al riferimento dell'adempimento ad un determinato rapporto assicurativo.*

FATTO — Con ricorso depositato il 28.2.2001 Giuseppe Conti proponeva appello contro la sentenza n. 730/00 del Tribunale di Brescia, con la quale erano state respinte sia la domanda da lui proposta in via principale di condanna di Marco Prandini, quale crede di Daniele Natale grandini, di cui egli era stato dipendente dal 1.5.1965 al 31.1.1985, al risarcimento del danno per il mancato versamento dei contributi previdenziali per il periodo dal 1.10.1969 al 31.12.1973, sia la domanda proposta in via subordinata e in contraddittorio con 1'lnps, chiamato in giudizio, di condanna del convenuto alla costituzione della rendita *ex* art. 13 legge n. 1338 del 1962 per 104 settimane di contribuzione omessa, avendo il ricorrente già provveduto alla costituzione della rendita per le restanti 117 settimane rimaste scoperte, al fine di poter godere della pensione con decorrenza 1.1.1997.

Lamentava l'appellante l'erronea valutazione dei documenti prodotti in causa dal convenuto, avendo il Giudice di primo grado ritenuta integrata la prova del versamento dei contributi unicamente in base ai modelli iiS2 attestanti l'acquisto nel periodo oggetto di controversia delle marche da parte del datore di lavoro, in assenza della prova della applicazione delle marche sulla tessera assicurativa e della riconsegna della tessera medesima.

Si costituiva in giudizio l'appellato Marco Prandini ribadendo la sufficienza della prova offerta essendo pacifico e provato dai documenti prodotti che nel periodo di riferimento il Conti era stato l'unico dipendente del padre ed eccependo la novità della domanda in relazione alla deduzione dell'omessa tenuta della tessera assicurativa.

Si costituiva in giudizio 1'Inps eccependo la prescrizione, nonché il difetto delle condizioni richieste dall'art. 13 L. n. 1338/62 per la costituzione della rendita e proponendo appello incidentale contro il capo della sentenza di primo grado con il quale era stato affermato l'avvenuto versamento all'INPS da parte di Daniele Natale Prandini dei contributi di cui veniva lamentata 1'omissione.

Con sentenza del 28.6 - 7.8.2001 l'adita Corte d'appello di Brescia accoglieva l'appello principale e condannava il Prandini al pagamento della complessiva somma di lire 44.819.762, oltre rivalutazione ed interessi, nonché metà delle spese del giudizio, che compensava per l'altra metà. Riteneva poi assorbito l'appello incidentale.

Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione il Prandíní con sei motivi di impugnazione, illustrati anche da successiva memoria.

Resiste con controricorso l'intimato Conti, elle ha presentato anche memoria.

L'INPS, parimenti intimato, non ha svolto difesa alcuna.

DIRITTO — 1. — Il ricorso è articolato in sei motivi.

Con il primo motivo il ricorrente denuncia la violazione dell'art. 13 legge 12 agosto 1962 n.1338 non essendo stata rispettata la procedura in essa prevista.

Con il secondo motivo è denunciata la violazione dell'art. 1 12 c.p.c. per aver la sentenza impugnata deciso anche nei confronti dell'INPS, anche se nei confronti dell'Istituto il Conti non aveva proposto alcuna domanda.

Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 51 R.D.L. 4 ottobre 1935 n. 1827 e 6 DPR 26 aprile 1957 n. 818 perché "non è vero che il metodo del versamento dei contributi a mezzo di marche fosse tassativamente l'unico".

Con il quarto motivo il ricorrente si duole della dedotta violazione degli artt. 42 e 47 R.D. n.1422 del 1924, 51 R.D. n. 1827 del 1935, 8 legge n. 218 del 1952, perché "non è esatto che le marche possano circolare da un soggetto ad un altro, come qualsiasi francobollo privo di riscontro normativo". Secondo la difesa del ricorrente era stata versata in causa la prova documentale dell'avvenuto versamento dei contributi.

Con il quinto motivo il ricorrente denuncia la violazione degli artt. 2697 C.c. 115 per contestare la "dichiarazione dell'INPS nella lettera 3.9.99".

Con il sesto motivo il ricorrente si duole della violazione dell'art. 445 c.p.c. per non aver la Corte d'appello disposto una consulenza contabile.

2. — Il ricorso — i cui motivi possono essere trattati congiuntamente in quanto connessi — è infondato.

2.1. — L'allegato mancato rispetto della procedura prevista dall'art. 13 legge n. 1338 del 1962 (primo motivo) è del tutto irrilevante considerato che la Corte d'appello ha accolto la domanda principale dell'appellante, volta al conseguimento del risarcimento del danno, e non già quella subordinata diretta ad ottenere la condanna dell'appellato alla costituzione della rendita vitalizia presso l'INPS. L'ammontare della riserva per la costituzione della rendita matematica è stato utilizzato dalla Corte d'appello unicamente quale criterio per quantificare (solo in parte, peraltro) il danno risarcibile.

2.2. — Il ricorrente non ha interesse a far valere un eventuale vizio di extrapetizione nei confronti dell'INPS di cui solo l'Istituto potrebbe dolersi (secondo motivo); ciò a tacere del fatto che comunque la pronuncia impugnata non ha affatto accolto alcuna domanda del Conti nei confronti dell'INPS.

2.3. — Parimenti inammissibile è poi la censura (terzo motivo) con cui il ricorrente denuncia che "non è vero che il metodo del versamento dei contributi a mezzo di marche fosse tassativamente l'unico", atteso che dalla sentenza impugnata — in questa parte non censurata — risulta che la difesa dell'appellato era consistita proprio nell'allegazione della prova dell'avvenuto acquisto delle marche suddette.

2.4. — Infondato è poi in particolare il quarto motivo del ricorso che è solo quello che in realtà centra il *thema decidendum* del presente giudizio, consistente nella sussistenza, o meno, della prova dell'avvenuto versamento dei contributi dal Prandini per il Conti in un periodo intermedio di poco più di quattro anni (dal 1° ottobre 1969 al 31 dicembre 1973) nel contesto di un rapporto di lavoro di più ampia durata (dal 1° maggio 1965 al 31 gennaio 1985). La Corte d'appello, con motivazione sufficiente e non

contraddittoria, ha preso in considerazione e valutato la documentazione offerta dall'appellato e consistente nei cd. modelli GS2 comprovanti in realtà solo l'avvenuto esborso da parte del Prandini per l'acquisto di marche relativamente al periodo di riferimento suddetto. Questo dato, pur congiunto all'ulteriore circostanza consistente nel fatto che il Conti era l'unico dipendente del Prandini, non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte d'appello per fornire la prova dell'avvenuto adempimento dell'obbligo assicurativo.

Deve in proposito ribadirsi quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. lav., 12 novembre 2001, n. 14018) secondo cui, nel vigore del sistema di pagamento dei contributi previdenziali a mezzo di "marche" assicurative (ai sensi del R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, della L. 4 aprile 1952 n. 218 e del DPR 26 aprile 1957 n. 818), perché possa dirsi assolto l'obbligo assicurativo del datore di lavoro, è necessario che questi non solo abbia acquistato le suddette marche e versato contemporaneamente i contributi integrativi a percentuale dovuti a norma dell'art. 8 sopra indicata l. n. 818 del 1957, ma abbia anche applicato le marche sulle tessere dei lavoratori dipendenti, dando così luogo all'imputazione soggettiva dell'esborso contributivo ed al riferimento dell'adempimento ad un determinato rapporto assicurativo. In senso conforme cfr. anche Cass., sez. lav., 27 febbraio 2001, n. 2852; Cass. sez. lav. 9 novembre 2001, n. 13908; Cass., sez. lav., 4 aprile 2001, n. 5035.

Non di meno però ha questa Corte (Cass., sez. lav., 24 marzo 2001, n. 4306) parimenti affermato che in caso di distruzione o smarrimento della tessera assicurativa e di richiesta di rilascio di un duplicato a norma dell'art. 47 R.D. 28 agosto 1924 n. 1422, ai fini della prova di tali eventi e del valore delle marche devono ritenersi ammissibili anche la prova per testimoni e quella per presunzioni; infatti l'inesistenza di un divieto legale relativamente a prove non documentali trova conferma, sul piano letterale, nell'ampio e generico riferimento della disposizione citata agli elementi di cui disponga l'interessato e, su quello logico, nella previsione dell'art. 2724 n. 3 c.c. circa l'ammissibilità in ogni caso della prova testimoniale nell'eventualità di smarrimento incolpevole del documento che forniva la prova del contratto. Nella specie però il ricorrente non deduce che una sua eventuale richiesta istruttoria in tal senso non sia stata ammessa, ma insiste sull'asserita idoneità dei modelli GS2 a comprovare *ex se* l'avvenuto adempimento dell'obbligo assicurativo; tesi questa contrastata dall'orientamento giurisprudenziale sopra citato, che qui ancora una volta si conferma.

2.5. — La censura relativa alla contestazione da parte del ricorrente della "dichiarazione dell'INPS nella lettera 3.9.99" (quinto motivo) è in sé irrilevante ed inammissibile anche per difetto di autosufficienza del ricorso sul punto. Per altro verso il ricorrente ritorna sul tema della prova documentale offerta dell'intervenuto adempimento dell'obbligo assicurativo, di cui si è già detto sopra *sub* 2.4..

2.6. — Inammissibile è infine la censura (sesto motivo) con la quale il ricorrente si duole della violazione dell'art. 445 c.p.c. per non aver la Corte d'appello disposto una consulenza contabile.

Va infatti ribadito l'orientamento di questa Corte (Cass. 17 gennaio 2001 n. 583) secondo cui il giudizio sulla necessità ed utilità di disporre una consulenza tecnica d'ufficio rientra nel potere discrezionale del giudice di merito, la cui decisione è, di regola, incensurabile in cassazione, tanto più allorché il giudice disponga di elementi istruttori e di cognizioni proprie, integrati da presunzioni e da nozioni di comune esperienza, sufficienti a dar conto della soluzione adottata.

3. — Pertanto il ricorso nel suo complesso deve essere rigettato.

Alla soccombenza consegue la condanna del ricorrente al pagamento in favore del Conti delle spese del presente giudizio nella misura liquidata in dispositivo. Non occorre invece provvedere sulle spese in riferimento dell'INPS, perché non costituito.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Controversie - Domanda giudiziale - Rapporto con il ricorso amministrativo - Azione giudiziaria per ottenere prestazioni previdenziali - Termine di decadenza *ex* art. 47 DPR n. 639 del 1970 - Decorrenza in caso di avvenuta proposizione del ricorso amministrativo - Dalla comunicazione della decisione sul ricorso amministrativo o dall'avvenuta formazione del silenzio rigetto.**

**Corte di Cassazione - 11.3.2004, n. 5017 - Pres. Ravagnani - Rel. Evangelista - P.M. De Augustinis (Conf.) - Minonne ed altri (Avv. Licci) - INPS (non cost.).**

*Nei procedimenti per i quali è stata proposta la domanda amministrativa di integrazione al minimo del trattamento pensionistico prima del 19 settembre 1992, continua ad applicarsi il termine decennale previsto dall'art. 47, commi 2 e 3, DPR 30 aprile 1970 n. 639, qualificato come termine di decadenza dall'art. 6 D.L. n. 103 del 1991, di interpretazione autentica, convertito nella l. 1 giugno 1991 n. 166; inizia a decorrere, nel caso in cui sia stato presentato il ricorso amministrativo di unica istanza al comitato provinciale dell'INPS, dalla decisione del ricorso amministrativo stesso, o dalla scadenza dei termini previsti per la sua decisione, con conseguente formazione del provvedimento amministrativo implicito di rigetto.*

FATTO — Il Tribunale di Lecce, con sentenza depositata in cancelleria il 1° agosto 2000, ha rigettato il gravame proposto da V., S., A., G. e P.M., quali eredi di F.T., avverso sentenza del locale pretore, dichiarativa: a) della decadenza di quest'ultima dalla domanda di integrazione al trattamento minimo, fino al 30 settembre 1983, della pensione dalla medesima goduta; b) dell'estinzione del giudizio, ai sensi dell'art. 1, comma 181 della legge n. 662 del 1996, quanto alla domanda di conservazione, fino a riassorbimento, dell'importo integrativo conseguito alla data ora indicata (cosiddetta cristallizzazione).

In particolare, il giudice *a quo*, nel sancire la decadenza suddetta, ha osservato che:

— l'assicurata aveva presentato la domanda amministrativa di integrazione il 20 febbraio 1986 e, decorso il termine (120 giorni *ex* art. 7 della legge n. 533 del 1973) per la formazione del silenzio - rifiuto, il ricorso al Comitato provinciale dell'INPS, in

data 30 giugno 1986;

— di conseguenza, il termine di decadenza per l'azione giudiziaria doveva ritenersi decorrente dall'inutile scadenza del termine stabilito per la decisione sul suddetto ricorso, ossia dal 28 settembre 1986, irrilevante essendo la tardiva decisione effettiva, intervenuta il 17 maggio 1988;

— essendo stato il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado depositato soltanto in data 30 dicembre 1996, il termine di decadenza decennale di cui all'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, applicabile nella specie, risultava definitivamente spirato già prima della medesima data.

Per la cassazione di questa sentenza ricorrono gli eredi dell'assicurata, sulla base di due motivi con i quali si sostiene che il termine di decadenza non può decorrere se non dal momento in cui il rigetto della domanda amministrativa di prestazione è divenuto definitivo, e che nel caso di specie, trattandosi di provvedimento negativo anteriore al 27 marzo 1989, il requisito della definitività doveva ritenersi raggiunto solo 360 giorni dopo la data di comunicazione della decisione reiettiva del ricorso, emessa il 17 maggio 1988, e quindi il 12 maggio del 1999, ben dopo la proposizione della domanda giudiziale.

L'INPS ha depositato la procura speciale al proprio difensore.

DIRITTO — Gli esposti motivi di ricorso non hanno fondamento.

L'art. 47 del DPR 30 aprile 1970, n. 639 dispone, al suo primo comma, che, "esauriti i ricorsi in via amministrativa, può essere proposta l'azione dinanzi all'autorità giudiziaria ai sensi degli artt. 459 ss. c.p.c. (ora art. 409 e ss. c.p.c.)" ed al secondo comma che "l'azione giudiziaria può essere proposta entro il termine di dieci anni dalla data di comunicazione della decisione definitiva del ricorso pronunciata dai competenti organi dell'istituto o dalla data di scadenza del termine stabilito per la decisione medesima, se trattasi di controversie in materia di trattamenti pensionistici".

Successivamente l'art. 4 del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, convertito sul punto, senza modificazioni, in legge 14 novembre 1992 n. 438), ha sostituito al suindicato termine decennale di decadenza un termine triennale, ma ne ha escluso espressamente, l'applicazione "ai procedimenti instaurati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto ancora in corso alla medesima data".

La giurisprudenza della Corte ha chiarito (v. *ex multis*, sent. 9 gennaio 1999, n. 152) che, secondo quanto emerge dalle sentenze della Corte costituzionale n. 20 del 1994 e n. 128 del 1996, i procedimenti cui si riferisce la norma di previsione di siffatta riduzione del termine di decadenza sono da intendere in senso comprensivo sia della fase amministrativa che di quella giurisdizionale, con la conseguenza che resta esclusa l'applicabilità del nuovo termine in ogni caso in cui la presentazione della richiesta di prestazione non sia posteriore all'entrata in vigore del D.L. n. 384 del 1992.

Nella specie, quindi, essendo stata, come non è controverso, proposta la domanda amministrativa di integrazione al minimo prima del 19 settembre 1992 non è da dubitarsi che debba trovare applicazione il termine decennale.

Ciò premesso, la Corte osserva che, a norma dell'art. 44 del DPR n. 639 del 1970, nel testo previgente alle modificazioni introdotte dalla legge 9 marzo 1989, n. 88, la decisione negativa resa in sede amministrativa sulle domande in materia di prestazioni pensionistiche attingeva il carattere della definitività soltanto a conclusione del procedimento di seconda istanza: infatti un primo ricorso avverso la reiezione della domanda era consentito (nel termine di novanta giorni, dal provvedimento effettivo o dalla

formazione del silenzio - rifiuto) al Comitato provinciale dell'INPS (tenuto a decidere nei successivi novanta giorni), la cui decisione era a sua volta impugnabile entro novanta giorni (decorrenti anch'essi dal provvedimento effettivo o dall'inutile scadenza del termine per emetterlo) ad organo sovrordinato, tenuto sempre a provvedere nell'ugual termine di novanta giorni.

Il procedimento amministrativo è stato, però, semplificato dalla citata legge n. 88 del 1990, che ha fatto venir meno la possibilità di ricorso in seconda istanza, testualmente stabilendo, all'art. 46, primo comma, che "il comitato provinciale decide in via definitiva i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Istituto concernenti", fra l'altro, le prestazioni dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, nonché quelle delle gestioni dei lavoratori autonomi.

Alla stregua del suindicato quadro normativo di riferimento, correttamente il giudice *a quo* ha identificato nell'inutile scadenza del termine (assegnato al Comitato provinciale dell'INPS per decidere su ricorso proposto dall'assicurata) il provvedimento amministrativo implicito di rigetto, presidiato da quella definitività che dall'art. 47, secondo comma, seconda parte, del DPR n. 639 del 1970 si richiede per farne derivare l'inizio della decorrenza del termine di decadenza dell'azione giudiziale.

La citata disposizione soppressiva del ricorso in seconda istanza, con la conseguente definitività del provvedimento reiettivo già all'esito del primo ricorso, essendo anteriore alla proposizione della domanda giudiziale, non poteva non concorrere ad individuare la disciplina della relativa decadenza, in applicazione dei principi generali in tema di successioni delle leggi nel tempo, stante anche la mancanza di qualsiasi disposizione speciale intesa ad escluderne (come nel caso, sopra indicato, della descritta riduzione della durata del termine dal decennio al triennio) l'applicabilità ai procedimenti iniziati in sede amministrativa anteriormente alla data della entrata in vigore della disposizione stessa: l'art. 51 della legge n. 88 del 1989, infatti, si limita a prevedere, in via transitoria, soltanto la necessità di decisione dei ricorsi già "pendenti presso gli organi centrali dell'Istituto" alla data suddetta e la persistente applicabilità delle previgenti disposizioni in "materia di termini per la presentazione dei ricorsi amministrativi", con evidente esclusione di ogni possibilità di presentazione di nuovi ricorsi di seconda istanza.

Fermo tutto ciò, si palesa, poi, manifestamente infondato l'assunto di parte ricorrente circa la decorrenza del termine di decadenza dalla data di comunicazione dell'effettiva decisione del ricorso al Comitato provinciale, e non da quella di formazione del silenzio - rigetto: vi si oppone, invero, la natura del meccanismo identificativo del *dies a quo* configurato dal secondo comma dell'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, il quale, ancorché menzioni prioritariamente l'effettiva decisione, vi provvede chiaramente presupponendo l'ipotesi fisiologica dell'emissione del provvedimento nel termine di legge e non quella patologica del difetto di una decisione tempestiva, sicché non esclude che, verificatasi questa seconda ipotesi possa iniziare il decorso del termine di decadenza, né implica che questo inizio venga successivamente travolto dall'emissione di una decisione tardiva.

In contrario non vale richiamare l'art. 8 della legge 11 agosto 1973, n. 533, il quale, nel prevedere che "nelle procedure amministrative riguardanti le controversie di cui all'art. 442 del codice di procedura civile, non si tien conto dei vizi, delle preclusioni e delle decadenze verificatisi", non influisce sulla decorrenza del termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziale previsto dall'art. 47 del DPR n. 639 del 1970, come questa Corte ha, in più occasioni, stabilito (v., da ultima, la sentenza 14 dicembre 2001, n. 15797 (1)).

Ugualmente ininfluente è il richiamo alla sentenza di questa stessa Corte n. 13104 (2) dell'8 settembre 2003, concernente una situazione diversa da quella qui in contestazione, perché il giudice del merito aveva erroneamente collegato il *dies a quo* dell'accertata decadenza alla data di proposizione della domanda amministrativa, senza indagare se vi fosse stata o non presentazione di ricorso.

In conclusione, riconosciuto che la sentenza impugnata si sottrae alle esposte censure, il ricorso deve essere rigettato.

Nulla deve disporsi per le spese del presente giudizio, essendosi l'intimato vittorioso limitato al deposito della procura speciale al proprio difensore, senza poi spiegare alcuna attività difensiva.

*(Omissis)*

---

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 659

(2) *Idem*, 2003, p. 1324

**CORTE DI APPELLO**
**Sezioni Civili**

***Contributi* - Prescrizione - Presentazione denunce annuali della contribuzione (modelli 01/M e 03/M) - Effetto interruttivo - Sussistenza.**

**Corte d'Appello di Brescia - 1.4/8.6.2004 n. 145 - Pres. Nora - Rel. Nuovo - INPS (Avv.ti Saia, Guerrera) - G.R.G. snc (Avv.ti Lauria, Madonna).**

*I modelli 01/M, costituenti denunce individuali annuali che il datore di lavoro deve consegnare a ciascun dipendente ed inviare in copia all'INPS per l'aggiornamento della posizione previdenziale del singolo lavoratore, e i modelli 03/M, costituenti liste riassuntive da inviare annualmente all'INPS che riepilogano tutte le posizioni assicurate, integrano ricognizione di debito valida ai sensi dell'art. 2944 c.c. ad interrompere la prescrizione, sia per la loro natura di atto ricognitivo del complessivo debito per contributi sia per l'espressa dichiarazione che tali denunce contengono di essere debitori dei contributi così accertati.*

FATTO — Con ricorso al Giudice del Lavoro del Tribunale di Bergamo depositato il 12.11.2001 la s.n.c. G.R.G. di Giavazzi Ivo e c. proponeva opposizione avverso il verbale di accertamento INPS n. 44651/563 del 31.3.2000 con il quale, tra l'altro, si evidenziava il mancato versamento di contributi previdenziali dal 1.10 al 31,12.1990, eccependone la prescrizione. Si costituiva l'INPS sostenendo la mancata prescrizione anche di quella parte del credito per la presenza di validi atti interruttivi costituiti dalla presentazione dei modelli 01/M e 03/M che costituivano ricognizione di debito.

Il Giudice adito, disconoscendo alla presentazione dei modelli indicati il valore di riconoscimento di debito, accoglieva l'opposizione. Ricorreva in appello l'INPS ribadendo il valore di atto interruttivo riconosciuto dalla costante giurisprudenza di merito anche ai modelli in questione; si costituiva la G.R.G. s.n.c. chiedendo la conferma della pronuncia e sostenendo che, comunque, l'INPS non aveva dato neppure la prova dell'avvenuta presentazione dei modelli ora invocati come atti interruttivi.

All'odierna udienza le parti discutevano e la causa veniva decisa con sentenza del cui dispositivo era data immediata lettura.

DIRITTO — La G.R.G. contesta solo in questo grado di giudizio, e quindi tardivamente, la circostanza di non avere neppure provveduto alla consegna dei modelli 01 e 03 all'INPS: in primo grado, infatti, aveva solo sostenuto l'inidoneità degli stessi ad integrare una ricognizione di debito, ammettendo con ciò la loro presentazione all'istituto (circostanza del resto plausibile, atteso che all'epoca la loro mancata compilazione

e presentazione integrava un illecito).

Pertanto la loro presentazione risulta accertata sia per la mancata contestazione tempestiva della circostanza, sia per il riscontrato costituito dai dati dell'archivio informatico dell'INPS nonché dall'esame dei dati inseriti e riferiti a ciascuno dei dipendenti.

Poiché se si trattasse di validi atti interruttivi non è contestato neppure da parte ricorrente che il credito non sarebbe prescritto, occorre esaminare la natura di tali dichiarazioni.

I modelli 01/M sono le denuncie individuali annuali che il datore di lavoro deve consegnare a ciascun dipendente ed inviare in copia all'INPS per l'aggiornamento della posizione previdenziale del singolo lavoratore (modelli che oggi sono sostituiti dai CUD); contengono le indicazioni necessario per definire la retribuzione e quantità dei contributi dovuti e una espressa dichiarazione di responsabilità con la quale il datore di lavoro si riconosce debitore per il relativo importo.

I modelli 03/M sono invece liste riassuntive da inviare annualmente al solo INPS che riepilogano tutte le posizioni assicurate.

Ritiene questa Corte che tali modelli integrino una ricognizione di debito valida ai sensi dell'art. 2944 c. c. ad interrompere la prescrizione sia per la loro natura di atto ricognitivo del complessivo debito per contributi sia per l'espressa dichiarazione che tali denunce contengono e che è appunto quella di essere debitori dei contributi così accertati.

Quest'ultima, lungi dall'essere una dichiarazione di mero stile, è una precisa assunzione di debito che ha lo scopo di riaggregare i dati già inviati con le denunzie mensili consentendo un ulteriore immediato riscontro della correttezza delle stesse e del pieno assolvimento dell'obbligo di versamento.

La conseguenza di questo diverso indirizzo è che il credito relativo ai mesi tra 1.10 e il 31.12.1990, essendo stato interrotto con la presentazioni dei mod. 01 e 03/M da parte della società datrice di lavoro, gode di prescrizione decennale non ancora interamente decorsa alla data del verbale ispettivo e che quindi, in riforma della decisione del primo giudice, la domanda della G.R.G deve essere respinta.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano per il primo grado in € 1.200,00 (di cui euro 450,00 per diritti ed euro 700,00 per onorari) e per il presente grado in € 1.500,00 (di cui euro 500,00 per diritti ed euro 950,00 per onorari).

*(Omissis)*

***Pensioni* - Assegno di invalidità - Mancata presentazione a visita medica - Rigetto domanda.**

***Processo civile* - Controversie in materia di assistenza e previdenza - spese.**

**Corte d'Appello di Palermo - 8.4/10.5.2004, n. 768 - Pres. Ardito - Rel. Porrello - Fazio (Avv. Mangione) - INPS (Avv. Pera).**

*La mancata presentazione, senza giustificazione, dell'assicurato a visita medica giustifica il rigetto della domanda per difetto di prova in ordine al lamentato stato patologico.*

*Non ricade* "ratione temporis" *sotto la disciplina dell'art. 152 come modificato dall'art. 42, comma 11, del d.l. n. 269 del 2003, il giudizio incardinato anteriormente alla entrata in vigore di tale norma.*

FATTO — Con ricorso depositato il 29.10.2002 Fazio Francesca proponeva appello avverso la sentenza del G.L. del Tribunale di Agrigento del 22.5.2002 con cui era stata rigettata la propria domanda diretta alla condanna dell'INPS alla corresponsione dell'assegno ordinario di invalidità deducendo che le infermità accertate legittimavano la attribuzione della prestazione richiesta.

Ritualmente costituitesi, resisteva l'INPS chiedendo il rigetto dell'appello avversario.

Alla udienza dell'8.4.2004, dopo che il nominato c.t.u aveva restituito gli atti per mancata presentazione a visita della Fazio, la causa veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Secondo l'insegnamento costante del S.C. anche nelle cause previdenziali ed assistenziali resta fermo il dovere di collaborazione e la rilevanza del comportamento processuale delle parti sicché la mancata presentazione, senza giustificazione, dell'assicurato a visita medica può giustificare il rigetto della domanda per difetto di prova in ordine al lamentato stato patologico (cfr. Cass. 3.4.1986 n. 2304 (1); Cass.28.4.1995 n. 4751; Cass.11.12.1995 n. 12662 (2); Cass. 19.11.1998 n. 11688).

Ciò posto, dal momento che la Fazio non si è presentata a visita medica senza fornire alcuna valida giustificazione nè al c.t.u. nè alla Corte nel corso della udienza di discussione, impedendo, quindi, ogni verifica sul suo stato patologico, alla luce dei principi giurisprudenziali sopra ricordati, l'appello proposto deve essere rigettato con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

La Fazio, rimasta soccombente non può essere assoggettata al pagamento delle spese di questo grado del giudizio nei confronti del Ministero appellante, non apparendo la sua domanda manifestamente infondata e temeraria.

Ritiene, infatti, la Corte che non possa essere applicato alla fattispecie il disposto del nuovo testo dell'art. 152 disp. Att c.p.c., introdotto con l'art. 42 c. 11° del D.L. 269/2003.

Giova premettere che l'art. 152 citato, nella originaria formulazione introdotta dalla I. 533/1973, prevedeva che nelle controversie promosse per ottenere prestazioni previdenziali (nonché, a seguito delle sentenze 23/1973 e 85/1979 della Corte Costituzionale, per quelle erogate, rispettivamente, dall'I.N.A.I.L. e dagli enti di assistenza pubblica) l'assistito soccombente non era tenuto al pagamento delle spese processuali se non nel caso di pretesa "*manifestamente infondata e temeraria*".

La norma venne abrogata con l'art. 4 comma 2° del D.L. 19 settembre 1992 n. 384, che, peraltro, con sentenza n. 134/1994 (3) venne dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale.

In particolare, il giudice delle leggi, muovendo dalla particolare valenza del diritto

alla prestazione previdenziale ed assistenziale e del carattere strumentale del regime di esonero delle spese di lite ai fini della effettiva tutelabilità di tale diritto, concorrendo alla realizzazione *"di una situazione di sostanziale parità"*, ha ricordato che già con la sentenza 135/1987 aveva ribadito tale principio con la riserva di una possibile delimitazione dei destinatari dell'esonero escludendo gli abbienti, con la specificazione, peraltro, che la individuazione delle condizioni per la situazione di "abbiente" era rimessa alle scelte discrezionali del legislatore

Per effetto della intervenuta declaratoria di incostituzionalità venne ripristinata l'originaria formulazione della norma, con esonero, quindi, della parte privata soccombente dall'onere del pagamento delle spese processuali, con la sola eccezione ivi espressamente contemplata (pretesa manifestamente infondata e temeraria) e senza che potesse attribuirsi alcun rilievo alle condizioni patrimoniali dell'assistito, proprio in considerazione del rinvio al legislatore operato sul punto dalla Corte Costituzionale (cfr., al riguardo, *ex plurimis* Cass. 12646/2003 (4), 8668/2003, 5907/2003).

In attuazione di tale principio si pone la modifica introdotta con il D.L. 269/2003, in quanto al fine dichiarato di *"prevedere che nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali o assistenziali il soggetto soccombente sia automaticamente esonerato dal pagamento delle spese processuali solo se risulti titolare di redditi al di sotto di uno specifico limite"* (cosi nella Relazione al disegno di legge), ha disposto che nei giudizi in questione *"la parte soccombente, salvo comunque quanto previsto dall'articolo 96, primo comma, del codice di procedura civile, non può essere condannata al pagamento delle spese, competenze ed onorari quando risulti titolare, nell'anno precedente a quello della pronuncia, di un reddito imponibile ai fini IRPEF, risultante dall'ultima dichiarazione, pari o inferiore a due volte l'importo del reddito stabilito ai sensi degli articoli 76, commi da 1 a 3, e 77 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115* (attualmente € 9.296,22, n.d.e.). *L'interessato che, con riferimento all'anno precedente a quello di instaurazione del giudizio, si trova nelle condizioni indicate nel presente articolo formula apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione nelle conclusioni dell'atto introduttivo e si impegna a comunicare, fino a che il processo non sia definito, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente. Si applicano i commi 2 e 3 dell'art. 79 e l'articolo 88 del citato testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese dì giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115"*.

Orbene, è noto che le norme processuali, quale è certamente quella in esame, sono di immediata applicazione con la conseguenza che sono destinate a produrre i propri effetti anche sui procedimenti in corso al momento della loro entrata in vigore.

Tale principio, peraltro, deve essere coordinato con quella che la dottrina processualistica ha definito *"la giusta aspettativa di chi, essendosi uniformato alle prescrizioni di rito vigenti al tempo in cui ha posto in essere un atto processuale"* non debba subire le conseguenze del mutamento normativo.

In altri termini, la regola generale della irretroattività delle norme, fissata dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, fonda un principio di affidamento legislativo *"che in via generale preclude la possibilità di ritenere che gli effetti dell'atto proces-*

*suale già formato al momento della entrata in vigore della nuova disposizione siano da questa regolati"* (Cass. 6099/2000).

Nè varrebbe obiettare che, intervenendo la statuizione sulle spese processuali solo in occasione della definizione del giudizio, la disciplina sopravvenuta non inciderebbe su un atto processuale "già formato", ma regolerebbe un atto ancora da compiere e, conseguentemente, non si porrebbe neppure un problema di retroattività.

II regolamento delle spese, ancorché da un punto di vista meramente temporale sia collocato nella fase di definizione del giudizio, non si limita ad intervenire sulla tecnica del processo disciplinando in forma diversa singoli specifici momenti dell'attività processuale, ma è funzionalmente correlato alla domanda e manifesta i propri effetti anche sulla tutela giurisdizionale, potendo una nuova disciplina anche tradursi in una compressione della tutela medesima.

Ciò che in ultima analisi si vuol dire è che una norma che modifichi strutturalmente la regolamentazione delle spese processuali, determinando il passaggio da un sistema di esonero essere inteso come elemento sintomatico della intenzione del legislatore di dettare nuove regole di immediata applicazione in funzione del conseguimento delle finalità perseguite; è, tuttavia, parimenti incontestabile che la intenzione del legislatore deve essere accertata sulla base di elementi obiettivati nel testo normativo senza che a ciò possa concorrere lo strumento all'uopo prescelto.

Ed in tal senso assume rilievo decisivo la previsione espressa che la dichiarazione richiesta per la fruizione dell'esonero dal regime generale delle spese processuali in caso di soccombenza debba essere inserita nelle conclusioni dell'atto introduttivo del giudizio.

Il chiaro ed univoco riferimento al ricorso introduttivo, indicato dal legislatore come unico atto nel quale deve essere inserita la dichiarazione sostitutiva comprova, al di là di ogni dubbio, che la norma è applicabile soltanto ai procedimenti per i quali l'atto predetto sia stato depositato in epoca successiva alla entrata in vigore della norma, e non anche a quelli che a tale data erano pendenti, e per i quali, pertanto, il ricorso era già stato depositato.

La esclusiva rilevanza del ricorso introduttivo, oltre a comprovare il collegamento funzionale tra atto introduttivo del giudizio e regime delle spese processuali, sopra richiamato per individuare nel primo il "momento" processualmente rilevante per l'applicazione del regime normativo del secondo, trova significativa conferma nella espressa previsione secondo cui le dichiarazioni successive hanno rilievo esclusivamente per segnalare le eventuali variazioni reddituali, sopravvenute alla introduzione del giudizio, che comportano la perdita del beneficio.

La norma, infatti, dopo avere fissato il principio generale secondo cui *"l'interessato che si trova nelle condizioni indicate nel presente articolo formula apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione nelle conclusioni dell'atto introduttivo"*, precisa che la parte nella stessa dichiarazione *"si impegna a comunicare, fino a che il processo non sia definito, le variazioni rilevanti dei limiti di reddito verificatesi nell'anno precedente"*, laddove l'aggettivo si riferisce ai mutamenti del reddito che comportano il venir meno delle condizioni di esonero inizialmente dichiarate.

In altri e conclusivi termini il riferimento al reddito relativo all'anno precedente la pronuncia va coordinato con l'onere di allegazione nel ricorso introduttivo, nel senso

che le condizioni per l'esonero dalla condanna alle spese devono sussistere al momento del deposito del ricorso introduttivo del giudizio e devono essere dichiarate con quell'atto, e devono, altresì, persistere nel corso del processo fino alla data della pronuncia.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1986, p. 1304
(2) *Idem*, 1996, p. 87
(3) *Idem*, 1994, p. 499
(4) *Idem*, 2003, p. 1060

***Contributi* - Contributi volontari - Periodi già coperti da contribuzione - Cumulo - Esclusione - Inesatte informazioni fornite dall'INPS - Irrilevanza.**

**Corte di Appello di Palermo - 20.3/8.7.2003, n. 692 - Pres. Ardito - Rel. Rizzo - Durante (Avv. S. e C. Sanfilippo) - INPS (Avv. Cola).**

*Il carattere indebito dei contributi volontari versati in periodi coperti da contribuzione figurativa discende dalla legge, sicché nessun danno risarcibile può vantare chi abbia fidato nella possibilità di cumulare due trattamenti, la cui incumulabilità è normativamente sancita.*

FATTO - Con ricorso depositato in data 23.11.2001 Durante Armando proponeva appello avverso la sentenza n. 261 emessa il 3.2.2000 dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Palermo che aveva rigettato la sua domanda diretta a conseguire la declaratoria del suo diritto ad aver corrisposta la pensione di anzianità a decorrere dal 1.7.1996 ed a fruire dei ratei maturati e non riscossi che quantificava in £. 19.145.707, oltre i sei dodicesimi della 13° mensilità e gli accessori di legge.

Precisava di aver inoltrato la domanda diretta a conseguire la pensione di anzianità dopo aver maturato 1780 settimane contributive e dopo aver versato, su autorizzazione dell'INPS, i 40 contributi settimanali mancanti.

Deduceva che l'INPS, tuttavia, aveva negato il suo diritto a conseguire la pensione anzidetta giacché i 40 contributi versati ricadevano nel periodo andante dal 4.3.1995 al 4.9.1995 in cui aveva usufruito dell'indennità di disoccupazione.

Esponeva che, pertanto, aveva avanzato istanza diretta alla restituzione di suddetti contributi volontari ed aggiungeva che aveva provveduto a versare, successivamente,

altri contributi al fine di fruire della pensione di anzianità con decorrenza 1.7.1997.

Allegava che l'INPS aveva mantenuto un comportamento "negligente ed emissivo" addove gli aveva comunicato, con lettera del 16.1.1996 che avrebbe maturato (con il versamento dei 40 contributi settimanali) il diritto a pensione con decorrenza 1.7.1996.

Deduceva che, ove, invece, avesse ricevuto dall'Istituto Previdenziale corretta informazione circa i contributi mancanti avrebbe potuto integrare in tempo la sua posizione contributiva e, conseguentemente, fruire del trattamento pensionistico con la decorrenza auspicata.

Chiedeva, pertanto, in riforma della sentenza appellata, accogliersi la domanda azionata con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Si costituiva l'INPS che deduceva l'infondatezza del gravame chiedendone il rigetto.

La causa, all'udienza del 20.3.2003, sulle conclusioni dei procuratori delle parti, veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — L'appello è infondato.

Ed, invero, deve, preliminarmente rilevarsi che, a norma dell'art. 10 del D.P.R. 1432 del 1971, contenente norme per il riordinamento della prosecuzione volontaria dell'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti e per la tubercolosi, "...i contributi volontari versati nei periodi coperti da contribuzione effettiva o figurativa sono indebiti e vengono rimborsati d'ufficio all'assicurato o ai suoi aventi causa, all'atto dell'accertamento dell'indebito versamento".

Sicché, correttamente l'Istituto, avendo rilevato che il Durante, nel periodo andante dal andante dal 4.3.1995 al 4.9.1995, in cui ricadevano i 40 contributi settimanali, aveva usufruito dell'indennità di disoccupazione, ne ha disposto, su richiesta dell'odierno appellante, la restituzione, negando il diritto di costui a fruire della pensione con decorrenza dall'1.7.1996.

Sotto tale profilo, peraltro, non si fa questione tra le parti.

Invero, si duole il Durante del fatto che, ove l'INPS, con la sua missiva del 16.1.1996, anziché comuncargli che, con il versamento dei 40 contributi settimanali, avrebbe maturato il diritto a pensione con decorrenza 1.7.1996, lo avesse invece reso correttamente edotto circa i contributi mancanti, ben avrebbe potuto integrare in tempo la sua posizione contributiva e fruire, così, del trattamento pensionistico con anzidetta decorrenza, anziché dall'1.7.1997.

Ora, deve condividersi la motivazione, posta dal primo giudice a sostengo della sua decisione di rigetto, secondo cui "il carattere indebito dei contributi volontari versati in periodi coperti da contribuzione figurativa [come nella specie] discende dalla legge" (il menzionato art. 10 del D.P.R. 143271971), sicché "nessun danno risarcibile può vantare chi abbia fidato nella possibilità di cumulare due trattamenti, la cui incumulabilità è normativamente sancita".

Ciò, peraltro, risultava chiaro allo stesso appellante che ebbe a richiedere ed ottenere la restituzione dei contributi indebitamente versati.

Peraltro, deve osservarsi come, nella specie, viene in questione, esclusivamente, la non conoscenza del Durante delle norme disciplinanti la fattispecie.

E deve escludersi che da siffatta circostanza possa derivare una qualsivoglia responsabilità dell'Istituto.

La sentenza appellata deve, conseguentemente, essere confermata.

Va, tuttavia, dichiarato che Durante Armando non è tenuto al pagamento delle spese di lite relativamente ad entrambi i gradi del giudizio, non apparendo la sua domanda manifestamente infondata e temeraria.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Intervento volontario - Costituzione del terzo interveniente - Termine per l'intervento - Precisazione delle conclusioni - Applicabilità all'intervento del terzo dei limiti posti per la costituzione del convenuto - Esclusione.**

**Corte di Appello di Roma - 22.10.2003, n. 4459 - Pres. Santoro - Rel. Di Carlo - INPS (Avv. Triolo) - Toro Ass. ni (Avv. Cardarelli).**

*Nel rito ordinario, a differenza di quanto disposto per il rito del lavoro, il terzo, per effetto dell'art. 268 c.p.c. può intervenire nel giudizio sino al momento della precisazione delle conclusioni con facoltà di svolgere le proprie domande.*

FATTO — Con atto di citazione notificato il 28, 29 e 27/5/1996 rispettivamente a Vincenzo Cicchetta, alla Seatour srl e alla Toro Assicurazioni S.p.A., Bruno Caruso ne chiedeva la condanna solidale al risarcimento dei danni subiti, previa declaratoria della responsabilità di Vincenzo Cicchetta quale conducente dell'autobus. L'attore riferiva che il 2.7.1992, a bordo della propria auto Fiat Duna targata RM 43681X, si era fermato all'incrocio di P.zza Capri con Via Valsesia perché il semaforo segnalava luce gialla e di essere stato tamponato dall'autobus Menarini tg. RM 23838X di proprietà della Seatour srl, condotto dal Cicchetta. Si costituiva in giudizio soltanto la compagnia di assicurazioni TORO S.p.A. contestando la domanda in particolare sul quantum mentre restavano contumaci gli altri convenuti regolarmente citati. All'udienza di trattazione interveniva l'INPS che, sulla premessa di aver corrisposto all'attore la somma di £. 18.704.231 per indennità di malattia e £. 184.803.629 per i ratei di pensione di inabilità, già corrisposti e da corrispondersi, chiedeva la condanna in solido dei convenuti al rimborso delle predette somme erogate ed erogande per effetto dell'evento dedotto in lite.

L'INPS notificava il proprio atto di intervento alle parti contumaci Cicchetta, Seatour srl e alla Ott. Org. Trasporti Turistici srl quale proprietaria dell'autobus.

Il Tribunale di Roma in composizione monocratica decideva la causa con sentenza

recante il n. 19935 del 13.4/22.6.2000 con la quale accoglieva la domanda attrice dichiarando la responsabilità del sinistro a carico del Cicchetta condannandolo in solido con gli altri convenuti al risarcimento dei danni subiti dall'attore liquidandoli nella somma di £ 98.802.000, oltre interessi legali dalla decisione e alla spese processuali. Dichiarava invece inammissibile la domanda proposta dall'INPS in quanto ritenuta tardiva compensando le spese di lite.

Con atto di citazione notificato al Cicchetta il 7/05/2001, al Caruso il 2/5/2001, alla Seatour srl e alla Ott. Org. Trasporti Turistici il 27/4/2001, alla TORO Assicurazioni S.p.A. il 26/4/2001, l'INPS ha impugnato la sentenza, chiedendone la riforma deducendo che in violazione delle norme processuali, il giudice di primo grado:

— ha erroneamente ritenuto tardivo l'intervento spiegato;

— ha violato il principio dispositivo posto dall'art. 112 c.p.c. omettendo di pronunciarsi sulla decadenza in cui era incorsa la TORO Assicurazioni S.p.A. avendo la stessa ormai accettato il contraddittorio con l'interveniente;

— ha erroneamente disatteso le risultanze istruttorie omettendo di valutare il fatto che la srl Ott. Org. Trasporti Turistici era stata incorporata per fusione alla Seatour srl come evidenziato dalla relata di notifica redatta dall'ufficiale giudiziario.

Costituendosi in giudizio Bruno Caruso ha chiesto la conferma della sentenza impugnata e la TORO Assicurazioni S.p.A. ha proposto appello incidentale chiedendone la riforma in riferimento al quantum nonché il rigetto dell'appello principale.

Restavano contumaci le altre parti pur ritualmente citate.

La causa è stata quindi trattenuta in decisione all'udienza collegiale del 29.1.2003

DIRITTO — L'appello principale è fondato e deve quindi essere accolto per quanto di ragione.

I. — Con comparsa depositata all'udienza del 12.3.1997, fissata perla trattazione, l'INPS ha chiesto che, accertata la responsabilità esclusiva o concorrente dei convenuti per il sinistro dedotto in giudizio, venissero solidalmente condannati a rifondergli le somme erogate ed erogande per la malattia e l'inabilità riconosciuta all'attore. Nel processo promosso dal Caruso l'INPS ha così avanzato la propria pretesa creditoria agendo in surroga ai sensi dell'art. 1916 c.c. nei confronti del danneggiante e dei chiamati in solido per il potere conferitogli dal danneggiato. La domanda contenuta nella comparsa di intervento veniva notificata alle altri parti rimaste contumaci. Il giudice di primo grado, ritenuta valida la costituzione in giudizio del terzo, ne ha dichiarato l'inammissibilità perché tardivamente proposta. Ritiene invece la Corte che la domanda formulata dall'INPS è ammissibile in quanto tempestivamente avanzata nell'udienza di trattazione, peraltro con accettazione del contraddittorio da parte dell'attore e dei convenuti costituiti che ne hanno confutato la fondatezza. In proposito la Corte rileva che nel rito ordinario, a differenza di quanto disposto per il rito del lavoro, il terzo per effetto dell'art. 268 c.p.c può intervenire nel giudizio sino al momento della precisazione delle conclusioni con facoltà di svolgere le proprie domande. E invero applicare all'intervento del terzo le regole e i limiti posti per la costituzione del convenuto equivarrebbe a stravolgere il contenuto precettivo della norma in commento che al primo comma ha previsto il termine limite della sua proposizione e al secondo comma ha sancito le preclusioni relative all'attività istruttoria e probatoria già verificatesi per le

altre parti. Deve tuttavia escludersi che tali preclusioni riguardino la domanda alla cui formulazione, costituendo essa l'oggetto e l'essenza dell'atto di intervento, non può estendersi lo stesso termine prescritto per la domanda riconvenzionale del convenuto a meno di svuotare lo strumento processuale dell'intervento.

Gli ulteriori motivi proposti dall'appellante principale non si esaminano in quanto assorbiti dall'accoglimento del primo.

La sentenza impugnata va quindi riformata per il profilo in commento, ritenuta ammissibile e tempestiva la domanda avanzata dall'INPS quale terzo interveniente; la Corte tuttavia ritiene necessario disporre nuova consulenza tecnica medico-legale, incombente a cui si provvede con separata ordinanza, al fine di accertare l'effettività del danno patito dal Caruso, accertamento determinante per la delibazione sia della domanda preposta dall'appellante principale INPS che per quella svolta nel presente grado dall'appellante incidentale TORO s.p.a.

II. — I motivi che precedono valgono quale presupposto logico per il rigetto dell'appello incidentale formulato dalla TORO Assicurazioni S.p.A. circa l'inammissibilità dell'intervento spiegato dall'INPS. Le ulteriori censure sollevate dall'appellante incidentale saranno invece esaminate dopo l'accertamento medico legale sulla persona del danneggiato.

*(Omissis)*

**TRIBUNALI**
**Sezioni Civili**

***Pensioni* - Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dall'Enel e dalle aziende elettriche private - Determinazione della retribuzione pensionabile - Applicabilità dell'articolo 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153 - Limiti.**

**Tribunale di Busto Arsizio - 9.6.2004, n. 106 - Dott.ssa Maisano - Vivi (Avv.ti Boer, Bonfanti) - INPS (Avv. Bini).**

*Nei confronti degli iscritti al Fondo speciale di previdenza per i dipendenti dall'Enel e dalle aziende elettriche private la retribuzione pensionabile è individuata avuto riguardo, fino al 31 dicembre 1996, alle retribuzioni già imponibili e pensionabili per il suddetto fondo speciale e, solo per i periodi successivi al 31 dicembre 1996, avuto riguardo alla retribuzione imponibile e pensionabile di cui all'articolo 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153 e successive modificazioni.*

FATTO — Con ricorso depositato il 3.1.03. Vivi Umberto, *ex* dipendente Enel e titolare della pensione di vecchiaia dal 1.4.97, contestava il prospetto dì riliquidazione del trattamento pensionistico inviatogli dall'Inps e datato 28.9.01 (doc.1), deducendo l'erronea applicazione dell'art.3 del d.lgs. 652/96.

Lamentava in particolare il ricorrente che l'Istituto avesse effettuato il calcolo della prestazione dovutagli sulla base delle retribuzioni già imponibili e pensionabili per il Fondo di Previdenza per i dipendenti Enel sino al 31.12.96 e di quelle previste invece per l'AGO per i periodi successivi. Chiedeva quindi che, in applicazione della corretta interpretazione dell'art.3 d.lgs. 562/96, fosse accertato e dichiarato il suo diritto al maggior trattamento — quantificato in lire 5.184.410 mensili — con condanna dell'Inps al pagamento delle differenze maturate oltre accessori di legge.

Resisteva, con memoria depositata il 26.6.03, l'Istituto, contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto. Rilevato come la prospettazione del ricorrente, in virtù della quale la retribuzione da prendere a base per tutto il periodo di riferimento avrebbe dovuto essere quella prevista per l'AGO, contrastasse con il principio di corrispondenza fra retribuzione imponibile e retribuzione pensionabile e come tale principio fosse sotteso alla riforma del sistema pensionistico del 1995 ed all'armonizzazione dei sistemi sostitutivi, quale era il fondo Elettrici, ribadiva la correttezza della riliquidazione del trattamento effettuata nei confronti del Vivi.

La causa non richiedeva l'espletamento di alcuna attività istruttoria ed era discussa e decisa (dopo alcuni rinvii dovuti alla necessità di approfondire la materia ed uno anche

al legittimo impedimento del Giudicante) all'udienza del 24.5.04, mediante pubblica lettura del separato dispositivo.

DIRITTO — Le argomentazioni esposte nella memoria difensiva dell'Inps a sostegno dell'esatta interpretazione ed applicazione dell'art. 3 comma 2 del d.lgs. 562/96 possono essere interamente condivise.

Premesso che il ricorrente, alle pagg. 2 e 3 dell'atto introduttivo, riepiloga le norme succedutesi nel tempo a disciplinare le prestazioni del Fondo Elettrici indicando gli elementi retributivi e le modalità di calcolo del trattamento pensionistico per i periodi antecedenti al 1.1.93 e per quelli successivi sino al 1.1.97 e dato atto che a partire da tale ultima data gli elementi della retribuzione pensionabile sono, a norma dell'art.1 d.lgs. 562/96 quelli dell'AGO (ai sensi dell'art. 12 L. 153/69) e non più quelli imponibili secondo la precedente normativa del Fondo, si osserva come il conteggio proposto per la quantificazione del richiesto maggior trattamento pensionistico (rappresentato dalla somma delle quote che lo compongono) risulta viziato dall'infondata pretesa di determinare invece la retribuzione pensionabile esclusivamente secondo le norme dell'AGO e non più secondo la normativa del Fondo sostitutivo.

L'addebito rivolto all'Inps ed evidenziato nel conteggio riportato a pag.5 del ricorso introduttivo è infatti quello di aver considerato, per il calcolo del parametro relativo ai periodi di iscrizione sino al 31.I2.96 le retribuzioni imponibili nel Fondo Elettrici, che darebbero rilievo solo ad alcune componenti della retribuzione e non a quelle imponibili *ex* art.12 L. 153/69, che farebbero al contrario riferimento a tutto quanto il lavoratore riceve quale corrispettivo dell'attività prestata.

A norma dell'art. 3 comma 2 d.lgs. 562/96 il trattamento pensionistico liquidato esclusivamente in base al metodo retributivo non può superare il più favorevole di uno dei seguenti importi: 80% della retribuzione pensionabile determinata secondo le norme dell'AGO o 88% di quella determinata per il Fondo sostitutivo. E poiché tale diversa misura percentuale troverebbe giustificazione solo se riferita ad una retribuzione diversa e poiché, sempre secondo la prospettazione del ricorrente, il legislatore del 1996 avrebbe "imposto la messa in pagamento" del trattamento più favorevole, deriverebbe l'obbligo di adottare la più ampia nozione di retribuzione vigente nell'AGO per tutto il periodo di riferimento, onde pervenire a quella omogenizzazione o unificazione delle diverse forme pensionistiche.

Al riguardo deve anzitutto rilevarsi come il d.lgs. 562/96 non abbia affatto imposto la corresponsione del trattamento più favorevole ma abbia, al contrario stabilito una soglia massima che non è consentito superare.

A ciò si aggiunga che la conseguenza della pretesa del ricorrente sarebbe quella del pagamento di pensioni calcolate sulla base di retribuzioni maggiori di quelle per le quali, durante il periodo di riferimento, sono stati versati i contributi: criterio che contrasta con il principio informatore dell'AGO e degli stessi sistemi sostitutivi e che è stato debitamente considerato dalla Legge Delega (335/95, art.2 comma 22) attraverso l'evidenziazione delle esigenze di equilibrio delle gestioni previdenziali e di commisurazione delle prestazioni pensionistiche agli oneri contributivi sostenuti.

Il passaggio dal Fondo sostitutivo al sistema dell'Ago è stato normativamente e dettagliatamente disciplinato e solo a partire dal 1.1.97 la base retributiva è divenuta quella stessa di cui all'art 12 L. 153/69. Corretto è, pertanto, l'operato dell'Inps che, per i periodi precedenti, ha considerato la retribuzione imponibile per il Fondo Elettrici.

Giusti motivi consigliano la compensazione delle spese.

*(Omissis)*

**Pensioni - Lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto - Pensionamento anticipato *ex* art. 4 D.L. n. 501 del 1995 - Aumento figurativo o convenzionale dell'anzianità contributiva - Rilevanza ai fini della misura dei trattamenti pensionistici - Esclusione.**

**Tribunale di Milano - 21.6.2004, n. 1923 - Dott. Negri della Torre - Paratore ed altri (Avv.ti Moshi, Venanzi) - INPS (Avv. Mostacchi).**

*Nel pensionamento anticipato dei lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto, disciplinato dall'art 4 del D.L. 25 novembre 1995 n. 501, convertito con modificazioni nella legge 5 gennaio 1996 n.11, l'aumento figurativo o convenzionale dell'anzianità contributiva rileva solo ai fini del conseguimento del diritto alla pensione e non anche ai fini della misura della stessa.*

FATTO — Con ricorso *ex* art. 442 c.p.c., depositato il 19 luglio 2001, Paratore Rosario, Pelle Francesco, Tuveri Antonino e Zuffo Giovanni, già dipendenti dell'A.T.M. Azienda Trasporti Milanesi, tutti titolari di pensionamenti anticipati in virtù dei benefici previsti dall'art. 4 D.L. 25 novembre 1995, n. 501, convertito nella L. 5 gennaio 1996, n. 11, convenivano in giudizio l'Inps assumendo l'erronea liquidazione da parte dell'Istituto dei suddetti trattamenti pensionistici. In particolare, i ricorrenti assumevano che l'art. 4 cit. non si sarebbe limitato a consentire la possibilità di accedere alla pensione in anticipo rispetto ai tempi occorrenti per il suo conseguimento, ma avrebbe previsto anche il diritto al calcolo della pensione stessa con il computo, in aggiunta ai contributi posseduti, di quelli che sarebbero stati accreditati ove vi fosse stata prestazione di attività lavorativa per tutto il periodo di anticipazione. I ricorrenti chiedevano, pertanto, la condanna dell'Inps alla riliquidazione delle pensioni con il riconoscimento di tale ulteriore contribuzione ed al pagamento delle differenze arretrate conseguentemente dovute, con gli accessori di legge.

Si costituiva l'Istituto chiedendo il rigetto.

Dopo alcuni rinvii, la causa veniva all'udienza odierna discussa e decisa.

DIRITTO — La domanda è infondata e deve essere respinta.

L'art. 4 D.L. 25 novembre 1995, n. 501, convertito, con modificazioni, nella L. 5 gennaio 1996, n. 11, prevede, al fine di favorire il processo di riorganizzazione e risanamento del settore del pubblico trasporto, che le aziende appartenenti a tale settore predispongano, per il triennio 1995-1997, d'intesa con le organizzazioni sindacali territoriali di categoria, "programmi di pensionamento anticipato di anzianità e di vecchiaia, tenendo conto delle domande a tal fine presentate dal proprio personale risultante dipendente al 31 dicembre 1994, sulla base della anzianità contributiva maturata a tale data nel Fondo per la previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto, ovvero dell'età anagrafica con una maggiorazione, ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni, in misura non superiore a sette anni".

Il dettato normativo è chiarissimo nel sottolineare, attraverso una non equivoca formulazione letterale, come la maggiorazione fino a sette anni operi esclusivamente *ai fini del conseguimento del diritto* alle prestazioni pensionistiche di anzianità e di vecchiaia.

La volontà del legislatore risulta, pertanto, quella di limitare il beneficio connesso alla suddetta maggiorazione, la quale consente di ottenere il pensionamento anticipato, sulla base dell'anzianità contributiva maturata al 31/12/1994 o dell'anzianità anagrafica, ma non ha, nè può avere, alcuna conseguenza ulteriore ed in particolare — per ciò che attiene alla presente controversia — non è idonea a determinare alcun riflesso sulla misura dei trattamenti pensionistici.

Nè argomenti di segno diverso potrebbero fondatamente trarsi dalla disposizione per la quale la maggiorazione in oggetto "non potrà, in ogni caso, essere superiore al periodo compreso tra la data di risoluzione del rapporto di lavoro e quella del conseguimento del requisito di età pensionabile previsto dalle norme del Fondo e in vigore al momento della presentazione della domanda" (art. 4, comma 1, seconda parte).

La disposizione, infatti, avuto riguardo alla circostanza che la possibilità di pensionamento anticipato riguarda tanto la pensione di anzianità come quella di vecchiaia, si limita ad esprimere la regola "interna", per la quale la maggiorazione dovrà essere utilizzata dal dipendente per acquisire il trattamento pensionistico più "vicino" con riferimento alla data di risoluzione del rapporto di lavoro; e ciò non soltanto per una ragione di chiarezza e di ordine applicativo, ma anche ai fini della determinazione del contributo a carico dei datori di lavoro, "pari al 20 per cento degli oneri complessivi derivanti dall'anticipazione della pensione" (comma 5).

Si richiamano in ogni caso, condividendosene le motivazioni, le sentenze della Corte d'Appello di Milano prodotte dall'Inps.

L'esistenza di contrasti giurisprudenziali giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

*(Omissis)*

**Processo civile - Interessi legali - Mancata richiesta ai sensi dell'art 44, n. 4, d.l. 269/2003 - Improponibilità della domanda.**

**Tribunale di Palermo - 1.4/23.7.2004, n. 928 - Dott Cavallaro - Di Caccamo (Avv. Beninati) - INPS (Avv. Cola).**

*È improponibile la domanda proposta nei confronti dell'ente previdenziale dal beneficiario di una prestazione assistenziale corrisposta in ritardo, avente ad oggetto il pagamento degli interessi legali, ove il giudizio sia stato instaurato senza preventiva richiesta alla sede dell'ente tenuta all'adempimento — ai sensi dell'art. 44, n. 4, d.l. 269/2003 — la quale costituisce, anche in tal caso, condizione di proponibilità dell'azione giudiziaria.*

FATTO — Con ricorso depositato il 17.10.2003, ricorrente in epigrafe conveniva in giudizio l'INPS, chiedendone la condanna al pagamento degli interessi sulla prestazione assistenziale corrispostagli in ritardo rispetto alla data di decorrenza.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resisteva l'Istituto convenuto, eccependo preliminarmente l'improponibilità della domanda *ex* art. 44 d.l. n. 269 del 2003 e chiedendo, nel merito, il rigetto del ricorso, del quale deduceva l'infondatezza.

Senza alcuna istruzione, all'udienza del 1.4.2004, i procuratori delle parti discutevano la causa, che sulle conclusioni trascritte nel verbale d'udienza veniva decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — Dispone l'art. 44 n. 4 del d.l. n. 269 del 2003 (conv. con l. n. 326 del 2003) che la domanda giudiziale volta alla corresponsione degli interessi legali dovuti sulle prestazioni previdenziali o assistenziali erogate in ritardo rispetto alla data di decorrenza "può essere proposta solo dopo che siano decorsi 120 giorni da quello in cui l'attore ne abbia richiesto il pagamento alla sede [dell'INPS] tenuta all'adempimento".

Incontroverso essendo che, nel caso di specie, nessuna domanda del genere è stata proposta da parte ricorrente dopo l'entrata in vigore della norma *de qua*, giova ricordare che, secondo l'ormai consolidato indirizzo della Suprema Corte di legittimità, la mancata presentazione all'istituto previdenziale della domanda amministrativa volta al conseguimento della prestazione determina non già la mera improcedibilità della domanda giudiziale, *ex* art. 443 c.p.c., ma la sua radicale improponibilità; e tale vizio, che rende nulli tutti gli atti del processo, è rilevabile anche dopo la prima udienza di discussione ed in qualsiasi stato e grado del processo, poiché a mancare e il presupposto processuale costituito dall'atto d'impulso del procedimento amministrativo diretto all'accertamento delle condizioni per il sorgere del beneficio richiesto, onde si configura un temporaneo difetto di giurisdizione (cfr., fra le più recenti, Cass. nn. 5149 del 2004 (1), 18265 del 2003).

Il ricorso, pertanto, va rigettato. Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 696

***Processo civile* - Litisconsorzio necessario - Ordine di integrazione del contraddittorio - Inottemperanza - Improseguibilità del giudizio.**

**Tribunale di Ragusa - 9/12.3.2004, n. 204 - Dott. Giampiccolo - Di Vita (Avv. Di Martino) - INPS (Avv. Gianneri).**

*Il diritto alla indennità di disoccupazione in agricoltura resta assoggettato al termine di decadenza per la proposizione dell'azione giudiziaria fissato, dall'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito con modifiche nella I. 11 marzo 1970 n. 83, in centoventi giorni dalla notifica o dalla presa di conoscenza del provvedimento di iscrizione o mancata iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli, ovvero di cancellazione dai suddetti elenchi, divenuto definitivo a seguito dell'esperimento del ricorso amministrativo previsto nell'art. 11 del D.L.G. 375/93 (nella specie definito con l'intervenuta formazione del silenzio rigetto), trattandosi di un termine di decadenza sostanziale, e senza che la norma di previsione di tale specifico termine dia luogo a dubbi di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento, non essendo ignote nell'ordinamento altre ipotesi analoghe.*

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Ragusa, depositato in data 05.11.1999, Lucia Di Vita allega che:

1. in data 09.03.1995 lo SCAU di Ragusa ha disposto la sua cancellazione dall'elenco nominativo dei lavoratori agricoli per il periodo 1988 - 1993 e la sua reiscrizione per un numero inferiore di giornate, disconoscendo le giornate lavorative effettuate per il suocero, lannizzotto Giuseppe;

2. in data 03.05.1995 ha proposto ricorso alla Commissione Provinciale per la manodopera agricola, non ricevendo risposta alcuna;

3. a seguito di ciò l'Inps ha richiesto il rimborso di lire 7.669.473, somma corrisposta a titolo di indennità di disoccupazione nel periodo oggetto di cancellazione/reiscrizione e non ha corrisposto l'indennità di disoccupazione per l'anno 1994;

4. l'Inps ha effettuato trattenute per lire 1.200.000, per recuperare tale contestato credito, sugli importi successivi liquidati a titolo di indennità di disoccupazione.

Tutto ciò premesso, la ricorrente chiede, nella ritenuta sussistenza del rapporto di lavoro subordinato instaurato con il suocero, dichiararsi il proprio diritto a percepire: 1) le indennità di disoccupazione, nel periodo 1988 - 1993, nella misura effettivamente liquidata fino al 1993; 2) l'indennità di disoccupazione per l'anno 1994; 3) il rimborso di lire 1.200.000, indebitamente trattenute, con relativa condanna dell'Ente resistente all'erogazione dei chiesti benefici.

Si costituisce l'Inps, in persona del legale rappresentante pro tempore, contestando la domanda ed eccependo, in particolare, la decadenza dell'azione *ex* art. 22 del d.l. 7/70, convertito in l. 83/70,

La causa è discussa oralmente all'odierna udienza sulle conclusioni delle parti, nonché decisa come da separato dispositivo in atti di cui si dà pubblica lettura.

DIRITTO — L'eccezione dell'Inps, è fondata, sicché la domanda deve essere dichiarata inammissibile.

Ed invero è la stessa parte ricorrente ad allegare l'intervenuta formazione del silenzio rigetto sul ricorso amministrativo presentato in data 13.05.1995. Stando all'art. 11 del D.L.G. 375/93, avverso la decisione negativa della Commissione provinciale per la manodopera agricola, che nella fattispecie si è perfezionata in data 03.08.1995, è dato di presentare ricorso, entro 30 giorni (quindi entro il 03.09.1995), alla Commissione centrale presso lo SCAU (ora presso l'Inps), che decide entro 90 giorni (quindi entro il 03.12.1995).

A partire da tale data, quindi, che segna l'esaurimento del procedimento amministrativo, va computato il termine di 120 giorni. stabilito a pena di decadenza per l'azione giudiziaria dal predetto art. 22 del d.l. 7/70, convertito in l. 83/70; termine abbondantemente superato, essendo stato depositato il ricorso in data 05.11.1999.

Ed invero questo giudice condivide l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale secondo il quale il termine di centoventi giorni previsto dall'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970 n. 7, convertito con modifiche nella l. 11 marzo 1970 n. 83, per la proposizione dell'azione giudiziaria a seguito della notifica o della presa di conoscenza del provvedimento definitivo di iscrizione o mancata iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli, ovvero di cancellazione dai suddetti elenchi, si configura come un termine di natura sostanziale, senza possibilità di sanatoria *ex* art. 8 legge n. 533 del 1973 (e senza che la disposizione in esame possa ritenersi implicitamente abrogata dall'art. 148 disp. att. c.p.c.). (Cass. n. 9595/1997).

Le conclusioni raggiunte nella citata sent. n. 9595/1997 sono state condivise e richiamate da Cass. civ., sez. lav., 5942/2001, che ha osservato, per fugare i dubbi di illegittimità costituzionale, come la fattispecie decadenziale prevista dall'art. 22 non sia isolata nel nostro ordinamento.

Basti pensare che l'art. 47, commi secondo e terzo, del D.P.R. 30 aprile 1970 n. 639, prevedeva termini di dieci e cinque anni per proporre l'azione giudiziaria, dalla data, di comunicazione della decisione definitiva del ricorso pronunziata dai competenti organi o dalla data di scadenza del termine stabilito per la pronunzia della decisione medesima, se trattavasi. rispettivamente, di controversie in materia di trattamenti pensionistici, ovvero di controversie relative a prestazioni a carico dell'assicurazione contro la tubercolosi e contro la disoccupazione volontaria.

L'art. 6 del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni nella legge 12 giugno 1991, n. 166, con norma d'interpretazione autentica, ha statuito che i predetti termini "sono posti a pena di decadenza per l'esercizio del diritto alla prestazione previdenziale".

Gli stessi temimi sono stati poi ridotti, rispettivamente, a tre e a un anno, sempre a pena di decadenza, dall'art. 4 del decreto legge 19 settembre 1992, n. 384, convertito nella legge 14 novembre 1992. n. 438.

Sistema analogo, sebbene sia previsto un termine di prescrizione per l'azione volta a conseguire le prestazioni e non di decadenza, è quello previsto dagli artt. 104, 111 e 112 D.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, in tema di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie i professionali.

Conclude pertanto il giudice di legittimità nel senso della non configurabilità di un

sospetto d'incostituzionalità dell'art. 22 d.l. 3 febbraio 1970, n. 7, convertito nella legge 11 marzo 1970, n. 83, per disparità di trattamento, con riferimento all'art. 3 Cost., ed anche sotto il profilo degli artt. 24 e 113 Cost., atteso che la previsione normativa di un termine per l'esercizio dell'azione giudiziaria non si risolve in un ostacolo apprezzabile e ingiustificato per la tutela della posizione assicurativa dell'interessato; diversamente opinando, dovrebbe ragionevolmente dubitarsi della legittimità costituzionale di una norma, ogni volta che essa imponga il rispetto di un termine di decadenza o di prescrizione per la proposizione dell'azione giudiziaria.

Ciò è, all'evidenza, assurdo, perché se è vero che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi (art. 24, comma primo, Cost.) e che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa (art. 113, comma primo. Cost.), tuttavia, tali statuizioni sono del tutto compatibili con le norme che, ponendo limiti di ordine temporale al concreto esercizio di tali diritti e interessi, s'ispirano, in primo luogo, ad una fondamentale esigenza di certezza delle situazioni giuridiche (Cass civ., sez. lav., 21 aprile 2001, n. 5942; Cass. civ., sez. lav. 5826/2002).

Ne consegue che le domande di cui al ricorso, in quanto volte ad ottenere benefìci connessi con l'iscrizione negli elenchi nominativi, vanno parimenti dichiarate inammissibili giacché, diversamente opinando, ammettendo cioè la possibilità per il giudice di entrare nel merito del contestato rapporto di lavoro, eventualmente disapplicando il provvedimento di cancellazione/reiscrizione, la norma di cui all'art. 22 predetto si presterebbe ad essere sistematicamente aggirata e posta sostanzialmente nel nulla, avuto riguardo al fatto, peraltro, che il bene della vita richiesto non è tanto la risultanza formale degli elenchi, ma i benefici di ordine previdenziale che il sistema riconosce in stretta connessione con gli stessi.

Le spese del giudizio vanno dichiarate irripetibili come per legge.

*(Omissis)*

***Processo civile* - Litisconsorzio necessario - Ordine di integrazione del contraddittorio - Inottemperanza - Improseguibilità del giudizio.**

**Tribunale di Ragusa - 4/9.3.2004, n. 192 - Dott. Giampiccolo - lurato (Avv. Citrella) - INPS (Avv. Gianneri).**

*In caso di inottemperanza dell'ordine di integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario (nella specie S.C. C. I. spa). il giudice della cognizione non può pronunziare sul merito della pretesa, ma deve dichiarare l'estinzione del processo, ove ritualmente eccepita o, in difetto, la improseguibilità del giudizio.*

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Ragusa, depositato in data 19.07.2001, Giancarlo Iurato propone formale opposizione avverso la cartella esattoriale n. 297 2000 00164090 55, notificata il 13.06.2001, con la quale gli è stato intimato il pagamento della somma complessiva di £. 6.603.439 per omissioni contributive relative alla gestione commercianti.

Si costituisce l'Inps, in persona del presidente pro tempore, chiedendo il rigetto dell'opposizione in quanto infondata e l'integrazione del contraddittorio nei confronti della SCCI s.p.a., società cessionaria dei crediti previdenziali.

All'udienza del 25.11.2003 il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio e rinvia all'udienza odierna.

A questa udienza il giudice rileva la mancata ottemperanza al suddetto ordine e decide la causa come da separato dispositivo in atti di cui si da pubblica lettura.

DIRITTO — Il presente giudizio deve essere dichiarato improseguibile, in mancanza di una valida integrazione del contraddittorio nei confronti di una parte necessaria.

Ed invero, ai sensi dell'art. 13 della L. n. 448/1998 e successive modifiche, e del D.L.G. n. 46/1999, i crediti contributivi in questione vengono recuperati con l'iscrizione a ruolo e successivo affidamento di tale ruolo al concessionario, al quale è demandata materialmente la riscossione secondo le norme di cui ai DPR n. 602/1973 e n. 43/1988.

La procedura di cessione in massa dei crediti in questione si fonda sul meccanismo del factoring, come disciplinato dalla L. n. 52/1991, di cui è operato il richiamo al comma 2 dell'art. 13 della legge citata, a norma del quale "alla cessione non si applica l'art. 1264 c.c. (ovvero la regola generale codicistica che subordina l'efficacia della cessione del credito nei confronti del debitore ceduto all'avvenuta notifica a quest'ultimo della cessione medesima) e si applica l'art. 5 della L. n. 52/1991".

Trattasi tuttavia di cessione di credito sui generis, laddove si consideri che. nonostante l'avvenuta cessione, il legislatore ha voluto mantenere parimenti in capo all'Inps la titolarità del rapporto e la gestione del credito, in tal modo deviando dalla regola generale tipica della cessione del credito che porta alla sostituzione soggettiva della parte creditrice (si pensi ad esempio al comma 3 dell'art. 13 cit., per il quale "restano impregiudicate le attribuzioni dell'inps quanto alle facoltà di concedere rateizzazioni e dilazioni ai sensi della normativa vigente, compresi i crediti oggetto della cessione, anche se iscritti a ruolo per la riscossione").

Ciò trova ulteriore conferma nel fatto che per espressa disposizione legislativa (comma 5 dell'art. 24 del D.L.G. n. 46/1999) è l'ente impositore (ovvero l'Inps) che va evocato in lite, unitamente al concessionario, e non il cessionario; quanto fin qui rilevato si spiega alla luce dell'intento pratico in concreto perseguito dal legislatore di garantire, cioè, immediatamente all'Inps una cospicua massa di denaro corrispondente ai crediti ceduti, piuttosto che quello di operare una vera e propria sostituzione nella titolarità del credito.

Tuttavia, a causa della esclusione della regola generale di cui all'art. 1264 c.c., verosimilmente dovuta alla eccessiva gravosità per l'Inps, di procedere alla notifica ad un numero rilevantissimo di debitori, è stata di contro prevista la necessità del litisconsorzio per il caso di contestazione del credito, dovendosi ritenere inutiliter data la sentenza eventualmente pronunciata in assenza del cessionario.

Ciò che trova conferma nel disposto dell'art. 13. comma 8. cit., ai sensi del quale

"qualora successivamente alla trasmissione dei ruoli di cui al comma 6, i debitori promuovano avverso il ruolo, giudizi di merito e di opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 2 del D.L. n. 338/1998, sussiste litisconsorzio necessario nel lato passivo tra l'Inps ed il cessionario".

La mancanza di un valido atto di integrazione del contraddittorio ha come effetto l'impossibilità di prosecuzione del giudizio che deve essere definito con una sentenza di mero rito dichiarativa di tale impossibilità.

Sul punto il prevalente orientamento della Cassazione è nel senso che *"la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del litisconsorte necessario pretermesso — che è soggetta a diversa disciplina rispetto al caso dell 'integrazione effettuata con ritardo rispetto al termine fissato dal giudice, atteso che tale inosservanza non esclude la partecipazione al processo del detto litisconsorte e che, in difetto di tempestiva eccezione di estinzione, il giudizio può legittimamente proseguire, senza che la sentenza risulti inulilile data — deve essere rilevata di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, anche quando la parte interessata non abbia proposto siffatta eccezione, con la conseguenza che, in tal caso, il rilievo stesso, se non può tradursi in dichiarazioni ex officio di estinzione del processo, implica nondimeno il polere-dovere del giudice istruttore di rimettere la causa al collegio per una decisione di mero rito, ricognitiva della impossibilità di prosecuzione della causa in mancanza di una parte necessaria"* (in termini Cass., sez. IlI, 28 gennaio 1994, n. 878; nello stesso senso Cass., sez. I, 10 gennaio 1998, n. 157 e Cass., sez. III, 18 ottobre 2001, n. 12740).

Alla luce di quanto esposto deve essere dichiarata l'improseguibilità del presente giudizio.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

*(Omissis)*

***Prestazioni* - Trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili - Indennità di mobilità - Incompatibilità delle prestazioni - Sussiste.**

**Tribunale di Rieti - 16.12.2003, n. 658 - Dott.ssa Canè - Franchi (Avv. Agostini) - INPS (Avv. Barbuto).**

*Il trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili* ex *L. 6 agosto 1975 n. 427 (come modificata dall'art. 11 della L. 23 luglio 1991, n. 223) e l'indennità di mobilità sono tra loro incompatibili in primo luogo in quanto i lavoratori edili non possono essere beneficiari della indennità di mobilità, ma del trattamento speciale di disoccupazione, e in secondo luogo perché, stante il disposto dell'art. 7, comma 8° della L. 23 luglio 1991, n. 223, l'indennità di mobilità sostituisce ogni altra prestazione di disoccupazione.*

FATTO — Con ricorso depositato il 28/6/01 Ignazio Franchi adiva il Tribunale di Rieti. in funzione di giudice del lavoro, per ivi sentir accertare e dichiarare che il ricorrente aveva diritto a percepire l'indennità di mobilità a decorrere dalla data in cui aveva richiesto la predetta indennità rinunciando alla fruizione dell'assegno, di invalidità e per l'effetto condannare l'Inps al pagamento in favore dell'istante della somma dovuta per il titolo richiesto detraendo dall'importo dell'indennità di mobilità quanto percepito a titolo di assegno di invalidità oltre interessi, vittoria di spese.

Deduceva che era dipendente dell'impresa edile Impresilo spa; che in data 23.1.99 era stato collocato in mobilità unitamente ad altri lavoratori per crisi aziendale: che in data 17/2/99 aveva richiesto la liquidazione dell'indennità di mobilità; che in data 19/7/99 a corredo della domanda aveva presentato all'Inps dichiarazioni con cui aveva optato per il trattamento di miglior favore tra rassegno ordinario di invalidità e indennità di disoccupazione e mobilità; che l'Inps aveva respinto la domanda: che con successiva domanda del 4/11/99 aveva dichiarato espressamente ai sensi dell'art. 11 e 3 DL 40/94, di optare per la concessione dell'indennità di mobilità cui avrebbe avuto diritto ove non fosse stato titolare del trattamento pensionistico dell'assegno di invalidità; che con lettera del 24/3/00 l'Inps gli aveva comunicato la revoca dell'assegno di invalidità.

Concludeva come sopra.

Si costituiva l'Inps chiedendo il rigetto dei ricorso.

In particolare l'art 2 comma 5 L. 451/94 consentiva all'atto di iscrizione nelle liste di mobilità ai lavoratori che fruivano di assegno o pensione di invalidità di optare tra tali trattamenti e la mobilità. Tale norma era eccezionale e non consentiva l'estensione dell'opzione al titolare di altri trattamenti come quelli di disoccupazione.

La causa veniva discussa e decisa con pubblica lettura del dispositivo.

DIRITTO — II ricorso deve essere respinto.

Il ricorrente, titolare di assegno di invalidità e del trattamento speciale di disoccupazione di cui all'art. 11 Legge 223/91 (cfr. attestato INPS datato 9/11/01), essendo stato licenziato il 22/1/99 ed essendo stato collocato in mobilità in data 17/02/99, aveva presentato domanda all'Inps per ottenere l'indennità di mobilità ed a corredo della domanda, in data 19/07/99, aveva dichiarato di optare per il trattamento di miglior favore tra assegno ordinario di invalidità indennità di disoccupazione, mobilità.

Orbene risulta quindi accertato che il Franchi godeva dell'assegno di invalidità e della disoccupazione speciale. Ora l'art. 6 comma 7 D.L. 148/93 convertito in Legge 236/93 reiterando una disposizione già contenuta nell'art. 5 del D.L. 478/92, ha stabilito che "i trattamenti ordinari e speciali di disoccupazione e l'indennità di mobilità sono incompatibili con i trattamenti pensionistici diretti a carico della assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, degli ordinamenti sostitutivi, esonerativi ed esclusivi delle assicurazioni medesime, nonché delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi". La Corte Costituzionale con sentenza n 218 del 9/5/95 (1) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 comma 7 della Legge 236/93 e dell'art. 1 della medesima Legge — che fa salvi gli effetti prodotti da precedenti analoghe disposizioni contenute nei decreti legge non convertiti — nella parte in cui non prevedono che all'atto dell'iscrizione nelle liste di

mobilità i lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità possono optare tra tale trattamenti e quello di mobilità nei modi e per gli effetti previsti dagli artt. 2, comma 5 e 12 Legge 451/94. A seguito di ciò, l'art. 6 comma 7 Legge 236/93, nel testo sostituito dall'art. 2 Legge 451/94, ha disposto che: "all'atto d'iscrizione nelle liste di mobilità, i lavoratori che fruiscono dell'assegno o della pensione di invalidità devono optare tra tali trattamenti e quello di mobilità. In caso di opzione a favore del trattamento di mobilità l'erogazione dell'assegno o della pensione resta sospesa per il periodo di fruizione del predetto trattamento ovvero in caso di corresponsione anticipata, per il periodo corrispondente all'ammontare della relativa anticipazione del trattamento di mobilità".

Se questo il quadro normativo, il ricorrente esercitava l'opzione per il trattamento di miglior favore al fine di ottenere il pagamento dell'indennità di mobilità, ma l'Inps rigettava l'istanza nonostante la revoca dell'assegno di invalidità. Sulla base di tale stato di cose il Franchi ha adito l'Autorità Giudiziaria per chiedere il pagamento dell'indennità predetta.

Si condivide l'operato dell'inps. Infatti l'istituto ha rigettato la richiesta volta ad ottenere l'indennità di mobilità non perché il Franchi era titolare di Assegno, ma perché lo stesso godeva, per lo stesso periodo in relazione al quale il ricorrente mira ad ottenere l'indennità di mobilità, del trattamento di disoccupazione speciale, trattamento incompatibile ai sensi dell'art 6 comma 7 L. 236/93 non solo con l'assegno di invalidità, ma anche con l'indennità di mobilità.

Infatti quest'ultima è corrisposta, secondo il disposto dell'art. 7 L. 223/91 ai lavoratori collocati in mobilità ai sensi dell'art 4, che siano in possesso dei requisiti di cui all'art. 16 comma 1 L. 223/91. Dal combinato delle due disposizioni l'indennità di mobilità spetta, allora, agli operai, impiegati e quadri con contratto a tempo indeterminato licenziati da aziende diverse da quelle edili che rientrano nel campo della CIGS il cui rapporto è cessato per licenziamenti collettivi, riduzione del personale decise da aziende in CIGS impossibilitate a reimpiegare i lavoratori sospesi. Restano esclusi pertanto i dipendenti delle imprese edili, affini ed artigiane licenziati per cessazione dell'attività aziendale o per ultimazione del cantiere o delle singole fasi lavorative o per riduzione del personale che hanno diritto, invece, al trattamento speciale di disoccupazione introdotto per essi dalla L. 427/75 come modificata dall'art. 11 L. 223/91.

I due trattamenti sono pertanto tra loro incompatibili in primo luogo in quanto i lavoratori edili di cui sopra, tra i quali rientra il ricorrente, non possono essere beneficiari della indennità di mobilità, ma del trattamento speciale di disoccupazione ed in secondo luogo perchè, stante il chiaro disposto dell'art. 7 comma 8 L. 223/91, la prima non si cumula con nessun'altra prestazione di disoccupazione sostituendo quest'ultima ove il lavoratore abbia i requisiti per essere beneficiario dell'indennità in questione.

Sulla base di queste considerazioni il ricorso deve essere respinto e le spese compensate.

*(Omissis)*

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 756

***Prestazioni* - Provvidenze per l'editoria - Esodo dei lavoratori dipendenti - Benefici del prepensionamento e dell'indennità aggiuntiva - Spettanza di quest'ultima in caso di cessazione del rapporto di lavoro successiva al 31 dicembre 1988 - Esclusione.**

**Tribunale di Roma - 29.4.2004, n. 8443 - Dott.ssa Buconi - Restano (Avv. Minieri) - Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.a. (Avv.ti Le Mura, Colavincenzo) - INPS (Avv. Bellomarì).**

*L'incentivo all'esodo di cui all'articolo 37 della legge 416/1981 spetta solo ai lavoratori il cui prepensionamento sia avvenuto in data anteriore al 31 dicembre 1988.*

FATTO — Con ricorso ritualmente notificato, Restano Anna esponeva di avere lavorato alle dipendenze dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (lPZS) dal 1972 al 31.5.2000, con inquadramento quale impiegato di livello B1.

Deduceva inoltre che in favore dell'IPZS era stato emanato il decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 27811 del 19.2.2000, ai sensi dell'art. 37 deIla L. n. 416 del 1981 e dell'art. 24 della L. n. 67 del 1987, precisando di avere chiesto il collocamento a riposo in forza delle citate disposizioni.

Ciò premesso, lamentava di non avere percepito le mensilità relative all'indennità di preavviso (a lei spettanti in quanto aveva interrotto il lavoro contestualmente alle dimissioni), nonché l'indennità integrativa *ex* art. 37 della L. n. 416/81.

Chiedeva pertanto che venisse dichiaralo il proprio diritto al riconoscimento dell'indennità di preavviso *ex* art. 36 della L. n. 416/81 in misura di quattro mensilità aggiuntive, o, in subordine, nella misura prevista dall'art. 14 del contratto collettivo vigente e che elle l'IPZS venisse condannato al pagamento in suo favore della somma di € 9.511,04 o in subordine di € 6.939,00.oltre interessi e rivalutazione, come da allegato conteggio; chiedeva inoltre che venisse dichiarato il suo diritto alla percezione dell'indennità integrativa o incentivo all'esodo *ex* art. 37 della L. 416/81, in misura di € 29.271,24 e che l'IPZS e l'INPS venissero condannati a corrispondergli tale somma, oltre interessi e rivalutazione, in subordine chiedeva la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale per il giudizio di legittimità degli artt. 37 lett. c della Legge n. 416/81 dell'art. 24 comma 3 della Legge n. 67/87 in relazione agli artt. 3, 36 e 38 della Costituzione.

Si costituiva in giudizio l'I.P.Z.S., che eccepiva il proprio difetto di legittimazione passiva in relazione alla domanda di riconoscimento del beneficio *ex* art. 37 Legge n. 416/81 e resisteva con argomentazioni in diritto alle argomentazioni svolte dalla controparte; chiedeva pertanto il rigetto del ricorso.

Si costituiva l'INPS, deducendo l'improponibilità e l'improcedibilità del ricorso, da dichiararsi infondato nel merito.

All'odierna udienza, autorizzato il deposito di note, la causa è stata discussa e decisa con la presente contestuale sentenza.

DIRITTO — È pacifico tra le parti che il ricorrente si sia avvalso delle dimissioni

per prepensionamento *ex* art. 36 Legge 416/81 sulla base della facoltà di opzione prevista per i lavoratori di cui all'art. 35 della citata normativa.

Ciò premesso, la suddetta opzione è una scelta operata dal lavoratore tra le dimissioni *"tout court"* di cui all'art. 36 Legge 416/81 e le dimissioni con beneficio di prepensionamento.

Nel primo caso, il lavoratore che intende sottrarsi alla situazione di crisi aziendale sceglie di reinserirsi nel mondo del lavoro e viene premiato dal legislatore, che lo sottrae all'obbligo di prestare preavviso e lo compensa con una indennità di preavviso, imputando al datore di lavoro la causa di tali dimissioni, mentre nel secondo caso il lavoratore rinuncia a rientrare nel mondo del lavoro ponendosi al di fuori di esso in virtù di un "aiuto" contributivo del datore di lavoro e di un incentivo all'esodo.

A fronte dell'evidente diversità dei due istituti, deve ritenersi che una volta operata la scelta in favore del prepensionamento, il lavoratore non possa poi rivendicare l'indennità per dimissioni *ex* art. 36 Legge n 416/81 trattandosi di benefici eccezionali ed alternativi tra loro.

Quanto all'incentivo all'esodo di cui all'art. 37 Legge 416/81, va rilevato che ai lavoratori andati in pensione fino al 1988 era riconosciuta una indennità aggiuntiva (c.d. incentivo all'esodo), oltre al beneficio del prepensionamento (Cass. N. 306/2000).

Poiché il prepensionamento della ricorrente è intervenuto in data successiva al 1988, la domanda riguardante l'indennità aggiuntiva va disattesa.

La Suprema Corte ha in proposito ritenuto che il limite temporale di applicazione del predetto beneficio, come previsto dal combinato disposto degli artt. 37 lett. c della Legge n. 416/81 e 24 comma 3 della Legge n. 67/87, sia ragionevole ed equo, in quanto connesso a situazioni contingenti, sicché situazioni diseguali vanno necessariamente trattate in maniera diseguale.

Il ricorso va pertanto rigettato.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

*(Omissis)*

## TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

***Prestazioni* - Trattamento ordinario di integrazione salariale - Silenzio del Comitato Amministratore della Gestione Prestazioni Temporanee ai Lavoratori Dipendenti - Natura - Silenzio inadempimento: insussistenza - Termini di impugnazione dei provvedimenti: decorrenza.**

**T.A.R. CAMPANIA - 8.7.2004, n. 6459- Pres. De Leo - Rel. Pappalardo - Industria Conciaria Volturno S.r.l. (Avv. Frunzi) - INPS (Non cost.).**

*Il silenzio serbato sui ricorsi amministrativi interposti avverso i provvedimenti assunti dalle commissioni provinciali INPS in materia di integrazioni salariali non dà luogo ad inerzia atipica dell'amministrazione, costituendo ipotesi di silenzio con valore tipico. In presenza di silenzio con valore legalmente "predefinito», non può configurarsi il silenzio - inadempimento dell'amministrazione sull'istanza di parte e la relativa azione giudiziaria va dichiarata inammissibile se promossa oltre il termine di decadenza (di sessanta giorni), decorrente dalla formazione del silenzio.*

FATTO — Con ricorso notificato in data 8 maggio 2004 la società in epigrafe premesso di esercitare attività di industria conciaria delle pelli bovine, di avere attraversato periodi di crisi aziendale per tutta al durata del 2001, connessa ai problemi della encefalopatia spongiforme bovina e relativi divieti di macellazione del bestiame; che, esauritasi l'emergenza sanitaria, alla fine del 2001, si aveva una progressiva ripresa della attività industriale; che pertanto aveva inoltrato alla Commissione provinciale CIG di Caserta istanza per l'ammissione al trattamento di integrazione salariale, istanza respinta con provvedimento del 13.5.2002; di avere proposto ricorso gerarchico avverso detto provvedimento, in data 28.5.2002, ricorso sul quale l'INPS non si pronunciava; che pertanto notificava atto di diffida il 12.3.2004, anche questo rimasto senza esito; tanto premesso adiva questo Tribunale per sentir dichiarare l'illegittimità del silenzio opposto sulla diffida in epigrafe, dichiarando l'obbligo dell'ente di provvedere in merito.

Instauratosi ritualmente il contraddittorio, non si costituiva in giudizio l'INPS; alla camera di consiglio del 24 giugno 2004 la difesa del ricorrente dichiarava essere intervenuto provvedimento satisfattorio in data 14 giugno 2004, insistendo per la pronuncia in ordine alle spese di giudizio; all'esito il ricorso è stato ritenuto in decisione.

DIRITTO — Deve, in via preliminare, rilevarsi la inammissibilità della domanda, per non essere configurabile nella fattispecie, una ipotesi di silenzio - rifiuto, ovvero inadempimento, in quanto i ricorsi avverso i provvedimenti in materia di integrazioni

salariali assunti dalle commissioni provinciali non danno luogo a inerzia atipica dell'amministrazione, costituendo ipotesi di silenzio con valore legale tipico. Invero, come da ultimo chiarito anche dall'INPS con Circolare 5 gennaio 2004 n. 1, la normativa regolatrice della materia comporta che in caso di ricorso in seconda istanza avverso il provvedimento di rigetto della domanda di ammissione ai benefici, la mancata decisione dello stesso entro novanta giorni comporta la formazione del cd. silenzio rigetto.

Si forma quindi un provvedimento tacito con valore legale tipico, per cui contro il provvedimento impugnato si apre direttamente la via per il ricorso alla azione giudiziaria, con la osservanza dei termini di decadenza (di sessanta giorni) decorrenti dalla formazione del silenzio.

Pertanto, in presenza di un silenzio con valore legale predefinito, non può configurarsi un silenzio - inadempimento dell'amministrazione sull'istanza di parte, e la relativa azione va dichiarata inammissibile.

Le spese non possono essere poste a carico dell'Istituto convenuto, come richiesto dalla difesa del ricorrente, in quanto secondo il principio della soccombenza virtuale, andrebbero addebitate al ricorrente (invero la azione, ancorché con un rito improprio, risulta proposta oltre il termine di decadenza decorrente dalla formazione del silenzio sul ricorso gerarchico del maggio 2002); nella specie, stante la mancata costituzione in giudizio dell'INPS, non vi è luogo a provvedere in ordine alle stesse.

*(Omissis)*

# OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (1)

**A cura di Elisabetta Bergamini**
**Professore a contratto di diritto dell'Unione europea**
**Facoltà di Scienze Politiche "R. Ruffilli"**
**Università di Bologna**

## SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione) 1° luglio 2004

**"Libera circolazione delle persone - Lavoratori - Imposta sul reddito - Imposizione parziale di un soggetto passivo che percepisce una piccola parte dei suoi redditi in uno Stato membro e risiede in un altro Stato membro"**

Nel procedimento C-169/03, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Regeringsrätten (Svezia) nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Florian W. Wallentin* e *Riksskatteverket*, domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 39 CE,

*(Omissis)*

### Sentenza

1. — Con ordinanza 10 aprile 2003, pervenuta nella cancelleria della Corte il 14 aprile seguente, il Regeringsrätten ha proposto, ai sensi dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 39 CE al fine di chiarire se le disposizioni di diritto svedese relative alla percezione di un'imposta speciale sul reddito delle persone residenti all'estero siano contrarie a tale articolo.

2. — Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra il sig. Wallentin e il Riksskatteverket (amministrazione delle imposte).

### Contesto normativo, controversia principale e questione pregiudiziale

3. — Il sig. Wallentin, cittadino tedesco, all'epoca dei fatti oggetto della causa principale era residente in Germania, dove stava completando i suoi studi. Egli riceveva dai

(1) I testi delle sentenze riportate nell'Osservatorio sono reperibili, in versione integrale, sul sito ufficiale della Corte di Giustizia delle Comunità europee, www.curia.eu.int.

suoi genitori un aiuto finanziario mensile di DEM 650 e beneficiava di una borsa di studio dello Stato tedesco di DEM 350 mensili per il vitto e l'alloggio. Secondo il diritto tributario tedesco, tali somme non costituivano, per loro natura, redditi imponibili.

4. — Il sig. Wallentin ha svolto, dal 3 al 25 luglio 1996, un'attività retribuita in qualità di praticante presso la chiesa svedese. A tal fine egli è stato residente in Svezia dal 1° luglio 1996 fino al 20 agosto 1996. Egli ha percepito a titolo di retribuzione la somma di SEK 8 724.

5. — Il sig. Wallentin ha richiesto all'amministrazione finanziaria svedese di esentare detta retribuzione dall'imposta sul reddito. La sua domanda è stata respinta da tale amministrazione, la quale ha sostenuto che la retribuzione in esame doveva essere soggetta a ritenuta con aliquota del 25% a titolo d'imposta sul reddito, in applicazione della "Lagen (1991:586) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta" (legge n. 586 del 1991 in materia di imposta speciale sui redditi di persone residenti all'estero; in prosieguo: la "legge SINK"), che disciplina il caso di assoggettamento parziale all'imposta sul reddito.

6. — La legge SINK si applica alle persone residenti all'estero che, durante soggiorni di breve durata in Svezia, non superiori a sei mesi all'anno, percepiscono redditi in tale paese. Si tratta di un'imposta prelevata alla fonte e non vi è alcun diritto a deduzione o abbattimento collegato alla situazione personale del contribuente. In compenso, l'aliquota dell'imposta speciale sul reddito è inferiore a quella applicabile all'imposta generale sul reddito che, pur essendo progressiva, ammonta, secondo le indicazioni del giudice del rinvio, a circa il 30%.

7. — Le persone domiciliate in Svezia per più di sei mesi all'anno e soggette ad imposta generale sul reddito (persone integralmente soggette ad imposta) hanno diritto ad un abbattimento alla base che, per l'anno fiscale in esame, corrispondeva a SEK 8 600. L'abbattimento integrale è accordato unicamente ai contribuenti che abbiano avuto domicilio in Svezia per un intero anno fiscale. Per periodi di residenza più brevi, ma superiori a sei mesi, l'abbattimento è accordato proporzionalmente a seconda del numero di mesi di soggiorno.

8. — Il sig. Wallentin è del parere che la concessione dell'abbattimento alla base unicamente alle persone integralmente soggette ad imposta, e non alle persone parzialmente soggette ad imposta, costituisca una discriminazione vietata dall'art. 39 CE.

9. — Investito del ricorso proposto dal sig. Wallentin, il Länsrätten i Norrbottens svedese ha accolto la domanda di quest'ultimo. Su appello proposto dall'amministrazione finanziaria, tale decisione è stata annullata dalla Kammarrätten i Sundsvall svedese e il sig. Wallentin ha presentato ricorso dinanzi al Regeringsrätten. Quest'ultimo, dubitando della compatibilità della normativa in esame con l'art. 39 CE, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

"Se l'art. 39 del Trattato CE debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa di uno Stato membro secondo la quale le persone fisiche, che a fini fiscali non sono considerate residenti in detto Stato ma che vi hanno percepito un reddito da lavoro (assoggettamento limitato all'imposta), siano tassate con una ritenuta alla fonte di modo che non siano autorizzati l'abbattimento alla base o ogni altro abbattimento o deduzione relativi alla situazione personale del contribuente, mentre i contribuenti ivi domiciliati hanno diritto a tali abbattimenti o deduzioni nell'ambito dell'imposizione generale dei

loro redditi percepiti in tale Stato o all'estero (assoggettamento illimitato all'imposta), nel caso in cui tuttavia la mancanza del diritto all'abbattimento alla base e ad altre deduzioni viene presa in considerazione applicando un'aliquota ridotta rispetto a quella che si applica ai contribuenti che abbiano nel paese il loro domicilio fiscale".

**Sulla questione pregiudiziale**

*(Omissis)*

11. — Secondo il Riksskatteverket, il sig. Wallentin non può sostenere di trovarsi in una situazione analoga a quella delle persone domiciliate in Svezia. La sua situazione sarebbe piuttosto paragonabile a quella delle persone che hanno risieduto e lavorato in Svezia per una parte dell'anno e che beneficiano dunque dell'abbattimento alla base proporzionale. L'abbattimento di cui trattasi potrebbe dunque essere riconosciuto al sig. Wallentin proporzionalmente ai due mesi durante i quali ha risieduto in Svezia, ma non integralmente.

12. — Il governo finlandese sottolinea la necessità di preservare la coerenza del sistema tributario. Sarebbe contrario a tale coerenza far beneficiare di un abbattimento applicabile ad un'imposta progressiva un contribuente soggetto ad un'imposta ad aliquota fissa nell'ambito di un sistema di ritenute alla fonte. Il contribuente residente all'estero e soggetto all'imposta sul reddito tassato alla fonte e percepito in Svezia beneficerebbe così di un'agevolazione ingiustificata.

13. — Il sig. Wallentin e la Commissione ritengono tuttavia che la normativa in esame costituisca una discriminazione vietata dall'art. 39 CE e che l'abbattimento alla base debba essere accordato integralmente nella situazione del caso di specie.

14. — La Commissione menziona in particolare il punto 36 della sentenza Schumacker, già citata, nella quale la Corte avrebbe deciso che i principi rammentati al punto 10 di questa sentenza non si applicano nel caso in cui il non residente non percepisce redditi significativi nello Stato membro in cui risiede e trae la parte essenziale delle sue risorse imponibili nello Stato dell'occupazione, così che lo Stato di residenza non è in grado di concedergli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare. Tale ragionamento sarebbe parimenti applicabile nel caso di specie.

*Risposta della Corte*

15. — Emerge dalla giurisprudenza della Corte che, in materia di imposte dirette, la situazione dei residenti e quella dei non residenti in uno Stato non sono di regola comparabili, in quanto il reddito percepito nel territorio di uno Stato da un non residente costituisce il più delle volte solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel suo luogo di residenza, e in quanto la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazio-

ne personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi personali ed economici, che corrisponde in genere alla sua residenza abituale (sentenze Schumacker, cit., punti 31 e 32; 14 settembre 1999, causa C-391/97, Gschwind, Racc. pag. I-5451, punto 22; 16 maggio 2000, causa C-87/99, Zurstrassen, Racc. pag. I-3337, punto 21, e Gerritse, cit., punto 43).

16. — Così, il fatto che uno Stato membro non faccia fruire un non residente di talune agevolazioni fiscali che concede al residente non è di regola discriminatorio, tenuto conto delle differenze obiettive tra la situazione dei residenti e quella dei non residenti per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia alla capacità contributiva personale, sia ancora alla situazione personale e familiare (citate sentenze Schumacker, punto 34, Gschwind, punto 23, e Gerritse, punto 44).

17. — La Corte ha tuttavia deciso che lo stesso non può dirsi nel caso in cui il non residente non percepisce redditi significativi nello Stato in cui risiede e trae la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato dell'occupazione, per cui lo Stato di residenza non è in grado di concedergli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare (v. sentenze Schumacker, cit., punto 36, e 12 dicembre 2002, causa C-385/00, de Groot, Racc. pag. I-11819, punto 89). Infatti, per quanto riguarda un non residente che percepisce in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede la parte essenziale dei suoi redditi, la discriminazione consiste nel fatto che la situazione personale e familiare di questo non residente non è presa in considerazione né nello Stato di residenza né in quello dell'occupazione (sentenza Schumacker, cit., punto 38), a prescindere dalle diverse aliquote applicabili all'imposta speciale sul reddito e all'imposta generale sul reddito.

18. — Ciò si verifica precisamente nella causa principale, caratterizzata dal fatto che il sig. Wallentin, all'epoca dei fatti di cui trattasi, non percepiva alcun reddito imponibile nello Stato di residenza, in quanto l'aiuto finanziario mensile dei suoi genitori e la borsa di studio concessagli dallo Stato tedesco non costituivano redditi imponibili ai sensi della normativa fiscale di quest'ultimo.

19 — Per quanto riguarda la questione se l'abbattimento alla base in esame rifletta una considerazione della situazione personale e familiare del contribuente, la Corte ha deciso, relativamente alla quota di base non imponibile in diritto tedesco ("Grundfreibetrag"), che essa persegue una finalità sociale, in quanto consente di garantire al contribuente un minimo vitale esente da qualunque imposta sul reddito (sentenza Gerritse, cit., punto 48). Nessun elemento del fascicolo induce ad effettuare una diversa valutazione nel caso dell'abbattimento alla base previsto dal diritto tributario svedese.

20. — Ne consegue che il fatto che tale abbattimento non sia concesso alle persone parzialmente soggette ad imposta, le quali non percepiscono redditi imponibili nello Stato in cui risiedono, costituisce una discriminazione vietata dall'art. 39 CE.

21. — L'argomento relativo al fatto che la concessione dell'abbattimento fiscale a un non residente metterebbe in discussione la coerenza del sistema tributario in quanto esiste, in diritto tributario svedese, un legame diretto tra la presa in considerazione della situazione personale e familiare e il diritto di tassare integralmente ed in modo progressivo i redditi mondiali dei residenti non può essere condiviso. Infatti, in una situazione come quella della causa principale, lo Stato di residenza non può prendere in considerazione la situazione personale e familiare del contribuente, poiché l'onere fiscale è ivi

inesistente. Quando ciò si verifica, il principio comunitario della parità di trattamento esige che nello Stato dell'occupazione la situazione personale e familiare dello straniero non residente sia presa in considerazione come per i cittadini nazionali residenti e che gli siano concesse le stesse agevolazioni fiscali (v. sentenza Schumacker, cit., punto 41).

22. — La distinzione tra residenti e non residenti nella causa principale non trova quindi alcuna giustificazione nella necessità di garantire la coerenza del regime fiscale vigente (v., per una situazione analoga, citata sentenza Schumacker, punto 42).

23. — Inoltre, la concessione nel caso di specie dello stesso abbattimento fiscale previsto per le persone domiciliate in Svezia durante l'intero anno fiscale non conferirebbe un'agevolazione fiscale ingiustificata al sig. Wallentin, dal momento che egli non dispone nello Stato membro in cui risiede di alcuna risorsa imponibile che potrebbe far sorgere il diritto ad un abbattimento analogo in quest'ultimo Stato.

*(Omissis)*

*Per questi motivi*, LA CORTE (Prima Sezione), pronunciandosi sulla questione sottopostale dal Regeringsrätten con ordinanza 10 aprile 2003, dichiara:

**L'art. 39 CE osta ad una normativa di uno Stato membro secondo la quale le persone fisiche che a fini fiscali non sono considerate residenti in detto Stato ma che vi percepiscano un reddito da lavoro:**

**— sono tassate con una ritenuta alla fonte di modo che non siano autorizzati l'abbattimento alla base o ogni altro abbattimento o deduzione relativi alla situazione personale del contribuente,**

**— nel caso in cui i contribuenti ivi domiciliati abbiano diritto a tali abbattimenti o deduzioni nell'ambito dell'imposizione generale dei loro redditi percepiti in tale Stato o all'estero,**

**— qualora le persone non residenti nello Stato dell'imposizione abbiano disposto nel proprio Stato di residenza unicamente di risorse che, per loro natura, non sono soggette all'imposta sul reddito.**

*****

L'art. 39 del Trattato prevede la libera circolazione dei lavoratori subordinati e il conseguente divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, principio che ha da sempre rivestito un ruolo fondamentale nell'ordinamento comunitario, (vedi Adinolfi A., *Art. 39* in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 356 ss). Al fine di garantire l'effettività di questo principio gli Stati devono altresì provvedere a disciplinare la tassazione dei redditi da lavoro in maniera non discriminatoria (sugli ostacoli alla libera circolazione delle persone e sulla giurisprudenza comunitaria in materia vedi Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003). È evidente, infatti, che l'applicazione di regole discriminatorie in relazione alla tassazioni dei redditi disincentiva il trasferimento del soggetto all'estero finalizzato all'esercizio di un'attività lavorativa retribuita.

La Corte ha più volte stabilito la legittimità della distinzione tra persone integralmente e persone parzialmente soggette all'imposta sul reddito, in quanto le situazioni in cui si trovano tali persone non sono oggettivamente comparabili per quanto attiene sia alla fonte dei redditi, sia alla capacità contributiva personale, sia ancora alla situazione personale e familiare (vedi sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker,* in *Racc.* p. I-225; sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx,* in *Racc.* p. I-2493; sentenza 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse,* in *Racc.* p. I-5933). Di regola si può affermare che è preferibile far valutare la capacità contributiva di un soggetto alle autorità del Paese di residenza, in quanto in grado di valutare in maniera più agevole tutti i suoi redditi e la concreta situazione personale e familiare al fine di applicare eventuali benefici.

Esistono però delle ipotesi in cui la valutazione operata dal Paese di residenza non è sufficiente ad eliminare possibili discriminazioni. La sentenza sopra riportata presenta proprio uno di questi casi eccezionali nei quali risulta necessario temperare la portata dei principi appena descritti: il sig. Wallantin infatti non riceveva alcun reddito imponibile nel suo Paese di origine, essendo le sue uniche entrare una borsa di studio e un aiuto finanziario mensile da parte dei suoi genitori. In quel periodo egli si recava in Svezia ove svolgeva una limitata attività lavorativa che determinava il percepimento di un corrispettivo. In base alla normativa svedese tale corrispettivo deve essere tassato, in quanto reddito di soggetto non residente, con una specifica aliquota, senza applicare l'abbattimento previsto per i residenti. Questo fa si che il sig. Wallantin si trovi a pagare una cifra, seppure derivante da un'aliquota inferiore a quella normalmente prevista per i residenti, superiore a quella che avrebbe pagato come residente in quanto non poteva beneficiare di alcun abbattimento o deduzione.

La Corte ritiene che in ipotesi di questo tipo una disposizione come quella svedese costituisca un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, in quanto in grado di rendere tale libertà più onerosa per i soggetti che decidono di usufruirne. In mancanza di un'armonizzazione comunitaria in materia si rende pertanto necessario valutare i singoli sistemi di imposizione nazionali al fine di verificare la possibilità che questi ostacolino le libertà previste dal Trattato (in generale sull'armonizzazione fiscale e il divieto di discriminazioni vedi Amatucci F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998; Daniele L., *Il divieto di discriminazione fiscale nella giurisprudenza comunitaria (1980-1987)*, in *Foro it.*, 1989, IV, col. 201 ss.; Malerbe J., *L'ègalité en matière fiscale dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 883 ss.; Tizzano A., *Sul divieto di discriminazioni fiscali nella Comunità economica europea*, in *Foro it.*, IV, col 318 ss.).

**SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)**
**8 luglio 2004**

**"Previdenza sociale - Libera circolazione dei lavoratori - Trattato CE - Regolamento (CEE) n. 1408/71 - Prestazioni a copertura del rischio di non autosufficienza - Versamento da parte dell'assicurazione contro la non autosufficienza dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che assiste la persona non autosufficiente"**

Nei procedimenti riuniti C-502/01 e C-31/02, aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Sozialgericht Hannover (Germania) (causa C-502/01) e dal Sozialgericht Aachen (Germania) (causa C-31/02) nelle cause dinanzi ad essi pendenti tra *Silke Gaumain-Cerri* e *Maria Barth* e *Kaufmännische Krankenkasse - Pflegekasse, Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,* e tra:

*(Omissis)*

domande vertenti sull'interpretazione delle disposizioni del Trattato CE e del diritto derivato relative alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e, in particolare, 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, come modificato e aggiornato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 (GU 1997, L 28, pag. 1),

*(Omissis)*

**Sentenza**

1. — Con ordinanze 12 dicembre 2001 e 18 gennaio 2002, pervenute in cancelleria rispettivamente il 27 dicembre 2001 (causa C-502/01) ed il 4 febbraio 2002 (causa C-31/02), il Sozialgericht Hannover ed il Sozialgericht Aachen (Tribunali per la legislazione in materia sociale, rispettivamente di Hannover e di Aquisgrana, Germania) hanno sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, talune questioni pregiudiziali relative all'interpretazione delle disposizioni del Trattato CE e del diritto derivato relative alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione e, in particolare, 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, come modificato e aggiornato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97 (GU 1997, L 28, pag. 1; in prosieguo: il "regolamento n. 1408/71").

2. — Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di controversie tra, rispettivamente, la sig.ra Gaumain-Cerri e la Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse (in prosieguo: la "cassa contro la non autosufficienza KKH") e la sig.ra Barth e la

Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz (ente previdenziale per la provincia renana), a proposito delle decisioni di tali due enti di negare loro il versamento di contributi per la pensione di vecchiaia ai quali elle ritengono di avere diritto in qualità di terzi che assistono una persona non autosufficiente, beneficiaria delle prestazioni relative all'assicurazione sociale tedesca contro il rischio di non autosufficienza (in prosieguo: l'"assicurazione contro la non autosufficienza").

**Contesto normativo nazionale**

3. — In Germania l'assicurazione contro la non autosufficienza è stata introdotta, a partire dal 1º gennaio 1995, dal Pflegeversicherungsgesetz (legge tedesca sull'assicurazione sociale contro il rischio di non autosufficienza), che costituisce il libro XI del Sozialgesetzbuch (codice della previdenza sociale; in prosieguo: il "SGB"). Essa è diretta a coprire le spese causate dallo stato di non autosufficienza degli assicurati, ossia dal bisogno permanente che questi hanno di ricorrere, in ampia misura, all'aiuto di terzi per compiere azioni della vita quotidiana (igiene personale, alimentazione, mobilità, cura dell'abitazione, ecc.).

4. — Ogni persona coperta, a titolo volontario o obbligatorio, da un'assicurazione malattia è tenuta a versare contributi per l'assicurazione contro la non autosufficienza.

5. — Quest'ultima dà diritto, innanzi tutto, a prestazioni dirette a coprire le spese occasionate dalle cure a domicilio fornite da terzi. Tali prestazioni, cd. di "cure a domicilio", il cui ammontare dipende dal livello di autosufficienza dell'interessato, possono essere erogate, a scelta del beneficiario, sia sotto forma di cure fornite da enti riconosciuti, sia sotto forma di un assegno mensile, denominato "assegno di non autosufficienza", che permetta al beneficiario di scegliere la forma di aiuto che ritenga più appropriata al suo stato.

6. — L'assicurazione contro la non autosufficienza dà diritto, inoltre, alla copertura delle cure fornite all'assicurato in centri residenziali o in case di cura, ad assegni diretti a supplire all'assenza, per i periodi di ferie, del terzo che si occupa abitualmente dell'assicurato, ad assegni ed indennità a copertura delle diverse spese dovute allo stato di bisogno dell'assicurato, quali l'acquisto e l'installazione di apparecchiature specialistiche o l'esecuzione di lavori di modifica dell'abitazione.

7. — Infine, tale assicurazione copre, a determinate condizioni, i contributi per l'assicurazione di vecchiaia e di invalidità, nonché l'assicurazione contro gli infortuni del terzo che assiste l'assicurato.

8. — Le due controversie principali sono sorte proprio a causa di tale copertura relativa ai contributi per la pensione di vecchiaia.

**Controversie principali e questioni pregiudiziali**

9. — La sig.ra Gaumain-Cerri, cittadina tedesca, e suo marito, cittadino francese, risiedono in Francia ed esercitano, a tempo parziale, la loro professione, come lavoratori frontalieri, in un'impresa con sede in Germania. Essi sono iscritti a tale titolo al

regime dell'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza. Il loro figliolo, che risiede con essi, soffre di un handicap e, in qualità di persona dante causa dai suoi genitori, percepisce prestazioni a titolo di assicurazione contro la non autosufficienza, in particolare l'assegno di non autosufficienza. Il ruolo di terzo assistente della persona non autosufficiente è assunto dagli stessi genitori, a domicilio e a titolo volontario. Tuttavia, la cassa contro la non autosufficienza KKH, ente previdenziale contro il rischio di non autosufficienza in tale causa, rifiuta di versare i contributi per la pensione di vecchiaia della sig.ra Gaumain-Cerri e di suo marito per la loro attività di assistenza ad una persona non autosufficiente, in quanto essi non risiedono in territorio tedesco. Dalle disposizioni rilevanti del SGB risulterebbe che, tenuto conto del carattere non professionale di tale attività e mancando la residenza in territorio nazionale, essi non avrebbero né l'obbligo, né il diritto alla pensione obbligatoria di vecchiaia. Il carattere non professionale dell'attività in questione non attribuirebbe loro nemmeno la qualità di lavoratori destinatari delle disposizioni del regolamento n. 1408/71.

10. — Da parte sua, la sig.ra Barth, cittadina tedesca, risiede in Belgio, vicino alla frontiera tedesca, e fornisce la sua assistenza in Germania ad un dipendente pubblico in pensione. Ella percepisce da quest'ultimo una retribuzione mensile pari a circa EUR 400. Ai sensi delle disposizioni rilevanti del SGB, anche l'attività di assistenza della sig.ra Barth è considerata non professionale. La sig.ra Barth non esercita peraltro alcuna attività professionale. La persona non autosufficiente da lei assistita riceve le proprie prestazioni relative all'assicurazione contro la non autosufficienza da due enti, il Landesamt für Besoldung und Versorgung Nordrhein-Westfalen, quale ente di previdenza sociale di base per i dipendenti pubblici in pensione [della Renania settentrionale-Vestfalia], e la PAX Familienfürsorge Krankenversicherung (in prosieguo: la "PAX"), in quanto ente di assicurazione privata integrativa, che è obbligatoria e le cui condizioni sono, per legge, analoghe a quelle applicabili alla previdenza sociale di base. Per ragioni equivalenti a quelle addotte nel caso della sig.ra Gaumain-Cerri, attinenti alla residenza della sig.ra Barth fuori dalla Germania, il Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz ha disposto l'interruzione del versamento dei contributi pensionistici della sig.ra Barth, versamento effettuato fino ad allora dalla PAX e dal Landesamt.

11. — Le sig.re Gaumain-Cerri e Barth hanno adito, rispettivamente, il Sozialgericht Hannover ed il Sozialgericht Aachen relativamente alle decisioni sfavorevoli di cui sono oggetto e chiedono il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia da parte dell'assicurazione contro la non autosufficienza in forza della loro attività di assistenza a persone non autosufficienti.

12. — È in tale contesto che il Sozialgericht Hannover ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se ed eventualmente in presenza di quali circostanze le nozioni di "prestazione di malattia" ovvero "prestazione di vecchiaia", ai sensi dell'art. 1 [sic] del regolamento n. 1408/71, comprendano le prestazioni fornite da un ente previdenziale ad altro ente previdenziale, quando l'assicurato ne tragga solamente un vantaggio astratto e indiretto (versamento di contributi pensionistici da parte di una cassa contro la non autosufficienza a favore di chi svolga attività di assistenza a titolo non professionale).

2) Se dal divieto di discriminazione sancito dal diritto comunitario primario o derivato discenda che una prestazione del genere di quella indicata sub 1) debba essere

concessa indipendentemente dal fatto se l'attività che legittimi la corresponsione della prestazione sia stata svolta nel territorio nazionale ovvero in quello di uno Stato membro dell'Unione europea e indipendentemente dal luogo di residenza dell'assicurato o del diretto beneficiario della prestazione stessa".

13. — A sua volta, il Sozialgericht Aachen ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se le disposizioni del regolamento (…) n. 1408[/71] (…) si applichino anche al regime tedesco di assicurazione contro la non autosufficienza, quando la copertura assicurativa contro la non autosufficienza derivi (eventualmente in parte), a termini del § 23, in combinato disposto con il § 110 del Sozialgesetzbuch (codice tedesco della previdenza sociale) - soziale Pflegeversicherung (assicurazione sociale contro la non autosufficienza) - (SGB XI), dalla conclusione di un contratto di assicurazione privata contro la non autosufficienza.

2) Se i contributi previdenziali previsti, ai sensi del § 44 SGB XI, in combinato disposto con il § 3, prima frase, punto 1, lett. a), e con il § 166, n. 2, del Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung (regime legale di assicurazione di vecchiaia) - (SGB VI), a carico degli enti previdenziali contro la non autosufficienza ed a favore di persone che svolgono attività di assistenza a titolo non professionale, costituiscano "prestazioni di malattia" ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), del regolamento (…) n. 1408/71. In caso di soluzione affermativa, se prestazioni di tal genere possano essere erogate anche a favore di persone che svolgono attività di assistenza nel paese del competente ente previdenziale, pur essendo residenti in un altro Stato membro.

3) Se le persone che svolgono attività di assistenza ai sensi del § 19 SGB XI siano lavoratori ai sensi dell'art. 39 CE. In caso di soluzione affermativa, se sia pertanto vietato negare loro prestazioni consistenti nel "versamento di contributi per la pensione di vecchiaia", in quanto persone non residenti o non aventi abituale dimora nel territorio dello Stato competente".

## Sulle questioni pregiudiziali

### *Sulla ricevibilità*

14. — Il governo tedesco sostiene che le questioni sottoposte dal Sozialgericht Aachen sono irrilevanti. Secondo tale governo, la sig.ra Barth beneficia già, in forza della normativa nazionale, di un diritto al versamento di contributi obbligatori per la pensione di vecchiaia per il fatto che l'attività di assistenza è esercitata in Germania. Il luogo di residenza della sig.ra Barth sarebbe irrilevante ed il suo ricorso doveva essere accolto.

15. — Come la Corte ha ripetutamente sottolineato, il procedimento contemplato dall'art. 234 CE costituisce uno strumento di cooperazione tra essa stessa ed i giudici nazionali, che permette alla Corte di fornire ai detti giudici gli elementi interpretativi del diritto comunitario loro necessari per risolvere le liti dinanzi ad essi pendenti. Peraltro, non spetta alla Corte interpretare, nell'ambito di tale procedimento, il diritto interno di uno Stato membro e, salvo casi eccezionali, tocca al giudice nazionale, che è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti di causa nonché degli argomenti dedotti

dalle parti e che dovrà assumere la responsabilità della decisione giudiziaria da emettere, valutare, con piena cognizione di causa, la rilevanza delle questioni di diritto sollevate dalla controversia sottopostagli e la necessità di una pronunzia pregiudiziale ai fini della sentenza che dovrà pronunciare (v., in particolare, sentenza 14 febbraio 1980, causa 53/79, Damiani, Racc. pag. 273, punto 5). In questo caso, non sembra che le questioni sottoposte dal Sozialgericht Aachen si iscrivano in un contesto eccezionale che giustificherebbe un loro omesso esame.

*Nel merito*

16. — In sostanza, le questioni sottoposte dai due giudici del rinvio vertono su due aspetti principali.

17. — Innanzi tutto, tali giudici chiedono se una prestazione quale il versamento, da parte dell'ente che copre il rischio di non autosufficienza, dei contributi sociali per la pensione di vecchiaia del terzo che fornisce cure domiciliari ad una persona non autosufficiente, nelle condizioni ricorrenti nelle cause principali, costituisca una prestazione di malattia o una prestazione di vecchiaia ai sensi del regolamento n. 1408/71. Il Sozialgericht Aachen chiede, in particolare, se il fatto che la detta prestazione sia fornita da un ente di diritto privato che opera nelle condizioni della PAX nei confronti della persona assistita dalla sig.ra Barth incida sulla risposta (prima questione del Sozialgericht Hannover e del Sozialgericht Aachen e prima parte della seconda questione di quest'ultimo).

18. — In secondo luogo, i giudici del rinvio chiedono se il Trattato, in particolare l'art. 39 CE, il regolamento n. 1408/71 o altre disposizioni di diritto derivato ostino a che la detta prestazione sia negata per la ragione che la persona non autosufficiente o il terzo che la assiste, nelle condizioni ricorrenti nelle cause principali, risiedono fuori dallo Stato competente, ossia quello dell'ente presso cui la persona non autosufficiente è assicurata contro il rischio di non autosufficienza (seconda questione del Sozialgericht Hannover, seconda parte della seconda questione e terza questione del Sozialgericht Aachen).

Sull'applicazione del regolamento n. 1408/71 al versamento di contributi per la pensione di vecchiaia per conto di un terzo che assiste una persona non autosufficiente in condizioni quali quelle di cui alle cause principali

19. — Nella sentenza 5 marzo 1998, causa C-160/96, Molenaar (Racc. pag. I-843), pronunciata in risposta ad una questione pregiudiziale sottoposta nell'ambito di una controversia relativa al rifiuto di versare un assegno di non autosufficienza a persone coperte dall'assicurazione contro la non autosufficienza in quanto non residenti in Germania, la Corte ha dichiarato quanto segue:

"22) (…) Dal fascicolo emerge che le prestazioni dell'assicurazione mancanza di autonomia mirano ad estendere, soprattutto dal punto di vista economico, l'autonomia delle persone dipendenti dall'altrui assistenza. In particolare, il sistema realizzato tende ad incoraggiare la prevenzione e la riabilitazione anziché il ricorso alle cure e a favorire il ricorso alle cure a domicilio anziché presso centri di cura.

23) L'assicurazione mancanza di autonomia dà diritto alla presa a carico, totale o parziale, di alcune delle spese causate dallo stato di mancanza di autonomia dell'assicurato quali le cure prestate a domicilio, nei centri o negli istituti specializzati, l'acqui-

sto di apparecchiature necessarie all'assicurato, la realizzazione di lavori nella sua abitazione, nonché al versamento di un aiuto economico mensile che consenta all'assicurato di scegliere le modalità di assistenza di suo gradimento e, per esempio, di retribuire in una forma o in un'altra i terzi che lo assistono. Il regime dell'assicurazione mancanza di autonomia garantisce inoltre ad alcuni di tali terzi una copertura contro i rischi di infortunio, invalidità e vecchiaia.

24) Prestazioni di questo tipo hanno dunque essenzialmente l'obiettivo di integrare le prestazioni dell'assicurazione malattia, alla quale esse sono d'altronde connesse sul piano dell'organizzazione, al fine di migliorare le condizioni di salute e di vita delle persone dipendenti dall'altrui assistenza.

25) Di conseguenza, anche se siffatte prestazioni presentano caratteristiche loro proprie, esse debbono essere considerate alla stregua delle "prestazioni di malattia" ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71".

20. — Da tale decisione deriva che le prestazioni dirette a garantire la pensione di vecchiaia di un terzo che assiste una persona non autosufficiente, quali quelle previste dall'assicurazione contro la non autosufficienza, costituiscono parimenti "prestazioni di malattia" a vantaggio della persona assistita, ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71. Nessuna circostanza specifica al presente procedimento porta a mettere in discussione tale giudizio.

21. — In particolare, la circostanza che il terzo che assiste la persona non autosufficiente tragga personalmente vantaggio da una tale prestazione, come sottolineato dalla PAX, non incide sul fatto che la persona il cui stato di bisogno giustifica la concessione di un insieme di prestazioni di assistenza benefici, in tal modo, di un meccanismo diretto ad aiutarla a ricevere, nelle condizioni più favorevoli possibili, le cure necessitate dal suo stato. La detta prestazione rientra quindi certamente a tale titolo nell'ambito dell'assicurazione malattia. La stessa constatazione si impone d'altronde per quanto riguarda l'assegno di non autosufficienza propriamente detto qualora questo venga usato in tutto o in parte per retribuire il terzo che assiste la persona non autosufficiente, come nel caso della sig.ra Barth.

22. — Parimenti, il fatto che la copertura assicurativa contro la non autosufficienza sia talora fornita, in tutto o in parte, da un'assicurazione privata in base ad un contratto di diritto privato non può, in tal caso, determinare la sua esclusione dall'ambito di applicazione del regolamento n. 1408/71, in quanto la conclusione di un tale contratto deriva direttamente dall'applicazione della legislazione in materia di previdenza sociale di cui trattasi. A tale proposito, contrariamente a quanto sostenuto dal governo ellenico nelle osservazioni da esso presentate alla Corte, l'obbligo in questione non risulta direttamente da disposizioni contrattuali quali quelle di cui all'art. 1, lett. j), secondo comma, del regolamento n. 1408/71, le quali sono in linea di principio escluse dal campo di applicazione del detto regolamento.

23. — Occorre quindi rispondere alla prima serie di questioni dei giudici del rinvio, quali riassunte al punto 17 della presente sentenza, dichiarando che una prestazione quale il versamento, da parte dell'ente per l'assicurazione contro la non autosufficienza, dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che fornisce cure domiciliari ad una persona non autosufficiente, nelle condizioni di cui alle cause principali, costituisce una prestazione di malattia a beneficio della persona non autosufficiente soggetta

al regolamento n. 1408/71.

Sulla possibilità di rifiutare il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto di un terzo che assiste una persona non autosufficiente per il fatto che l'una o l'altra delle dette persone risiede nel territorio di uno Stato membro diverso da quello competente.

24. — In un caso quale quello della sig.ra Gaumain-Cerri, occorre innanzi tutto esaminare se il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto del terzo che assiste la persona non autosufficiente si debba effettuare secondo la legislazione dello Stato di residenza della persona assistita o secondo quella dello Stato competente, i quali, nella fattispecie, sono diversi.

25. — A tale proposito, nella citata sentenza Molenaar la Corte è stata invitata ad esaminare se le diverse prestazioni di assicurazione contro la non autosufficienza costituissero prestazioni di malattia "in natura" o prestazioni di malattia "in danaro". Infatti, ai sensi degli artt. 19 e 20 del regolamento n. 1408/71 che riguardano, in materia di assicurazione malattia e maternità dei lavoratori subordinati o autonomi e dei loro familiari, situazioni in cui gli interessati risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato competente, in particolare come lavoratori frontalieri, il fatto che si sia in presenza di prestazioni "in natura" o di prestazioni "in danaro" può determinare un cambiamento della legislazione applicabile.

26. — Nella citata sentenza Molenaar, la Corte ha dichiarato quanto segue:

"31) Nella sentenza 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen-Göbbels (Racc. pag. 407, in particolare pag. 429), la Corte ha già dichiarato, a proposito del regolamento (CEE) del Consiglio 25 settembre 1958, n. 3, per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti (GU 1958, n. 30, pag 561), che ha preceduto il regolamento n. 1408/71 e utilizzava gli stessi termini, che la nozione di "prestazioni in natura" non esclude prestazioni consistenti in pagamenti effettuati dall'istituzione debitrice, in particolare sotto forma di presa a carico o di rimborsi spese, e che la nozione di "prestazioni in danaro" riguarda essenzialmente le prestazioni destinate a compensare la perdita di retribuzione del lavoratore malato.

32) Come si è detto in precedenza (…), le prestazioni dell'assicurazione mancanza di autonomia consistono, in parte, nella presa a carico o nel rimborso di spese causate dallo stato di mancanza di autonomia dell'assicurato, e in particolare spese di natura medica conseguenti a tale stato. Prestazioni del genere, destinate a coprire cure ricevute dall'assicurato, tanto a domicilio quanto presso istituti specializzati, acquisti di apparecchiature e la realizzazione di lavori, rientrano incontestabilmente nella nozione di "prestazioni in natura" di cui [all'art.] 19, n. 1, lett. a), (…) del regolamento n. 1408/71.

33) Invece, se l'assegno per mancanza di autonomia è destinato a coprire anch'esso talune delle spese conseguenti allo stato di mancanza di autonomia, in particolare quelle relative all'aiuto prestato da un terzo, e non a compensare una perdita di retribuzione subita dal suo beneficiario, esso presenta tuttavia caratteristiche che lo distinguono dalle prestazioni in natura dell'assicurazione malattia.

34) In primo luogo, il versamento dell'assegno è periodico e non è subordinato alla previa effettuazione di determinate spese, quali le spese per cure, né a fortiori alla presentazione di documenti giustificativi delle spese sostenute. In secondo luogo, l'importo dell'assegno è fisso e indipendente dalle spese realmente sostenute dal beneficiario per sopperire alle necessità della sua vita normale. In terzo luogo, il beneficiario dispone di una grande libertà di utilizzazione delle somme che gli vengono così concesse. In

particolare, come ha indicato lo stesso governo tedesco, l'assegno per mancanza di autonomia può essere utilizzato dal beneficiario per farne dono ad una persona della propria famiglia o del proprio ambiente che lo assista gratuitamente.

35) L'assegno per mancanza di autonomia si presenta quindi come un aiuto economico che permette di migliorare globalmente il livello di vita delle persone dipendenti dall'altrui assistenza, così da compensare le maggiori spese dovute allo stato in cui si trovano.

36) Una prestazione quale l'assegno per mancanza di autonomia rientra quindi nel novero delle "prestazioni in danaro" dell'assicurazione malattia di cui [all'art.] 19, n. 1, lett. b), (…) del regolamento n. 1408/71".

27. — Il versamento stesso dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo a cui una persona non autosufficiente ricorre per l'assistenza a domicilio va parimenti qualificato come prestazione in denaro dell'assicurazione malattia a causa del suo carattere accessorio rispetto all'assegno di non autosufficienza propriamente detto, nel senso che esso costituisce una diretta integrazione di quest'ultimo al fine di uno dei suoi possibili usi, ossia il ricorso all'assistenza domiciliare di un terzo, che esso mira a rendere più agevole.

28. — Orbene, dall'art. 19, nn. 1, lett. b), e 2, del regolamento n. 1408/71 risulta che i familiari di un lavoratore che risiedono nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente devono poter beneficiare, in tale Stato membro di residenza, delle prestazioni in denaro dell'assicurazione malattia erogate dall'istituzione competente dell'altro Stato membro in base alle disposizioni della legislazione che essa applica, a meno che essi abbiano diritto alle stesse prestazioni in forza della legislazione dello Stato nel cui territorio risiedono. Pertanto, il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto del terzo che assiste una persona non autosufficiente che risiede in Francia e che è un familiare di un lavoratore coperto dall'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza deve essere garantito dall'istituzione tedesca competente in base alla legislazione tedesca sull'assicurazione contro la non autosufficienza, come se le detta persona non autosufficiente risiedesse in Germania, salvo il caso che quest'ultima abbia diritto ad una prestazione equivalente in forza della legislazione francese.

29. — Dal fascicolo non emerge che, nella prima causa principale, la cassa contro la non autosufficienza KKH abbia sostenuto che la legislazione francese consente il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto della sig.ra Gaumain-Cerri in forza della sua assistenza al figlio non autosufficiente. In assenza di una tale possibilità, nelle condizioni menzionate al punto precedente, si deve quindi applicare la legislazione dello Stato competente, in questo caso la Germania.

30. — Trattandosi di un caso quale quello della persona assistita dalla sig.ra Barth, è pacifico che si applichi la legislazione dello Stato competente, ossia parimenti la Germania, dove risiede tale persona non autosufficiente.

31. — Resta quindi da esaminare, in una situazione in cui si applichi la legislazione dello Stato competente, se l'istituzione competente possa rifiutare la concessione di una particolare prestazione relativa all'assicurazione contro la non autosufficienza, ossia il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto del terzo che assiste la persona non autosufficiente, perché tale terzo non risiede nel territorio dello Stato membro competente.

32. — Una risposta negativa si impone ad ogni modo in casi quali quelli di cui alle controversie principali, senza che occorra pronunciarsi, come hanno fatto alcuni inter-

venienti che hanno presentato osservazioni alla Corte, sulla qualità o meno di lavoratore dei terzi interessati, ai sensi dell'art. 39 CE o del regolamento n. 1408/71.

33. — È infatti pacifico che, nelle cause principali, tali terzi sono cittadini dell'Unione ai sensi dell'art. 17 CE.

34. — Lo status di cittadino dell'Unione consente a chi tra i cittadini degli Stati membri si trovi nella medesima situazione di ottenere, nell'ambito di applicazione del Trattato, fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico (v., in particolare, sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, D'Hoop, Racc. pag. I-6191, punto 28).

35. — Orbene, in casi quali quelli di cui alle cause principali, il rifiuto di versare i contributi per la pensione di vecchiaia per conto di un terzo che assiste una persona non autosufficiente per il solo motivo che egli non risiede nel territorio dello Stato competente, la cui legislazione è quella applicabile, porta a trattare in maniera diversa persone che si trovano nella medesima situazione, consistente nella prestazione di cure a titolo non professionale, ai sensi della legislazione dello Stato competente, a beneficiari dell'assicurazione contro la non autosufficienza soggetti alla medesima legislazione. In un tale contesto, in considerazione del fine dell'attività esercitata dai terzi che assistono persone non autosufficienti, il criterio della residenza di tali terzi pare costituire, infatti, non un elemento che stabilisca oggettivamente una differenza di situazioni e che giustifichi una disparità di trattamento, ma una disparità di trattamento nell'ambito di situazioni comparabili, costitutiva di una discriminazione vietata dal diritto comunitario.

36. — Occorre quindi rispondere alla seconda serie di questioni poste dai giudici del rinvio, quali riassunte al punto 18 della presente sentenza, dichiarando che, nel caso di prestazioni quali quelle erogate, nelle circostanze di cui alle cause principali, dall'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza ad un assicurato residente nel territorio dello Stato competente o ad una persona residente nel territorio di un altro Stato membro e coperta da tale assicurazione in quanto familiare di un lavoratore, il Trattato, in particolare l'art. 17 CE, nonché il regolamento n. 1408/71 ostano a che il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto di un cittadino di uno Stato membro, che assuma il ruolo di terzo che presta cure al beneficiario di tali prestazioni, sia rifiutato dall'istituzione competente perché tale terzo o il detto beneficiario risiede in uno Stato membro diverso dallo Stato competente.

*(Omissis)*

*Per questi motivi*, LA CORTE (Seconda Sezione), pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Sozialgericht Hannover e dal Sozialgericht Aachen con ordinanze 12 dicembre 2001 e 18 gennaio 2002, dichiara:

**1) Una prestazione quale il versamento, da parte dell'ente per l'assicurazione contro la non autosufficienza, dei contributi per la pensione di vecchiaia del terzo che fornisce cure domiciliari ad una persona non autosufficiente, nelle condizioni di cui alle cause principali, costituisce una prestazione di malattia a beneficio della persona non autosufficiente soggetta al 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, come modificato e aggiornato dal regolamento (CE) del Consiglio 2 dicembre 1996, n. 118/97.**

**2) Nel caso di prestazioni quali quelle erogate, nelle circostanze di cui alle cause principali, dall'assicurazione tedesca contro la non autosufficienza ad un assicurato residente nel territorio dello Stato competente o ad una persona residente nel territorio di un altro Stato membro e coperta da tale assicurazione in quanto familiare di un lavoratore, il Trattato, in particolare l'art. 17 CE, nonché il regolamento n. 1408/71, come modificato e aggiornato dal regolamento n. 118/97, ostano a che il versamento dei contributi per la pensione di vecchiaia per conto di un cittadino di uno Stato membro, che assuma il ruolo di terzo che presta cure al beneficiario di tali prestazioni, sia rifiutato dall'istituzione competente perché tale terzo o il detto beneficiario risiede in uno Stato membro diverso dallo Stato competente.**

*****

La sentenza in esame affronta, nel quadro della libertà di circolazione prevista dal diritto comunitario, una questione particolarmente rilevante come quella della necessità di garantire degli strumenti di tutela, quanto meno economica, per le persone non autosufficienti.

In Germania si è cercato di ovviare al problema, e alle conseguenti spese, stabilendo un obbligo assicurativo in base al quale "ogni persona coperta, a titolo volontario o obbligatorio, da un'assicurazione malattia è tenuta a versare contributi per l'assicurazione contro la non autosufficienza". Questa assicurazione copre le spese occasionate dalle cure a domicilio fornite da terzi, che possono essere erogate al beneficiario sia da enti riconosciuti, che da soggetti privati: in questo caso il sostegno è in forma di assegno mensile, denominato "assegno di non autosufficienza", che permette al beneficiario di scegliere la forma di aiuto che ritiene più adatta alla sua condizione o comunque preferibile. L'assicurazione copre anche i contributi per l'assicurazione di vecchiaia o di invalidità e l'assicurazione contro gli infortuni a favore del terzo che fornisca a domicilio l'assistenza necessaria al soggetto non autosufficiente.

In uno dei casi che danno origine al rinvio pregiudiziale in esame due coniugi richiedono il pagamento dei contributi in quanto prestatori di assistenza al proprio figlio portatore di handicap; essi infatti, pur risiedendo in Francia, risultano iscritti al regime previdenziale tedesco che impone l'assicurazione obbligatoria per non autosufficienza, a causa della loro qualità di lavoratori transfrontalieri. L'ente previdenziale tedesco rifiuta la corresponsione dei contributi in quanto si tratta di soggetti non residenti che prestano la propria attività in maniera volontaria e non professionale. Nel secondo caso oggetto di rinvio lo stesso esito deriva a carico di una cittadina tedesca che assiste a pagamento un dipendente pubblico in pensione, non autosufficiente, a titolo non professionale.

Ci si chiede se queste ipotesi rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 39 Tr. CE e del regolamento 1408/71 (in *GUCE* L149 del 1971). La Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi sul punto nel caso *Molenaar* (sentenza 5 marzo 1998, causa C-

160/96, in *Racc.* p. I-843), ove aveva stabilito che le prestazioni dirette a garantire una pensione di vecchiaia ad un terzo che assista un soggetto non autosufficiente devono essere qualificate come prestazioni di malattia a beneficio del soggetto in questione ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. a) del regolamento 1408/71. In particolare l'assegno deve ritenersi rientrante fra le prestazioni in denaro dell'assicurazione malattia in quanto aiuto economico non necessariamente corrispondente alla cifra effettivamente spesa. Allo stesso modo il versamento dei contributi, che presenta carattere accessorio rispetto all'assegno, deve essere qualificato anch'esso come prestazione in denaro (sulla politica di sicurezza sociale vedi Pennings F., *Introduction to European Social Security Law*, Antwerp, Oxford, New York, 2003; Pieters D., a cura di, *European Social Security and Global Politics*, L'Aja, 2003; Rodière P., *Droit sociale de l'Union européenne*, Parigi, 2002, p. 572 ss.).

Di conseguenza i familiari di un lavoratore che risiedono nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato membro competente devono poter beneficiare, nello Stato di residenza, delle prestazioni in denaro dell'assicurazione malattia erogate dall'istituzione competente dell'altro Stato membro in base alla disposizioni della legislazione applicata.

Quanto alla possibilità per lo Stato di condizionare i benefici alla residenza sul proprio territorio, la Corte di giustizia ha deciso di considerare irrilevante la presenza o meno della qualifica di lavoratore del soggetto in questione. Alla luce della sempre maggior rilevanza attribuita alla semplice cittadinanza dell'Unione ai fini di garantire libera circolazione e parità di trattamento, la Corte ha sancito che nel caso di specie una condizione di residenza costituisse una discriminazione ingiustificata in base all'art.17 del Tr. CE e al regolamento 1408/71 (sul punto vedi sentenza 11 luglio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, in *Racc.* p. I-6191, punto 28 e Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003).