ISSN 1593-5914

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE SETTEMBRE-DICEMBRE 2004

NN. 5-6

INFORMAZIONE PREVIDENZIALE

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

Direttore: VITTORIO CRECCO

Direttore Responsabile: ANNALISA GUIDOTTI

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

In questi numeri:

- Corte Cass. SS.UU. 26 luglio 2004, ordinanza n. 14060 806
Processo civile - Contemporanea pendenza dei giudizi sull'*an* e sul *quantum* - Sospensione necessaria - Esclusione.

- Corte Cass. 27 luglio 2004, sentenza n. 14129..... 1110
Contributi - Sgravi contributivi - Incremento occupazionale - Criteri di verifica

- Corte Cass. 8 maggio 2004, sentenza n. 8797 819
Rapporto di lavoro - Prosecuzione in pendenza del periodo di preavviso di licenziamento - Derogabilità

- Corte Cass. 8 aprile 2004, sentenza n. 6907..... 1146
Contribuzione volontaria - Soggetto del tutto privo di contribuzione obbligatoria in Italia - Esclusione

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

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

5-6

SETTEMBRE-DICEMBRE 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

INPS
ISTITUTO NAZIONALE PREVIDENZA SOCIALE

5

SETTEMBRE-OTTOBRE 2004

GRAF 3 - Pomezia - Via Carlo Poma, 8

Aut. Trib. Roma N. 84 del 16.2.2000
Finito di stampare: 19 settembre 2005

SOMMARIO N. 5/2004

INDICI		pag.	VII
DOTTRINA			
CASSANO G.:	«I contratti di distribuzione. Figure classiche e New Economy».	»	751
SILVESTRO C.:	«Prime riflessioni su prestazioni economiche di previdenza e assistenza sociali nella riforma del Titolo V° della Costituzione».	»	777
COSIO R.:	«Imprese, trasferimenti e appalti nella legge sul mercato del lavoro (D.lgs n. 276/03).».	»	794
GIURISPRUDENZA			
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Unite Civili		»	806
CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili		»	816
CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili		»	887
TRIBUNALI - Sezioni Civili		»	918
OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini)		»	942

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

SOMMARIO N. 6/2004

INDICI pag. VII

DOTTRINA

COLA G.: «Il contenzioso in materia di prestazioni assistenziali anche alla luce del d.l. 269/2003». » 993

BELLINI M.P.: «Commento alla L. 15/2005 di modifica della L. 241/1990». » 1013

PUNZI C.N.: «La Pubblica Amministrazione fra diritto alla riservatezza e trasparenza. » 1043

NOTE A SENTENZA

MADONIA G.: «Retribuzione dovuta al lavoratore, retribuzione imponibile e minimali contributivi: l'evoluzione della fattispecie; il ruolo del CCNL e degli accordi aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative». » 1064

GIURISPRUDENZA

CORTE DI CASSAZIONE - Sezioni Civili » 1084

CORTE D'APPELLO - Sezioni Civili » 1167

TRIBUNALI - Sezioni Civili » 1185

OSSERVATORIO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA (a cura di E. Bergamini) » 1211

- *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 DI CASSAZIONE (Sezioni Unite Civili)	14060/04 (Ord.)	26.7.2004	806
CORTE DI CASSAZIONE (Sezioni Civili)	24201/04	30.12.2004	1084
	23229/04	13.12.2004	1089
	23105/04	10.12.2004	1093
	22921/04	7.12.2004	1058
	22380/04	6.12.2004	1096
	16034/04	17.8.2004	1099
	15387/04	9.8.2004	1102
	14152/04	27.7.2004	1105
	14129/04	27.7.2004	1110
	13869/04	23.7.2004	1116
	11756/04	24.6.2004	1123
	11632/04	22.6.2004	1125
	10219/04	27.5.2004	1141
	9646/04	20.5.2004	816
	8797/04	8.5.2004	819
	8043/04	27.4.2004	821
	6907/04	8.4.2004	1146
	6637/04	5.4.2004	1149
	6463/04	1.4.2004	825
	5009/04	11.3.2004	832
	4922/04	10.3.2004	836
	4671/04	8.3.2004	1155
	4623/04	6.3.2004	1158
	4155/04	1.3.2004	1164
	1587/04	28.1.2004	844
	975/04	21.1.2004	846
	19260/03	16.12.2003	848
	18697/03	6.12.2003	851
	18338/03	1.12.2003	854
	18280/03	28.11.2003	857
	18270/03	28.11.2003	861
	17823/03	24.11.2003	863
	17053/03	12.11.2003	868
	16221/03	28.10.2003	870
	13273/03	10.9.2003	875
	12741/03	1.9.2003	882

GIURISDIZIONE	*NUMERO DECISIONE*	*DATA*	*PAG.*
CORTE DI APPELLO (Sezioni Civili)			
Ancona	626/04	20.12.2004	1167
Ancona	353/04	15.5.2004	1169
Ancona	312/04	11.6/14.7.2004	887
Ancona	236/04	7.5/14.6.2004	1171
Ancona	223/04	7/18.5.2004	1174
Ancona	220/04	1.6.2004	891
Ancona	211/04	10.5.2004	898
Ancona	183/04	10.5.2004	1177
Ancona	140/04	17.5.2004	903
Genova	1044/04	22.10/12.11.2004	1182
Genova	829/04	25.6/1.9.2004	911
Genova	816/04	14.7/1.9.2004	914
TRIBUNALI (Sezioni Civili)			
Agrigento	2306/04	21/29.12.2004	1185
Agrigento	1287/04	7/9.12.2004	1187
Agrigento	13/04	7.12.2004	1190
Agrigento	2882/03	16/22.12.2003	918
Agrigento	1433/03	3.6.2003	923
Agrigento	450/03	20.3.2003	926
Bergamo	305/04	17.7.2004	928
Crotone	1009/03	18.6.2003	930
Genova	2206/04	25.10.2004	1195
Genova	2168/04	19.10.2004	932
Palermo	522/04	20.2/20.4.2004	1202
Palermo	124/03	17.1/31.3.2003	1204
Ragusa	189/04	4/9.3.2004	1208
Viterbo	508/04	8.3.2004	939

INDICE ANALITICO NN. 5-6/2004

APPALTO

- Servizio di vigilanza privata - Tariffa minima oraria determinata con decreto prefettizio - Integrazione contrattuale - Esclusione. (pag. 1169)

CONTRATTO IN GENERE

- Contratto di organizzazione di viaggio - Nozione. (pag. 918)

CONTRIBUTI

- Condono - Adempimento - Prescrizione - Effetti. (pag. 1187)
- Condono - Natura giuridica - Confessione - Atto interruttivo della prescrizione. (pag. 1187)
- Esonero e sgravi - Art. 8, comma 9, l. n. 407/90 - Società cooperative -Applicabilità. (pag. 1202)
- Evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero - Sanzioni civili - *Jus superveniens* - Effetti. (pag. 891)
- In genere - Classificazione di una impresa ai fini previdenziali - Attività aventi carattere promiscuo - Attività prevalente - Rilevanza - Onere della prova relativo - Funzione - Fattispecie. (pag. 1116)
- In genere - Omesso versamento totale o parziale - Somma aggiuntiva dovuta in base al regime di cui all'art. 4 del D.L. n. 536 del 1987 - Commisurazione al tasso di interesse di cui all'art. 13 del D.L. n. 102 del 1981 - Conseguente credito dell'istituto previdenziale - Prescrizione decennale - Applicabilità - Prescrizione quinquennale *ex* art. 2948 n. 4 - Esclusione - Fondamento. (pag. 1105)
- Inquadramento - Agenzia di Viaggi - Attività plurime - Criteri di classificazione - Prevalenza - Elementi di valutazione. (pag. 918)
- Opposizione a ruolo - Natura del giudizio. (pag. 914)
- Opposizione a ruolo - Nullità cartella - Merito della pretesa contributiva - Accertamento - Necessità. (pag. 914)
- Presentazione delle denunce contributive sui c.d. "modelli DM10/M" - Idoneità a configurare ricognizione del debito interuttiva della prescrizione - Ammissibilità - Condizioni. (pag. 1096)
- Retribuzione imponibile - Art. 1 D.L. n. 338 del 1989 - Minimale contributivo - Individuazione - Retribuzione pari o inferiore a quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Operatività - Retribuzione superiore - Applicabilità - Esclusione. (pag. 1110)

- Retribuzione imponibile - Minimale contributivo - Distinzioni. (pag. 1058)

- Retribuzione imponibile - Prestazione di uso dell'alloggio - All'interno del cantiere di lavoro - Assimilabilità ad elementi esclusi dalla contribuzione - Esclusione - Computabilità nella retribuzione imponibile - Sussistenza. (pag. 1110)

- Riscossione coattiva - Riforma *ex* D.lgs. n. 46/99 - Procedimento monitorio - Ammissibilità. (pag. 1204)

- Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi - Presupposti - Verifica dell'effettivo incremento occupazionale - Criteri - Nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Conseguenze - Trasferimento dal Nord al Mezzogiorno di lavoratori di una medesima impresa o reimpiego presso imprese collegate di lavoratori licenziati al Nord o modificazioni nella titolarità aziendale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie. (pag. 1110)

IMPIEGO PUBBLICO

- Dipendente INPS - Procedura concorsuale - Titolo di studio - Diploma di infermiere professionale - Equiparazione al diploma universitario di infermiere - Insussistenza. (pag. 887)

- Dipendente INPS - Procedura concorsuale - Titolo di studio - Mancata valutazione - Contestazione - Giurisdizione. (pag. 887)

LAVORO (RAPPORTO DI)

- Collaborazione coordinata e continuativa - Qualificazione rapporto - Irrilevanza *nomen iuris* - Elementi di fatto sintomatici della subordinazione. (pag. 1185)

- Conclusione del contratto per *facta concludentia* - Partecipazione a corso formazione sui rischi professionali anteriore a visita medica di verifica idoneità - Sussistenza. (pag. 1189)

- Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - Di preavviso - Effetti - Continuazione del rapporto e delle connesse obbligazioni fino alla scadenza del periodo di preavviso previsto dal contratto - Derogabilità per accordo, anche tacito, tra le parti sulla immediata interruzione del rapporto - Relativo accertamento - Spettanza al giudice del merito - Censurabilità in cassazione - Limiti - Conseguenze. (pag. 818)

- Lavoro subordinato - Retribuzione - Cassa Integrazione Guadagni - Straordinaria - Corresponsione delle quote di trattamento di anzianità o di fine rapporto maturate dai lavoratori durante il collocamento in CIGS - Soggetto obbligato - Fattispecie regolate dall'art. 21, commi quinto e sesto della legge n. 675 del 1977 - Previsione del pagamento delle suddette quote esclusivamente da parte del Fondo per la mobilità della manodopera - Fondamento. (pag. 836)

OBBLIGAZIONI IN GENERE

- Adempimento - Pagamento - Imputazione - Del pagamento agli interessi - Crediti di lavoro - Adempimento parziale - Imputazione agli interessi e alla rivalutazione - Necessità - Imputazione a capitale - Condizioni - Accettazione da parte del creditore della imputazione fatta dal debitore - Necessità - Desumibilità della accettazione dalla mera riscossione dal pagamento parziale con imputazione a capitale da parte del debitore - Esclusione - Fattispecie. (pag. 846)

PENSIONI

- Adeguamento delle prestazioni - Disciplina *ex* art. 59 legge n. 449 del 1997 - Applicabilità - Conseguenze - Diritto alla riliquidazione della pensione in relazione alla variazione nella retribuzione pensionabile del personale in servizio - Esclusione. (pag. 870)
- Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali - Indennità e rendita - Contributi o premi - Prosecuzione volontaria del versamento dei contributi - Ammissibilità in favore di soggetto del tutto privo di contribuzione obbligatoria in Italia - Esclusione - Avvenuto versamento di contributi obbligatori in altro Stato comunitario - Irrilevanza. (pag. 1146)
- Assicurazione per l'invalidità, vecchiaia e superstiti - Coniuge divorziato - In genere - Titolarità in astratto dell'assegno divorzile - Diritto alla pensione di reversibilità - Sussistenza - Limiti. (pag. 911)
- Conseguimento dei requisiti assicurativi e contributivi da parte del lavoratore italiano per effetto della totalizzazione dei periodi assicurativi presso diversi Stati - Ammissibilità in base all'ordinamento comunitario - Condizioni - Cumulabilità dei periodi assicurativi compiuti sotto la legislazione dei soli Paesi membri dell'Unione europea - Esistenza di convenzione con Paese terzo ratificata con legge dello Stato membro - Rilevanza - Esclusione - Cumulo di periodi di assicurazione compiuti in Italia e in Germania con quelli compiuti in Australia - Ammissibilità - Esclusione. (pag. 875)
- Enti di previdenza obbligatoria - Prestazioni indebite agli assicurati - Pagamenti antecedenti al 1° gennaio 1996 - Disciplina applicabile - Recuperi precedentemente avvenuti - Disciplina *ex lege* n. 662/1996 - Applicabilità - Esclusione - Prestazioni indebite effettuate pur avendo la possibilità di informazioni sul reddito dell'assicurato e in assenza di dolo di quest'ultimo - Ripetibilità - Esclusione. (pag. 848)
- Fondo telefonici - Pensionato di invalidità con decorrenza anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. 658/96 - Conseguimento di pensione di inabilità ai sensi dell'articolo 2 della legge 222/1984 - Esclusione. (pag. 1093)
- Gestione separata di cui all'articolo 2, commi 26 e seguenti della legge 8 agosto 1995, n. 335 - Cumulo di periodi contributivi maturati presso l'a.g.o. - Condizioni - Articolo 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282 - Rinvio alle condizioni previste dall'art. 1 comma 23 della legge 8 agosto 1995, n. 335 ai fini dell'opzione per il sistema contributivo di calcolo della pensione - Illegittimità - Sussiste. (pag. 1084)
- In genere - Benefici pensionistici *ex* art. 13, commi 7 e 8, legge n. 257/92 - Pensionati di invalidità che, alla data del 28.04.1992, hanno superato l'età pensionabile - Non spettano. (pag. 1195)
- 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 della pensione di anzianità - Sussistenza. (pag. 863)
- Lavoratori autonomi - Cessazione dell'attività commerciale - Indennizzo *ex* D.lgs n. 207/1996 - Spettanza - Requisito: iscrizione per almeno 5 anni nella gestione commercianti al momento della cessazione dell'attività - Periodo continuativo - Insussistenza. (pag. 861)

- Lavoratori marittimi - Prolungamento dei periodi di effettiva navigazione *ex* artt. 24 e 25 della legge n. 413 del 1984 - Limitazione alle sole prestazioni pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'INPS - Sussistenza. (pag. 928)
- Misura - In genere - Prepensionamento - Insorgenza del diritto - Decorrenza degli effetti economici - Distinzione dei relativi momenti. (pag. 851)
- Pensione di anzianità - Assicurato con pregressa attività lavorativa in Stati diversi - Disciplina della totalizzazione contenuta in un accordo bilaterale o in un regolamento comunitario - Applicabilità - Condizioni - Applicazione analogica - Esclusione - Fattispecie in tema di pensione di anzianità. (pag. 1149)
- Pensione di anzianità - Disciplina posta dall'art. 59 commi 6 e 8, legge n. 449 del 1997 - Decorrenza della pensione - Determinazione - Maturazione dei requisiti prima del 1° gennaio 1998 - Rilevanza - Esclusione - Differimento dei termini di accesso alla prestazione - Età superiore ai cinquantasette anni - Rilevanza - Esclusione - Fondamento. (pag. 857)
- Pensione di vecchiaia - Riforma pensionistica *ex* d.lgs. n. 503 del 1992 - Progressivo innalzamento dell'età pensionabile - Disciplina applicabile - Diritti quesiti - Individuazione - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza. (pag. 854)
- Pensione sociale - Soggetti (anziani) - Ultrasessantacinquenni divenuti invalidi - Diritto alla pensione sociale - Requisito reddituale - Cumulo del reddito del coniuge - Sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 1992 - Estensione alle disposizioni sul limite di reddito individuale - Esclusione. (pag. 867)
- Pensioni in regime internazionale - Convenzione fra l'Italia e la Svizzera del 1962 sulla sicurezza sociale - Accordo aggiuntivo del 1969 - Trasferimento all'Istituto assicuratore italiano dei contributi versati in Svizzera - Erogazione della pensione secondo la legislazione italiana - Ammissibilità - Diversa aliquota dei contributi versati in Svizzera rispetto a quelli previsti dalla legislazione italiana - Rilevanza - Esclusione - Contrasto con l'art. 81 Cost. per omessa copertura degli oneri conseguenti - Esclusione - Fondamento. (pag. 1158)
- Personale *ex* Scau - Dirigenti - Pensione - Diritto alla riliquidazione in relazione alle variazioni nella retribuzione pensionabile del personale in servizio (artt. 30 del regolamento di previdenza dell'ente e 75 D.P.R. n. 761 del 1979) - Indennità di funzione *ex* art. 13. l. n. 88 del 1989 - Commutabilità - Decorrenza - Fondamento. (pag. 1155)
- Spese giudiziali - Questioni relative alla "cristallizzazione" di importi comprensivi di integrazione al minimo - Estinzione del giudizio con compensazione delle spese *ex* art. 36. comma quinto, legge n. 448 del 1998 - Compresenza di statuizioni definitive su aspetti della lite diversi - Valutazione discrezionale del giudice circa la misura della compensazione stessa - Esclusione. (pag. 1163)

PRESCRIZIONE E DECADENZA

- Prescrizione civile - Termine - Prescrizioni brevi - Interessi - Interessi dovuti a titolo di somma aggiuntiva *ex* art. 4, comma 1, del D.L.n. 536 del 1987 - Prescrizione *ex* art. 2948 n. 4 - Inapplicabilità - Fondamento - Prescrizione decennale - Applicabilità - Fondamento. (pag. 1105)

PRESTAZIONI

- Cassa integrazione guadagni straordinaria - Ritardo nell'erogazione del trattamento - Interessi e rivalutazione - Spettanza - Condizioni. (pag. 1171)
- Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Applicabilità della direttiva comunitaria n. 97/81/CE del 15.12.1997 - Esclusione. (pag. 932)
- Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Incostituzionalità degli artt. 40, 73 e 76 regio decreto legge n. 1827/35 in relazione agli artt. 3 e 38 Cost. - Esclusione. (pag. 932)
- Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Periodi di inattività - Non spetta. (pag. 932)
- Indennità di disoccupazione agricola - Determinazione - Riferimento al salario medio convenzionale dell'anno precedente - Necessità. (pag. 939)
- Indennità di maternità in agricoltura - Rapporto di lavoro subordinato tra familiari - Onerosità - Prova - Necessità. (pag. 1208)
- Lavori socialmente utili - Rivalutazione automatica - Disciplina anteriore all'entrata in vigore dell'art. 8, comma 8, D.Lgs.. n. 468 del 1997 - Criterio di adeguamento previsto per il trattamento straordinario di integrazione salariale - Applicabilità - Esclusione - Fondamento - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza. (pag. 1125)
- Lavoro - Lavoro subordinato - Estinzione del rapporto - Licenziamento collettivo - Iscrizione dei lavoratori nelle liste di mobilità - Assunzione in prova del lavoratore in mobilità - Mancato superamento della prova - Conseguenze - Reiscrizione nella lista - Dimissioni del lavoratore - Possibilità di nuova iscrizione - Esclusione - Fondamento. (pag. 882)

PRESTAZIONI TEMPORANEE

- Indennità di disoccupazione - Trattamento speciale di disoccupazione agricola - Superamento salario medio convenzionale - Prova - Necessità. (pag. 930)

PREVIDENZA (ASSICURAZIONI SOCIALI)

- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - Decadenza - Richiesta di integrazione per l'inclusione del comune fra le aree colpite da eventi calamitosi e conseguente reiscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli *ex* art. 21, 6° comma, l. n. 223/91 per un numero di giornate superiore a quelle effettivamente prestate - Concorso delle due indennità di disoccupazione ordinaria e speciale - Obbligazioni distinte - Pagamento parziale - Esclusione - Decadenza sostanziale *ex* art. 47 d.p.r. n. 639 del 1970 - Applicabilità alla richiesta di disoccupazione speciale. (pag. 1099)

- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Natura previdenziale - Conseguenze - Patto in deroga alla legge - Validità - Esclusione - Fattispecie. (pag. 832)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Richiesta di corresponsione anticipata - Dopo l'avvio di attività di lavoro autonomo - Ammissibilità - Fondamento. (pag. 844)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità speciale per i lavoratori edili - Fattispecie costitutiva del diritto - Periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi - Deroga con norma temporanea *ex* art. 6 d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236 - Computo dei diciotto mesi di occupazione riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro - Periodo di vigenza della disposizione temporanea fino al 31 dicembre 1995 - Licenziamento intimato dopo il 31 dicembre 1995 - Requisito più rigoroso previsto dalla disposizione originaria dell'art. 11, comma secondo della legge n. 223 del 1991 - Applicabilità. (pag. 821)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Lavoratore collocato in mobilità - Accettazione di nuovo posto di lavoro ad oltre sessanta minuti di viaggio dalla sua abitazione - Successive dimissioni - Conseguenze - Perdita dell'indennità di mobilità - Applicazione analogica della disciplina sul legittimo rifiuto del posto di lavoro - Esclusione. (pag. 816)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Indennità di mobilità - Termine di centoventi giorni per il completamento della procedura - Interpretazione autentica dell'art. 24, comma primo, legge n. 223 del 1991 ad opera dell'art. 8 d.l. n. 148 del 1993. (pag. 1141)
- Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Iscrizione nelle liste di mobilità e diritto all' indennità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Svolgimento di attività di lavoro autonomo - Incompatibilità - Esclusione - Fondamento - Indennità di mobilità - Esclusione - Modalità di erogazione. (pag. 825)
- Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Domanda amministrativa - Condizione di proponibilità della domanda giudiziale - Configurabilità - Conseguenze - Mancata contestazione dell'insussitenza di detta domanda amministrativa da parte del convenuto - Rilevanza - Esclusione. (pag. 1123)
- Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Preventiva domanda amministrativa - Requisiti - Tempestività - Rilevanza - Conseguenze. (pag. 1123)
- Prestazioni - Domanda amministrativa - Espressione della volontà di fruire della prestazione - Difetto - Rettifica successiva alla scadenza - Decadenza - Sussiste. (pag. 1102)

PREVIDENZA ED ASSISTENZA SOCIALE

- Contributi - Evasione - Sanzione *"una tantum"* - Irrorazione - Presupposti. (pag. 903)
- Contributi - Omissione contributiva - Distinzione dall'evasione - Nozione. (pag. 898)

- Contribuzione - Fallimento soci illimitatamente responsabili - Solidarietà - Sussistenza. (pag. 891)
- Prestazioni di malattia - Prescrizione - Irrinunciabilità. (pag. 1167)
- Prestazioni pensionistiche - Assicurati "dimoranti in via stabile all'estero" - Omissione della comunicazione del proprio rientro in Italia - Conseguenze. (pag. 1177)
- Prestazioni pensionistiche - Ripetizione d'indebito - Omessa comunicazione di dati rilevanti al fine della liquidazione della prestazione - Equiparazione al dolo - Condizioni. (pag. 1177)
- Società cooperativa artigiana a responsabilità limitata - Compensi erogati ai soci che hanno prestato attività lavorativa - Contribuzione - Assoggettamento. (pag. 903)

PROCEDIMENTO CIVILE

- Sospensione del processo - In genere - Contemporanea pendenza del giudizio sull'*an* e di quello sul *quantum debeatur* - Rapporto tra i due giudizi - Pregiudizialità tecnico giuridica - Esclusione - Pregiudizialità logica - Sussistenza - Conflitto di giudicati - Rischio - Insussistenza - Sospensione del secondo giudizio in attesa della definizione del primo - Necessità - Esclusione - Sospensione facoltativa - Ammissibilità. (pag. 806)

PROCESSO CIVILE

- Controversie previdenziali - Ricorso - Impossibilità di identificare gli elementi di fatto posti a base della domanda - Nullità - Rilevabilità. (pag. 1182)
- Onere prova - Opposizione a verbale ispettivo - Fatto negativo - Incidenza sull'onere della prova - Esclusione. (pag. 1089)
- Prova - Valutazione - Dichiarazioni rese agli ispettori INPS in contrasto con quelle successivamente rese in udienza - Prevalenza. (pag. 1189)
- Riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi - Avviso bonario *ex* art. 24 d. lgs. n. 46/99 - Opposizione del debitore - Interesse ad agire - Insussistenza - Domanda riconvenzionale proposta dall'INPS e dalla SCCI di condanna al pagamento dei crediti di cui all'avviso bonario - Ammissibilità. (pag. 923)
- Rito lavoro - Opposizione avverso cartella esattoriale - Deposito del ricorso oltre quaranta giorni - Inammissibilità. (pag. 926)

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Risarcimento del danno da errata comunicazione dei dati relativi alla posizione assicurativa - Imputabilità all'Istituto previdenziale - Condizioni. (pag. 1174)

GIUSEPPE CASSANO

Già Docente di Diritto Privato nell'Università Luiss di Roma

I CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE. FIGURE CLASSICHE E NEW ECONOMY

Sommario: I. Categoria e funzione dei contratti di distribuzione commerciale. II. - Elementi comuni e tratti distintivi della categoria. III. - Contributo e mutamento prospettico dell'Analisi Economica del Diritto. IV. - Sistema di protezione di un nuovo contraente "relativamente debole": l'impresa verso l'impresa V. - La nuova legge sul franchising VI. - La nuova normativa sul commercio elettronico: la Direttiva 31/2000/CE e il D. Lgs. 70/2003. VII. - Considerazioni conclusive.

I. — Categoria e funzione dei contratti di distribuzione commerciale.

Nell'analisi del concetto di contratti di distribuzione (in generale: Aa. Va. 1993; Baldi 1984; Pardolesi 1979; Pardolesi 1988; Santini 1979, 117 ss.; Santini 1988; Vettori 1983; Zanelli 1971), autorevole dottrina si approccia all'argomento, asserendo espressamente che «l'unica ragionevole certezza è che ci si vuole riferire ad ipotesi in qualche modo attinenti al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano le distanze tra produzione e consumo» (Pardolesi 1979, 2).

Altra piccola certezza è che per la comprensione di questa categoria è necessario ben considerare i sottostanti fattori economici.

Coerentemente con ciò, essenzialmente, va notato che lo sviluppo del commercio modernamente inteso, quale attività di lucro riguardante lo scambio e la circolazione di beni attuata con continuità e con l'intervento degli intermediari risale intorno all'anno mille.

Tuttavia, è con l'ampliamento dei mercati conseguente alla crescente produzione industriale e alla espansione dei traffici, l'intensificarsi della competizione concorrenziale tra le imprese, l'accrescimento del tenore di vita ed altri fattori ancora che nascono e si affermano nuove esigenze. Fra queste, quelle che più rilevano ai fini del nostro discorso sono l'interesse dei produttori ad aumentare la produzione ed il conseguente bisogno degli stessi di espandere il volume della produzione con l'estendersi dei mercati.

L'incremento della produzione, peraltro, presuppone l'esistenza di sbocchi sicuri e comporta, perciò, la necessità di disporre di una organizzazione per la distribuzione dei prodotti idonea ad assicurare la massima diffusione nei diversi mercati, spesso lontani e quasi estranei dal produttore.

In tale contesto sorge il problema, per il produttore, di creare un apparato distributivo che permetta di superare il divario tra produzione e consumo; divario legato alla circostanza che la capacità produttiva del fabbricante, di regola, è largamente eccedente le capacità di assorbimento del mercato.

Si è cosi assistito ad un progressivo e costante mutamento delle varie forme che caratterizzano il commercio, ponendo in difficoltà gli stessi giuristi che si trovano nella condizione di cercare di realizzare delle distinzioni logiche che da un punto di vista strettamente normativo non troverebbero riscontri ma che invece sono del tutto legittime da punto di vista socio-economico. D'altronde, lo scopo del diritto è regolare i rapporti all'interno della società cercandosi di adeguarsi alle mutevoli esigenze espresse dalla stessa.

Attualmente, con lo sviluppo di sempre nuove forme di manifestazione dell'autonomia privata assieme all'evolversi e al variegarsi delle modalità di realizzazione degli scambi, viene messa in crisi l'unitarietà e l'organicità della fattispecie della vendita, accanto alla quale si creano nuove categorie, tra queste quella dei contratti di distribuzione.

Si è avuto anche un mutamento radicale nelle modalità di organizzazione strutturale del processo di distribuzione, in quanto in base a delle semplici considerazioni economiche, la produzione di un bene e la prestazione di un servizio sono giustificati solo in quanto vige la legge della domanda, anche se potenziale, di quel bene e di quel servizio, che a sua volta dà senso all'attività produttiva. Di conseguenza, per ogni impresa produttrice la fase di distribuzione diventa l'oggetto principale di studio approfondimento volto al miglioramento della stessa in quanto rappresenta il canale principale per aumentare la redditività dell'impresa.

Altresì, al contempo, va rilevato un importante mutamento *strutturale* all'interno della categoria dei rapporti di distribuzione: «Con l'evolversi delle tecniche di *marketing* e delle prassi contrattuali, tuttavia, il centro di gravità delle figure in discorso è venuto progressivamente a spostarsi dal patto di esclusiva di (ri)vendita (che ha perso sempre più il connotato di elemento essenziale del rapporto tra produttore e distributore, per divenire una pattuizione eventuale ed accessoria) alla clausola che pone a carico di quest'ultimo non solo l'impegno di acquistare le merci ma anche di promuoverne la commercializzazione secondo modalità stabilite dal produttore; clausola che ha finito col diventare — come meglio vedremo più avanti — il vero tratto fisionomico di questi contratti» (Luminoso 1995, 257).

Secondo un schema tendenzialmente riduttivo (Bacchini 1999, XI), due sono le principali forme di organizzazione per la distribuzione di un bene e di un servizio.

Da una parte, nella c.d. distribuzione *diretta*, la merce passa dalle mani del suo produttore direttamente nella mani del consumatore finale e il produttore realizza un'integrazione di tipo *verticale* tramite la quale può curare direttamente tutte le fasi attinenti alla messa in commercio di quel prodotto, avvalendosi di soggetti appartenenti alla stessa struttura e come tali configurabili come lavoratori dipendenti; ciò permette al produttore di avere il potere decisionale e di controllo sull'attività dei suoi sottoposti addetti alle varie fasi dalla commercializzazione.

In dottrina, si è precisato che questo tipo di distribuzione è *diretta* sia perché la vendita si attua direttamente nella sede dell'impresa, sia perché l'impresa stessa assume su di sé tutte le funzioni attinenti alla messa in commercio del prodotto (Bacchini XI, 1999).

Invece, nella distribuzione *indiretta*, che si realizza quando il produttore concentra ogni suo sforzo e attenzione sull'efficienza e funzionalità dell'attività di produzione rinunciando alla costituzione di una propria organizzazione distributiva, avvalendosi di una catena di operatori commerciali giuridicamente autonomi, che operano su diversi livelli, esemplificati dalle figure del grossista e del dettagliante, viene a realizzarsi una sorta di integrazione verticale pattizia che si basa sugli accordi e contratti posti in essere dalle parti interessate.

La recente dottrina ha osservato che il produttore però, si è costruito una terza via, né diretta, né indiretta, all'interno del tradizionale contesto contrattuale distributivo che va sotto il nome di distribuzione *«coordinata»* in base alla quale è possibile coordinare le fasi di produzione e distribuzione attraverso la stipulazioni di una variegata gamma di contratti, fra operatori formalmente indipendenti, che saltano i vari stadi della commercializzazione.

Fra la distribuzione *indiretta* e la distribuzione *diretta* è possibile, quindi, «concepire tutta una sfumata gamma di pattuizioni che permettono, in qualche misura, di coordinare la fase produttiva con quella distributiva, senza per questo elidere l'autonomia dei partners; si arriva cioè a definire, in negativo un'area contrassegnata dall'integrazione verticale convenzionale» (Pardolesi 1988, 1-2), ovvero dall'integrazione, formalizzata con specifico strumento negoziale, a causa della consentita ingerenza del produttore sul distributore coordinato, soggetti distinti operanti a diversi livelli di mercato.

In questo senso, infatti, il fenomeno della segmentazione del processo produttivo, altrimenti detto *«outsorcing»* attuato mediante la cooperazione fra imprese diverse, non è assicurato necessariamente da un contratto di scambio, ma può costituirsi anche sulla base di contratti di collaborazione più o meno stretta, senza che sia pregiudicata la reciproca autonomia dei soggetti.

Oggi si impongono all'evidenza le nuove tecnologie informatiche e telematiche e le nuove tecniche di organizzazione, sicché, in concreto, risultano possibili svariate forme di coordinamento.

Perciò, l'interazione tra i fattori produttivi può essere perseguita con una gamma di strumenti diversi, potendo, ad esempio, costituire integrazione produttiva fra più distinte imprese, il medesimo marchio, *know-how*, o modello industriale, come per la concessione di vendita o per il *franchising*.

Così, nella c.d. *«impresa di rete»*, vengono esternalizzate le varie fasi del processo produttivo, prima unitario, ciò comportando lo scorporamento della stessa struttura imprenditoriale. Si pensi all'autonomizzazione «del servizio di riscossione dei crediti mediante il contratto di factoring, del servizio di *marketing*, del servizio di revisione e verifica del bilancio mediante il contratto di auditing, del servizio di progettazione mediante il contratto di engineering, del servizio di magazzino, del servizio di selezione del personale o, nel nostro caso di studio, della rete di vendita mediante contratti di integrazione distributiva autonoma come il contratto di *franchising*, fino ad arrivare, con il contratto di subfornitura» (Bacchini 1999, XIII).

Soprattutto, va evidenziato che il produttore, con la distribuzione coordinata, si garantisce uno sbocco fisso per la sua produzione ed una migliore programmazione delle vendite e delle altre attività di *marketing*.

Tali contratti possono andare da quello di semplice scambio a quello di collaborazione più o mena stretta, ma tale però da non ledere l'autonomia delle parti, in larga parte non suscettibili di essere ricondotti ai modelli tradizionali di rapporto gerarchico e transazione.

Ne consegue che nell'equilibrio sinallagmatico del negozio assumono posizione centrale quelle particolari clausole caratterizzanti lo stesso, che prevedono per il concessionario degli oneri di commercializzazione di contro ad una posizione di privilegio nella rete distributiva che gli garantisce una parte di potere di mercato del concedente (Pardolesi 1988, 3). Siffatta ricostruzione trova conferma nella più recente giurisprudenza di legittimità. La Suprema Corte, infatti, riconosce che «la parziale dismissione della propria autonomia imprenditoriale da parte del concessionario, viene operata in corrispettivo di una posizione di privilegio nel mercato accordatagli dal concedente, che consiste tra l'altro nella licenza d'uso del marchio della stessa concedente, marchio che solitamente è caratterizzato da particolare prestigio sociale» (Cass. 22.2.99, n.1469, *Lex-Giur.Mass.* 2003).

L'emersione di questi profili ha confermato le elaborazioni della dottrina che è giunta a creare la categoria dei contratti di distribuzione, cioè, quei rapporti commerciali che con i quali intermediari professionisti collaborano in forma stabile e continuativa con l'industriale costituendo l'anello di congiunzione tra produttore e consumatore. (Baldi 1998, 963).

Tale classificazione ricomprende l'ampia gamma delle forme di distribuzione indiretta dei beni accumunati però «dalla stabilità e continuità (…) si determina quella ripetizione continua di prestazioni e obbligazioni che è tipica appunto della categoria in questione» (App. Bologna 3.5.93, n. 668, *Lex-Giur.Mass.* 2003).

Si aggiunge (Baldassarri 1995, 1999) che per tali contratti, caratterizzati dalla stabilità e continuità delle relazioni, debba prevedersi l'obbligo dell'esercizio dell'attività di promozione delle vendite da parte del distributore. Ma la stessa dottrina si è trovata in difficoltà circa la natura giuridica di questi contratti, giungendo ad una nuova elaborazione che porta alla distinzione tra contratti di distribuzione e contratti in materia di distribuzione.

Per i contratti di distribuzione soccorre la definizione fornitaci da Pardolesi: «Sono quei contratti quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto, a condizioni predeterminate, dei prodotti da rivendere» (Pardolesi 1979, 297).

I contratti in materia di distribuzione, nei quali troviamo l'agenzia, la commissione e la mediazione o il *franchising* recentemente positivizzato dalla legge 129 del 2004, pur avendo come oggetto la commercializzazione dei prodotti, non comportano l'integrazione tra i soggetti che si assumono in proprio i relativi rischi.

Basta mettere a confronto l'agente e il distributore. Nel primo caso ci troviamo in una situazione in cui il soggetto è legato alla ditta mandante da un rapporto di dipendenza e non si assume nessun rischio; nel secondo caso troviamo lo stesso un rapporto di dipendenza ma il distributore assume su di se tutti i rischi connessi all'attività.

Manifestando in tal modo un'autonomia giuridica ed economica che invece manca all'agente.

In giurisprudenza interessante è la definizione fornitaci dal Tribunale di Catania, secondo il quale «Il contratto di distribuzione non sarebbe una nuova figura contrattuale ma piuttosto un genus sotto il quale andrebbero riunite le fattispecie negoziali attinenti in qualche modo al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano la distanza tra produzione e consumo» (Trib. Catania 29.2.88, *NGCC* ,1989, I,14).

II. — Elementi comuni e tratti distintivi della categoria.

In via di approssimazione, possiamo quindi giungere alla conclusione che sotto il nome di distribuzione commerciale, generalmente intesa, possono essere fatti rientrare tutta una serie di attività che, a diverso titolo, contribuiscono a creare una relazione diretta tra la produzione di un bene e la sua fase finale, cioè quando viene acquistato dal consumatore, contribuendo a rendere realizzabili gli obiettivi dei produttori e dei consumatori.

Quindi, sono sussumibili alla categoria di contratti di distribuzione commerciale tutti gli accordi che hanno come oggetto il coordinamento e l'intermediazione economica, mediante le quali viene soddisfatta l'esigenza delle imprese di non disinteressarsi della commercializzazione dei propri prodotti, pur senza sopportarne costi e rischi.

Questi accordi che si traducono in una serie di schemi contrattuali consentono al produttore di poter realizzare sia una penetrante ingerenza nella sfera decisionale dei propri rivenditori ed un coordinamento unitario della rete distributiva, configurando quindi la totale subordinazione di questi e sia che tale ingerenza sia ridotta al minimo.

Da un'indagine superficiale si capisce subito che non è chiaro il senso e il relativo peso da attribuire a tali forme contrattuali.

Una parte della dottrina ha cercato di creare una categoria giuridica, potremmo dire, non *unica*, ma comunque *unitaria*, pensando di individuare dei tratti comuni che caratterizzano i diversi e i variegati assetti negoziali (*ex pluribus*, Pardolesi 1988, 5 ss.), per altri Autori, invece, le differenziazioni tra le figure viste siano tali da non consentire una *reductio ad unitatem* (Santini 1988, 2).

Le caratteristiche costanti sono rinvenibili:

a) nell'agire dell'intermediario in proprio nome e per proprio conto;

b) nell'obbligo di promuovere la vendita dei prodotti;

c) nella continuità e stabilità nel tempo del rapporto;

d) nella tendenziale dipendenza economica del distributore.

In base ad una seconda impostazione, invece, il termine contratto di distribuzione è configurato alla stregua di una etichetta da attaccare alle diverse ipotesi che in qualche modo sono attinenti al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che vanno a colmare le distanze tra produzione e consumo (Pardolesi 1979, 2).

Sotto tale configurazione, possono essere fatte rientrare ipotesi in cui l'intermediario assume su di sè il rischio della commercializzazione dei prodotti ed ipotesi in cui invece lo stesso prospetta il mercato per conto altrui.

L'uso disinvolto di tali etichette potrebbe far pensare ad una nitidezza di distinzioni, cosa che invece non si realizza in quanto molteplici clausole possono divenire obbligo nascente dal contratto a carico di entrambi le parti. Come ben sappiamo, i soggetti, in attuazione del fondamentale principio dell'autonomia privata *ex* art. 1372 c.c., sono liberi di determinare il contenuto dei contratti ed anche di elaborare schemi negoziali atipici, purchè finalizzati a perseguire interessi meritevoli di interessi, e conseguentemente, ci troviamo di fronte ad una miriade di sottogruppi della categoria dei contratti di distribuzione.

Naturalmente, vi sono degli obblighi che nella prassi commerciale si ripetono con una certa frequenza. Innanzitutto la necessità di attuare un'efficace coordinazione tra la fase di produzione e quella di commercializzazione porta ad uno scambio continuo e sistematico tra le parti di informazioni che risultano determinanti per ben coordinare e programmare la distribuzione del prodotto.

Inoltre, possono essere fissati nel momento della collaborazione delle parti ulteriori obblighi gravanti sull'attività di rivendita e condizionanti, in via direttamente proporzionale alla loro intensità, il grado di integrazione.

I benefici connessi all'integrazione sono diversi. Anzitutto, essa riduce i costi di esercizio commerciale a carico del concessionario, dato che lo stretto rapporto di collaborazione con il concedente permette una migliore programmazione della rotazione delle scorte, limitando, al contempo, il rischio di incorrere nell'invenduto. Inoltre, il concessionario beneficia del ritorno di immagine derivatagli dalla sua appartenenza alla catena di distribuzione e ha diritto di utilizzare i segni distintivi del concedente, beneficiando della forza attrattiva del marchio.

Tale posizione di privilegio del distributore è rinvenibile anche in una sentenza di Cassazione che esprime l'orientamento giurisprudenziale predominante: «È connaturato con le caratteristiche proprie della concessione di vendita, che rientra nel novero delle figure contrattuali di distribuzione commerciale, l'obbligo per il concedente (…) di non pregiudicare il prestigio del proprio marchio al fine di evitare che il concessionario possa subire danni economici». (Cass. 22.2.99, n.1469, *Lex-Giur. Mass.* 2003).

Ma può anche realizzarsi un più alto grado di integrazione che si traduce per il distributore in un diritto di esclusiva per la distribuzione dei beni in una determinata zona territoriale, costringendo il concedente a rifornire unicamente il distributore organizzato ma in cambio gli può essere inibito il commercio di prodotti concorrenti o possono essere poste in essere dal concedente altre misure fortemente limitative dell'autonomia privata del concessionario. Abbiamo anche accennato alla possibilità per l'intermediario di rapportarsi al mercato per conto del produttore, in questo caso spetterà al distributore alla fine del rapporto un compenso o un'indennità per la clientela che è riuscito a creare a favore del produttore ma anche per quella che ha perduto per risoluzione del contratto da parte di quest'ultima, unitamente al rimborso per gli oneri e i danni che ha subito nel corso della sua attività. Secondo tale visione dottrinale, rientrano nella categoria dei contratti di distribuzione figure classiche come l'agenzia, la mediazione, la concessione di vendita ma anche il *franchising* (Baldassarri 1995,

1999) ed anche altre figure contrattuali caratterizzate dal fatto che si occupano di accompagnare il prodotto verso il consumatore finale.

Così, emerge anche qui la diffusa realtà dei «distributori integrati», che hanno contrattualmente alienato una frazione del proprio potere decisionale rispetto alle modalità di gestione dell'impresa (Pardolesi 1990, 66 ss.), ma che, al contempo, dall'altro, ricevono, per così dire 'in cambio', dal produttore «opportunità di guadagno sufficienti a compensare gli svantaggi che derivano dalla rinunzia ad una piena indipendenza gestionale» (Pardolesi 1990, 66-67).

In tal modo, a nulla rilevando il contratto e il nome che l'intermediario può assumere (esclusivista, rivenditore autorizzato, concessionario, *franchisee*),il produttore allontana da sé ì rischi della vendita diretta addossandoli al distributore, al quale offre, quale allettante contropartita, una «posizione privilegiata», pur variabile, nel mercato (Luminoso 1995, 258).

III. — Contributo e mutamento prospettico dell'Analisi Economica del Diritto.

Tale discorso va necessariamente traslato in termini di analisi economica del diritto (Analisi Economica del Diritto - fra le maggiori opere in materia: Pareto 1906, 579; Cheung 1969, 23 ss.; Bessone 1972, 882; Baker 1975; Crawford 1988, 485 ss.; Posner 1988; Wiggins 1990), e, in tale prospettiva, per quanto già si è detto riguardo a caratteristiche e funzione, può dirsi che i contratti di distribuzione, se coerentemente e opportunamente utilizzati, garantiscono un maggiore efficienza del processo distributivo ed una migliore ottimizzazione degli investimenti.

Ma specifichiamo meglio l'opportunità-necessità del contributo dell'Analisi Economica del Diritto.

È evidente che, lungi dall'essere una vana o futile elucubrazione mentale, lo studio delle norme giuridiche con l'ausilio di strumenti di analisi quantitativa, rappresenta un valido strumento col quale comprendere, nel miglior modo, la realtà socioeconomica che sottende ed ispira il diritto.

Del resto, lo scopo principalmente perseguito dell'Analisi Economica del Diritto, in riferimento alla materia contrattuale è perseguire il raggiungimento dell'efficienza, attraverso le norme che governano i contratti (Mattei e Pulitini 1994). Al contempo, non si deve pensare al concetto di «efficienza» come ad un paradigma astratto ed aprioristico, bensì ad una categoria più elastica e duttile, affidata, di volta in volta, alla valutazione dell'interprete. È infatti quasi impossibile risolvere simultaneamente le varie problematiche che si affrontano nell'ottimizzare l'output generato da un negozio contrattuale. In verità, come sancito nel celebre Teorema di Coase, pilastro della teorica dell'Analisi Economica del Diritto, solo in un mondo privo di costi negoziali, a prescindere da chi detiene il diritto, sarebbe possibile acquisire un assetto totalmente efficiente: «Più precisamente, appartiene a R. Coase l'intuizione che ha condotto a rifondare le basi su cui si fondava la teoria dell'impresa neoclassica e, che ha riformulato il problema dell'organizzazione del sistema economico in termini di comparazione istitu-

zionale. L'obiettivo di Coase consiste nel colmare il vuoto tra l'idea che l'allocazione delle risorse venga effettuata tramite il meccanismo dei prezzi e quella, di sapore schumpeteriano, secondo cui essa si realizza attraverso l'attività coordinatrice di un imprenditore, che produce un'organizzazione alternativa rispetto al mercato, l'impresa. Si tratta quindi di raccogliere elementi sufficienti per poter giudicare se le due prospettive dovessero intendersi come alternative o piuttosto complementari, ovvero di identificare i motivi che portano al sorgere dell'impresa ed al suo sostituirsi al mercato. La prima ragione, che costituisce il nucleo del contributo di Coase, è individuata nei *costi di transazione* associati al meccanismo di mercato, che possono essere ampiamente ridotti facendo ricorso ad un'organizzazione alternativa come risposta al problema posto dalla necessità di negoziare un contratto separato per ciascuna transazione. I contratti non vengono del tutto eliminati, ma largamente ridotti: se un gruppo di fattori produttivi collabora in modo continuativo all'interno di un'impresa, può scegliere di stipulare un unico contratto a lungo termine destinato a sfociare nella forma-impresa, piuttosto che affidarsi al mercato con una serie di contratti a breve. I1 secondo cardine è il ruolo dell'incertezza, messo in evidenza già da Knight nel 1921. La necessità di operare in un mondo in cui l'informazione è scarsa e costosa, richiede un apparato in grado di assicurare i flussi informativi in modo più efficiente rispetto al mercato.

Queste considerazioni pongono un ulteriore interrogativo, cioè se sia possibile individuare i fattori che intervengono a determinare la dimensione di un'impresa e, se l'impresa nasce come risposta all'esistenza di costi di transazione, perché si continui comunque a ricorrere al mercato; perché, in altre parole, non si faccia ricorso ad un'unica grande impresa, capace di surrogare completamente il mercato. La risposta di Coase poggia sui rendimenti decrescenti attribuibili all'attività manageriale (o genericamente organizzativa, dal momento che la distinzione tra proprietà e controllo è ancora al di fuori dell'analisi). L'andamento decrescente è ascrivibile, da un lato, al costo marginale crescente associato a ciascuna transazione aggiuntiva compiuta all'interno dell'impresa, fino a raggiungere quel punto in cui esso è pari al costo della stessa transazione condotta sul mercato; dall'altro, è da addebitarsi ad una diminuzione delle capacità dell'imprenditore al crescere del numero delle transazioni. Il risultato di questo processo è che la perdita dovuta ad un'allocazione delle risorse sempre più inefficiente è tale da annullare il vantaggio acquisito trasferendo la transazione dal mercato all'impresa » (Williamson 1975).

Essendo quindi, purtroppo, il nostro un mondo tutt'altro che perfetto, il problema essenziale per l'interprete, chiamato a rapportarsi ad un determinato assetto contrattuale, quindi anche ad un contratto di distribuzione, è di capire ciò: fino a che punto è opportuno rendere vincolante fra le parti un contratto che, per l'Analisi Economica del Diritto, oltre a costituire diritti e obblighi, comporta un costo per l'intera economia, cioè per la Società civile, a vario livello regionale, nazionale, o internazionale?

Ovvero, al contrario, quando sarà consigliabile sciogliere o ritenere inesistente il vincolo, liberando i contraenti dalle proprie rispettive obbligazioni (ad es. per eccessiva onerosità sopravvenuta, per errore, per l'avverarsi di una condizione risolutiva ecc. ecc.)?

Ulteriori questioni e problemi concernono, poi, il metodo di coercizione e di tutela del vincolo contrattuale: allorché si sia giunti alla conclusione che, nella circostanza presa in esame, sarebbe inefficiente permettere lo scioglimento del contratto, come

punire il contraente inadempiente? con un'azione in forma specifica? con i danni da aspettativa? con quelli da affidamento? o ancora con i *punitive damages?*

È facile notare che le prospettive cui l'Analisi Economica del Diritto ci porta sono estese, tanto da coinvolgere il sistema giuridico di mercato, imprese e consumatori, ma anche quello economico-finanziario di stati e popoli, quindi di aree e zone.

Ancor di più, in questa sede, preme sottolineare come fondamentale obiettivo dell'Analisi Economica del Diritto sia individuare la scelta della giusta strategia per l'agire di uno Stato, di un'Impresa o di un Cittadino, al fine di creare *valore.* L'attività di «creazione di valore» va misurata in termini di «interrelazione», cioè di interscambio, con l'ambiente circostante; conseguentemente, se adottato a rango di «metodo del Sistema», esso determina un complessivo aumento del valore dell'intero contesto di pertinenza economica.

In quest'ottica, pare potersi dire l'impresa distributrice, o comunque contraente con un'altra, è «un portatore di interessi» nei confronti dell'impresa con cui si è accordata, cioè è un vero e proprio *stakeholder,* al pari del «socio di diritto», anzitutto in quanto essa è significativo parametro di efficacia ed efficienza dell'Impresa, e, inoltre, in quanto le imprese coprogettano, forniscono reciproche garanzie e/o finanziamenti.

Peraltro, osservando dall'angolo visuale dell'Analisi Economica del Diritto, si nota che la legislazione italiana, compresa quella dei contratti di distribuzione, si può in generale affermare che le norme si muovono, anche se con alcune significative differenze, in un ottica generalmente paretiana, cioè della c.d. teoria della «normale imperfezione dei contratti» (Pareto 1906, 579).

Volendo fare un esempio, basti pensare all'articolo 1372 c.c., che afferma che il contratto ha «forza di legge fra le parti». La norma è particolarmente significativa per illustrare detta teoria: difatti, nell'ottica del «contratto perfetto» (cioè, di quel contratto che rende lo scambio ottimizzato anche per ogni circostanza eventuale o futura) la norma non avrebbe alcuna ragione di esistere, poiché non vi sarebbe alcun motivo di apprestare una forza legale al vincolo negoziale. Essendo state preventivamente regolate tutte le ipotesi e le ipotesi possibili, cioè, non ci dovrebbero essere attriti o contrasti, riguardo l'esecuzione del contratto.

Tuttavia, come noto, nel mondo reale i contratti non sono mai «perfetti» e pertanto possono verificarsi dei contrasti, sicché se la legge non prevedesse una normativa sul contratto (in primo luogo, di tipo generale come il principio che il contratto «ha forza di legge fra le parti», in secondo luogo una disciplina positiva specifica, almeno nelle sue linee fondamentali, per gli elementi fondamentali della fattispecie costitutiva, per i singoli contratti in rilievo), una delle parti si potrebbe impunemente sottrarre all'accordo.

Ciò dal punto di vista giuseconomico verrebbe a creare due differenti effetti negativi: *in primis* disincentiverebbe gli investimenti idiosincratici (o specifici); in secondo luogo, creerebbe un problema di avversione al rischio che finirebbe con l'influire negativamente sull'aumento dei costi negoziali (le parti infatti sarebbero costrette a regolare autonomamente e specificamente tutte le sanzioni da associare ad ogni singola possibile eventualità) (Arrow 1969, 59).

Soprattutto, non bisogna trascurare che, dalla formulazione del codice del '42, la visione dell'impresa è mutata davvero molto dato che nel frattempo, per dirla alla

Arrow, è mutata la stessa percezione del rischio, non più possibilità di perdita, meramente subita dall'individuo, come era concepito inizialmente, ma, ben diversamente, opportunità da cogliere, scelta consapevole ed attiva del soggetto, anzi momento strategico, sia nella vita di impresa, sia di un Paese.

IV. — Sistema di protezione di un nuovo contraente "relativamente debole": l'impresa verso l'impresa.

Il legislatore, stretto fra l'esigenza di promuovere lo sviluppo della piccola impresa e quella — spesso contrapposta — di garantire la libertà d'impresa e la sua autonomia organizzativa, ha fornito all'imprenditore, similmente al consumatore, una prima rete di protezione con la L. 192 del 1998 (*ex pluribus*: Bortolotti 1999; Alpa e Clarizia 1999; Coccia e Sposato 1999; Bertolotti 2000); limitata, però, ai soli rapporti di *subfornitura*, (Padovini 1999), certo — evidentemente — molto lontana, per quantità e gravità, dalla minuziosa congerie di provvedimenti e norme favorevoli al consumatore (Cassano 2000, 587).

In particolare, l'art. 1, co. 1, L. 192 del 1998, definendo il campo applicativo della *subfornitura*, stabilisce che con questo contratto «un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque a essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente».

Il 2° comma del medesimo articolo, invece, esclude dal campo applicativo di questa legge «i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature».

«Ma è altrettanto evidente che, man mano, stia emergendo una disciplina civilistica sempre più segmentata e invero, in dottrina si rileva l'assenza di elementi sufficienti a giustificare il sistema normativo *ad hoc* per queste categorie (essenzialmente consumatori e imprese) e, quindi, la dicotomia fra diritto generale dei contratti e diritto dei consumatori, così come fra diritto generale e diritto d'impresa (Amato 2003, 20).

Si afferma che, in tal senso, non può bastare di per sé l'introduzione della disciplina relativa ai contratti dei consumatori, quindi a fortori il predetto ragionamento varrebbe per la PMI, rispetto alla quale non si può ravvisare una disciplina generale dei contratti d'impresa, ma solo una normativa, di varia fonte, direttamente o indirettamente concernente la PMI.

Si sottolinea, poi, che — anche nei considerando della direttiva 1993/13/CE in materia di consumatori — la tutela di questi ultimi pare strumentalizzata al fine della creazione dell'unico mercato comunitario; che la nozione di consumatore, così come — in un certo qual modo — quella di imprenditore, non è uniforme nella legislazione

europea e nelle normative dei singoli Stati e la relativa categoria non è sufficientemente delimitabile, considerata l'estrema eterogeneità dei soggetti ricomprensibili, quanto ad estrazione (socio-economica, culturale, professionale, geografica…) ed interessi coinvolti (Reich 1995, 292; Amato 2003, 2 ss.)

Ancora all'individuabilità di uno specifico *status* di consumatore o di imprenditore osterebbero il carattere variegato del suo ruolo e la sua non appartenenza ad una collettività o a un gruppo organizzato (Falzone-Calvisi 2000, 453-454). Soprattutto, però, si evidenzia che la specialità della disciplina di status crea disuguaglianze (fra le parti contraenti), ma anche duplicazioni di principi e regole (Amato 2003, 24), e, quindi, problemi di coordinamento normativo e di individuazione della disciplina applicabile al caso di specie.

Peraltro, la ragionevolezza delle dette dicotomie entrerebbe in crisi, a causa del carattere frammentario della legislazione comunitaria, che interviene su materie disparate e dello stesso strumento di intervento, la direttiva, che, per quanto dettagliata, rimane esposta ad adattamenti disomogenei scoordinati da parte degli Stati membri (Amato 2003, 21). Si considera, poi, che la compresenza, in ambito comunitario, di due diversi modelli di diritto dei contratti si pone in contrasto con gli obiettivi dell'analisi economica del diritto, nella cui ottica essa ostacola l'agilità e la celerità degli scambi, causando *"inefficienza economica"*.

Così, mentre Zeno Zencovich pare favorevole al binomio diritto dei consumatori — diritto delle imprese (Zeno Zencovich 1994, 1287; 1983, 57 ss.), opinione altrettanto autorevole, invece, si preoccupa di evidenziare il prioritario obiettivo comunitario di creazione di un mercato efficiente, e, in quest'ottica, rileva che «dato che non esiste un mercato separato per i consumatori (domanda) e per i produttori (offerta), il diritto dei contratti deve affrontare il problema di come regolamentare domanda e offerta in un unico mercato» (Mattei 1999, 611).

Analogamente, va detto che il fine preminente del legislatore del 1998, intervenendo in materia di subfornitura, non è o, più in generale, agevolare la iniziativa economica individuale, ma garantire l'efficiente funzionamento del mercato (Maugeri 2002, 457).

Non si è voluto realizzare un principio di protezione sociale o di giustizia distributiva, ma garantire la concorrenza del mercato, in stretto collegamento con la *ratio* della L. 87/1990, istitutiva dell'Autorità Garante della concorrenza del mercato (Pardolesi 1993, 1; Osti 1994, 76).

Così, ad esito del contemperamento tra contrapposte, la tutela fornita all'impresa debole risulta disorganica, disordinata, contraddittoria, e priva peraltro di utili criteri di prevalenza dell'interesse tutelato.

Può considerarsi a tutela della piccola impresa anche la direttiva 2000/35/CE (*ex pluribus*: Fauceglia 2001, 307 ss., Mengoni 2001, 74 ss.; Zaccaria 2001, 259 ss.; De Marzo 2002, 628 ss.), adottata per la lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle «transazioni» commerciali, e dal relativo D. Lgs. 231/2002, attuativo della stessa.

In verità, anche qui, si dichiarano e perseguono in via diretta precisi obiettivi, esposti nei Considerando della direttiva 2000/35/CE, diversi dalla tutela della PMI.

Difatti, tale direttiva sottolinea che, in vari Stati membri, i termini contrattuali di pagamento divergono eccessivamente dalla media comunitaria (Considerando 8)

e che le differenze, tra le normative in materia di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri, ostacolano il buon funzionamento del mercato interno (Considerando 9).

Essa, poi, chiarisce, che i ritardi di pagamento costituiscono una violazione contrattuale resa finanziariamente attraente per i debitori a causa del basso livello dei tassi degli interessi di mora e della lentezza delle procedure di recupero dei crediti (Considerando 16).

Questa situazione, a sua volta, contrasta col disposto dell'art. 14 Trattato UE secondo cui «gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni alla concorrenza».

Solo in via ulteriore e, potrebbe dirsi, secondaria, la direttiva *de qua* si preoccupa di evidenziare anche: 1 — che i periodi di pagamento eccessivamente dilatati e i ritardi nei pagamenti impongono pesanti oneri amministrativi e finanziari alle imprese, in particolare, a quelle di piccole e medie dimensioni (Considerando 7) e 2 — tali problemi spesso sono causa di insolvenza dell'impresa e determinano la perdita di numerosi posti di lavoro (Considerando cit.).

Per contro, deve notarsi l'ampiezza della norma dell'art. 1 della direttiva (pressoché letteralmente trasposto, nell'ordinamento italiano, mediante l'art. 1 D. Lgs. 231/2002), destinato a definire l'ambito di applicazione di questa normativa comunitaria, stabilendo che la direttiva si applica ad *ogni pagamento* effettuato a titolo di *corrispettivo* nell'ambito di una transazione commerciale.

V. — Il D. Lgs. 231/2002

L'art. 2 del detto decreto (contenente la descrizione di vari termini e concetti rilevanti ai fini della direttiva) contribuisce ad ampliarne il campo operativo. Ciò, in quanto adotta definizioni molto ampie: ad esempio, le *"transazioni commerciali"* sono intese come «i contratti, *comunque denominati*, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo».

Vi è compresa, così, anche quell'estrema varietà organizzativa e funzionale costituita dalle pubbliche amministrazioni, soggette anch'esse, dunque, alle misure di lotta contro i ritardi nei pagamenti.

Ma esteso è anche il concetto di *"imprenditore"*, definito come «ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione» (art. 2 , co. 1 lett. c, D. Lgs. 231/2002) e tale da comprendere, pur ai soli fini di questa direttiva (Considerando 14), anche la diffusa figura del libero professionista, anche se agente da solo e, parrebbe, a prescindere, dalle dimensioni e dalle caratteristiche della sua organizzazione.

Tuttavia, complessivamente, il piccolo imprenditore risulta protetto essenzialmente nelle sue ragioni creditorie (Natali 2004, 739). In particolare, va segnalato che il legislatore, con il D. Lgs. 231/2002:

a) istituisce, nei rapporti tra imprese, la mora *ex re*, automatica, che non necessita di atti di intimazione scritta (art. 4, co.1, D. Lgs. 231/2002);

b) disciplina, in modo tendenzialmente completo, i termini d'adempimento, con precisi criteri legali, pronti a subentrare se nel contratto non è previsto alcun termine di riferimento o se il termine contrattuale risulta gravemente iniquo per il creditore (art. 4, co. 2, D. Lgs. 231/2002);

c) stabilisce un saggio d'interessi *"legale"* aggravato rispetto al saggio legale ordinario, dato che «Salvo diverso accordo tra le parti, il saggio degli interessi, ai fini del presente decreto, è determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali» (art. 5, co. 1, D. Lgs. 231/2002).

Nella direttiva il diritto del creditore agli interessi di mora è subordinato, *ex* lett. c) par. 1, a due soli presupposti: 1 — che il creditore abbia adempiuto ai suoi obblighi e 2 — che il ritardo nel pagamento sia imputabile al debitore, e, similmente nel detto decreto attuativo, ma con un maggiore favore verso il creditore, il debitore può sottrarsi alla responsabilità per ritardo solo se dimostri che il ritardo nel pagamento è dipeso dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

V'è poi da segnalare l'art. 6, co. 1, in base a cui il creditore ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento (definito *«ragionevole»* nella direttiva) per i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo di pagamento da parte del debitore. A completamento di tale norma e garanzia della sua effettività, si pone il par. 4 della direttiva: «Gli Stati membri assicurano che, nell'interesse dei creditori…, esistano mezzi efficaci ed idonei per impedire il continuo ricorso a condizioni gravemente inique nel senso di cui al paragrafo 3» cioè nell'ambito di eventuali accordi sulle conseguenze dell'inadempimento.

A testimoniare ancor di più il *favor creditoris*, v'è l'art. 6 della direttiva 2000/35/CE, secondo cui «Gli Stati membri possono lasciare in vigore od emanare norme che siano più favorevoli al creditore di quelle necessarie per conformarsi alla presente direttiva» prontamente recepito dalla normativa interna, in base a cui «Sono fatte salve le vigenti disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che contengono una disciplina più favorevole per il creditore» (art. 11, co. 2, D. Lgs. 231/2002).

Con finalità simili, la normativa sul ritardo nei pagamenti contempla anche disposizioni di natura processuale, fra cui quelle dell'art. 8 e dell'art. 9.

La prima prevede che: «1. Le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole e medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani, sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente:

a) di accertare la grave iniquità, ai sensi dell'articolo 7, delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l'uso;

b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;

c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate» (art. 8, D.Lgs. 231/2002).

La seconda, invece, completa il disposto dell'art. 648, co. 1, c.p.c., prevedendo che «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» (art. 9, co. 3, D. Lgs. 231/2002).

Sorge comunque un interrogativo: l'impresa creditrice è sempre impresa *"debole"*, dunque meritevole di tutela? Al riguardo, va detto che il legislatore comunitario (e quello nazionale che ne è ispirato col D. Lgs. 231/2002) pare tutelare l'impresa creditrice in quanto tale, senza preoccuparsi della posizione economica concretamente sottesa alla posizione di credito.

In un'ottica analogamente limitata, il legislatore della subfornitura considera anche il contenuto giuridico ed economico dei contratti stipulati fra imprese, ma il controllo su questo contenuto si incentra su ipotesi di grave sproporzione del rapporto sinallagmatico, come nel caso dell'art. 9 sul divieto di *"abuso di dipendenza economica"*, laddove per *«dipendenza economica»* si intende la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi.

Il contenuto negoziale dei contratti d'impresa è sostanzialmente lasciato all'autonomia privata, quale dimensione riflessa della libertà d'impresa.

Inoltre, emergono ancora significativi vuoti di tutela. Ad esempio, *quid iuris* quando il regolamento contrattuale sia iniquo verso un'impresa che non rientri nel campo applicativo dell'art. 1 L.192/1998?

Soprattutto, pare opportuno, anche *"de iure condendo"*, adottare un concetto di contraente debole che prescinda dalla formale qualifica di consumatore e dalla relativa definizione, ed eleggerlo a imprescindibile obiettivo di tutela, considerando soprattutto la situazione sostanziale facente capo all'operatore economico. In quest'ottica si è recentemente sostenuto che «Ai fini della protezione ordinamentale, dunque, pare imprescindibile un concetto di impresa *"debole"* a carattere *"sostanziale"* (concreto) e *"relativo"*, cioè strettamente legato alla singola vicenda contrattuale, alla prassi eventualmente instaurata fra le parti e all'area di mercato coinvolta, ma ancor più ai fondamentali momenti della stipula del contratto e della sua esecuzione, e alle caratteristiche socio-economiche della controparte» (Natali 2004, 740).

VI. — La nuova legge sul franchising.

Recentemente, i contratti d'impresa hanno avuto un importante momento di positivizzazione con la legge 6 maggio 2004 n. 129 intitolata «Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale», che ha reso contratto tipico lo strumento atipico, ma sem-

pre più diffuso (già dal caso Buffetti: Barbuto 2004, 18), e rilevante socioeconomicamente, cioè il *franchising.*

Già nel corso dei lavori preparatori alla legge, si sottolineava come lo scopo della redazione di un apposito testo normativo fosse quella di contemperare e, al contempo, salvaguardare, l'esigenza di trasparenza nei rapporti di *franchising,* attraverso l'introduzione di norme a carattere generale, con il principio dell'autonomia privata, e la connessa sfera d'azione.

Orbene, l'obiettivo di trasparenza (*«disclosure law»*) della legge è perseguito attraverso l'inserimento di specifici obblighi informativi *precontrattuali* tra le parti; parallelamente, emerge la previsione di *clausole negoziali obbligatorie,* destinate a incidere sul contenuto normativo, e di riflesso, anche su quello sostanzialmente economico, del contratto: la volontà negoziale dei privati è così soggetta ad una "discreta", "prudente" eterodirezione, con l'intento, ammirevole almeno in astratto e fino a risultanze diverse nel momento della verifica operativa — cioè dell'applicazione concreta della legge già nella prassi commerciale e poi, soprattutto, nella prassi dei Tribunali - di armonizzare fra loro i contrapposti interessi in gioco, in vista di un possibile effettivo equilibrio.

Del resto, natura e funzione dei limiti dell'autonomia privata, meglio si comprendono se, in via più generale, si consideri che all'attività dei privati si affianca, in funzione integrativa, ma anche contrappositiva, l'attività eteronoma dell'ordinamento giuridico, mediante «regole eteronome al potere di autoregolazione privata, non costituenti emanazione del potere medesimo, ma miranti… a disciplinarne… il valido esercizio» (Grisi 1999, 12), che si esprime, sia attraverso predeterminati comandi normativi, sia attraverso la pronuncia resa *a posteriori* dal giudice (Gazzoni 1970, 189; Belvedere 2001, VII).

In particolare, essi, a prescindere dalla loro peculiarità, paiono tutti, più o meno direttamente, trarre origine o giustificazione, nel limite costituzionale *dell'"utilità sociale"* (Ferri 1966, 177).

Quest'ultima comprende, ma non si esaurisce nell'esigenza di *«strutturazione del mercato»*, peraltro, attenersi alla distinzione fra norme *disponibili* e *norme imperative,* dunque sottratte al potere normativo dei privati (Messineo 1973, 42), sarebbe ugualmente parziale e, pertanto, scorretto.

Nell'utilità sociale sembrano potersi includere anche altre esigenze, tra cui quella di tutela del contraente *"debole"*, tra cui spesso rientrano i consumatori, ma anche le piccole imprese fornitrici o subfornitrici. Questa asserzione, però, è più esatta se sufficientemente contestualizzata e relativizzata, rilevando che tali imprese, nell'ambito delle relazioni commerciali con grandi imprese nazionali o straniere, si trovano in una situazione di notevole soggezione economica, pronta a tradursi in gravi squilibri del regolamento contrattuale — quali modesti corrispettivi o tassi di interessi moratori, esoneri o limitazioni della responsabilità del creditore, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria — oppure in gravi patologie del momento esecutivo, come — si è gia visto nel par. precedente — ritardi eccessivi e ingiustificati dei pagamenti e notevoli costi per il recupero dei crediti.

Pertanto, ai limiti *"negativi"*, quali l'ordine pubblico, la morale, la norma imperativa, sanciti dal codice civile (artt. 1343 ss.; 1418 c.c.), sostanzialmente tesi ad arginare l'autonomia privata, si aggiungono limiti *"positivi"*, comportanti, cioè, *«l'inva-*

sione della sfera dell'autonomia con statuizioni che attengono allo stesso modo d'essere del rapporto interprivato». (Barcellona 1969, 143 ss.). In quest'ottica, vanno rilevati l'obbligo legale di contrarre (artt. 1679 - 2597 c.c.), il meccanismo di inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.) e, soprattutto, i sempre più frequenti interventi del legislatore speciale, spesso in attuazione della normativa comunitaria, al fine di proteggere interessi e diritti del contraente debole, che, se non sottratto alla logica del mercato, rischia di non trovare risposta ai propri bisogni, nei rapporti di locazione; di lavoro subordinato; di credito; di commercio, fra cui quelli aventi oggetto i beni di consumo.

Ebbene, in questa stessa prospettiva di tutela, si inserisce anche la recente legge sul *franchising.*

Tornando a discorrere di questo contratto, molte cose meriterebbero di essere annotate già in queste pagine introduttive, ma sembra non potersi pretermettere ad un dato di assoluto rilievo: la legge n. 129/04 ha tipizzato la «causa complessa sommatoria di tante cause semplici» che caratterizzava il rapporto atipico del *franchising* prima dell'intervento legislativo. In particolare, si segnalava che «Il detto contratto ricomprende al suo interno diversi elementi causali tipici, quali quelli della vendita, o meglio, della somministrazione, se il *franchisor* si impegna a vendere, ed il *franchisee* ad acquistare, certi beni; quello della licenza di beni immateriali (soprattutto segni distintivi e *know-how;* peraltro, la licenza di *know-how* è essa stessa un contratto atipico); quello del mandato, se si considerano gli obblighi di coordinamento tra il *franchisor* e il *franchisee* sul piano dello svolgimento delle rispettive attività d'impresa (e quindi gli obblighi di informazione a carico del *franchisee,* oltre che di sottoporsi ai controlli ed alle verifiche del *franchisor*)» (Frignani 1999, 47; 1996, 248).

Il legislatore del *franchising* ha così recepito la struttura contrattuale via via cristallizzatasi, spesso in via tralaticia, come già le formule dell'antico processo romano, nella prassi dei rapporti commerciali, e tale da rendere il contratto socialmente «*tipico*».

Invero, il legislatore, prima ancora dell'inserimento del *franchising* tra i contratti nominati del nostro ordinamento, aveva dato già sufficiente rilevanza del *franchising,* riconoscendo ad esso la sua importanza socioeconomica, arrivando già a definire il contenuto giuridico dell'accordo sottostante al *franchising,* anche se solo al fine del riconoscimento di agevolazioni finanziarie a favore delle imprese. «In particolare, se la stessa legge 488/92 in materia di finanziamenti a favore delle imprese riconosce le agevolazioni anche ai «programmi di investimento promossi da imprese aderenti a catene commerciali anche in forma di *franchising*», il decreto ministeriale n. 295 del 28 maggio 2001, recante criteri e modalità di concessione degli incentivi a favore dell'autoimpiego, conteneva una definizione del contratto di *franchising,* come (art. 1, lett. g) un accordo che comporta la licenza di un insieme di diritti di proprietà immateriale che riguardano in particolare marchi o insegne e *know-how,* per l'uso e la distribuzione di beni o servizi. Oltre alla licenza dei diritti di proprietà immateriale, l'affiliante («*franchisor*») fornisce all'affiliato («*franchisee*»), durante il periodo di vigenza dell'accordo, un'assistenza tecnica o commerciale: licenza e assistenza formano parte integrante della formula commerciale oggetto del *franchising*» (Gaballo 2004, 30).

È poi indispensabile accennare all'ambito applicativo previsto dalla legge per questo nuovo contratto tipico. Le parti (essenzialmente "*franchisor*" e "*franchisee*")

devono essere "soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti" (art. 1.1 L. 2004/129).

Secondo l'opinione di autorevole dottrina (De Nova 2004, 761-762) "Soggetti giuridici": come dire, pare, non persone fisiche (ma l'imprenditore individuale può certamente essere un *franchisee*). "Economicamente e giuridicamente indipendenti": come dire, pare, che il rapporto di *franchising* non può essere di lavoro subordinato».

Il *franchisor* giova il *franchisee* di un *"package"* «inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi» (art. 1.1, L. 2004/129).

Va precisato che il *"package"* è «un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi» (art. 1.1, L. 2004/129).

Ma subito sorge un interrogativo fondamentale: v'è un contenuto *necessario* per il *package* e, nel caso di risposta positiva, quale e come può essere individuato?

«Non è chiaro se il *"package"* debba necessariamente comprendere tutti gli elementi ivi indicati. Credo di no. Ma è essenziale che il *"package"* comprenda il *know-how*, come si è detto» (De Nova 2004, 762).

Peraltro, il contratto di *franchising* può essere utilizzato in ogni settore di attività economica (art. 1, co. 2), coerentemente con uno dei massimi principi vigenti in materia civilistica, l'autonomia privata di cui all'art. 1322 c.c.

L'ampia portata di tale norma deve però confrontarsi, all'interno della medesima legge, con gli elementi previsti dal legislatore per il *franchising*.

In questa prospettiva, in armonia la definizione comunitaria del contratto, non rientra il *franchising* industriale (o di produzione), fattispecie in cui il *franchisee* produce sulla base delle istruzioni del *franchisor* e si avvale dei suoi segni distintivi. Infatti, le intese di *franchising* industriale «disciplinando i rapporti tra produttori, integrano un'ipotesi di intese orizzontali (tradizionalmente considerate di gran lunga più pericolose di quelle verticali, intercorrenti cioè tra operatori situati a livelli diversi della scala produttivo-distributiva, data la diminuzione di concorrenza «*interbrand*» che esse determinano)» (Frignani 1999, 47).

La nuova disciplina, invece, si preoccupa di regolare solo il *franchising* di distribuzione o di servizi, stabilendo gli effetti dell'inserimento dell'affiliato «in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio», inserimento che così caratterizzato è peculiare del *franchising* distributivo rispetto al *franchising* industriale (art. 1.l; Venezia 2004, 160).

Non a caso, nella descrizione del contenuto del contratto, emergono le *royalties*, «tipiche» del *franchising* di distribuzione, e, invece, generalmente assenti nel *franchising* industriale, rispetto al quale il compenso del *franchisor* è componente non autonoma, ma generalmente assorbita nella quantificazione complessiva del prezzo del prodotto.

In proposito, va detto che, in mancanza di punti di disciplina o anche di meri riferimenti espliciti al *franchising* industriale, tale figura contrattuale è capace di venir in

rilievo, e, dunque, trovare applicazione, solo attraverso la «scorciatoia» dell'analogia con il *franchising* distributivo, l'unico contratto tipizzato dal legislatore.

L'analogia si renderebbe utile, ad esempio, rispetto alla questione della durata del contratto:in tal caso, infatti, rileva primariamente l'esigenza di salvaguardare gli investimenti del *franchisee* in caso di recesso dal contratto da parte dell'affiliante, poiché sottesa, a sua volta, vi è l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del *franchisee* alla prosecuzione del contratto. Nel medesimo tempo, si tenga conto del carattere, spesso ingente, degli investimenti del *franchisee* industriale, costretto ad adeguare stabilimenti, macchinari e/o manodopera impiegati alle richieste produttive dell'affiliante, ed della frequente contestuale previsione di una clausola di non concorrenza destinata ad essere efficace dopo l'avvenuta conclusione del contratto.

Il carattere generico e aperto dell'espressione «ogni settore di attività economica» pare poter legittimare, sostanzialmente, anche contratti di *franchising* di servizi nell'ambito delle attività professionali, compresa pertanto la professione forense. Infatti, l'ambito di applicazione della norma pare confuso, in ragione di una formulazione che evoca l'estensione del *franchising* anche all'esercizio delle attività professionali, fenomeno non inedito come mostra l'esperienza statunitense del ricorso a vere e proprie forme di affiliazione commerciale anche nell'ambito delle tradizionali libere professioni e, peraltro, già in atto da tempo in forma strisciante anche nel nostro Paese.

Tale possibilità di stipulazione non è però scontata, se sol si guardi alla lettera della legge, e in particolare, alla previsione del *know-how,* quale elemento costitutivo indefettibile del contratto *de quo,* e della sua necessaria individuabilità perché possa essere trasmesso al *franchisee.*

Il valore economico del *know-how* è tale e sussiste se può essere riprodotto in dati ed informazioni, che, a loro volta, possono essere trasmessi a terzi; in mancanza, il *know-how* non può più definirsi così e coincide con la mera esperienza professionale.

Quest'ultima non può costituire oggetto di autonomi atti di commercio, perché è elemento inseparabile dalle persone (Gaballo 2004, 39; Scaglione Sandri 1990, 55).

VII. — Ulteriori considerazioni sull'ambito applicativo.

La normativa relativa al contratto di *franchising* si applica, per espressa disposizione dell'art. 2 della legge, anche al c.d. *master franchising* e al c.d. *corner franchising,* due particolari figure contrattuali affermatesi nella prassi commerciale e che contribuiscono alla varietà e alla rilevanza socio-economica dei contratti di distribuzione, quali strumenti sempre più identificativi dell'autonomia privata delle imprese.

Il *Master franchising* è un contratto di affiliazione commerciale principale, in virtù del quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale per stipulare accordi di affiliazione con terzi.

Esso emerge nella nuova legge, nel momento in cui essa prevede che il *franchi-*

sor, nell'ambito di una determinata area territoriale, possa concedere la possibilità al *franchisee* di stipulare altri contratti (c.d. sub-franchising).

Si parla anche di «*franchising* internazionale», in quanto è di più frequente applicazione nei rapporti internazionali, perché capace di soddisfare l'esigenza del *franchisor* di espandere, senza sopportare i relativi rischi imprenditoriali, la distribuzione dei prodotti o servizi anche in mercati esteri in cui è scarsa la penetrazione commerciale della propria impresa, avvalendosi di un *sub-franchisor* che si propone come migliore conoscitore del territorio.

Il *sub-franchisor,* a sua volta, deve rispettare tutti gli obblighi che la legge impone al *franchisor,* nel rapporto di affiliazione principale, compresi gli obblighi informativi precontrattuali che dovrà fornire ai propri affiliati.

Accenniamo poi al Corner franchising, ossia al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale con i prodotti o i servizi propri del rapporto di affiliazione.

La norma dell'art. 2 individua il c.d. corner franchising (o «franchising parziale») particolarmente diffuso nei grandi centri commerciali, nel punto e nel momento in cui l'affiliante concede la possibilità ad un franchisee di creare nel proprio esercizio di vendita uno spazio autonomo dove distribuire i prodotti o i servizi del franchisor, offrendo in pratica la possibilità di dar vita ad «un negozio nel negozio», dedicato ai prodotti e servizi del franchisor (Gaballo 2004, 40-41).

La definizione legislativa non chiarisce la reale portata del corner franchising in relazione alla costituzione del rapporto tra le parti. Più precisamente, si è detto che «il testo della legge ove si riferisce al corner franchising potrebbe essere causa di dubbi interpretativi: non è chiaro se l'affiliato che concede lo spazio acquista la qualifica di franchisee mediante tale concessione, ovvero doveva ricoprire tale ruolo anche prima della concessione dello spazio» (Fulco 2004, 25).

In conclusione, è evidente che molteplici possono essere le forme di cooperazione imprenditoriale in un rapporto di franchising che, pur in assenza di una automa considerazione normativa, sono destinate ad avere come necessario punto di riferimento la nuova legge.

E, al contempo, non può trascurarsi di evidenziare anche le lacune di questa legge che si preoccupa di regolare più gli obblighi di disclosure, cioè di informazione, soprattutto in chiave precontrattuale, e la fase di formazione del contratto, e si occupa meno della vita e della cessazione dello stesso, «e ciò perché il legislatore ha ritenuto principale l'esigenza di evitare che aspiranti affiliati stipulino contratti, impegnando tempo e risorse, a fronte di un quasi inesistente know-how ed avviamento, di un marchio non forte o di prodotti non apprezzati sul mercato e di un superficiale impegno di formazione, assistenza e consulenza» (Leo 2004, 963).

È dunque una legge palesemente monca, così notando, senz'altro può darsi condividere l'autorevole opinione di chi osserva che «se per legislatore dei contratti intendiamo il legislatore che ordina e regola in modo organico la prassi contrattuale, il legislatore italiano dei contratti è morto» (De Nova 2004, 764; 2002, 5-9).

Analogamente si esprime Tripodi, secondo cui: «La nuova disciplina, nell'ambito di un approccio improntato al "minimo impatto", è piuttosto scarna e, nei nove articoli

che la compongono, viene secondata l'esigenza di tutelare la trasparenza dei rapporti tra affiliante ed affiliato, ricongiungendosi idealmente ad una linea di pensiero legislativo che porta a riequilibrare la vicende contrattuali non solo quando la controparte sia, per definizione, bisognosa di tutela, come nel caso delle numerose prescrizioni a tutela dei consumatori, ma anche quando sia ravvisabile un indizio di "debolezza" in imprenditori (almeno formalmente) autonomi» (Tripodi 2004, 511 e 512).

Va comunque osservato che, data la prevalente *ratio* dell'intervento legislativo: ossia la tutela dell'imprenditore "debole", le norme della legge sul *franchising* devono considerarsi a carattere imperativo (De Nova 2004, 761), e, dunque, indisponibili da parte dell'autonomia privata.

Ciò sulla base di più e diverse argomentazioni.

1) una previsione espressa (l'art. 3.1 dice nullo il contratto verbale);

2) una norma transitoria dell'art. 9, che impone l'adeguamento dei vecchi contratti;

3) una formulazione (*ex* art. 1.1: "l'affiliazione commerciale *franchising* è il contratto, comunque denominato…") che ha senso solo in un'ottica antielusiva.

Va precisato, però, che la conseguenza, in caso di violazione delle norme previste dalla nuova legge, non sarà sempre la stessa, e soprattutto, data l'assenza di riferimenti espressi, dall'esito ermeneutico e applicativo incerto (De Nova 2004, 761).

Così, se vengono violate le norme che pongono obblighi di informazione, il *franchisor* risponderà per danni, salvo che siano fornite informazioni false, nel qual caso il contratto sarà annullabile; se non si osserva la forma prescritta, il contratto sarà nullo.

E se, invece, il *franchisor* infrange la norma che impone di aver sperimentato la propria formula commerciale, o l'obbligo implicito di fornire un *know-how, quid iuris?* In tal caso, il contratto dovrebbe ritenersi nullo, perché il *package* non può essere vuoto (De Nova 2004, 761).

VIII. — La nuova normativa sul commercio elettronico: la Direttiva 31/2000/CE e il D. Lgs. 70/ 2003.

Nell'attuale considerazione della disciplina sui rapporti tra imprese, bisogna poi tener conto che il 14 Aprile 2003, con il Decreto Legislativo n° 70 del 2003, è stata attuata nel nostro ordinamento la Direttiva CE 31/00, tesa a disciplinare i servizi della società dell'informazione, quindi, in sostanza, anche il commercio elettronico *(e-commerce).*

È questa una tappa decisiva nella creazione a livello comunitario e nazionale di un quadro organico, specifico e chiaro di regole giuridiche per un fenomeno, quello del commercio elettronico, nato e cresciuto a ritmi vertiginosi negli ultimi anni (Antonucci 2001; Cassano e Cimino 2002, 870 ss.).

A prescindere dalle singole specificazioni normative, tra cui le norme *antispamming* o quelle inerenti alla tutela della sicurezza e della riservatezza delle comunicazio-

ni e alla protezione dei dati sul traffico, sull'identità e sull'ubicazione fisica, l'obiettivo generale e fondamentale della nuova normativa è favorire la libera circolazione e lo sviluppo di queste attività e, pertanto, di questo strategico settore dell'economia, stabilendo con precisione gli obblighi, i diritti e le responsabilità delle parti coinvolte nel processo di informazione-conoscenza, di acquisto e di erogazione dei «servizi della società dell'informazione», cioè delle «attività economiche svolte in linea *(on line)*» mediante la connessione di accesso alla rete globale Internet e la presenza stabile in essa degli operatori economici per mezzo di un sito *web* (art. 2 D. lgs. 70/2003).

Queste parti sono sostanzialmente tre: colui che svolge *on line* un'attività economica di scambio di beni o servizi (definito, nell'articolo 2, «prestatore»); colui che offre un servizio di accesso — connessione alla rete e di memorizzazione delle informazioni in essa accessibili (il c.d. *Provider,* anch'esso definito «prestatore», ma che sarebbe stato meglio differenziare dal primo tipo, data la sua natura particolare e strategica per l'utilizzo della rete da parte degli utenti, anche professionali); e colui che accede alla rete per acquistare beni o servizi o riceve tramite essa informazioni a contenuto commerciale, senza finalità professionali («consumatore») o con finalità professionali («destinatario del servizio»).

Si deve constatare che la definizione di «servizio della società dell'informazione» data dal Decreto, coincide con quella economica di *e-commerce* più diffusa, che comprende le attività di scambio di beni e di servizi a vario titolo giuridico (compravendita, locazione, permuta negli scambi tra pari, *peer to peer*…) e quelle di pubblicità, promozione ed informazione a fini commerciali effettuate su Internet.

Inoltre, anche se concepito per regolare in particolare il primo, il Decreto si applica sia al commercio elettronico di tipo B2C — *Business to Consumer,* vale a dire agli scambi coinvolgenti imprese e consumatori, sia a quello B2B — *Business to Business,* vale a dire agli scambi commerciali fra imprese, che, spesso, si distinguono per le grandi quantità e per il maggiore valore.

Viene qui in scena, infatti, un particolare contraente *"debole"*, la piccola impresa, intesa in senso *"relativo"*, perché — come si è già evidenziato nel par. 4 — tale nei rapporti con altre imprese contraenti, posizione dominante o comunque ingerente nel mercato

Del resto, è inutile nascondere che, nel caso specifico, la piccola impresa, che cerchi fornitura ed approvvigionamento, navigando nel *web* (è il c.d. *e-procurement*), ha bisogno di protezione necessaria e non troppo dissimile rispetto a quella di cui godono i consumatori finali (singoli e famiglie; Alpa 1997; Cassano e Cimino 2000, 870 ss.).

Quanto, invece, al primo tipo di commercio elettronico (B2B), esso senz'altro viene a rientrare nella normativa posta a tutela dei consumatori nei c.d. «contratti a distanza» contenuta nel D. Lgs. 185/1999 (a sua volta, attuativo della Direttiva 7/1997/CE), ossia di tutti quei contratti stipulati per mezzo di strumenti di comunicazione interpersonale a distanza senza la contemporanea presenza delle due parti nello stesso luogo fisico, come quelli conclusi via Internet, per telefono, per corrispondenza, e, parimenti, restano applicabili le norme specifiche per gli investimenti finanziari e le assicurazioni (art. 4), in virtù dell'antico principio per cui *«lex specilias derogat lege generali»*.

L'accesso alle attività di commercio elettronico è libera, quindi «non è soggetta ad autorizzazione preventiva» (art. 6, D. Lgs. 70/2003) e può essere limitata dall'Autorità Giudiziaria od Amministrativa di Vigilanza solo per motivi di ordine e sicurezza pubblica, difesa nazionale, tutela della salute pubblica e tutela dei consumatori e degli investitori (art. 5).

Si tenga comunque presente che, per principio generale, l'operatore commerciale sul *web* deve rispondere, come responsabilità civile e penale, all'Autorità Giudiziaria (ed a quella fiscale per l'imposizione diretta sui redditi di impresa) del paese in cui ha «stabile organizzazione» (l'articolo 2 lo definisce «prestatore stabilito»), senza che rilevi a tal fine che il sito *web* dell'operatore sia ospitato sul *server* di un *provider* ubicato fisicamente all'estero.

Soprattutto, il nuovo provvedimento legislativo sul commercio elettronico disciplina le transazioni elettroniche (*e-commerce*; Tripodi 2004, 829 ss.; Giambelluca 2004, 65 ss.), vale a dire i contratti conclusi con strumenti telematici sulla rete globale Internet, stabilendo che il prestatore (venditore) ha degli obblighi di informazione e trasparenza (art. 7), in quanto deve fornire ai clienti potenziali (o, meglio, ai visitatori-utenti del suo sito *web*) tutte le informazioni necessarie ad identificarlo con precisione (ragione sociale, indirizzo del domicilio o sede legale, Partita Iva, numero di iscrizione al Registro delle Imprese, ecc.) ed a contattarlo (*e-mail*, numero telefonico, ecc.), oltre all'indicazione «chiara ed inequivocabile» dei prezzi, evidenziando le imposte (Iva, ecc.), i costi di spedizione e tutti gli altri eventuali costi aggiuntivi. Si devono inoltre specificare tutte le attività consentite all'acquirente e gli estremi del contratto nel caso in cui questo consista nella licenza d'uso di un bene (tipico dei *software*).

A queste informazioni obbligatorie si aggiungono quelle sulle caratteristiche essenziali del bene o servizio, sulle modalità di pagamento e di consegna, sulla durata temporale della validità dell'offerta, richieste *ex* art. 3 D. Lgs. 185/1999, in materia di contratti stipulati a distanza.

Oltre a ciò, il prestatore deve fornire ai visitatori del sito, prima dell'eventuale inoltro di un ordine di acquisto, informazioni chiare e comprensibili sulle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto, l'archiviazione di esso, l'accesso e le modalità di correzione degli errori, gli strumenti di composizione delle controversie.

Va rilevato che il legislatore esenta il prestatore da questo secondo gruppo di informazioni, se il contratto è concluso mediante il solo scambio di messaggi di posta elettronica (art. 12).

IX. — Alcune riflessioni sull'art 12 del D. Lgs. 70/2003.

Due rilievi fondamentali induce immediatamente la formulazione della norma.

Il primo è che l'inciso *"salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori"*, presente anche nel successivo art.13/2, conferisce imperatività alla nuova disciplina esclusivamente per l'area B2C, così confermando la rilevanza della distinzione fra *B2B* e *B2C* (Delfini 2003, 614).

Il secondo può, invece, fondarsi sulla lett. e) dell'art. 12/1 — che prescrive di fornire informazioni sui "mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore" (art. 12.1 lett. e, D. Lgs. 70/2003). Ebbene, tale norma non si limita ad imporre un obbligo informativo ma, ancor più a monte, impone al prestatore di predisporre idonei strumenti di rilievo e correzione di errori nella manifestazione della volontà che, con lessico più tradizionale, diremmo errori *"ostativi"*.

Va evidenziata l'opportuna di questa previsione, perché la predisposizione di una tutela *di fatto* (ed *ex ante*), rispetto agli errori nella dichiarazione o nella sua trasmissione – per usare le parole della rubrica dell'art. 1433 c.c. — può essere valido rimedio contro la pratica inapplicabilità al commercio elettronico (nel quale pur possono essere frequenti tali errori) della tradizionale tutela *giuridica* (ed e*x post*) dell'annullamento, che si fonda ineludibilmente sul requisito della riconoscibilità dell'errore (art. 1431 c.c.), di difficile ricorrenza (o quanto meno di ardua prova) nella contrattazione telematica. Va altresì sottolineato che il comma 2 dell'art. 12 limita poi gli obblighi informativi all'ipotesi di contrattazione per *adesione*, che muove dall'accesso ad un sito commerciale da parte di un aderente (professionista o consumatore), il quale invia il proprio ordine al prestatore di servizi: la norma precisa infatti che il primo comma non si applica allorché il contratto è frutto di una negoziazione individualizzata, con scambio di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali.

In secondo luogo, vi è un obbligo di chiarezza contrattuale (art. 13): il venditore o fornitore sul *web*, dovrà inviare la ricevuta dell'ordine e comunicare con chiarezza al consumatore i termini dell'acquisto attraverso un dettagliato riepilogo di ogni condizione contrattuale, delle caratteristiche essenziali del bene o del servizio, del prezzo, dei costi di spedizione e consegna e dei tributi applicati, dei mezzi di pagamento, delle modalità del diritto di recesso. Tale diritto, ricordiamo, a norma dell'art. 5 D. Lgs. 185/1999, può essere esercitato dal consumatore mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento inviata entro 10 giorni lavorativi dalla conclusione del contratto, per i servizi, o del ricevimento della merce, per i beni, senza alcuna penalità ed anche senza motivo e dà diritto al rimborso del prezzo pagato. Lo stesso articolo (comma 3°) prevede che il diritto di recesso non si applica ai contratti di acquisto di beni digitalizzabili (*software*, musica, immagini, *e-book* o libri elettronici, ecc.) scaricati in FTP *(File Transfer Protocol)* dal sito Internet del venditore (il c.d. *download*), in quanto la prestazione è immediata ed irreversibile.

Anche per i contratti conclusi per via telematica vale l'obbligatorietà dell'accettazione espressa, da parte del consumatore, delle c.d. *«clausole vessatorie»* presenti nel contratto, prevista dall'articolo 1341 del Codice Civile e l'inefficacia di quelle previste dall'articolo 1496 *bis* c.c., introdotto dalla L. 52/1996, in attuazione della Direttiva 13/1993/CE sulle clausole abusive nei contratti stipulati coi consumatori.

Inoltre, ricordiamo che anche l'acquirente telematico usufruisce della garanzia per i difetti di qualsiasi bene mobile acquistato (non per i servizi), la cui durata è stata fissata a 26 mesi dalla consegna di esso dal D. Lgs. 24/2002 (attuativo della Direttiva 44/1999/CE) che ha introdotto nel nostro codice civile l'articolo 1519 *sexies*.

Va precisato che il contratto telematico si conclude conformemente alla regole generali codicistiche, vale a dire «quando il proponente ha conoscenza dell'accettazio-

ne dell'altra parte», come dispone il primo comma dell'art. 1326 c.c., mirando ad un adeguato contemperamento degli interesse delle parti e dei principi in gioco, come quelli dell'affidamento e dell'autonomia privata.

Con la specificazione che «l'ordine e la ricevuta (telematiche) si considerano pervenuti quando le parti hanno possibilità di accedervi» (art. 13, D. Lgs. 70/2003) quindi spesso, dato che di frequente l'*e-mail* di ricevuta — accettazione dell'ordine è scaricabile da parte dell'acquirente dal *server del Provider* che gli fornisce la connessione ad Internet.

Non può non farsi un cenno anche al moderno profilo processuale di questa nuova normativa, la quale, all'art. 19, consente che le controversie relative a questi contratti possono essere portate, dai prestatori-erogatori e dai clienti-destinatari dei servizi della società dell'informazione, oltre che davanti all'Autorità Giudiziaria, anche ad organi di composizione stragiudiziale che operano per via telematica (per esempio, in Italia: www.risolvionline.it della Camera di Commercio di Milano, la prima ad istituire in tal modo nel nostro paese un c.d. ODR — *On line Dispute Resolution*) e che possono far parte della Rete Europea di Composizione Stragiudiziale delle Controversie, il c.d. *European Extra — Judicial Network* (www.eejnet.org).

Ma, al contempo, non si possono trascurare alcune solite lacune del legislatore italiano nella trasposizione della direttiva, con conseguenti problematiche aporie. Basti pensare all'attuazione dell'art. 11 della direttiva fattane dall'art. 13 D. Lgs. 70/2003.

Precisamente, si stabilisce che "Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti" (art. 13, co. 4, D. Lgs. 70/2003).

Se ciò pare del tutto comprensibile riguardo al comma 2 — in quanto è ragionevole escludere l'obbligo di accusare ricevuta da parte del prestatore, quando la negoziazione è individualizzata e non vi sono asimmetrie tra le parti in ordine ai mezzi tecnici impiegati per il "dialogo" telematico — non sembra altrettanto l'esclusione della presunzione di cui al comma 3 per la medesima ipotesi di negoziazione individualizzata (Delfini 2003, 616).

Infatti, solo nella prima ipotesi di negoziazione individualizzata si avrebbe quel dialogo la cui assenza (*«contrahere»* senza *«consentire»*) nella contrattazione di massa per via telematica è stata denunciata da Irti (Irti 1998, 347 ss.), e ha ispirato la replica di Oppo (Oppo 1998, 524 ss; ancora: Irti 1999, 273 ss. e 2000, 601 ss.; Bianca 2000, 43 ss. e 2001, 1120 ss.).

La Direttiva 31/2000 ed il suo Decreto di attuazione 70/2003 intervengono puntualmente anche riguardo alla responsabilità dell'ISP (*Internet Service Provider* — Fornitore di servizi Internet di base: accesso e memoria) o dell'ASP (*Application Service Provider*: sviluppatore e/o gestore di un sito *web* altrui), precisando che il *Provider,* se i suoi servizi siano stati utilizzati a scopo illegale, risponde sempre a meno che egli non abbia avuto l'unico ruolo passivo di trasferire i dati, senza conoscerne i contenuti (Buffa e Cassano 2003, 77 ss.; Cassano e Cimino 2004, 671 ss.; D'Arrigo 2004, 248 ss.; Sanna 2004, 279 ss.).

Sulla base di questa regola, l'art. 17 stabilisce che il prestatore–*provider* non ha un «obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indi-

chino la presenza di attività illecite» (art. 17, co. 2, D. Lgs. 70/2003), delimitando e restringendo, però, la portata di questo principio di esenzione, nel punto in cui, a scopi pubblicisti di prevenzione e di difesa dell'ordine pubblico, precisa che «il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzione di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi…al fine di individuare o prevenire attività illecite» (art. 17, co. 2, D. Lgs. 70/2003).

Egli è poi *civilmente responsabile* del contenuto di detti servizi se, richiesto dalle autorità competenti, non ha impedito prontamente l'accesso a tale contenuto, o se, pur conoscendo il carattere *illecito* o *pregiudizievole* per un terzo del contenuto di un servizio fornito, non ha informato le autorità (art. 17 co. 3, D. Lgs. 70/2003).

Si deve notare come l'art. 14 chiarisca che il prestatore-*provider* di un servizio di mera trasmissione (c.d. *«mere conduit»*) non è responsabile delle informazioni trasmesse da parte di un destinatario-cliente (per esempio, dei suoi messaggi di posta elettronica), a meno che non sia lui che dia origine alla trasmissione o selezioni il destinatario della trasmissione o selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.

La nuova normativa ha poi il merito di disciplinare anche altre ipotesi di frequente applicazione concreta.

Ad esempio, l'art. 15 prevede che il *provider* non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea (c.d. *«Caching»*) delle informazioni trasmesse dai suoi clienti (per esempio, ancora, la memorizzazione delle *e-mail* fino a quando non vengono scaricate dal destinatario sul suo computer), a meno che non modifichi le informazioni, non si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle stesse, non interferisca con l'uso della tecnologia da parte del cliente per ottenere dati sull'impiego delle informazioni da parte di questo ed agisca prontamente per rimuovere le informazioni trasmesse o per disabilitarne l'accesso, una volta che queste siano state rimosse dal luogo della rete dove si trovavano inizialmente.

Ancora l'art. 16 stabilisce la mancanza di responsabilità dello stesso soggetto nell'attività di memorizzazione permanente di informazioni (c.d. *Hosting*, cioè in concreto la memorizzazione non temporanea, ma per un periodo lungo: è l'attività di gestione di un sito *web* da parte di un'organizzazione esterna a quella del suo proprietario, tipicamente di quella di un *provider*, per la quale, appunto, occorre tale memorizzazione), a meno che questo non sia a conoscenza dell'illiceità dell'attività o dell'informazione dei destinatari-clienti o di fatti che la rendono manifesta e non agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso.

Ma questa disposizione non si applica «se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità od il controllo del prestatore» (art. 16, co. 2, D. Lgs. 70/2003) e ciò basta ad escludere anche le attività c.d. di *«housing»*, vale a dire quelle di realizzazione e gestione di un sito *web* da parte di membri dell'organizzazione interna dell'impresa proprietaria di esso.

X. — Considerazioni conclusive.

L'attuale contesto economico risente profondamente di alcune elementi costanti, quali la globalizzazione di mezzi materiali, capitali, cose e persone; l'evoluzione tecnologica, fra cui l'enorme sviluppo e diffusione del *web*, la sua rapidità ed il suo essere alla portata di tutti; la dimensione e la strutturazione del sistema organizzativo e distributivo dell'impresa (che ha un perno fondamentale nei contratti di distribuzione).

Ebbene, oggi, alla luce della continua interazione di tali fattori, peraltro, in reciproco rapporto di causa-effetto ed quindi, poter prospettare dei criteri-guida, di carattere normativo, positivizzati od ermeneutici che siano, anche magari in termini di Analisi Economica del Diritto, rispetto alle scelte da compiersi, vuol dire prospettare vere e proprie chiavi di lettura della realtà, ed assicurarsi, al contempo, un'imprescindibile funzione per orientarsi nel Mercato.

Il che vuol dire andare al di là, e probabilmente, "progredire" rispetto alle tradizionali dispute sulla formazione e la validità del contratto e del vincolo conseguentemente nascente.

Da qui tutto l'interesse a soffermare l'attenzione sui contratti di distribuzione, capirne le peculiarità, la possibile disciplina e, soprattutto, l'effettiva applicabilità nel concreto mondo economico, magari attraverso il filtro autorevole ed affidabile della giurisprudenza.

COSIMO SILVESTRO

Avvocato INPS

PRIME RIFLESSIONI SU PRESTAZIONI ECONOMICHE DI PREVIDENZA E ASSISTENZA SOCIALI NELLA RIFORMA DEL TITOLO V° DELLA COSTITUZIONE

Sommario: 1. - Premessa: duplice tendenza (centralista e autonomista) e possibile eventuale influenza incrementale di prestazioni pecuniarie previdenziali ed assistenziali. 2. - La materia della previdenza sociale competenza esclusiva. 2.1. - Carattere cd. "assoluto" della riserva nei riguardi dei poteri normativi locali e non del potere regolamentare centrale. 2.2. - Regolamenti di delegificazione degli enti previdenziali e conformità all'art. 117 co. 6 Cost. 2.3. - Regolamento statale sugli sgravi contributivi. 3. - La materia dell'assistenza sociale: dalla beneficenza all'assistenza sociale. 3.1. - La frammentazione dell'assistenza sociale tra servizi ed allocazione irrazionale di funzioni e compiti sui trattamenti economici. 3.2. - Allocazione allo Stato della funzione di revisione e revoca "competenza residuale" e sua conformità alla riforma. 3.3. - Frammentazione delle funzioni e istituzione del Fondo di erogazione dei trattamenti con legittimazione processuale dell'Inps: esigenza di unicità di soggetto istituzionale.

1. — Premessa: duplice tendenza (centralista e autonomista) e possibile eventuale influenza incrementale di prestazioni pecuniarie previdenziali ed assistenziali.

Nell'orientamento di pensiero formatosi dopo la riforma del Titolo V° della Costituzione, si vanno delineando due tendenze di lettura del nuovo testo: una che vede l'ago della bilancia del nuovo assetto pendere più verso l'idea del potenziamento e consolidamento del potere centrale dello Stato, in particolare nelle clausole trasversali (livelli essenziali, tutela dell'ambiente, ecc…), all'insegna dell'unità anche giuridica della Repubblica e nel principio di sussidiarietà che può far riscrivere al legislatore i titoli di allocazione statale delle materie dell'art. 117 co.3 e 4 Cost., anche se l'intesa

non riesce (1); l'altra che, invece, vede incrementato il potere anche legislativo dei governi sub-statali, specificamente nelle competenze sia concorrenti che residuali, legislative e regolamentari, alla ricerca della leale collaborazione e della unità, negoziabili negli accordi, nelle intese e conferenze.

Secondo condivisibile dottrina con l'art. 3 co. 2 Cost., che "da una parte introduce il modello pluralistico nella forma di Stato, dall'altra si pone il problema di creare ed individuare forme di **depluralizzazione**", cioè di "individuare quali devono essere le condizioni per ottenere un minimo di omogeneità", "si avverte… l'esigenza di realizzare un equilibrio tra l'istanza pluralistica ed il ruolo dello Stato, il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" (2). Non essendo stata tale esigenza realizzata pienamente, dovrebbe essere compito dell'interprete di leggere nella riforma della Costituzione, in linea di ricomposizione delle due idee sovrarichiamate, un equlibrato riconoscimento dell'istanza autonomistica, da un lato, ed il ruolo dello Stato, dall'altro, di evitare la disgregazione del corpo sociale e contemperare le differenziazioni col principio di eguaglianza.

La riforma della legge cost. 18.10.2001 n. 3, vista dal punto di vista delle prestazioni patrimoniali aventi ad oggetto somme di danaro a titolo di previdenza ed assistenza sociali obbligatorie, lascia intravedere una posizione di rafforzamento del potere statale e, forse, di probabile incremento delle prestazioni pecuniarie, pur se in un sistema istituzionale pluralista e nel bilanciamento tra le esigenze di unità anche giuridica della Repubblica e lo svolgersi delle autonomie locali. Momenti della posizione incrementale delle prestazioni economiche si ritrovano sia nel trasferimento delle funzioni e dei compiti recato, già prima della novella degli artt. 118 co.1 e 2 e 117 co. 6 Cost., dal d. lg.vo n.112/1998 che all'art. 130 co. 2 riconosce alle Regioni il potere di ammissione a trattamenti *aggiuntivi* di prestazioni in materia di invalidità civile con integrale copertura finanziaria regionale, sia nella circostanza che le differenziazioni sostenibili nei livelli essenziali costituzionalizzati si possono sostanziare, fatta salva l'inviolabilità e inderogabilità del trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale, unicamente nella erogazione di prestazioni *aggiuntive* ai livelli essenziali e compatibili con la capacità contributiva locale nei limiti della ragionevolezza (3). Infine può considerarsi come non improbabile che i principi del bisogno, della necessità, della congruenza del mezzo prescelto ecc., principi espansivi di tutele e giustamente elaborati dalla giurisprudenza costituzionale (4) in materia di presidi terapeutici dell'assistenza sanitaria per il dovuto rispetto del diritto alla vita e del diritto alla integrità e dignità della

(1) Cfr.: MORRONE, *La corte costituzionale riscrive il titolo V?*, Quad. cost., 2003; BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordinamento regionale (nota a Corte cost. n.303 del 2003),* Le regioni, 2004, n.1 par. 2, ed ivi non praticabile il conflitto di attribuzioni in caso di intesa non riuscita.

(2) Vedi ATRIPALDI, *Pluralismo delle fonti di informazione televisiva,* in Atti del Convegno di Salerno, 1996, su *"Il sistema delle fonti di informazione"* a cura di FENUCCI, Salerno, Polif., 2002, 13.

(3) CHIEFFI, *Disarticolazione del sistema delle autonomie e garanzia dei livelli essenziali,* in *La riforma del Titolo V della costituzione e la giurisprudenza costituzionale"* — Atti del Seminario di Pavia 6-7 giugno 2003, Torino, 2003, Ed. Giappichelli., 747 ss.

(4) Vedi giur. cit. in CHIEFFI, *Disarticolazione del sistema ecc. o loc. ult.cit.,* 735 nt.13.

persona umana (5) ed ora sussumibili a contenuto o misura dei livelli essenziali raggiunti (6), potrebbero in una certa maniera concorrere ad orientare il pensiero giuridico, alla luce del parametro costituzionale di *"essenzialità"*, verso opzioni incrementali, anziché recessive nella elaborazione dei diritti pecuniari assistenziali e previdenziali sostitutivi o integrativi dei redditi da lavoro nei casi di eventi generatori di bisogni di cui ai co.1° e 2° dell'art. 38 Cost., specie nelle ipotesi di presenza di *"means tests"* o di indicatori di bisogni economici (d. l.vo n.108/1998).

2. — La materia della previdenza sociale competenza esclusiva.

La materia della previdenza sociale è stata, nel nuovo riparto di competenza, attribuita alla ***"legislazione esclusiva"*** dello Stato (art. 117 co.2 lett. *"o"*), mentre la previdenza volontaria (integrativa e complementare) alla legislazione concorrente (co. 3). I diritti di previdenza sociale rientrano tra quei diritti che sono saldamente ancorati al quadro di competenze esclusive dello Stato per le quali non sembra esserci spazio per le regolazioni regionali, eppertanto le leggi statali dovranno dettare una disciplina di tutela piena nelle materie attinenti ai diritti stessi (7). Riprova di tale ancoraggio e della conseguente esaustività delle discipline statali è data dalla circostanza che, fin dalla prima metà del secolo scorso, le leggi statali sui trattamenti di disoccupazione, pur implicanti compiti ed attività dei Comuni e degli Uffici di collocamento, non hanno normalmente delegato potere legislativo ovvero funzioni amministrative alle Regioni, dettando compiutamente la disciplina anche dei procedimenti e dei rapporti tra uffici locali e Sedi periferiche dell'Istituto Previdenziale. Anzi nel trasferimento alle Regioni delle funzioni relative alla beneficenza ed assistenza pubblica l'art. 24 Dpr. 24.7.1977 n.616 riserva allo Stato anche quelle "indennità di disoccupazione" di natura inconfutabilmente assistenziali (trattamenti e/o assegni ai cittadini rimpatriati o frontalieri, ai cittadini emigranti, ai disoccupati mutilati o invalidi di guerra, ai mutilati ed invalidi di guerra e ai mutilati ed invalidi al lavoro) (8), che al di fuori di un rapporto assicurativo-previdenziale gravano non sul Fondo previdenziale della disoccupazione finanziato anche dai contributi dei datori e prestatori di lavoro, sibbene su fondo statale alimentato col prelievo fiscale della solidarietà generale.

Così anche per le prestazioni delle Integrazioni salariali ordinarie, per le quali fin dal 1947 era prevista l'istruttoria presso gli Ispettorati Provinciali del Lavoro e le rela-

---

(5) Su tali diritti: CAFERRA, *I diritti della persona e Stato sociale,* Zanichelli, Bologna, 2004; su quelli sociali: BALDASSARRE, *Diritti sociali,* EGT., 1989; MENGONI, *I diritti sociali,* ADL., 1999, 1 ss.

(6) Vedi in punto CHIEFFI, *Op e loc. citt.* 735 ed ivi dottr. cit..

(7) Cfr.: D'ALOJA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni,* in *"La riforma del titolo V ecc. citt.,* 101.

(8) Per simile interpretazione e su tutta la vasta problematica, nonché su tali prestazioni assistenziali ai disoccupati: CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione,* Milano, 1982, rispettivamente, 45 ss. nota 25 e 97 ss.

tive leggi statali hanno di norma regolato i procedimenti dell'istruttoria ed i rapporti tra gli Ispettorati e le Commissioni provinciali di ammissione alla Cig.o istituite presso le Sedi provinciali dell'Ente,senza delega alle Regioni di competenza legislativa o amministrativa. La stessa riserva *ex* art. 24 Dpr. n. 616/1977 di allocazione allo Stato di funzioni in materia di integrazione salariale, estese anche a quelle ipotesi di intervento integrativo salariale di natura assistenziale a favore di lavoratori formalmente disoccupati (licenziamenti conseguenti a fallimento *ex* art. 2 L. n. 301/1979 o a grave crisi del Mezzogiorno *ex* art. 6 L. n. 36/1979) (9), dà contezza della tendenza dell'ordinamento a riservare allo Stato la materia della Cassa integrazione. Per converso, invece, non sono mancate leggi statali speciali in materia di integrazione salariali che hanno fatto fronte ad interventi "locali" per eventi straordinari meritevoli di tutela.

Infine, anche recentemente in materia di indennità di mobilità pur richiedendosi come requisito costitutivo del diritto l'iscrizione nelle liste locali di mobilità ed in materia di sussidi per lavori socialmente utili o di pubblica utilità, pur richiedendosi lo svolgimento di rapporti e interferenze con uffici locali, tuttavia le relative discipline statali hanno regolato anche nei dettagli senza deleghe di competenze ai poteri normativi locali (artt. 4, 6 e 7 legge n. 223/1991 e 3 legge n. 229/1997). Recentemente, infine, il legislatore con legge quadro 8.11.2000 n. 328 all'art.1 co. 2, per definire il sistema di "interventi e servizi sociali", rinvia alla norma dell'art. 128 co. 2 del Dpr. n. 112/1998 sul trasferimento di funzioni e compiti statali alle autonomie locali la quale, pur inglobandovi le prestazioni economiche, esclude espressamente "quelle assicurate dal sistema previdenziale". La giurisprudenza costituzionale, a fronte della mancata inclusione della previdenza nel catalogo regionale del precedente testo dell'art. 117 Cost., aveva individuato nella materia "previdenza sociale" una riserva di legge statale sia per la specialità del contenuto oggettivo della normativa e per il "carattere nazionale del sistema previdenziale", sia per il principio di eguaglianza insofferente di disparità di discipline legate alla mera localizzazione territoriale (10). Per tale maniera la riforma ha scritto il principio di costituzione vivente in ordine alla riserva.

La particolare competenza statale nella clausola generale dei livelli essenziali, siccome trasversalmente attraversa quasi tutte le materie, inevitabilmente tocca anche i diritti sociali di prestazioni previdenziali ed assistenziali. In presenza dei livelli di tali diritti ci troviamo di fronte ad una competenza statale esclusiva per così dire rafforzata, in quanto essa costituisce espressione e proiezione del programma costituzionale di eguaglianza sostanziale delineato dal Costituente negli artt. 2, 3 e 38 cost. che si propone di realizzare condizioni di libertà dal bisogno, attraverso l'eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine economico e sociale, per consentire in condizioni di uguaglianza a tutti i cittadini il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione dei cittadini (11), dove l'eguaglianza si pone come limite anche alle autonomie locali ma non alla diversificazione territoriale

(9) Sul punto: CINELLI, *La tutela del lavoratore cit.,* 170 ss.

(10) Vedi: C. Cost. 15.6.1989 n.336, FI., 1991, I, 334; C. Cost. 19.10.1988 n.979 ; Id. 16.2.1982 n.41 Id. 28.4.1976 n.92

(11) Cfr.: F. MAZZIOTTI, *Diritto della previdenza sociale,* Napoli, 2001, 3 ss. con distinzione dei vari modelli di Welfare state; PERSIANI *Diritto della previdenza sociale,* Padova, 1996 13 ss. e, già, in *Sistema giuridico della previdenza sociale,* Padova, 1960, 37 ss.; per i livelli essenziali, CHIEFFI, *Op e loc. citt.* 732 s.

di erogazione di servizi, fatti comunque salvi i livelli essenziali e senza che tale diversificazione si sostanzi in un'irragionevole discriminazione legata alla residenza (12). Mette anche conto rilevare che il Costituente offre un sistema aperto che non vincola il legislatore ordinario nella scelta degli strumenti tecnici per il perseguimento degli obiettivi del programma tracciato (13). Dato il riferimento ad una serie di variabili da cui dipendono i livelli essenziali dei diritti alle prestazioni previdenziali ed assistenziali (finalità costituzionale del programma, intensità e grado di persistenza degli ostacoli impeditivi dell'effettiva libertà ed eguaglianza, grado di debolezza economica e sociale delle situazioni di intervento statale), in sostanza la competenza del legislatore statale a disciplinare la materia dell'assistenza e della previdenza sociali nei suoi livelli essenziali non può essere determinata *"a priori"* una volta per tutte, ma sarà orientata da quella serie di variabili che indirizzano anche la ricerca e la determinazione degli spazi di ricentralizzazione della legislazione statale (14).

In ordine alle prestazioni previdenziali, in particolare, va anche chiarito che, al di sopra della soglia dei livelli essenziali, la misura ulteriore del trattamento corrispondente al livello di "adeguatezza" *ex* co.2 art. 38 cost. ha storicamente costituito area soggetta esclusivamente alla legge dello Stato, oltre che per l'uniformità di trattamento, anche perché l'individuazione della "adeguatezza", a fronte della quale sotto forma di contribuzione corrisponde anche un concorso finanziario delle categorie interessate (datori e prestatori di lavoro), costituisce un concetto rimesso, secondo principio del nostro ordinamento costituzionale, alla discrezionalità politica dello Stato che opera le scelte in base alla fase della economia nazionale, alle disponibilità di bilancio, ai bisogni ed al concorso contributivo delle categorie interessate, insomma in base alle condizioni storiche del momento della scelta.

Di contro la disciplina generale e materiale delle prestazioni economiche di assistenza, oggetto del diritto sociale al mantenimento degli inabili sprovvisti di reddito (*ex* art. 38 co.1 cost.), là dove regola spazi al di sopra della soglia dei livelli essenziali garantiti su tutto il territorio dalla legislazione statale, può trovare la sua fonte anche nel potere legislativo residuale regionale, sempre che le relative occorrenti spese di assistenza nella singola Regione abbiano copertura nell'ambito delle finanze regionali.

2.1. — Carattere cd. "assoluto" della riserva nei riguardi dei poteri normativi locali e non del potere regolamentare centrale.

A questo punto dovrà essere precisata la natura della riserva assoluta, senza eventuale delega di competenza a fonti secondarie. A fronte della disciplina del

(12) Cfr.: Cfr.: CHIEFFI, *Op e loc. citt.,* 747 s. *passim* 740 ss.; anche ROMBOLI, Le modifiche al titolo V della seconda parte della costituzione, FI.,2001, 190 s.).

(13) Cfr.: CINELLI, *Sicurezza sociale,* EdD., Vol. XLII, 505; Id., *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale,* ADL., 1999, 33 ss.

(14) Cfr.: D'ALOJA, *Diritti e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle* ecc. e locc. citt. 105 e 106.

riparto e, quindi, regolativa del rapporto tra poteri istituzionali, il giudice ordinario non ha cognizione nell'individuazione del riparto delle competenze legislative, spettando alla Corte Costituzionale giudicare nella materia dei conflitti di attribuzione: i criteri di individuazione della previdenza sociale andrebbero ricercati nell'elaborazione che si è consolidata in ordine agli eventi indicati sia pur non tassativamente nel co. 2 dell'art. 38 Cost., ricordando che secondo precedente, sia pure risalente, è il contenuto normativo oggettivo del provvedimento e non i fini perseguiti a delimitare la competenza legislativa (15). Recentemente la Corte costituzionale, forse con la prima sentenza in argomento, pare di ricercare aliunde, cioè nella protezione di valori non di categorie lavorative, ma di cittadini in genere, il bene oggetto di tutela previdenziale (16). Data l'allocazione centralizzata della competenza legislativa della previdenza sociale, con conseguente inammissibilità di interventi normativi differenziati locali, salvo delega, e quindi con esclusione di poteri normativi non statali, da una parte, ed in ragione della non discrezionalità della Corte costituzionale che giudica (nell'azione diretta o incidentale di costituzionalità) sempre ricercando nella costituzione i principi e i criteri di individuazione delle materie, dall'altra, la tecnica della riserva presenta una sua particolarità. Essa potrebbe assumersi come cd. "assoluta" o meglio dal punto di vista della sua struttura, facendo riferimento al rapporto con gli altri poteri normativi od applicativi-interpretativi, definirsi come riserva senza discrezionalità (17). Questa neo-riserva scritta pone al riparo la materia previdenziale dai poteri normativi di livelli sub-statali e cioè locali. Nel nuovo titolo V°, che disciplina i rapporti tra il potere statale e le autonomie locali nel sistema del pluralismo istituzionale, lo spirito del limite della riserva va inteso nei riguardi dei poteri locali, sia per il principio di eguaglianza, sia per le esigenze di esercizio unitario, che non possono lasciare spazio ad interventi normativi differenziati di poteri non centralizzati.

La circostanza che l'art.117 co.6 pone nelle materie di competenza esclusiva dello Stato piena corrispondenza tra potestà regolamentare e potere legislativo costituisce riconoscimento costituzionale dell'ammissibilità dei regolamenti anche di delegificazione nelle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva statale. D'altro canto non avrebbe alcun senso l'attribuzione allo Stato della potestà regolamentare nella materia di legislazione esclusiva, se in tale attribuzione si scorgesse una riserva nei confronti del potere regolamentare statale, anziché l'esercizio legittimo dello stesso sulle materie oggetto della disciplina, al un tempo, legislativa e regolamentare.

(15) Cfr.: C. Cost. 28.4.1976 n. 92.

(16) Vedi C. Cost.28.7.2004 n.287 parte motiva considerato in diritto punti 12 13 14, in *www.giurcost.org/decisioni/2004* che assume come tutela previdenziale di maternità, anzichè assistenziale, la provvidenza riconosciuta alla madre anche non lavoratrice, per la nascita oltre il primo figlio, e finanziata con esclusivi fondi statali (art. 21 L. 24.11.2003 n. 326) cui è estraneo il concorso della contribuzione dei datori e prestatori di lavoro.

(17) Per l'esame della riserva dal punto di vista della sua struttura: BALDUZZI SORRENTINO, *Riserva di legge,* EdD, Vol.XL, 1989, 1207, *passim* 1213 ss. (par. 5).

Inoltre il principio di legalità forte anche per l'ambito regionale (18) non può interessare le materie riservate alla competenza esclusiva statale nelle quali il potere regolamentare centrale non è comunque messo in discussione, atteso che il dubbio sulla permanenza del potere regolamentare dello Stato si era posto prima della riforma riguardo al rapporto Stato-Regione solo nelle materie di competenza legislativa regionale per le quali neppure si esclude la possibilità di regolamenti di coordinamento tecnico (19), mentre si escludono i regolamenti governativi anche di delegificazione per la rigidità del riparto di competenze tra Stato e Regione, rigidità che è mitigata peraltro dalle esigenze dell'esercizio unitario (20); ma, per converso, in ragione del loro carattere di fonte "cedevole" i regolamenti statali, per il principio di continuità, in assenza di una legislazione regionale specifica sulla materia, si ritengono comunque applicabili (21). Adunque, in conclusione, può affermarsi che la materia della previdenza sociale, oggetto della legislazione statale esclusiva, è riservata nei confronti dei poteri normativi locali, ma non del potere regolamentare centrale anche se delegificato.

2.2. — Regolamenti di delegificazione degli enti previdenziali e conformità all'art.117 co.6 Cost..

Si deve ricordare che il legislatore previdenziale, in ragione della strumentalità di rilevanza costituzionale dei due maggiori enti previdenziali (INPS e INAIL), ha istituita una forma particolare centralizzata di delegificazione, attribuendo agli stessi l'iniziativa regolamentare. L'art.10 L. 29.2.1988 n.48, nel riconoscere il potere normativo ai Consigli di amministrazione dei due enti di disciplinare le parti delegificate della materia recita che *"…leggi e regolamenti riguardanti l'organizzazione e le procedure relative all'accertamento, riscossione e accreditamento della contribuzione e dei premi e alla liquidazione ed erogazione delle prestazioni nonché l'organizzazione interna degli uffici, restano in vigore"*, finchè non modificati **nel rispetto dei diritti soggettivi** con deliberazioni dei Consigli di amministrazione degli Istituti, assunte a maggioranza assoluta dei componenti in carica ed approvate dal Ministero del lavoro previa conforme delibera del Governo nel termine di 60 giorni (22).

---

(18)Su cui vedi: CHESSA, *L'art.117 e riserva di legge: un accostamento dubbio,* in *La riforma ecc. e loc. ult. citt.,* 352.

(19) Cfr.: C. Cost. n.376/2003 e n.17/2004 e loc.itt.

(20) Vedi: C. Cost. n.7/2004.

(21) Vedi: C. Cost. n.329/2003 e n.12/2004.

(22) Sul tema vedi intenventi di BALANDI, CINELLI, FERRARA, GHERA, GIANNINI, PERSIANI, TRVISI, Tavola rotonda su *"Problemi attuali delle fonti normative nella previdenza sociale: legge delega per le pensioni e delegificazioe"*, RGL., 1987, III°, 150 ss.; *adde,* se del caso, SILVESTRO, *Prime brevi considerazioni sulla delegificazione in materia previdenziale (Inail e Inps),* RIMP., 1988, 195 ss..

Ma già prima della delegificazione, la misura della tariffa dei premi dell'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e malattie professionali era approvata con atto regolamentare del Consiglio di amministrazione dell'Inail (art. 40 Dpr n.1124/1965). In linea con la direttiva di delegificazione ed al fine di assicurare l'equilibrio finanziario di tutte le gestioni previdenziali è stato riconosciuto al potere regolamentare degli enti previdenziali di calcolare le aliquote in ragione delle risultanze di bilancio (art. 17 d. l.vo n. 503/1992; art. 1 co. 5°, 11° e 34° e art. 3 co. 1° e 11° L. n. 335/1995). In quanto espressione del potere di normazione secondaria generale ed astratta gli atti regolamentari di delegificazione di cui sopra, non soggetti a limiti temporali (23) sono tuttora validi, assicurando tale fonte secondaria l'indivisibilità e l'infrazionabilità del compito statale di previdenza sociale. Detti regolamenti di delegificazione operano sul piano formale della gerarchia delle fonti e non su quello sostanziale (24), con disciplina accentrata ed uniforme, onde possono innovare la legislazione statale nella materia esclusiva della previdenza sociale, limitatamente alle parti delegificate di essa e nei limiti posti dalla norme di legificazione.

2.3. — Regolamento statale sugli sgravi contributivi.

Merita infine essere rilevato che, nella prospettiva recepita nell'Accordo sul costo del lavoro del "93" di adeguare la disciplina degli sgravi contributivi con i fondi europei, per evitare che lo Stato con gli sgravi potesse violare il divieto di misure suscettibili di alterare la libera concorrenza (art. 92 Trattato CE), la disciplina di conformazione è stata delegificata (LL. n.21/1994 e n. 37/1997) ed assegnata alla fonte regolamentare (decreto ministeriale). Tale regolamento dovrà tenere *"conto degli indirizzi dell'Unione Europea"* ed in particolare della regola della Commissione CE del 1992 cd. *de minimis* (pubblicata GUE., 1996 n. 68/96) che fissa la soglia (al 1996 stabilita in 100.000 Ecu), entro la quale gli aiuti statali alle imprese non si reputano distorsivi della concorrenza. Nella subietta materia il potere regolamentare dello Stato, nell'attuare la disciplina degli sgravi contributivi in conformità agli indirizzi europei, esclude la possibilità di margini di regolazioni differenziate delle Regioni o di altri livelli di governo locale e ciò per più di una ragione.

a) Anche se gli sgravi assolvono una funzione di politica economica, tuttavia non pare contestabile che lo strumento, sia pure utilizzato per il fine di politica economica, sia quello della decontribuzione dell'assicurazione sociale obbligatoria e, quindi, non pare contestabile che lo strumento piegato dal legislatore per un fine diverso sia strumento pre-

(23) Cfr.: C. St. Ad. Gen., 17.4.1997 n.47, CS., 1998, I,1850; C. St. Sez. Cons."atti norm.",14.7.1997 n.71/91, CS., 1998, I, 515; Ad. Gen. 16.5.1996 n.3035, *Rass. giur. ener. elettr.*, 1998, 197.

(24) Cfr.: Cass. 28.11.1994 n.10124, Corr. Giur. 1995 nt.FORLENZA; Id. 15.7.1999 n.6933, FIR., 1999, voce: *"legge"*, n. 69; Id. 22.2.2000 n. 1972, *Rass. loc.*, 2000, 451; C. St. IV° Sez., 15.2.2001, FI., 2003, III°, 282 ss. ed ivi altra giur. amm.

videnziale e che la disciplina materiale di attuazione attenga alla legislazione della previdenza sociale: il relativo potere regolamentare in delegificazione, trattandosi di materia esclusiva di legislazione statale, in assenza di altri dati normativi, *ex* art.117 co. 6 non può che spettare allo Stato. b) Inoltre la necessità dell'esercizio unitario del potere regolamentare ne reclama la centralizzazione, onde assicurarne un'eguale disciplina uniforme per tutto il territorio nazionale che possa prevenire lo sforamento della soglia europea. c) Infine la disciplina regolamentare di armonizzazione degli aiuti statali agli indirizzi dell'Unione Europea, dovendosi raccordare con gli standars di compatibilità europei, sostanzialmente dà attuazione ai "livelli essenziali" insuperabili del diritto sociale alla prestazione nazionale di aiuto statale e, quindi, percorre in via trasversale la competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex* lett. "m" del co.2 dell'art. 117. Tale ultimo motivo ne esprime l'opportunità nella presente trattazione.

Versandosi in tema di regolamento statale ministeriale e non di amministrazione parastatale, diviene applicabile la disciplina dell'art.17 legge n.400/1988 (parere del Consiglio di Stato, visto e registrazione della Corte dei Conti, pubblicazione sulla GU), il cui difetto, oggi trattandosi di violazione di norma sulle fonti (art. 117 co. 6° Cost.), può dar luogo ad un'invalidità della norma. In assenza di altri criteri, principi o regole, anche di consultazione o di leale cooperazione o collaborazione, il regolamento ministeriale, oltre a tener conto degli indirizzi europei e dei limiti di disponibilità dei fondi assegnati, deve contenere le componenti procedimentali previste dall'art. 17 L. n.400/1988, in quanto in eventuale giudizio incidentale o, meno frequentemente, diretto su conflitti di attribuzione per violazione del principio di legalità, la Corte potrebbe forse annullare il decreto regolamentare, analogamente al precedente sia pure relativo alla procedura di determinazione dei livelli essenziali in materia sanitaria, ma comunque in continuità a precedente orientamento (25).

Deve anche evidenziarsi che, siccome le nostre leggi n.21/1994 e n.37/1997 di delegificazione e di conformazione alla normativa comunitaria fanno salva, come precisato, la clausola di diritto comunitario relativa alla regola *"de minimis"* e ai limiti di disponibilità dei fondi, il regolamento presenterebbe un profilo di illegittimità per violazione di legge se fosse in contrasto con detta regola Pertanto detto regolamento potrebbe essere disapplicato *"incidenter tantum"* in sede di azione giurisdizionale proposta nei confronti dell'Ente previdenziale per ottenere il diritto agli sgravi contributivi. Inoltre in giudizio di tale specie, ove l'Ente previdenziale convenuto fosse in possesso della prova che gli sgravi, complessivamente erogabili od erogati dalla Stato nel periodo interessato (e ciò specificamente ai fini del requisito della rilevanza), superino la soglia *"de minimis"* o comunque dei fondi assegnati, potrebbe provocare l'incidentale di costituzionalità ed eccepire l'illegittimità del regolamento per violazione di detta soglia; investita, quindi, la Corte potrebbe dichiarare l'incostituzionalità del regolamento statale delegificato, in conformità a precedente orientamento (26), per eccesso dei limiti posti dalle suddette leggi autorizzative della delegificazione.

(25) Cfr.: C. Cost. 27.03.2003 n. 88, *considerato in diritto,* punto: 3 e dispositivo, FI., 2003, 2915, parte motiva.

(26) Cfr.: Cfr.: Cfr.: C. Cost. 21.10.1998 n.354, FI., 1999, I, 419; C. Cost. 7.07.2001 n.251, CS., III, 1163.

3. — La materia dell'assistenza sociale: dalla beneficenza all'assistenza sociale.

Dovremmo ritenere pure coperta da riserva di legge la materia dell'assistenza economica nella forma del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. Può, invero, ritenersi che ad essere coperta da riserva statale sia stata quella parte dell'assistenza sociale incentrata sul diritto al mantenimento con le relative prestazioni economiche ai soggetti bisognosi ed inabili al lavoro, che quale diritto sociale unitario ed uniforme per tutti i cittadini è stato insuscettibile di essere attratto dal troncone, latamente assistenziale, della beneficenza pubblica e dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera, caratterizzate dall'erogazione di servizi e costituenti un settore della più vasta area dell'assistenza sociale dei servizi o del sistema dei servizi sociali integrati: servizi, questi, che nel loro insieme, si presentano come forme o modalità di espressione del Welfare State "universalistico".

All'indomani della Costituzione, la Corte costituzionale non operava una specifica distinzione tra previdenza ed assistenza sociale, accomunate come indistinte forme o modalità di intervento attuative del programma di rimozione, ma sulla base del diverso grado di esigibilità della pretesa e del carattere locale e nazionale dell'organismo erogatore, aveva distinto la beneficenza e l'assistenza pubblica *ex* art. 117 dall'assistenza sociale agli inabili disagiati del 1° co. dell'art. 38 Cost., intenta a riservare alla competenza esclusiva della legge statale, indistintamente, tanto la materia della previdenza quanto quella dell'assistenza sociale (27). Nel comma 4° dell'art. 38 Cost. il Costituente riservava ad organi ed Istituti *"predisposti o integrati"* dallo Stato i compiti della previdenza ed assistenza economica. La disposizione contiene una espressa riserva di allocazione allo Stato della funzione amministrativa relativa all'assistenza sociale. Dal riconoscimento costituzionale della riserva di funzione amministrativa relativa all'assistenza economica in favore della competenza statale a tutela dell'interesse costituzionale ad un esercizio unitario, deve *"a fortiori"* arguirsi la copertura della riserva stessa anche alla funzione legislativa perché, trattandosi del diritto al mantenimento, come diritto costituzionale, non può che essere soggetto alla disciplina statale di fonte primaria, anche allo scopo di garantire un paritario trattamento economico di mantenimento ed una uniforme richiesta di requisiti di accesso per tutti i cittadini. Infatti la visione corretta della esigenza di esercizio unitario consente di attrarre assieme alla funzione amministrativa anche quella legislativa, attribuendo allo Stato il titolo di legittimazione anche di legiferare nella materia oggetto delle funzioni amministrative riservate. La Corte costituzionale ha confermato che "quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato… ed il ***principio di legalità,*** il quale impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad ***escludere che…singole discipline differenziate possano organizzare e regolare funzioni amministrative attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa attendere ad un compi-***

(27) Cfr.: CINELLI, *La tutela del lavoratore subordinato ecc.* cit., 39 ss., *passim* 42 a 44 e nt. 20, 22 e 23.

to siffatto" (28). Da evidenziare aggiuntivamente, inoltre, che nel caso dell'assistenza sociale economica l'allocazione statale delle funzioni non è stata attratta in via sussidiaria, perché essa fu una scelta del Costituente del "48". Infine non va sottaciuto che il nuovo assetto del riparto di competenza della legge statale e della legge regionale, che inverte il criterio di elencazione delle materie anteponendo quelle statali a quelle regionali, non contiene più *nominatim* il troncone dei servizi assistenziali costituito dalla "beneficenza pubblica ed assistenza sanitaria ed ospedaliera" attribuite al legislatore regionale dal precedente testo dell'art. 117 co. 1, sibbene contiene la materia della *"tutela della salute"*, assegnata però alla *competenza concorrente* e, perciò, ridotta nella dimensione regionale alla legislazione integrativa della tutela statale "essenziale" e, peraltro, attuativa "dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato" o "desumibili dalle leggi statali già vigenti" nella fase attuale (art. 1 co.3 legge 5.6.2003 n.131). Nella stessa materia dei servizi sociali prevista dagli artt. 45 a 47 Dpr. n.616/1977, per l'esigenza di continuità i principi richiamati e la disciplina del d. l.vo 30.3.1999 n.96 saranno comunque applicabili per tutto il tempo in cui non intervengano disposizioni di leggi regionali in materia (art. 1 co.2° cit. legge n. 131/2003) (29).

L'elaborazione giuridica e la legislazione successive, sullo sfondo della distinzione della giurisprudenza costituzionale tra assistenza sociale assimilabile alla previdenza, riservata allo Stato e non discrezionale e, invece, beneficenza pubblica non riservata, di norma discrezionale e di competenza di organismi locali, (30), sono andate identificando l'area di intervento della "beneficenza pubblica", lessicalmente mutuata dal precedente testo della Costituzione, con l'intera materia dell'assistenza sociale, tanto che il Dpr. 24.6.1977 n.616 con gli artt. 22 e seguenti, pur mantenendone la denominazione di beneficenza, ripartiva l'intero territorio dell'assistenza, riservando *ex* art. 24 all'area degli interventi legislativi statali i trattamenti economici disposti in attuazione del co.1° dell'art. 38 Cost. (pensioni e assegni statali agli invalidi civili, nonché trattamenti economici "assistenziali" ai disoccupati e cassintegrati) e trasferendo ai Comuni le funzioni amministrative della beneficenza identificata con l'assistenza sociale riguardante l'erogazione ed organizzazione dei servizi e alle Regioni la competenza legislativa limitata agli ambiti territoriali della gestione dei servizi e alla cooperazione tra gli enti (31). Comunque la materia dell'assistenza sociale, investendo una pluralità di servizi, di categorie di destinatari, di prestazioni in generale e di attori istituzionali, ha quella vocazione giustamente definita polifunzionale (32).

---

(28) Cfr.: C. Cost. 1.10.2003 n.303, FI., 2004, 1004, *passim* 1023, punto n.2.1.

(29) Vedi C. Cost. 23.7.2002 n.376, CS., 2002, 1129, *considerato in diritto,* punto: 5 e 6 fine.

(30) Tale distinzione in CINELLI, *La tutela del lavoratore ecc.* cit., 42 ss.

(31) Vedi in argomento: DE SIERVO, *Beneficenza pubblica,* in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commento al decreto n.616 di attuazione della 382,* a cura di BARBERA e BASSANINI, Bologna, 1978, 202 e *"Competenze dello Stato"*, ivi 212 ss.; STIPO, *Commento all'art. 22. Commentario al decreto 616,* a cura CAPACCIOLI SATTA, Milano 1980, 833; Id., *Assistente* sociale, EdD., Agg.I°, 1996, 132. Per la ricostruzione storica dell'assistenza fino al concetto di categoria come diritto accolto dalla costituzione, M. MAZZIOTTI, *Assistenza (dir. Cost.),* EdD., vol.III°, 1958, 749 ss.

(32) Da NICOLINI, *Dall'invalido di Stato allo status di invalido. A proposito di tutele sostanziali e processuali degli invalidi civili (e delle persone handicappate), nell'epoca del decentramento di compiti e funzioni dallo Stato agli enti locali,* IP., 2002 n.6, *passim* 1612, e 1616 e ss..

Sia individuando, appunto, nel servizio pubblico, più che una figura giuridica, il complesso di attività e di mezzi materiali e tecnici in vista di un interesse generale, sia ravvisando il servizio pubblico stesso come categoria concettuale autonoma rispetto all'obbligazione pubblica avente ad oggetto la prestazione amministrativa (33), può distinguersi l'assistenza sociale economica, erogata a mezzo delle obbligazioni pubbliche ad oggetto trattamenti economici, dall'assistenza sociale erogata coi pubblici servizi sociali o meglio col sistema dei servizi sociali integrati. Peraltro in *obiter dictum,* sia pure al fine di riconoscere al legislatore il potere di individuare la particolare materia da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Corte costituzionale di recente ha limitato la nozione servizio a quella "materia dei servizi pubblici…se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo" oppure adotti "strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo". (34) Nelle prestazioni pecuniarie, configurandosi diritti soggettivi, è pacifico ormai l'assenza di qualsiasi autoritatività, onde sembra giustificata una loro separazione rispetto alla materia dei servizi.

Nonostante l'inserimento normativo dell'assistenza economica nel sistema integrato dei servizi sociali, tuttavia essa se ne può distinguere, oltre che per essere l'assistenza in servizi espressione di Stato sociale "universalistico" e l'assistenza economica in forma di trasferimenti monetari, invece, espressione del modello di stato sociale "residuale", anche per il diverso modo di operatività. L'assistenza sociale del sistema dei servizi integrati presenta un approccio generalmente condiviso circa l'apertura al mercato e alla concorrenza, allo scopo di migliorare l'offerta e ridurre i rispettivi costi nell'interesse sia finanziario della gestione pubblica erogatrice, sia del singolo beneficiario e della collettività dei cittadini, senza neppure l'esclusione e/o la delimitazione rispetto a forme di privatizzazione della erogazione di beni o di alcuni servizi. L'assistenza sociale che si sostanzia nella corresponsione di prestazioni pecuniarie non ha presentato, almeno fino alla fase attuale, alcun approccio di apertura al mercato, non trattandosi di organizzare, acquisire e/o trasformare attività e mezzi materiali in utilità finali ulteriori e diverse da rendere alle persone, sibbene di erogare ed attuare trasferimenti monetari, né comunque sarebbe compatibile o plausibile con la privatizzazione. Nel servizio sanitario (35) ed in quello scolastico (36), per soddisfare l'esigenza di far coincidere nella visione della sussidiarietà orizzontale il livello di risposta anche politica sociale e amministrativa al livello di bisogno e/o interesse, si è insinuata e si va istituzionalizzando una caratteristica costituita dalla qualità che consente la scelta valutativa dell'utente, elemento essenziale della concorrenza e strutturale del mercato. Nell'assistenza sociale economica consistente nella erogazione di prestazioni pecuniarie, le cui procedure di liquidazione sono

(33) In tal senso: BARETTONI ARLERI, *La prestazione previdenziale nel quadro delle prestazioni amministrative , in Diritto della previdenza sociale (Scritti di diritto pubblico),* Milano, 1979, 179 ss. e nt. 18, 205; Id., *Obbligazioni pubbliche,* EdD., Vol.XXIX, Milano, 1979, 386 ss. e nt. 9; DE SANCTIS MOLTENI, *Poste e telecomunicazioni,* EdD., Vol. XXXIX, 1985, 568.

(34) Vedi Sent. 6.7.2004 n. 204, considerato in diritto n.3.4.2., in www.giurcost.org/decisioni, 2004.

(35) Vedi: A. SANDULLI, Scuola e università tra concorrenza ed eguaglianza sociale,ampiamente Relazione, par. 5 e in BALDUZZI, Salute e assistenza sociale, Relazione, par.1, in Atti del 50° Convegno di Studi amministrativi di Varenna 2004.

(36) Cfr. : A. SANDULLI, Relazione par. e loc. ctt.

dettagliatamente disciplinate dalla legge nell'an e nel *quantum*, non sembra trovare spazio di accoglienza la qualità concorrenziale dell'offerta, né presentarsi come operativo il mercato o "quasi mercato"e neppure come plausibile una forma di privatizzazione.

3.1. — La frammentazione dell'assistenza economica tra servizi ed allocazione irrazionale di funzioni e compiti sui relativi trattamenti.

Le funzioni amministrative e provvedimentali in materia di pensioni ed ogni altro trattamento economico agli invalidi civili, fino alla L. 15.10.1990 n.295 erano state regolate con disciplina statale ed allocate ad organi statali ovvero diretti dallo Stato o loro promanazione (Commissioni tributarie, Comitato provinciale e Ministro degli Interni ultima istanza). Con tale legge si separa l'accertamento del requisito sanitario dalla fase di concessione *recte* ammissione al beneficio. Nella visione del decentramento alle amministrazioni locali veniva assegnata alle Regioni, in aggiunta alla funzione legislativa di cui agli artt. 22 e ss. Dpr. n. 616/1997, anche la funzione della legittimazione processuale passiva nelle controversie relative all'accertamento sanitario operato dalla Commissione medica presso l'ASL (art. 3 co.5 Dpr. n. 689/1994). Detta assegnazione è stata censurata dalla Consulta perché "pone a carico della regione *una responsabilità… non conseguente ad una funzione che ad essa faccia capo"* e comunque perché possibili "esigenze unitarie" comporterebbero "anche oneri rilevanti… in relazione alle spese processuali e alle eventuali condanne per soccombenze" per le quali una legge dovrebbe "indicare anche i mezzi finanziari per farvi fronte" (37).

Il d. l.vo 31.3.1998 n. 112, recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dallo Stato alle Regioni e agli enti locali in attuazione della legge delega n.59/1997, agli artt. da 128 a 134 disciplina dette funzioni e compiti in materia di servizi sociali e, ricalcando alquanto la formulazione dell'art. 22 Drp. n. 616/1977, definisce nell'art. 128 co.2 tale materia come tutte le attività "relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e a superare le situazioni di bisogno o di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, *escluse* soltanto quelle *assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario"*.

E d'uopo evidenziare che l'assegnazione della competenza alle Regioni del potere di riconoscere trattamenti assistenziali statali non è sorretta dal principio di adeguatezza, tant'è che lo stesso legislatore all'art. 80 co.8 legge 23.12 2000 n. 338 attribuisce alle Regioni la facoltà di delegare all'Ipns quel potere, in ordine a quei trattamenti regionali "aggiuntivi", mentre alcune Regioni con proprie leggi regionali, invece, delegavano il potere in questione ai Comuni, sancendone addirittura in qualche caso anche la legittimazione processuale senza il contestuale trasferimento di risorse umane e strumentali. Contro il provvedimento dell'ente locale di diniego di prestazioni assistenziali è ammesso ricorso amministrativo secondo la normativa vigente per le pensioni sociali e, quindi, al Comitato

(37) Cfr.: C. Cost. 20.5.1996 n.156, part motiva, CS., 1996, II, 849 e GI., 1996, II, 481.

Provinciale dell'Inps (art.130 co.4 Dpr. n.112/1998) (38). L'art.129 lett."n" Dpr. n.112 riserva allo Stato, Ministero oggi dell'Economia e Finanze, le funzioni e compiti di revisione di trattamenti già spettanti e di verifica dei requisiti sanitari e l'art. 37 Legge 23.12.1998 n.448 ne attribuisce la legittimazione processuale allo stesso dicastero nelle relative controversie. L'art. 130 del cit. d. l.vo n.112/1998 al co.1° istituisce presso l'Inps un Fondo di mera erogazione dei trattamenti economici statali agli invalidi civili, il co. 2° ne attribuisce alle Regioni la funzione di concessione *recte* ammissione oltre la funzione di riconoscimento dei trattamenti regionali "aggiuntivi" ed il co. 3° istituisce una parallela legittimazione processuale delle Regioni per tali ultimi trattamenti e, stranamente, dell'Inps in procedimenti di cognizione relativi a provvedimenti anche anteriori alla istituzione del Fondo.

Pertanto la materia delle funzioni e compiti relativi alla competenza amministrativa dei trattamenti economici assistenziali (a parte i servizi) si trova frammentata e parcellizzata tra una pluralità di soggetti istituzionali: ***a)*** competenza per revisione e revoche allocata al Ministero Finanze, compresa legittimazione processuale; ***b)*** titolarità alle Regioni del potere di riconoscimento di trattamenti statali e regionali aggiuntivi; ***c)*** competenza delegata dalle Regioni ai Comuni, ma in sede di ricorso attribuita per legge al Comitato provinciale Inps; ***d)*** competenza esclusiva del Fondo Inps per l'erogazione di tutti i trattamenti statali e sua legittimazione processuale nei procedimenti giurisdizionali sui diritti a detti trattamenti ovvero (su delega) anche a quelli regionali, denegati dalle Regioni o da altra amministrazione locale.

Tranne la felice esperienza della Provincia di Trento con la legge provinciale n. 7/1998 (39), la normativa, su cui si è formata tale frammentato e complicato sistema di disarticolata distribuzione della funzione di concessione *recte* ammissione e di relative deleghe, non solo non soddisfa il principio di adeguatezza della titolarità del potere e del conseguente esercizio nella relativa attività amministrativa, ma non risponde neppure al principio di razionalità della legge.

3.2. — Allocazione allo Stato della funzione di revisione e revoca "competenza residuale" e sua conformità alla riforma.

A parte la ricostruzione della richiamata legittimazione processuale del Ministero (40),

(38) In argomento: NICOLINI, *Dall'invalido di Stato allo status di invalido ecc. e loc. citt.*, 613 ss.; MAIO, DE LEONARDIS, *Il ruolo dell'Inps come ente erogatore,* IP., 2002 n.6 1637 ss.; FAGGIANI, *Procedimenti giurisdizionali per la concessione dei benefici economici non regionali agli invalidi civili,* Ivi, 1667. Per una prospettiva di sistemi concorrenti: ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza: per un sistema integrato di microsistemi,* ADL., 2001, 981 ss.

(39) Cfr.: MAIO, DE LEONARDIS, *Il ruolo dell'Inps ecc. e loc. citt.,* 1642.

(40) Da ultima Cass. 14.01.2003 n.446, FI., 2004, 535, parte motiva; in tema sulla legittimazione processuale in generale Cass. 17.6.2003 n.9681, FI., 2004 ivi nota di DE MARZO, conforme Cass, 1.8.2002 n.11445, *Ibidem,* 2003, I, 179 con commento di GALLO. La cit. giur. assume l'Inps titolare del rapporto di debito come parte sostanziale, nei cui confronti fa stato la sentenza emessa nei confronti del ministero sostituto processuale. Conforme: FAGGIANI, *Procedimenti giurisdizionali ecc. e loc. citt.* 1668. In senso critico: NICOLINI, *Op. e loc. ult. citt.,* 1627 ss., *ivi* per l'idea di processo senza "giuste parti", 1628 ss.; con analitica ricostruzione dell'intera problematica, NISTICÒ, *I problemi processuali: la titolarità dal lato passivo,* Ivi, 1647 ss.; MAIO, DE LEONARDIS, *Op. e loc. ult. citt.,* 1680 ss.

la riserva del cit. art. 129 Dpr. n.112 richiede alcune precisazioni in riferimento al nuovo assetto costituzionale riformato. Essa riguarda sia procedimenti amministrativi di prestazioni economiche già concesse, sia verbali di visite di revisione delle Commissioni mediche presso le Asl, quindi di revoca e di revisione di secondo grado, per i quali procedimenti l'esigenza di assicurare un'uniformità di orientamento, tramite esercizio unitario accentrato su tutto il territorio, ne aveva sconsigliato l'allocazione alle diverse e differenti attività amministrative delle singole Regioni, evitando in cotale maniera intuibili ripercussioni di disparità di orientamenti in materia tra Regione e Regione. In conclusione la norma, estrapolando la funzione surrichiamata dal programma legislativo di trasferimento statale di compiti e funzioni a livelli substatali di autonomia, sembra conforme ai principi di sussidiarietà e di collaborazione in linea all'attuale testo dell'art. 118 co.1 Cost.

Nel procedimento sopra descritto di allocazione centralizzata della funzione relativa a revoche e revisioni, non investendosi i livelli delle prestazioni sociali statali degli invalidi civili, sibbene solo le procedure e l'istruttoria dei procedimenti, la relativa materia e la rispettiva funzione si sarebbero potuto prospettare come oggetto di legislazione "residuale" e di competenza amministrativa della Regione, indipendentemente dall'assimilazione dell'assistenza monetaria all'assistenza in servizi. Ad ogni modo deve a tal'uopo essere ribadito come l'esposto procedimento di allocazione statale, fondato sulla sussidiarietà verticale, sia conforme al sistema e comunque idoneo ad assegnare allo Stato la funzione legislativa e amministrativa. La sentenza n.6/2004 (41), infatti, chiarisce che la sussidiarietà verticale è praticabile anche nelle competenze residuali, purchè la disciplina a) contenga le caratteristiche di essere idonea a regolare le funzioni da trasferire allo Stato, b) sia indispensabile al fine posto al trasferimento e c) contenga gli strumenti di "collaborazione o adeguati meccanismi di cooperazione" per l'esercizio concreto centralizzato delle funzioni amministrative. Va precisato peraltro che l'accordo o intesa, come momento di collaborazione o cooperazione del procedimento di perfezionamento della legge (nella specie di allocazione della funzione legislativa ed amministrativa in materia) non deve necessariamente essere contestuale all'atto legislativo, ma può anche essere successivo alla disciplina (42), alla stregua di una *condicio iuris* sospensiva.

La normativa sulla permanenza allo Stato delle funzioni e compiti, relativi alla revisione e revoca in materia di invalidità civile, soddisfa l'esigenza della leale collaborazione o cooperazione con i livelli locali regionali. In attuazione della previsione dell'art. 7 co. 8 Dpr. n.112/1998, infatti, è stato stipulato tra Governo e Regioni l'accordo 22.4.1999 promosso dalla Conferenza Unificata di cui all'art. 8 del d. l.vo 28.9.1997 n.281. In ipotesi che la disciplina sulla allocazione statale delle revisioni e

(41) Vedi sul punto: TARLI BARBIERI, *I rapporti tra la legislazione statale e la legislazione regionale,* in *La Riforma del titolo V ecc… citt.,* 249; anche VIDETTA, *Nota a C. cost. n. 303/2003,* FI., 2004, II, *passim* 1013; MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il titolo V e loc. citt.*

(42) Vedi: C. Cost. n.303/2003, loc.citt., parte motiva, punto 4.1, 1026 e 1027 ed Ivi: FRACCHIA, *Dai problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa,* passim 1017; C. Cost. n.6/2004 cit., considerato in diritto: punto 4.1

revoche, avulsa dal frammentato ed irrazionale sistema complessivo sovrarichiamato, fosse in giudizio incidentale sospettata di incostituzionalità sopravvenuta, è verosimile che la stessa potrebbe aspirare a superare il vaglio di costituzionalità contenendo il procedimento di centralizzazione della funzione, in ragione dell'accordo previsto dall'art. 7 co.8 cit. Dpr., le caratteristiche ed il dovuto risalto all'accordo condotto in base al principio di legalità (43).

3.3. — Frammentazione delle funzioni e istituzione del Fondo di erogazione dei trattamenti con legittimazione processuale dell'Inps: esigenza di unicità di soggetto istituzionale.

Invero alla valutazione governativa, l'istituzione del Fondo di erogazione si presenta più di una semplice idonea "struttura organizzativa…per lo svolgimento di funzioni e compiti che non richiedono per propria natura di venire esclusivamente esercitati dalle autonomie territoriali" (44). Se le funzioni ed i compiti erano quelli di mero organo erogatore (di cassa) non vi era bisogno di istituire un fondo ad hoc: posto che Regioni, Comuni ed altri livelli di autonomie locali hanno propri uffici pagatori o contabili, perché mai istituire un apposito fondo di pagamento? Anche se, a Costituzione invariata, ha superato lo scrutinio di costituzionalità per avere la disciplina presentato il Fondo Inps come struttura idonea concorrente *ex* art. 3 lett."g" legge n. 59/1997, rimane il dubbio alla luce del nuovo principio di sussidiarietà praticabile in sede di leale collaborazione. Invero il giudizio sul complessivo articolato dei servizi di assistenza sociale agli invalidi non andrebbe valutato in termini di ulteriore frazionamento fra autonomie locali ed altre diverse concorrenti strutture idonee. Non pare ragionevole argomentare che si sia trattato di affiancare altra struttura alle autonomie locali, perché la legge delega (artt. 1 e 3 lett. "g") avrebbe dovuto prendere a riferimento per il giudizio di idoneità le strutture esistenti, non potendosi immaginare una valutazione governativa per strutture istituende, come sarebbe stato nella specie il Fondo di erogazione da istituire.

Nelle intenzioni e nelle aspirazioni di ragionevolezza ed anche di sussidiarietà e di adeguatezza, presupposti indispensabili per un esercizio unitario dell'assistenza economica integrata agli invalidi civili, con l'istituzione del Fondo forse, sia pure in maniera non lineare, il legislatore verosimilmente anelava di ricondurre ad un unico centro di responsabilità le frammentate competenze irrazionalmente distribuite tra i diversi soggetti istituzionali. Diversamente non si spiegherebbe perché l'istituito Fondo con autonomia di bilancio veniva inserito nell'ambito delle Gestioni dell'Inps e meno ancora si spiegherebbe come mai all'Istituto previdenziale stesso fosse assegnata

(43) Cfr.: C. Cost. n.6/2004, *considerato in diritto,* punto: 7; Id. n. 303/2003, *considerato in diritto,* punto: 4.1 penul. cpv., *loc. citt.,* 1027.

(44) Vedi, invece, C. Cost. 30.3.2001 n.90, *Giur. cost.,* 2001, parte motiva, 583.

la legittimazione processuale nei procedimenti di cognizione per diritti a trattamenti statali denegati dalle Regioni o anche (ante 3 settembre 1998) da strutture statali decentrate, ovvero dai Comuni: in pratica per controversie in ordine "ad una funzione" di titolarità e di esercizio altrui. Partendo da un'esperienza fallimentare, quella della competenza del dicastero degli Interni e delle sue strutture decentrate (prefetture), verosimilmente la legge delega, sia pure in maniera generica, intravedeva altre strutture organizzative idonee, manifestazione di assetti non necessariamente di livelli di governo locale.

Adunque l'istituzione del Fondo per l'invalidità civile, nonchè il trasferimento ad esso delle funzioni e compiti di erogazione (organo di cassa) delle prestazioni, legittimazione compresa, recati dalla disciplina dell'art.130 Dpr. n.112 e dalla legge delega n.59/1997, sono espressione della riserva dell'art. 38 co.4° Cost.: lo Stato provvede in conformità, istituendo apposito Fondo ed accentrando le funzioni e compiti in un ente parastatale che svolge istituzionalmente compiti, che sono per l'appunto compiti propri dello Stato. A parte la legittimazione del titolo di allocazione allo Stato della funzione in ordine alle revoche e revisioni e la possibile giustificazione secondo le indicazioni desumibili dall'orientamento della Corte costituzionale sulle attribuzioni delle competenze, una deroga al generale riparto sulla materia della competenza residuale regionale, sia legislativa che amministrativa, fissata rispettivamente dal co.4° del'art.117 e dal co.1° dell'art.118 Cost., è contenuta nella norma speciale sul diritto all'assistenza del più volte cit. co.4° art.38, dove il Costituente riserva allo Stato la competenza, tramite Istituti ed organi predisposti o integrati dallo Stato, a *provvedere* e cioè a legiferare ed amministrare l'attuazione del diritto al mantenimento e all'assistenza sociale, onde assicurare a tutti i cittadini uguale misura di prestazioni ed uniformità di requisiti di accesso.

Pertanto si confida che, in un'eventuale ulteriore occasione di pronuncia della Consulta la Corte in via di interpretazione "additiva", o meglio ancora il legislatore "de iure condendo", voglia offrire un possibile modello unificato dell'esercizio della funzione amministrativa nella materia dei benefici economici statali agli invalidi civili, individuando un unico centro decisionale e provvedimentale di responsabilità e di legittimazione processuale. Ciò allo scopo di evitare censure di irragionevolezza della disciplina degli artt. 1 e 3 della legge n. 59/1997 e dell'art. 130 co.1° 2° e 3° Dpr. n. 112/1998, sia per la frammentazione delle competenze fra i diversi soggetti istituzionali (essendo inefficace il mero avvicinamento dell'invalido all'autorità decidente) in un sistema privo di adeguatezza e sussidiarietà che perpetra invece sperequazioni territoriali e sociali, acuite nelle autonomie locali a danno degli enti territoriali disagiati e meno dotati, sia anche perché la legittimazione processuale dell'Inps nelle controversie di diritti denegati dalle Regioni pone a carico dell'Istituto "una responsabilità… non conseguente ad una funzione che ad esso fa capo", sia perché il bilancio del Fondo non contiene la voce per spese di soccombenza e l'attivo alimentato del Fondo è destinato al pagamento delle prestazioni e non degli oneri di spese processuali.

ROBERTO COSIO

Avvocato

IMPRESE, TRASFERIMENTI E APPALTI NELLA LEGGE SUL MERCATO DEL LAVORO (D. LGS N. 276/03)

Sommario: 1. - Premessa. 2. - L'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata: il dibattito sulla nozione. 3. - (segue) il problema della sua "preesistenza". 4. - (segue) La rilevanza dell'autonomia individuale. 5. - Il "regime particolare di solidarietà" previsto per i fenomeni di internazionalizzazione. 6. - Appalti e trasferimenti d'imprese.

1. —Premessa (1).

L'ordinamento giuridico si modifica ormai ad una velocità vertiginosa. Il giurista deve fare i conti con una molteplicità di fonti (comunitarie e nazionali) in continua evoluzione e di complessa interpretazione. Per usare le parole di Franco Carinci "*Ora, come ben sa qualsiasi neofita, è impossibile cominciare a scrivere la classica monografia senza la vivissima preoccupazione di doverla modificare in corso d'opera per un qualche* ius superveniens" (2). La materia del trasferimento d'impresa, vero e proprio cantiere aperto, ne costituisce un esempio classico. Basti soffermarsi sull'ultimo periodo temporale. Il 24 ottobre dell'anno scorso sono entrati in vigore, nell'ambito della nuova legge sul mercato del lavoro (d.lgs 276/03), due articoli (29, comma 3, e 32) che incidono, profondamente, sul tessuto normativo che regola il trasferimento delle imprese e gli appalti. Ma non basta. Appena un mese dopo, il 20 novembre, la Corte di giustizia interviene sulla materia con la sentenza Abler. Un mese dopo, in una sorta di dialogo a distanza, la Corte di cassazione (3) torna ad occuparsi del caso

(1) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta a Catania il 23 gennaio 2004, nell'ambito del seminario organizzato dall'area *Welfare* e risorse umane Confindustria e dall'associazione industriali di Catania (con il patrocinio della Provincia di Catania) dal titolo "La riforma del mercato del lavoro: istruzioni per l'uso".

(2) Presentazione del Volume *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di Menghini, Milano, 2002.

(3) Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206; entrambe di prossima pubblicazione sul Foro italiano.

Ansaldo con una sentenza che si segnala per la complessità dell'argomentazione. Nell'ambito della motivazione, peraltro, sono contenute, anche se *in obiter dicta*, illuminanti indicazioni sull'interpretazione della normativa più recente.

Ma andiamo con ordine, prendendo le mosse dalla "nebulosa" nozione di "ramo d'azienda" che il legislatore ha introdotto, nell'ordinamento nazionale, dal 2001.

2. — L'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata: il dibattito sulla nozione.

L'ultimo comma dell'art. 1 del decreto legislativo 18/2001 (nella versione originale) espressamente recitava: *"Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità"*.

Con tale disposizione il legislatore ha, in primo luogo, abbattuto quella discrepanza di ottica (tra disciplina interna e comunitaria) che la novella del 1990 non aveva eliminato.

Con il riferimento, testuale, al trasferimento di *"un'attività economica organizzata (…) al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi"* il legislatore si allontana dalla nozione di azienda (2555 c.c.) preferendo fare riferimento alla nozione di impresa (art. 2082 c.c.). L'uso ripetuto delle espressioni "cedente" e "cessionario" (al posto di alienante e acquirente), l'eliminazione del quarto comma del 2112 c.c., nonché la soppressione del riferimento, nella rubrica, alla definizione "trasferimento d'azienda" fanno ritenere che il legislatore abbia considerato come dato qualificante, al fine dell'identificazione della fattispecie, l'identità funzionale dell'impresa concepita come "entità economica" (per usare la definizione della direttiva) prescindendo dal dato (prima caratterizzante il diritto interno) dell'essenzialità del trasferimento di beni aziendali (art. 2555 c.c.) (4).

(4) Sul tema si v. Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova disciplina nazionale,* Argomenti dir. lav., 2001, 575; Cosio, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione,* Foro it., 2001, I, 1262; Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita,* Argomenti dir. Lav., 2001; Della Rocca, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda,* Mass. giur. lav., 2001, 588.

Parte della dottrina (5), argomentando (tra l'altro) dall'inciso iniziale della norma (che fornisce una definizione di trasferimento di azienda *"ai soli fini e per gli effetti"* dell'art. 2112 c.c.) ritiene, viceversa, *"metodologicamente improprio interpretare il quinto comma dell'art. 2112 c.c. facendo riferimento alle norme del codice civile che disciplinano l'azienda oppure l'impresa"*.

Al contrario, la norma prevederebbe *"una nozione compiuta e autonoma di azienda e di vicenda traslativa che va interpretata alla luce della* ratio *e degli scopi specifici di tale norma"*.

Alla ricostruzione di una nozione di trasferimento d'azienda a misura di diritto del lavoro si è, però, persuasivamente (6) replicato:

a) che *"la finalità di protezione non è (…) una caratteristica esclusiva dell'art. 2112 c.c. nella sua veste attuale e dunque non sembra possa costituire il criterio alla luce del quale determinare gli scopi specifici della norma e tanto meno influenzarne la collocazione sistematica";*

b) né può *"trascurarsi che l'art. 2112 c.c. si inserisce (…) in un tessuto sistematico che è quello poi del codice civile, dal quale non si può prescindere e con il quale non può recidersi ogni legame"*.

Ma la collocazione sistematica della norma non è la sola questione che ha animato il dibattito dottrinale.

In primo luogo (argomentando dall'utilizzo del termine "attività economica" in luogo di quello "entità economica") si è sostenuto che *"il riferimento all'attività è finalizzato ad escludere proprio la rilevanza di ciò che, invece, caratterizza la nozione di entità, vale a dire la sussistenza di un insieme di mezzi"* (7).

Alla tesi si è, però, obbiettato che *"la norma interna deve essere interpretata alla luce della direttiva"* (8) (del 98) che ha abbandonato, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria più recente, una concezione dematerializzata dell'impresa.

Altra diversità di opinioni si registra nell'interpretazione del requisito del mantenimento, nel trasferimento, della "propria identità".

Secondo una prima tesi vi è trasferimento di azienda nel solo caso in cui l'imprenditore prosegua l'esercizio della **stessa** attività svolta dal cedente (9).

Secondo una diversa impostazione, viceversa, *"la necessità di preservare l'identità dell'articolazione funzionalmente autonoma non costituisce un requisito ulteriore ed autonomo rispetto a quello della preesistenza, bensì un suo necessario completamento per evitare che, in occasione del trasferimento, le parti (cedente e cessionario) alterino la consistenza di tale articolazione, con aggiunte e sottrazioni di beni o risorse umane, rispetto all'assetto organizzativo che la connotava nella sua pregressa atti-*

(5) Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs 18/2001,* in I processi di esternalizzazione (a cura di De Luca Tamajo), 2002,86.

(6) Romei, *Azienda, impresa, trasferimento,* Giorn. dir lav., rel. ind., 2003, 52.

(7) Maresca, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda,* in La nuova disciplina del trasferimento d'impresa, Milano, 2002, 24.

(8) Santoro Passarelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova disciplina nazionale,* in La nuova disciplina del trasferimento d'impresa, cit., 7.

(9) In questo senso Santoro Passarelli, *La nozione di azienda..,* cit., 13.

vità. Naturalmente la conservazione dell'identità deve avvenire, come afferma espressamente il legislatore, nel trasferimento, mentre dopo di esso il cessionario ben potrà integrare nella propria struttura il bene acquistato" (10).

Le disposizioni si applicano altresì al *"trasferimento di parte di azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità"* (nella versione non ancora modificata dall'art. 32 del d.lgs 276/03).

In altre parole, le disposizioni della nuova legge si applicano, anche, alle ipotesi di trasferimento di un ramo d'azienda (11).

L'autonomia funzionale dell'articolazione di una più complessa attività economica è stata ravvisata, in dottrina, nella capacità di tale articolazione di realizzare in modo autosufficiente *"un servizio che viene realizzato in funzione delle esigenze dell'azienda, ma che può essere oggetto anche di valutazione economica considerato in se stesso e, quindi, a prescindere dalla funzione che è chiamato ad assolvere all'interno dell'organizzazione dell'impresa"* (12).

La Suprema corte, nella recente sentenza Alcatel (13), ha, infine, sottolineato che il recente d.lgs 18/01 consente di *"legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento di impresa con più attenuati caratteri di materializzazione e che cioè (…) consideri attività economica suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento anche i soli lavoratori che, per essere stati addetti ad una ramo della impresa e per aver acquisito un complesso di nozioni e di esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente — e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine attrezzi di lavoro o di altri beni — le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro"* (affermazione che richiama esplicitamente quanto statuito nella sentenza Suzen).

Anche in questo contesto veniva ribadito, dal legislatore del 2001, che l'articolazione funzionale dell'attività economica organizzata doveva: a) preesistere come tale al trasferimento e che: b) doveva conservare nel trasferimento la propria attività.

---

(10) Maresca, *Le novità del legislatore nazionale..*, cit., 26.

(11) La Cassazione ha, più volte, ribadito che la vicenda circolatoria può riguardare un solo **ramo dell'azienda** (cfr., tra le altre, Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554) precisando che il nuovo titolare può integrare l'insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi sempre che però i fattori mancanti non siano tali da alterare l'unità economica e funzionale del complesso aziendale, dal momento che non basta che i beni conferiti abbiano fatto parte di una azienda, essendo altresì necessario che essi, per le loro caratteristiche ed il loro collegamento funzionale rendano possibile lo svolgimento di una specifica attività imprenditoriale (cfr. Cass. 21 ottobre 1995, n. 10993). Sull'identificazione di un "ramo d'azienda" nel famoso caso Ansaldo si vedano le sentenze della Cassazione nn. 17207 e 15105 del 2002 edite, entrambe, sul Foro it., 2003, I, 458 con nota di Cosio. Sul dibattito che si è sviluppato in dottrina si v. i contributi di Amoroso, *Sulla fattispecie del trasferimento di parte d'azienda al fine dell'applicazione dell'art. 2112 c.c.,* Giust. civ., 2003, I, 345; Franceschinis, *Il caso Ansaldo all'esame della Cassazione: è ramo d'azienda solo se vi è autonomia funzionale e organizzativa preesistente al trasferimento,* Riv. crit. dir. lav., 2002, 908; Romana Grasso, *La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione,* Argomenti dir. Lav., 2003, I, 587.

(12) Maresca, *Le novità del legislatore nazionale..*, cit., 24-25.

(13) Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, Foro it., 2002, I, 2278.

3. — (segue) il problema della sua "preesistenza".

L'art. 1, lett. p) n. 2, della legge 30/2003 (14), facendo propri gli emendamenti contenuti nel Patto per l'Italia, ha previsto una modifica del d.lgs 18/01 con la: *"previsione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda* ***nel momento del suo trasferimento".***

L'ultima parte del primo comma dell'art. 32 del d.lgs 276/03 ha recepito il criterio direttivo contenuto nella legge delega prevedendo che *"Le disposizioni del presente articolo si applicano, altresì, al trasferimento di parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".*

Nell'interpretazione della norma (contenuta nella legge delega (15)) si sono, ben presto, creati due orientamenti:

a) Secondo una prima opinione la modifica in esame avrebbe un impatto assolutamente marginale, atteso che *"non pare attenuare il meccanismo di garanzia della norma"* (16) posta l'esistenza, comunque, di una normativa generale (art. 1344 c.c.) *"capace di colpire qualsivoglia utilizzo indiretto dell'esternalizzazione finalizzata esclusivamente allo smagrimento dell'organico"* (17) .
b) Al polo opposto si colloca chi ha evidenziato come si sia in presenza *"di un banale escamotage linguistico, dietro il quale non è difficile scorgere l'intenzione di legittimare la costituzione di fittizi rami d'azienda, mai esistiti prima dell'operazione di trasferimento, al solo scopo di consentire l'espulsione dei lavoratori addetti al preteso ramo aggirando qualsiasi regola in materia di licenziamento"* (18).

Una tesi intermedia (19) poggia sui seguenti passaggi argomentativi.

---

(14) Legge 14 febbraio 2003, n. 30, in G.U. 26 febbraio 2003, n. 47.

(15) Per un primo commento alla legge delega si v. Miscione, *Il diritto del lavoro che cambia,* Lav. giur., 2003, 2, 105; Vidiri, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d'azienda tra flessibilità e garantismo,* Mass. giur. lav., 2003, I, 7; Passalacqua, Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda, Riv. giur. lav., 2002, I, 221.

(16) Treu, *Il Patto per l'Italia: un primo commento,* in Guida al lavoro, 2002, 29, 10.

(17) De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda,* cit., 35.

(18) Roccella, *Lavoro: le carte truccate del governo, in www.clik.to/dirittolavoro,* sezione Articoli, n. 142. Nel dibattito parlamentare è stato sostenuto che la soppressione del requisito della preesistenza della autonomia funzionale del ramo d'azienda eliminerebbe una disposizione che rappresenta un elemento di tutela per i dipendenti (Sen. Ripamonti, nella seduta della Commissione Lavoro del Senato del 18 aprile 2002) e che *"al di là della constatazione che una simile prassi rappresenta di certo un contributo all'efficienza del sistema produttivo, la modifica dell'art. 2112 c.c. avrebbe effetti negativi molto più estesi delle modifiche proposte dal Governo all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori poiché si tradurebbe in una sostanziale elusione della disciplina in materia di licenziamenti collettivi"* (Sen. Prof. Treu nella seduta della Commissione Lavoro del Senato del 18 aprile 2002). Tali critiche, *"pur evidenziando una problematica reale"* non sono condivise da Russo, *Le modifiche all'art. 2112 del codice civile in materia di trasferimento di ramo d'azienda,* in A.A.V.V., La riforma del mercato del lavoro, Milano, 2004, 234.

(19) Cosio, *La cessione del ramo d'azienda: un cantiere aperto,* Foro it. 2003, I, 458.

I) Sul piano dell'interpretazione **letterale** l'eliminazione del requisito della *"preesistenza"* (nell'ipotesi di cessione di ramo d'azienda) troverebbe un bilanciamento nel mantenimento del requisito della *"conservazione nel trasferimento della propria identità"*.

Requisito che non costituisce elemento ulteriore ed autonomo rispetto a quello della preesistenza *"bensì un suo necessario completamento per evitare che, in occasione del trasferimento, le parti (cedente e cessionario) alterino la consistenza di tale articolazione, con aggiunte e sottrazioni di beni o risorse umane, rispetto all'assetto organizzativo che la connotava nella sua pregressa attività"* (20).

In altri termini, l'autonomia funzionale dell'articolazione dovrebbe, comunque, **preesistere** al "momento del suo trasferimento" (ancorché in termini temporali minimi).

II) L'interpretazione proposta, in presenza di un **testo legislativo ambiguo** (21) troverebbe sostegno nell'interpretazione della norma comunitaria fornita dalla Corte di giustizia.

In sostanza, per configurarsi un trasferimento di ramo d'impresa, sarebbe comunque necessario che la capacità dell'articolazione di produrre in modo autosufficiente un servizio sia presente **in modo stabile** (che la "parte" dell'entità economica sia **"organizzata in modo stabile";** per usare le parole della Corte di giustizia (22)) per un congruo lasso di tempo (non determinabile a priori e variabile in funzione dell'attività esercitata o, addirittura, in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati in impresa) in capo al cedente.

Insomma, l'accento si sposta dall'elemento meramente temporale (la "preesistenza") a quello funzionale (il collante fornito dall'organizzazione) che, però, attraverso il riferimento alla **stabilità** mantiene un, necessario, *prius temporale* (23).

Lo spostamento dell'originario centro di gravità dai profili strutturali a quelli meramente organizzativi delle attività cedute o appaltate è un dato, largamente, acquisito.

Non altrettanto può dirsi per l'identificazione del profilo "organizzativo".

Autorevole dottrina (24), con riferimento alla liceità degli appalti, sostiene che *"esce valorizzato il criterio sintomatico della liceità fondato sull'esercizio dei poteri direttivi e gerarchici da parte dell'appaltatore (criterio giuslavoristico) rispetto a quello più tradizionale sintonizzato sull'impiego di strumenti e impianti di proprietà dell'appaltatore (più tipicamente commercialistico)"*.

---

(20) Maresca, *Le novità del legislatore nazionale..*, cit., 26.

(21) Il giudice nazionale dovrà applicare la norma interna in conformità alla norma comunitaria in presenza di testi legislativi ambigui ma non potrà imporre un significato diverso da quello apparente in vista dell'ottenimento di una coerenza sistematica con il diritto comunitario; così Maltby, Marleasing: *"what is all the fuss about?"*, in Law q. rev., 1993, 301.

(22) Cfr. Corte giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Temco, Foro it., 2002, IV, 142, punto 23.

(23) Condivide l'approccio ermeneutico Cordio, *Il trasferimento d'azienda: la tutela del lavoratore nella disciplina comunitaria ed il nuovo 5 comma dell'art. 2112 c.c.*. Relazione all'incontro di studi, organizzato dal CSM a Roma il 12 gennaio 2004, pag. 27 del dattiloscritto.

(24) De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni…*, cit. 46 e seg.

La tesi ha il merito di cogliere il divenire dell'evoluzione del concetto normativo, ma, probabilmente, richiede un ulteriore approfondimento in duplice direzione:

a) in primo luogo, appare, comunque, necessario che accanto all'organizzazione degli elementi personali (criterio giuslavoristico) vi sia un'organizzazione dell'imprenditore *"costituita quale immediato e diretto strumento produttivo di beni o servizi"* (25) (criterio commercialistico di tipo funzionale);

b) in secondo luogo, l'organizzazione degli elementi patrimoniali non perde qualsiasi valenza.

In una situazione come quella descritta nella causa Oy Liikenne (26) non è ravvisabile un trasferimento d'impresa *"in assenza di una cessione di elementi materiali significativi"*.

In sostanza, l'elemento sistemico che costituisce il centro di gravità dei due istituti (l'organizzazione) deve essere interpretato alla luce della giurisprudenza comunitaria e con la flessibilità che ne contraddistingue l'applicazione.

III) L'interpretazione proposta troverebbe, ancora, conferma, sul piano **sistematico,** nel mantenimento del requisito della **"preesistenza"** nell'ipotesi di trasferimento dell'intera impresa.

IV) L'interpretazione proposta, infine, non contrasta con la *ratio legis.*

Potrebbe, infatti, prospettarsi un contrasto con quanto affermato nella relazione di accompagnamento del disegno di legge n. 848 e, in particolare, con il dibattito che si è sviluppato in Commissione.

L'argomento non coglierebbe nel segno.

a) In primo luogo, occorre sottolineare che il dibattito che è sfociato nel patto per l'Italia ha, in gran parte, reso inattuali le affermazioni contenute nella relazione di accompagnamento del disegno di legge n. 848.

b) In secondo luogo (ancora più a monte) occorre evidenziare come si incorrerebbe in errore nel ricercare la vera o presunta volontà legislativa con una indagine diretta ai lavori preparatori e parlamentari o alle proposte che si sono succedute nel tempo.

"L'intenzione di un autore, assente dal suo testo, è un problema del testo. Ciò che interessa non è quello che l'autore voleva dire, ma quello che dice nel testo, non è la funzione pragmatica espressiva delle proposizioni, ma quella prescrittiva esercitata dai significati sintattico-semantici nella struttura linguistica di riferimento e nella sua coerenza" (27) con il sistema, nel suo complesso.

Resta sullo sfondo un problema non ancora sufficientemente approfondito in dottrina e totalmente ignorato dal legislatore: *"la precisazione dei criteri di individuazione dei lavoratori coinvolti dal trasferimento, specie per le ipotesi in cui non è dato fotografare in maniera certa una stabile inerenza al ramo (si pensi agli "indiretti" o ai lavoratori addetti a mansioni promiscue)"* (28).

---

(25) Casanova, *Impresa e azienda,* in Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli, 1974, 29.

(26) Corte di giustizia 25 gennaio 2001, causa C-172/99, Foro it., IV, 153.

(27) Pino, *La ricerca giuridica,* Padova, 1996, 284.

(28) De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni…,* cit. 36.

Nell'impossibilità di applicare, analogicamente, disposizioni di carattere eccezionale (29) è auspicabile l'intervento della contrattazione collettiva mentre un, eventuale, intervento giudiziale potrà sempre far uso delle clausole generali di buona fede e correttezza.

4. — (segue) La rilevanza dell'autonomia individuale.

Ai fini della distinzione tra cessione d'azienda o di un suo ramo e mera dismissione di beni si fronteggiano, in giurisprudenza, due orientamenti:

a) Una prima opinione (30) valorizza il criterio obiettivo che fa leva sulla natura dei beni trasferiti in rapporto alla complessiva attività produttiva;

b) Altro orientamento (31) combina il criterio obiettivo con quello soggettivo, attento all'esatta costruzione della volontà delle parti e volto a verificare se i beni alienati siano stati considerati dai contraenti nella loro individualità o non, piuttosto, nella loro funzione unitaria. L'inciso contenuto nell'art. 32 del d.lgs 276/03 ("identificata come tale dal cedente e dal cessionario") valorizza, certamente, il criterio soggettivo, in linea, peraltro, con le indicazioni contenute nel Libro Bianco.

Ma lo valorizza fino a che punto?

Secondo un'opinione (32) il legislatore avrebbe creato una presunzione *iuris tantum* in ordine all'avvenuta cessione del ramo d'azienda *"salva la prova contraria, a carico del lavoratore, circa l'effettiva insussistenza di un' autonomia tecnico-funzionale del ramo ceduto"*.

La tesi, probabilmente, fa dire troppo alla lettera della legge.

La rilevanza dell'inciso sembra cogliersi, più che sulla distribuzione dell'onere della prova, sulla cristallizzazione in legge del secondo degli orientamenti sopra richiamati.

Insomma per *"identificare"* una cessione di ramo d'azienda occorre il concorso dei due elementi (soggettivo e obiettivo).

Sembrano, infine, da respingere quelle letture della norma in base alle quali sarebbe la sola volontà delle parti ad unificare un complesso di beni (di per sè privo di autonomia organizzativa) al solo fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda, disponendo così unilateralmente in ordine alla disciplina sulla sorte

(29) Il riferimento è al d. lgs n. 18/1999 in tema di trasferimento di servizi aeroportuali.

(30) Ad esempio si veda Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, Foro it., 2001, I, 3088.

(31) Cass. 11 marzo 2002, n. 3469, Foro it., Rep. 2002, voce Lavoro (rapporto), n. 70.

(32) Andreoni, *Impresa modulare e trasferimenti d'azienda: le novità del d.lgs n. 276/2003*. I1 contributo fa parte del commentario al d. lgs n. 276/2003 curato dai Prof. Alleva e Ghezzi in collaborazione con la Consulta giuridica della Cgil, in corso di pubblicazione per i tipi della Ediesse.

dei rapporti di lavoro che invece 1'art. 2112 c.c. ricollega necessariamente alla presenza di elementi oggettivi (33).

5. — Il "regime particolare di solidarietà" previsto per i fenomeni di internazionalizzazione.

Con disposizione finale l'art. 32 prevede che *"Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 1676"* (e dunque fino a concorrenza del debito che il committente ha verso 1'appaltatore al momento della domanda proposta dai dipendenti).

La legge si occupa, quindi, anche del c.d. fenomeno della cosiddetta internazionalizzazione.

La disposizione è stata censurata, in dottrina (34), per i limiti connessi al richiamo dell'art. 1676 c.c. rispetto a quanto previsto, per gli appalti non connessi a cessioni di rami d'azienda, dall'art. 29 prospettandosi, secondo un orientamento (35), un vizio di costituzionalità *"per violazione del canone di ragionevolezza e per disparità di trattamento, entrambi imposti dall'art. 3 della Costituzione"*.

In realtà, la disposizione appare, perlomeno, inopportuna ove si consideri che si tratta di lavoratori *"che essendo stati dipendenti dell'appaltante, già godevano del trattamento da questi praticato e che, dopo la cessione del ramo d'azienda e il successivo contratto di appalto, sovente continuano a lavorare a fianco a fianco dei loro ex compagni di lavoro o comunque nell'ambito del ciclo produttivo dell'appaltante"* (36).

6. — Appalti e trasferimenti d'imprese.

L'ultimo comma dell'ari. 29 del d.lgs. 276/03 contiene una norma di difficile interpretazione.

---

(33) Una diversa interpretazione del testo solleverebbe dubbi di costituzionalità in quanto la legge *"non può autorizzare le parti a escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato";* cfr. Franceschinis, *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento d'azienda,* in D.L., on. Line, www.di-elle.it/Approf/Franceschinis.

(34) Cordio, *Il trasferimento.., cit.,* pag. 30.

(35) Andreoni, *Impresa modulare..,* cit.

(36) Sulla legge delega si vedano le osservazioni critiche di Cester, *Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori,* in A.A.V.V., La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, Milano, 2003, 96.

La disposizione recita: *"L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda"*.

Una prima interpretazione possibile sarebbe quella secondo cui la norma cristallizza in legge l'interpretazione fatta propria dal prevalente orientamento di legittimità.

In sostanza, *"il mero subingresso di un'impresa ad un'altra nella qualità di appaltatrice di servizi, non accompagnato dalla cessione in tutto o in parte, nella sua identità obiettiva, del complesso organizzato di beni e strumenti inerenti a detta attività, esula dall'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c. (...) sicché a tal fine resta irrilevante la circostanza che l'impresa appaltatrice subentrante abbia, in conformità di intese sindacali, assunto i dipendenti dell'impresa cessante, costituendo con essi nuovi e autonomi rapporti di lavoro"* (37).

La tesi, peraltro, troverebbe sostegno nella lettera della legge e negli orientamenti di parte della dottrina (38).

Nella stessa sentenza Abler della Corte di giustizia (39), infine, si ritiene applicabile la direttiva CEE in una situazione *"in cui un committente, che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva di un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l'esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito il primo imprenditore e messi a disposizione in successione dal committente, anche se il secondo imprenditore abbia manifestato l'intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore"*.

Pronuncia che, ad una prima lettura, sembrerebbe confermare l'orientamento, tradizionale, dei giudici nazionali (sarebbe necessario il trasferimento di notevoli attrezzature, mentre sarebbe, viceversa, irrilevante la mancata riassunzione di tutto o parte del personale).

La tesi preferibile appare, però, un'altra.

Premesso che non ci si trova in presenza di un testo univoco, occorre rilevare che la più recente dottrina (40) ha evidenziato che *"bisogna avere riguardo alla fattispecie concreta ed accertare se nel caso concreto il committente abbia affidato all'appaltatore solo il servizio o anche abbia trasferito allo stesso l'impresa o un suo ramo. In questo secondo caso non si può negare l'applicazione dell'art. 2112 c.c."*, (41) come pure nell'ipotesi di *"avvenuta assunzione, da parte dell'impresa successiva, di tutti o alcuni dei dipendenti già addetti presso la prima alle medesime attività"* (42).

---

(37) Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, Foro it., Rep. 1992, voce Lavoro (rapporto), n. 1491. La sentenza è edita, per esteso, in Riv. it. dir. lav., 1993, 11, 202, con nota di Nogler. Nelle ipotesi in esame il diritto ad una nuova assunzione discenderebbe, se del caso, da una disposizione di contratto collettivo; sul tema si v. Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in Foro it., 1997, I, 3662, con nota di Cosio.

(38) Vallebona, *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda,* in La nuova disciplina del trasferimento d'azienda, cit., 54.

(39) Sentenza 20 novembre 2003 C-340/01 di prossima pubblicazione sul Foro italiano.

(40) Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda,* cit, 108.

(41) Testualmente Santoro Passarelli, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d'azienda,* Riv. it. dir. lav., 2003; I, 189.

(42) Così Foglia, *Il trasferimento d'azienda nell'Unione europea: la normativa comunitaria,* in La nuova disciplina del trasferimento d'azienda, cit., 39.

La stessa giurisprudenza di merito (43), attenta all'evoluzione della disciplina comunitaria, ha affermato che ricorre la fattispecie del trasferimento d'azienda anche in ipotesi di successione in due diversi appalti, qualora il complesso aziendale rimanga immutato nella sua struttura organizzativa e nell'attitudine all'esercizio dell'impresa.

Infine (ma non certo per ultimo) é la stessa giurisprudenza comunitaria a fornire argomenti per una lettura estensiva della disposizione interna.

In primo luogo occorre evidenziare che la Corte *"ha interpretato le condizioni per l'applicazione della direttiva 77/187 in modo sfumato, attribuendo rilevanza decisiva alle circostanze della fattispecie concreta"* (44).

La stessa Corte ha, più volte, ribadito *"che l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell' impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione"* (45).

In quest'ottica occorre leggere la recente sentenza Abler.

Il settore (ristorazione collettiva) in cui era maturata la controversia sottoposta alla Corte *"si basa sostanzialmente sulle attrezzature (...) ne consegue che l'assenza di riassunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una quota sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività non è sufficiente ad escludere l'esistenza di un trasferimento di un'entità che mantenga la sua identità ai sensi della direttiva 77/187"*.

Pertanto, *"in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività può corrispondere ad un'entità economica"* (46).

In questo contesto rileva la riassunzione di una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, di dipendenti, dovendosi trattare di *"un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune"* ovvero di un *"complesso organizzato di lavoratori subordinati specificamente e stabilmente adibiti all'espletamento di un compito comune"* (le citazioni sono tratte dalle sentenze Vidal e Hidalgo).

In sostanza, come dice splendidamente una recente sentenza della Cassazione *"non basta una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione la quale*

(43) Corte di appello di Catania, sez. lav., 6 dicembre 2001, Foro it., 2002, 1, 2280. In realtà, la sentenza ha un carattere tutt'altro che eversivo rispetto al consolidato orientamento di legittimità. Dall'esame della fattispecie risulta, infatti, che, nella specie, erano trasferiti (non solo) gran parte dei dipendenti già addetti presso la prima impresa alla medesima attività ma (anche) rilevanti elementi materiali.

(44) Testualmente le conclusioni dell'avv.to generale (sig. L.A Geelhoed) nella causa Abler.

(45) Sentenza 10 dicembre 1998, cause C-173196 e C-247/96, Hidalgo, Foro it., Rep. 1999, voce Unione Europea e Consiglio d'Europa, 1285, punto 31.

(46) Sentenza 24 gennaio 2002, C- 5 1/00, Foro it, 2002, IV, 142, punto 26.

costituisce perciò il legante, ovvero il valore aggiunto — al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento di azienda sembra più appropriato parlare di trasferimento di impresa (o ramo di impresa) rilevando il dato dinamico e funzionale come essenziale" (47).

In sintesi, l'interpretazione preferibile del terzo comma dell'art. 29 appare la seguente:

a) non costituirà un trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda) la riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota non sostanziale, in termini di quantità e competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività;

b) costituirà viceversa, un trasferimento d'azienda (o, meglio, d'impresa) la riassunzione di un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune in un settore in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera anche in assenza di cessione di elementi materiali (48).

(47) Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, citata nella nota n.3.

(48) Le prime letture della norma sono, comunque, molto prudenti. Nella relazione di Cordio, *Il trasferimento.., cit.,* 33, si prospetta la necessità di leggere la norma alla luce della giurisprudenza comunitaria con un'attenta analisi delle fattispecie sottoposte alla Corte di giustizia. Per una impostazione analoga si v. Nicolini, *Il trasferimento d'azienda,* in A.A.V.V., Come cambia il mercato del lavoro, Milano, 2004, 210-211.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Unite Civili

***Procedimento civile* - Sospensione del processo - In genere - Contemporanea pendenza del giudizio sull'*an* e di quello sul *quantum debeatur* - Rapporto tra i due giudizi - Pregiudizialità tecnico giuridica - Esclusione - Pregiudizialità logica - Sussistenza - Conflitto di giudicati - Rischio - Insussistenza - Sospensione del secondo giudizio in attesa della definizione del primo - Necessità - Esclusione - Sospensione facoltativa - Ammissibilità.**

Corte di Cassazione - SS.UU. - Ord. 26.7.2004, n. 14060 - Pres. Ianniruberto - Rel. Preden - P.M. Martone (Conf.) - Craparo (Avv. Manganiello) - INPS (Avv.ti Picciotto, Spadafora, Fabiani, Gorga).

*Poiché l'art. 295 c.p.c., la cui ragione fondante è quella di evitare il rischio di un conflitto tra giudicati, fa esclusivo riferimento all'ipotesi in cui fra due cause pendenti davanti allo stesso giudice o a due giudici diversi esista un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico e non già in senso meramente logico, la sospensione necessaria del processo non può essere disposta nell'ipotesi di contemporanea pendenza davanti a due giudici diversi del giudizio sull'*an debeatur *e di quello sul* quantum, *fra i quali esiste un rapporto di pregiudizialità solamente in senso logico, essendo in tal caso applicabile l'art. 337, comma 2, c.p.c., il quale, in caso di impugnazione di una sentenza la cui autorità sia stata invocata in un separato processo, prevede soltanto la possibilità della sospensione facoltativa di tale processo, e che, a norma dell'art. 336, comma 2, c.p.c., la riforma o la cassazione della sentenza sull'*an debeatur *determina l'automatica caducazione della sentenza sul* quantum *anche se su quest'ultima si sia formato un giudicato apparente con conseguente esclusione del conflitto di giudicati.*

FATTO — Con sentenza n. 16927/98, il Pretore di Roma, in funzione di giudice del lavoro, ha dichiarato sussistente il diritto di Annunziata Craparo a percepire l'indennità di mobilità a decorrere dal 3.9.1993, data del licenziamento disposto dalla società Saepius, ed ha condannato l'INPS al pagamento delle somme dovute per tale causale.

In base a tale pronuncia la Craparo, con ricorso al Pretore di Roma depositato il 12.3.1999, ha chiesto la condanna dell'INPS al pagamento della somma di L. 66.329.554.

Il pretore, con ordinanza del 6.10.2000, rilevato che avverso la sentenza n. 16927/98 l'INPS aveva proposto appello davanti al Tribunale di Roma, ha sospeso il giudizio sino alla definizione del giudizio sull'esistenza del diritto, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., ravvisando un caso di pregiudizialità, alla stregua delle sentenze n. 12836/97 e n. 7788/93 della Corte di cassazione.

Avverso l'ordinanza di sospensione la Craparo ha proposto regolamento di competenza ai sensi del novellato art. 42 c.p.c. La ricorrente, rilevato che nella giurisprudenza della Corte di cassazione alle sentenze citate dal pretore se ne contrappongono altre, come la n. 4844/96, n. 8374/98 e n. 13174/99, che escludono la necessità, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., di sospendere il giudizio sul *quantum* in attesa che passi in giudicato la sentenza sull'*an*, e ritengono applicabile la sospensione facoltativa, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., da coordinare con l'art. 336, comma 2, c.p.c., ha chiesto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite. In tal senso è stato disposto.

DIRITTO — 1. Il provvedimento impugnato ha sospeso il giudizio di primo grado sul *quantum* sino al passaggio in giudicato della sentenza sull'art. gravata di appello, in applicazione dell'art. 295 c.p.c., che disciplina l'ipotesi della "Sospensione *necessaria"* del processo.

La questione della sussistenza, nel caso in esame, di una ipotesi di sospensione necessaria, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. ("Il giudice dispone *che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*"), ovvero di una ipotesi di sospensione facoltativa, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. (*"Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata"*), è oggetto di contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

2. — Un primo indirizzo accoglie la tesi positiva ed afferma che l'art. 295 c.p.c. deve trovare applicazione anche in ordine al giudizio sul *quantum debeatur*, che, ove sia stata impugnata la sentenza resa nel separato giudizio sull'an, deve essere sospeso fino alla definizione del giudizio sull'an, avente carattere di indispensabile antecedente logico-giuridico della decisione sul *quantum* (sent. n. 5044/83; n. 5298/83; n. 4026/93; n. 7788/93; nello stesso senso, in relazione al rapporto tra giudizio avente ad oggetto il riconoscimento della qualifica superiore e quello concernente l'attribuzione delle mansioni corrispondenti o delle conseguenti differenze retributive, sent. n. 1672/78; n. 3730/78; n. 3736/81; n. 538/90; n. 12386/97).

3. — Altro indirizzo nega l'applicabilità della sospensione necessaria, e sostiene che deve ravvisarsi l'ipotesi di sospensione facoltativa prevista dall'art. 337, comma 2, c.p.c. Si afferma che, poiché l'art. 295 c.p.c., la cui *ratio* è quella di evitare il rischio di un conflitto tra giudicati, fa esclusivo riferimento all'ipotesi in cui fra due cause pendenti davanti allo stesso giudice o a due giudici diversi esista un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico e non già in senso meramente logico, la sospensione necessaria del processo non può essere disposta nell'ipotesi di contemporanea pendenza davanti a due giudici diversi del giudizio sull'*an debeatur* e di quello sul *quantum* (fra i quali esiste un rapporto di pregiudizialità solamente in senso logico) essendo in

tal caso applicabile l'art. 337, comma 2, c.p.c., il quale, in caso di impugnazione di una sentenza la cui autorità possa essere invocata in un separato processo, prevede soltanto la possibilità della sospensione facoltativa di tale processo, e tenuto conto altresì del fatto che, a norma dell'art. 336, comma 2, c.p.c., la riforma o la cassazione della sentenza sull'*an debeatur* determina l'automatica caducazione della sentenza sul *quantum* anche se su quest'ultima si sia formato un giudicato apparente (sent. n. 4844/96, che richiama la precedente sent. n. 2037/85 (1), che per prima aveva enunciato il principio; è conforme la sent. n. 5006/02; il principio è condiviso dalla sentenza n. 10766/02; nello stesso solco si pone la sentenza n. 8374/98, in cui si afferma che i rapporti tra sentenza non definitiva sottoposta ad appello immediato e prosecuzione del giudizio davanti al giudice che ha pronunciato quella sentenza, nell'ipotesi di sospensione disciplinata dall'art. 279, comma 4, c.p.c., non sono regolati dall'art. 295 c.p.c.).

4. — Le più risalenti pronunce che accolgono il primo indirizzo si limitano ad affermare, a sostegno della tesi della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c., che la previa definizione della causa avente ad oggetto il giudizio sull'*an* (o il riconoscimento della qualifica), nella quale sia stata pronunciata sentenza avverso la quale sia stata proposta impugnazione, costituisce, per il suo carattere pregiudiziale, l'indispensabile antecedente logico-giuridico dal quale dipende la decisione della causa relativa al *quantum* (o all'attribuzione delle mansioni o delle differenze retributive corrispondenti alla qualifica), essendo la domanda proposta in questa sede esclusivamente fondata sulla precedente sentenza.

La sentenza n. 4026/93, successiva alla sentenza n. 2037/85, che per prima aveva enunciato l'opposto principio della applicabilità della sospensione facoltativa *ex* art. 337, comma 2, c.p.c., si pone con questa in consapevole contrasto, affermando che, nel caso in cui sia impugnata la sentenza sull'*an*, il separato giudizio sul *quantum* deve essere necessariamente sospeso, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., poiché una situazione di questo genere rientra necessariamente nelle previsioni dell'art. 336 c.p.c. anziché in quelle dell'art. 337 steso codice. Invero, osserva testualmente la sentenza, mentre il comma 2, dell'art. 337 c.p.c. consente al giudice di sospendere facoltativamente il processo quando in questo venga invocata l'autorità di una sentenza pronunciata in altro processo, gli effetti e la portata della quale, senza essere quelli della cosa giudicata (nel qual caso il giudice deve soltanto decidere sulla relativa eccezione), possono essere soltanto quelli della connessione o, comunque, di un'influenza diretta che potrebbe concretarsi in un fenomeno di giudizi contraddittori, il caso in esame vertendo sul rapporto tra sentenza di condanna generica e giudizio sul *quantum*, viene a concretare la situazione in cui la pronuncianda sentenza di determinazione e di condanna al *quantum*... sarebbe stata necessariamente dipendente dall'eventuale riforma della pregressa sentenza sull'*an debeatur*. Col risultato finale che la eventuale riforma del giudizio pretorile, con sentenza passata in giudicato, avrebbe necessariamente travolto il giudizio di liquidazione.

In altri termini, secondo la richiamata pronuncia, dovrebbe operare la sospensione necessaria perché, qualora il giudice della causa sul *quantum* non sospendesse avvalendosi della facoltà di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c., la decisione sul *quantum*

sarebbe esposta al rischio di caducazione nel caso di riforma della sentenza sull'*an*, ai sensi dell'art. 336, comma 2, c.p.c.

5. — La tesi della sospensione facoltativa *ex* art. 337, comma 2, c.p.c., è ampiamente argomentata dalla sentenza n. 4844/96, che svolge le seguenti considerazioni.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte, la sospensione necessaria del processo, che non sia imposta da specifica disposizione di legge, ha per fondamento non solo l'indispensabilità logica dell'antecedente avente carattere pregiudiziale, nel senso che la definizione della relativa controversia si ponga come momento ineliminabile del processo logico della causa dipendente, ma anche di indispensabilità giuridica, nel senso che l'antecedente logico venga postulato con efficacia di giudicato, per modo che possa eventualmente verificarsi conflitto di giudicati.

Ai fini della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c., occorre tenere conto della distinzione, formulata con riferimento all'art. 34 c.p.c., tra "pregiudizialità logica" e "pregiudizialità tecnico-giuridica". Con la prima espressione si indica il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio o, secondo altra convergente accezione, il fatto costitutivo del diritto fatto valere davanti al giudice (ad esempio: il contratto di compravendita rispetto alla richiesta di pagamento del prezzo della cosa venduta), integrante il "punto pregiudiziale", mentre la seconda indica quella fattispecie che, essendo esterna ai fatto costitutivo del diritto, ne integra il presupposto o, come anche si afferma, quella situazione che ugualmente rappresenta un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, ma che si distingue, attesa la sua autonomia, dal fatto costitutivo sul quale si fonda l'effetto (ad esempio: la qualità di erede del creditore rispetto alla domanda di pagamento del prezzo oggetto del contratto di compravendita stipulato dal defunto) ed integra la "questione pregiudiziale".

Poiché lo scopo perseguito dalla sospensione necessaria è quello di evitare il conflitto di giudicati, l'art. 295 c.p.c., può trovare applicazione solo quando in altro giudizio deve essere decisa, con efficacia di giudicato, una questione pregiudiziale in senso tecnico-giuridico, sussistendo in tal caso il rischio del conflitto di giudicati, e non anche qualora oggetto dell'altra controversia sia una questione pregiudiziale soltanto in senso logico, non configurandosi in questo caso il menzionato rischio.

Va quindi esclusa l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. nell'ipotesi in cui pendano, davanti a giudici di diverso grado, il giudizio sull'*an debeatur* e quello sul *quantum debeatur*, nel quale sia stata invocata la sentenza sull'*an* e questa sia stata impugnata, poiché la questione che è oggetto del giudizio sull'*an debeatur* è pregiudiziale solamente in senso logico rispetto a quella pregiudicata che viene discussa nel separato giudizio sul *quantum.*

Nella suindicata ipotesi, piuttosto che alla norma di cui all'art. 295 c.p.c., deve farsi riferimento a quella dettata dall'art. 337, comma 2, c.p.c. ("*Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è Impugnata*"), da porre in correlazione all'art. 336, c.p.c., concernente gli "*Effetti della riforma o della cassazione*", il cui comma 2, nel testo modificato dalla riforma del 1990), dispone che: "La riforma o *la cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti ed agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata*".

Non è condivisibile l'assunto secondo cui *l'autorità* alla quale si riferisce l'art. 337, comma 2, c.p.c., è quella della sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che la norma sarebbe applicabile soltanto nel caso in cui la sentenza invocata nel diverso giudizio sia stata impugnata per revocazione straordinaria o con opposizione di terzo. L'autorità alla quale la norma si riferisce è quella di qualsiasi sentenza, soggetta anche ai mezzi di impugnazione ordinari. Prima ancora del passaggio in giudicato, qualsiasi pronuncia giurisdizionale è infatti dotata di propria autorità, dato che la sentenza esplica un'efficacia di accertamento al di fuori del processo. La stabilità della sentenza impugnata, anche se provvisoria, costituisce naturale proprietà dell'atto giurisdizionale, che esprime la volontà della legge nel caso concreto, e con questa l'esigenza di una sua immediata, anche se provvisoria, attuazione, nell'attesa del formarsi del giudicato ed indipendentemente da questo. Principio che trova conferma, in primo luogo, nelle disposizioni di legge che regolano gli effetti della sentenza non definitiva emessa nel giudizio di primo grado (artt. 278, 279, comma 2, n. 4 e 340 c.p.c.), ed in secondo luogo nella formulazione letterale della norma, che riconosce autorità, e quindi efficacia, alla sentenza ancor prima del suo passaggio in giudicato, atteso che di tale evento nella norma non v'è menzione.

Deve quindi affermarsi che, nell'ipotesi di contemporanea pendenza del giudizio sull'*an* e di quello sul *quantum* davanti a due giudici di grado diverso il giudice può, a norma dell'art. 337, comma 2, c.p.c. disporre la sospensione facoltativa del processo relativo al *quantum debeatur* ove la sentenza sull'*an* sia stata impugnata.

Se la sospensione facoltativa non è disposta, non sussiste il rischio di conflitto di giudicati, poiché soccorre il citato art. 336, comma 2, c.p.c. (nel testo modificato dalla riforma del 1990). La disposizione, che attiene al c.d. effetto espansivo esterno delle pronunce giurisdizionali, è infatti applicabile, come è pacificamente riconosciuto, anche alle sentenze definitive, nel senso che la riforma o la cassazione della sentenza non definitiva determina l'immediata caducazione delle statuizioni contenute nella sentenza definitiva e dipendenti dalla pronuncia riformata o cassata. Per costante giurisprudenza, qualora fra la sentenza non definitiva e quella definitiva sussista un nesso di consequenzialità nel senso che la prima costituisce il presupposto dell'altra, gli effetti pregiudicanti determinati dalla riforma o dalla cassazione della sentenza non definitiva si producono su quella definitiva anche in caso di mancata impugnazione di questa, dato che il giudicato che si è formato sulla sentenza definitiva è solo apparente, essendo lo stesso necessariamente collegato alla mancata riforma della sentenza non definitiva che ne costituisce l'antecedente necessario (sent. n. 1409/90; n. 5633/90; 2188/93). Principi, questi, che vengono pacificamente applicati anche alla sentenza non definitiva sull'art (sent. n. 2362/89; n. 451/90; n. 3724/97), e che vanno estesi anche all'ipotesi in cui il creditore agisca per la condanna generica e successivamente agisca in separato giudizio per ottenere sentenza di condanna specifica.

6. — Ritengono queste Sezioni unite di comporre il contrasto prestando adesione al secondo orientamento, incentrato su una lettura restrittiva dell'istituto della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.c. e sulla valorizzazione della norma dettata dall'art. 337, comma 2, c.p.c., in correlazione con la previsione dell'art. 336, comma 2, c.p.c.

6.1. — Va anzitutto rilevato, in linea generale, che la sospensione necessaria del processo *ex* art. 295 c.p.c. determina l'arresto del processo dipendente per un tempo indeterminato e certamente non breve, poiché la paralisi del processo è destinata a protrarsi fino al passaggio in giudicato della decisione della causa pregiudiziale (art. 297, comma 1, c.p.c.), onde evitare il rischio del conflitto tra giudicati. In tal modo, in funzione della realizzazione del valore processuale dell'armonia dei giudicati, viene sacrificato il valore processuale della sollecita definizione del giudizio.

La gravita di tale conseguenza è stata avvertita dalla dottrina, che ha proposto varie opzioni interpretative dell'art. 295 c.p.c., volte a ridurne l'ambito di operatività a vantaggio della celerità dei processi ed affidando piuttosto il coordinamento dei giudicati al simultaneo processo.

Anche il legislatore, negli ultimi anni, con varie leggi ordinarie, ha espresso disfavore verso l'istituto della sospensione dei processi per pregiudizialità: è stata ridimensionata la pregiudizialità penale (con l'art. 75 del nuovo codice di procedura penale del 1988, e con la soppressione, nell'art. 295 c.p.c., con l'art. 35 della legge n. 353 del 1990, del riferimento all'art. 3 c.p.p.; modifica sottolineata dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 182/1986, come espressione del disfavore verso il fenomeno sospensivo); è stata limitata la sospensione necessaria per pregiudizialità nel processo tributario ad alcuni specifici e tassativi casi (art. 39 d. lgs. n. 546 del 1992, sul quale si è pronunciata, escludendone l'illegittimità, la Corte costituzionale con la sentenza n. 31/98); è stata esclusa la sospensione del processo, nelle controversie relative ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni davanti al giudice ordinario, nel caso di impugnazione dei provvedimenti amministrativi presupposti (art. 68 d.lgs n. 29 del 1993 nel testo modificato dal d.lgs, n. 80 del 1998); è stata prevista, con la modifica dell'art. 42 c.p.c. mediante l'art. 6 della citata novella del 1990, l'impugnazione in cassazione dei provvedimenti che dispongono la sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

Ora, se i menzionati interventi sono indubbiamente indicativi di una linea di tendenza sfavorevole alla sospensione, determinante, nel senso di imporre una interpretazione restrittiva dell'istituto, appare il successivo intervento sulla disciplina del processo compiuto con la legge costituzionale 23.11.1999 n. 2 che ha sostituito l'art. 111 Cost.

Una lettura dell'art. 295 c.p.c. ispirata alla prevalente realizzazione delle esigenze di sollecitudine dei giudizi appare infatti ineludibile a seguito della modifica dell'art. 111 Cost. compiuta dalla legge costituzionale 23.11.1999 n. 2. Il nuovo art. 111 Cost., disponendo, nei primi due commi, che la legge, nel quadro del giusto processo, ne deve assicurare la ragionevole durata, ha infatti elevato a valore costituzionale il richiamato principio (v. S.U. n. 13682/01; n. 1676/01; n. 10766/02; S.U. n. 14670/03; principio peraltro già enunciato dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dalla legge 4.8.1955 n. 848, nel passato non adeguatamente considerato, ed al quale ora si richiama la legge 24.3.2001 n. 89, che individua l'eccessiva durata del processo come fonte di danno, e riconosce quindi il diritto ad una equa riparazione al soggetto che abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto del mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo).

Di tali esigenze si sono mostrate consapevoli queste Sezioni unite, con la sentenza n. 14670/03, con la quale è stata esclusa la configurabilità della sospensione discrezionale ai sensi dell'art. 295 c.p.c., già ammessa dalla giurisprudenza di questa Corte, ponendone in risalto la non conciliabilità con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo manifestato dal legislatore — con la sottoposizione, mediante il novellato art. 42 c.p.c. dei provvedimenti che ordinano la sospensione *ex* art. 295 c.p.c. (e non anche di quelli che la negano) all'impugnazione immediata davanti alla Corte di cassazione, con lo strumento del ricorso per regolamento di competenza — e condiviso dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 182 del 1996), e rilevandone la contraddizione sia con i principi di eguaglianza (art. 3 Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) che con il canone della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

6.2. — Va quindi condivisa, perché coerente con il disfavore dell'ordinamento verso il fenomeno sospensivo, la lettura restrittiva dell'art. 295 c.p.c. dalla quale muove la sentenza n. 4844/96, nel senso di limitare l'area di operatività della norma, la cui funzione è quella di prevenire il rischio del conflitto di giudicati, alla sola ipotesi della pregiudizialità in senso tecnico-giuridico, che detto rischio comporta, con esclusione dell'ipotesi della dipendenza per pregiudizialità logica, che invece non lo determina.

Si tratta, come osservato in dottrina, di fenomeni che esprimono entrambi una relazione di pregiudizialità-dipendenza tra due entità, ma che si distinguono in quanto diversa natura hanno le entità tra le quali intercorre la relazione. Quest'ultima è costituita dalla relazione di dipendenza che intercorre tra l'effetto giuridico dedotto in giudizio ed il rapporto giuridico complesso dal quale nasce; relazione che intercorre tra l'intero rapporto complesso e la frazione di esso costituita dal singolo diritto. La "pregiudizialità tecnico-giuridica" è invece quella determinata da una relazione tra rapporti giuridici sostanziali distinti ed autonomi, uno dei quali (pregiudiziale) integra la fattispecie dell'altro (dipendente), in modo tale che la decisione sul primo rapporto si riflette necessariamente, condizionandola, sulla decisione del secondo.

Ora, alla stregua dell'enunciato criterio distintivo, tra decisione da adottare nel giudizio sull'*an* e decisione da adottare nel giudizio sul *quantum*, distintamente instaurati, non sussiste una relazione di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico, ma soltanto una relazione di pregiudizialità logica, poiché viene in considerazione un unico rapporto, occasionalmente sottoposto a giudizio in modo frazionato. Aderendo alla tesi che nega, nell'ipotesi di mera pregiudizialità logica, il conflitto di giudicati, resta quindi esclusa l'applicabilità della sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c., la cui ratio, per comune opinione, è appunto quella di prevenire tale conflitto.

6.3. — Ma va ancora osservato, al fine di escludere l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c., che nella fattispecie in esame la relazione di dipendenza che viene in considerazione è quella che intercorre tra la sentenza resa su questione logicamente precedente (pronuncia sull'*an*) ed impugnata, ed il processo avente ad oggetto una questione dipendente, in quanto logicamente consequenziale (giudizio sul *quantum*). La situazione in relazione alla quale si pone la questione della sospensione o meno del secondo processo (per dipendenza logica) risulta quindi più complessa rispetto a quella che costituisce il presupposto dell'art. 295 c.p.c., essendo integrata dalla intervenuta ado-

zione di una pronuncia sull'*an* (questione logicamente pregiudiziale) e dalla impugnazione di detta pronuncia, a sua volta posta a fondamento di una domanda (o di una eccezione) nel giudizio sul quantum (logicamente pregiudicato).

6.3.1. — Ora, questa Corte, con la sentenza n. 8374/98, in base all'analisi delle norme dettate dagli artt. 279, comma 4, c.p.c., *125-bis* e *129-bis* disp.att., introdotti con la riforma del 1950, e dirette a disciplinare il corso successivo del processo in caso di impugnazione immediata di sentenza non definitiva resa dal giudice di primo grado (l'art. 279, comma 4, prevedendo che il giudice istruttore, su istanza concorde delle parti, può disporre che l'esecuzione o la prosecuzione dell'istruttoria sia sospesa, qualora ritenga che i provvedimenti dell'ordinanza collegiale siano dipendenti da quelli contenuti nella sentenza impugnata; gli altri articoli, disciplinando la ripresa del giudizio sospeso), ha già affermato che le richiamate disposizioni mostrano che i rapporti tra impugnazione della sentenza non definitiva e prosecuzione del giudizio davanti al giudice che ha pronunciato quella sentenza non sono regolati dall'art. 295 c.p.c.; allo svolgimento del processo relativo alla medesima domanda, pendente in diversi gradi di giudizio non può infatti applicarsi l'art. 295 c.p.c., che regola il rapporto tra processi diversi, ciascuno avente ad oggetto distinte domande.

Ed ha precisato, con la citata pronuncia, che la ragione per la quale l'art. 295 c.p.c., nel sistema attuato con la riforma del 1950, deve essere considerato estraneo alla regolamentazione dei rapporti tra decisione delle questioni logicamente successive da parte del giudice di primo grado e prosecuzione del processo nelle fasi di impugnazione sulle questioni logicamente precedenti, già decise da quel giudice, va individuata nell'art. 336, comma 2, c.p.c., poiché la automatica caducazione della sentenza resa sulle questioni logicamente successive per effetto della riforma con sentenza passata in giudicato o della cassazione della sentenza resa su quelle logicamente precedenti, univocamente affermata dalla giurisprudenza di legittimità, esclude che possa profilarsi il conflitto di giudicati. Ed ha ancora rilevato che tale sistema non è stato sostanzialmente alterato dalla modifica, con la riforma del 1990, dell'art. 336, comma 2, che ha espunto il riferimento al passaggio in giudicato della sentenza di riforma (con incidenza sul solo art. *129-bis* disp.att.).

6.3.2. — Ad eguale conclusione deve pervenirsi nella diversa ipotesi in cui la relazione tra sentenza sull'*an* (o di condanna generica) impugnata e giudizio sul *quantum* (o di condanna specifica) non si svolga quale sviluppo di uno stesso processo, in cui la prima pronuncia sia stata emessa come sentenza non definiva, ma sorga in riferimento a processi separatamente instaurati.

La situazione non si presta ad essere ricondotta nell'ambito dell'art. 295 c.p.c., ostandovi l'esistenza, non considerata tra i presupposti della citata disposizione, di una sentenza già pronunciata sulla questione logicamente pregiudiziale (l'*an debeatur* o la condanna generica) e della sua avvenuta impugnazione, con conseguente maggiore complessità della situazione da valutare ai fini della sospensione del giudizio sulla questione logicamente pregiudicata (il *quantum debeatur* o la condanna specifica).

La situazione va invece ricondotta nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 337, comma 2. c.p.c., che contempla una ipotesi di sospensione solo facoltativa, dovendosi

ritenere compresa nella astratta previsione normativa la situazione, qual'è quella in esame, in cui sia stata pronunciata una sentenza favorevole sull'*an* (o di condanna generica), che venga invocata in separato processo a sostegno della richiesta di liquidazione del *quantum* (o di condanna specifica), tale sentenza sia stata sottoposta ad impugnazione, e sorga questione circa la sospensione del secondo giudizio.

6.3.3. — Come esattamente affermato ed argomentato dalla sentenza n. 4844/96 (richiamata e motivatamente condivisa dalla sentenza n. 10766/02), non può aderirsi all'opinione che vorrebbe limitare l'operatività della norma racchiusa nell'art. 337, comma 2, c.p.c. alla sola ipotesi in cui sia invocata in diverso giudizio l'autorità di una sentenza passata in giudicato e questa sia assoggettata ad una impugnazione straordinaria.

L'assunto è contrastato sia dalla inequivoca formulazione testuale del dato normativo, che non reca menzione dell'avvenuto passaggio in giudicato della sentenza la cui autorità è invocata in diverso, sia dalla considerazione che anche una sentenza sulla quale non si sia ancora formato il giudicato ha una sua autorità, in quanto esprime la volontà della legge nel caso concreto, anche se trattasi di una autorità provvisoria, sino al momento del passaggio in cosa giudicata (in tal senso, le citate sentenze n. 4644/96 e n. 10766/02).

6.3.4. — Una volta individuata nell'art. 337, comma 2, c.p.c., la regola da applicare nella fattispecie in esame, con conseguente attribuzione al giudice della facoltà di disporre la sospensione, qualora la sentenza la cui autorità sia stata davanti a lui invocata, in una causa il cui esito è logicamente dipendente da quanto in quella statuito, sia stata impugnata, va altresì rilevato che, nel caso di non disposta sospensione, non si configura il rischio del conflitto di giudicati, che dell'istituto della sospensione necessaria costituisce la ragione fondante. E ciò in quanto, come affermato dalla sentenza n. 4844/96 (e ribadito dalla sentenza n. 10766/02), soccorre la previsione dell'art. 336, comma 2, c.p.c. circa il c.d. effetto espansivo esterno, e cioè circa il propagarsi degli effetti della riforma o della cassazione al di là della sentenza, agli atti ed ai provvedimenti (ivi comprese le sentenze) dipendenti dalla sentenza riformata o cassata, secondo la lettura che la costante giurisprudenza di questa Corte richiamata dalle menzionate sentenze ne ha dato.

7. — In conclusione, il contrasto va composto affermandosi il seguente principio:

Poiché l'art. 295 c.p.c., la cui ragione fondante è quella di evitare il rischio di un conflitto tra giudicati, fa esclusivo riferimento all'ipotesi in cui fra due cause pendenti davanti allo stesso giudice o a due giudici diversi esista un nesso di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico e non già in senso meramente logico, la sospensione necessaria del processo non può essere disposta nell'ipotesi di contemporanea pendenza davanti a due giudici diversi del giudizio sull'*an debeatur* e di quello sul *quantum*, fra i quali esiste un rapporto di pregiudizialità solamente in senso logico, essendo in tal caso applicabile l'art. 337, comma 2, c.p.c., il quale, in caso di impugnazione di una sentenza la cui autorità sia stata invocata in un separato processo, prevede soltanto la possibilità della sospensione facoltativa di tale processo, e che, a norma dell'art. 336, comma 2, c.p.c., la riforma o la cassazione della sentenza sull'*an debeatur* determina l'auto-

matica caducazione della sentenza sul quantum anche se su quest'ultima si sia formato un giudicato apparente, con conseguente esclusione del conflitto di giudicati.

8. — All'enunciato principio non si è attenuto il Pretore di Roma, che ha disposto la sospensione necessaria del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

Il ricorso va quindi accolto ed il provvedimento annullato.

9. — Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1985, p. 1164.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Lavoratore collocato in mobilità - Accettazione di nuovo posto di lavoro ad oltre sessanta minuti di viaggio dalla sua abitazione - Successive dimissioni - Conseguenze - Perdita dell'indennità di mobilità - Applicazione analogica della disciplina sul legittimo rifiuto del posto di lavoro - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 20.5.2004, n. 9646 - Pres. Mileo - Rel. Cataldi - PM. Matera (Conf.) - Piccolo (Avv. Borile) - INPS (Avv.ti Spadafora, Fabiani).

Il lavoratore collocato in mobilità che sia stato assunto a tempo pieno e indeterminato accettando un posto che avrebbe potuto rifiutare senza conseguenze pregiudizievoli, perché distante oltre sessanta minuti di viaggio dalla sua residenza, e successivamente si dimetta dopo averne sperimentato i disagi connessi agli spostamenti per raggiungere il luogo di lavoro, perde il diritto all'erogazione dell'indennità di mobilità, non potendosi applicare in via analogica, attesa la diversità delle fattispecie, la norma dettata dall'art. 9, secondo comma, della legge n. 223 del 1991 per l'ipotesi di legittimo rifiuto del posto.

FATTO — II sig. Giovanni Piccolo, premesso che era stato iscritto nelle liste di mobilità e che l'erogazione della relativa indennità era stata sospesa dopo la sua assunzione dal Comune di Vò, posto di lavoro da cui si era dimesso in quanto troppo distante dalla sua residenza, chiedeva al Pretore di Padova che fosse accertato il diritto alla erogazione da parte dell'INPS dell'indennità di mobilità anche per il periodo successivo alle dimissioni dall' impiego presso il Comune di Vò.

Il Pretore rigettava la domanda.

Avverso la decisione di primo grado il lavoratore proponeva appello al Tribunale.che lo rigettava ritenendo che l'ipotesi espressamente contemplata dall'art. 9 comma 2 della legge 23 luglio 1991 n. 223, che esclude la conseguenza della cancellazione del lavoratore dalle liste di mobilità nell'ipotesi di rifiuto dell'offerta di un posto di lavoro presso una sede che disti dalla sua residenza più di sessanta minuti di viaggio, presenta diversità di presupposti che ne precludono ogni assimilazione rispetto all'ipotesi in cui il lavoratore, dopo aver accettato un posto che, per ragioni di distanza,

avrebbe potuto rifiutare senza conseguenze, si dimetta per aver sperimentato il disagio connesso agli spostamenti per raggiungere il luogo di lavoro; è infatti la stessa normativa che dispone al 6° comma del citato art. 9 l. 223/91 che l'accettazione dell'impiego comporta la cancellazione dalle liste e la conseguente perdita dell'indennità di mobilità. Il Tribunale escludeva inoltre che la fattispecie in esame fosse assimilabile all'ipotesi in cui il lavoratore assunto a tempo indeterminato non abbia superato il periodo di prova (comma 7), per il quale è prevista la reiscrizione nelle liste di mobilità, rilevando che in questo caso la perdita del posto dipende da un'iniziativa del datore di lavoro e non da una scelta volontaria del lavoratore.

Per la cassazione della sentenza impugnata il sig. Piccolo propone ricorso formulandolo in un unico motivo.

L'INPS si è costituito depositando procura.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione e/o falsa interpretazione dell'art. 9 della legge n. 223 del 1991, il ricorrente censura l'interpretazione data dal Tribunale alla norma invocata, non corrispondente alle finalità proprie dell'istituto della mobilità che sono quelle di incentivare la rioccupazione; tale interpretazione, che a parere del ricorrente è contraria ai principi costituzionali di cui agli artt. 1, 3, 4 e 35 della Costituzione, premia il lavoratore che rifiuta l'offerta di lavoro rispetto al lavoratore che con buona volontà accetta un posto distante, salvo poi verificare, in concreto che quelle difficoltà sono inaffrontabili.

Il motivo è infondato.

L'art 9 della legge 23 luglio 1991 n. 223 prevede, al comma 1 lett. b), la cancellazione dalle liste di mobilità del lavoratore che non accetti l'offerta di un lavoro che sia professionalmente equivalente, ovvero, in mancanza di questo, che presenti omogeneità anche intercategoriale e, che avendo riguardo ai contratti collettivi nazionali di lavoro, sia inquadrato in un livello retributivo non inferiore del dieci per cento rispetto a quello delle mansioni di provenienza. Il successivo comma 2, tuttavia, consente al lavoratore iscritto nelle liste di mobilità di rifiutare, senza essere cancellato dalle liste, un posto di lavoro che pure presenti le caratteristiche sopra descritte, quando l'attività lavorativa offerta si svolga in luogo distante dalla sua sede oltre cinquanta chilometri, o comunque raggiungibile in sessanta minuti con mezzi pubblici dalla residenza del lavoratore. Il comma 6 dello stesso art. 9 prevede poi la cancellazione dalle liste, oltre che nell'ipotesi di cui al comma 1, nel caso che il lavoratore sia assunto con contratto a tempo pieno ed indeterminato ed i successivi commi 7 ed 8, stabiliscono la reiscrizione nelle liste del lavoratore che non abbia superato il periodo di prova o sia giudicato non idoneo alla specifica attività cui l'avviamento si riferisce, a seguito di eventuale visita medica effettuata presso strutture sanitarie pubbliche.

In questo quadro normativo l'interpretazione analogica proposta dal ricorrente non è consentita.

La legge prevede infatti espressamente che, nell'ipotesi di lavoratore assunto a tempo pieno e indeterminato, come nel caso in esame, lo stesso sia cancellato dalle liste: in questa ipotesi, non solo vengono meno i presupposti stessi per l'iscrizione nelle liste di collocamento, come viene correttamente rilevato nella sentenza impugnata, ma, di fronte alla

chiara espressione legislativa, la specifica previsione di cancellazione del lavoratore che viene occupato impedisce che possano ritenersi applicabili in via analogica norme che consentano un rifiuto del posto prima che l'occupazione si sia verificata (art. 12 delle preleggi). D'altra parte, la reiscrizione nelle liste di mobilità, prevista dai commi 7 ed 8 del richiamato art. 9, è consentita dalla normativa in esame solo nei casi specificamente previsti in cui sono intervenuti fatti indipendenti dalla volontà del lavoratore e quindi in base a presupposti diversi , non assimilabili alle dimissioni volontarie.

La norma va infine ricollegata anche al procedimento di collocamento dei lavoratori in mobilità che prevede una graduatoria di precedenza nell'avviamento dei lavoratori (art. 8, primo comma) nell'ambito dell'assegnazione dei posti riservati ai dipendenti in mobilità ai sensi del terzo comma dello stesso articolo. È evidente che l'avviamento di un lavoratore ad uno di questi posti, impedisce al lavoratore collocato in seconda posizione — eventualmente particolarmente interessato al posto che gli sarebbe spettato in caso di rifiuto del primo in graduatoria — di usufruirne: la successiva rinuncia del primo in graduatoria, con conseguente ritorno a disposizione del posto, potrebbe alterare l'ordine di precedenza nell'ipotesi che, nel frattempo, il lavoratore che seguiva in graduatoria il rinunciatario sia stato costretto, per non perdere i diritti derivanti dall'inserimento nella lista di mobilità, ad accettare una collocazione meno gradita, quando invece avrebbe potuto legittimamente aspirare al posto assegnato al primo che vi ha rinunciato soltanto dopo averlo provato e ritenuto poco conveniente. Sicché un legittimo rifiuto del posto, ai sensi del secondo comma dell'art. 9 L. 223/91, anche sotto questo aspetto, non può ritenersi equiparabile alla rinuncia allo stesso dopo averlo accettato, accettazione che doveva essere preceduta da un doveroso vaglio degli inconvenienti che avrebbero consentito al lavoratore di rifiutarlo: anche in considerazione di tale diversità di situazioni non sono giustificati i dubbi di costituzionalità della norma prospettati dal ricorrente.

Il ricorso va, pertanto, rigettato.

Nulla è dovuto per le spese del presente giudizio in quanto l'INPS non ha svolto alcuna attività difensiva.

(Omissis)

***Lavoro (Rapporto di)* - Lavoro subordinato - Indennità - Di fine rapporto di lavoro - Di preavviso - Effetti - Continuazione del rapporto e delle connesse obbligazioni fino alla scadenza del periodo di preavviso previsto dal contratto - Derogabilità per accordo, anche tacito, tra le parti sulla immediata interruzione del rapporto - Relativo accertamento - Spettanza al giudice del merito - Censurabilità in cassazione - Limiti - Conseguenze.**

Corte di Cassazione - 8.5.2004, n. 8797 - Pres. Mileo - Rel. Picone - PM. Sorrentino (Conf.) - Ippolito (Avv. Agostini) - INPS (Avv.ti Fabiani, Spadafora, Picciotto)

Il principio in base al quale il preavviso di licenziamento, nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, comporta la prosecuzione del rapporto medesimo e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine è derogabile per accordo delle parti quando queste, prima di detta scadenza, pattuiscano l'esonero immediato dagli obblighi relativi alle reciproche prestazioni. L'accertamento in ordine alla esistenza di tale accordo — che è desumibile anche da comportamenti taciti e concludenti, come quello dell'accettazione senza riserve da parte del lavoratore della preventiva liquidazione e corresponsione della indennità sostitutiva del preavviso — forma oggetto di un giudizio di fatto incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione immune da errori logici e giuridici. In tale ipotesi, la data di cessazione del rapporto va fatta coincidere con quella del licenziamento, e non con la scadenza del periodo di preavviso dovuto, e ciò a tutti gli effetti, ed anche nei confronti di soggetti diversi dal datore di lavoro, quali gli enti gestori di previdenza ed assistenza.

FATTO — II Tribunale di Marsala, in accoglimento dell'appello dell'INPS, ha riformato la sentenza del Pretore della stessa sede, rigettando la domanda proposta da Calogero Ippolito per il pagamento dell'indennità di mobilità.

Il Tribunale ha ritenuto fondata la tesi dell'Istituto previdenziale, secondo cui il lavoratore era privo del requisito di almeno 18 mesi di anzianità aziendale nell'ultimo rapporto di lavoro, rapporto che, iniziato il 24.3.1992, doveva ritenersi cessato il 17.3.1993 con il licenziamento senza preavviso e la corresponsione dell'indennità sostitutiva, non potendosi comprendere nell'anzianità anche il periodo di preavviso di sette giorni, sostituito dall'indennità accettata senza riserve dal lavoratore.

La cassazione della sentenza è chiesta da Calogero Ippolito con ricorso per un unico motivo, al quale resiste l'INPS con controricorso.

DIRITTO — Osserva preliminarmente la Corte che dalla relazione di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza risulta che il difensore del ricorrente è deceduto; tale circostanza, tuttavia, non comporta l'obbligo di ulteriori adempimenti, in quanto il processo di cassazione, governato dall'impulso d'ufficio, resta insensibile agli eventi di cui all'art. 299 ss. c.p.c. che si riferiscono esclusivamente al giudizio di merito e non sono suscettibili di applicazione analogica in quello di legittimità, neanche quando, dopo la proposizione del ricorso, si rendono necessari atti o iniziative della parte o del difensore, atteso che, anche in questi casi, la mancata previsione dell'interruzione non implica lesione del diritto di difesa o menomazione del contraddittorio, restando a cari-

co dell'interessato l'onere di attivarsi per ovviare ad evenienze conosciute o comunque conoscibili (cfr. Cass. 2734/2001; 5719/2001).

Con l'unico motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223 e dell'art. 2118 c.c —, nonché vizio della motivazione.

Si sostiene che si sarebbe dovuto riconoscere esistente il requisito stabilito dalla legge di un "periodo di lavoro effettivo non inferiore a 18 mesi", perché il periodo di preavviso spettante, pari a sette giorni, doveva essere equiparato a lavoro effettivo ai fini della prestazione previdenziale, non essendo idoneo a incidere su tale diritto il licenziamento in tronco, atteso che l'Ippolito non aveva accettato l'esonero dalle prestazioni lavorative. La Corte giudica il ricorso infondato.

L'art. 11 l. 223/1991 *(Norme in materia di trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori licenziati da imprese edili ed affini)*, nel testo in vigore all'epoca dei fatti, dispone al comma 2 che, nelle aree nelle quali il CIPI, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, accerta la sussistenza di uno stato di grave crisi dell'occupazione conseguente al previsto completamento di impianti industriali o di opere pubbliche di grandi dimensioni, compete il trattamento speciale di disoccupazione ai lavoratori edili che siano stati impegnati, in tali aree e nelle predette attività, per un periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi e siano stati licenziati dopo che l'avanzamento dei lavori edili abbia superato il settanta per cento.

La norma previdenziale non reca una nozione autonoma di "lavoro effettivo", ma rinvia per la sua definizione alle regole del rapporto di lavoro subordinato.

In tema di preavviso e indennità sostitutiva (art. 2118 c.c.), da tempo risalente la giurisprudenza della Corte ha precisato che il principio in base al quale il preavviso di licenziamento, nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, comporta la prosecuzione del rapporto medesimo e di tutte le connesse obbligazioni fino alla scadenza del termine, è derogabile per accordo delle parti quando queste, prima di detta scadenza, pattuiscano l'esonero immediato dagli obblighi relativi alle reciproche prestazioni. L'accertamento sull'esistenza di un tale accordo — il quale è desumibile anche da comportamenti taciti e concludenti, come quello dell'accettazione, senza riserve, da parte del lavoratore, della preventiva liquidazione e corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso — forma oggetto di un giudizio di fatto incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione immune da errori logici-giuridici (Cass 13580/2001; 8256/1999; 4081/1989; 831/1989; 6798/1988; 8769/1987; 6903/1987 (1); 4301/1984).

Nell'ipotesi considerata, la data di cessazione del rapporto di lavoro va fatta coincidere con quella del licenziamento, non con la scadenza del periodo di preavviso dovuto, e ciò a tutti gli effetti, anche nei confronti di soggetti diversi dal datore di lavoro, quali gli enti gestori di previdenza e assistenza (cfr. Cass. 13395/1999; 8256/1999).

La sentenza impugnata si è attenuta a questi principi di diritto, accertando in fatto che l'Ippolito aveva percepito senza riserve l'indennità sostituiva del preav-

viso, e giungendo alla conclusione che ciò non era conciliabile con la prestazione di lavoro effettivo durante il preavviso, essendo il rapporto cessato con il licenziamento.

Tale accertamento, del resto, non è contestato dal ricorrente, il quale si limita a svolgere la tesi, destituita, come si è constatato, di fondamento, giuridico, secondo cui l'accettazione dell'indennità di preavviso non implicava anche l'accettazione dall'esonero dalle prestazioni lavorative.

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., 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. 269, conv. in legge 24 novembre 2003, n. 326 ai giudizi introdotti prima del 2 ottobre 2003 (di entrata in vigore del decreto).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 353.

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità speciale per i lavoratori edili - Fattispecie costitutiva del diritto - Periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi - Deroga con norma temporanea *ex* art. 6 d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236 - Computo dei diciotto mesi di occupazione riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro - Periodo di vigenza della disposizione temporanea fino al 31 dicembre 1995 - Licenziamento intimato dopo il 31 dicembre 1995 - Requisito più rigoroso previsto dalla disposizione originaria dell'art. 11, comma secondo della legge n. 223 del 1991 - Applicabilità.**

Corte di Cassazione 27.4. 2004, n. 8043 - Pres. Ciciretti - Rel. De Luca - PM. Abbritti (Diff.) - INPS (Avv.ti Fabiani, Spadafora, Picciotto) Grech.

In tema di trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili, nelle condizioni previste dalla disposizione, in concorso con altri requisiti per l'accesso al trattamento, tra i quali "un periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi". In deroga alla disposizione istitutiva del trattamento, l'art. 6 del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, ha sostituito il menzionato requisito con quello meno rigoroso del "computo dei diciotto mesi di occupazione riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro", limitatamente al periodo di vigenza della disposizione — "sino al 31 dicembre 1995" — sicché la fattispecie che si perfezioni successivamente al dies ad quem *di vigenza della norma temporanea (31 dicembre 1995) deve conformarsi alla più rigorosa disposizione prevista originariamente, senza che l'accesso al trattamento speciale di disoccupazione alla più rigorosa condizione descritta si ponga in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza (art. 3 Cost.) e con quello (art. 38, secondo comma, Cost.) di garanzia di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, atteso che la specialità rende lo stesso trattamento incomparabile con altre prestazioni a carattere generale (quale l'indennità di mobilità) per l'evidente disomogeneità dei termini di raffronto e, peraltro, l'eventuale mancanza dei requisiti più rigorosi, prescritti per lo speciale trattamento, non lascia il lavoratore sfornito della tutela generale contro la disoccupazione (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione di merito che aveva ritenuto sufficiente il requisito meno rigoroso — "il computo dei diciotto mesi di occupazione riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro" — sebbene la fattispecie costitutiva del diritto al trattamento si fosse perfezionata soltanto con la successiva cessazione del rapporto di lavoro, in data 9 settembre 1996).*

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Palermo confermava — sia pure modificandone la motivazione — la sentenza del Tribunale di Agrigento in data 20 gennaio 2000 — che aveva accolto la domanda proposta da Umberto Grech contro l'INPS, per ottenere il *trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili* (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, come modificato dall'articolo 6, comma 1, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236), avendo lavorato dal 17 maggio al 9 settembre 1996 alle dipendenze di datori di lavoro diversi — essenzialmente in base al rilievo che, alla data del 31 dicembre 1995, aveva già maturato il requisito dei diciotto mesi di *"sussistenza del rapporto"*, richiesto (dall'articolo 6, comma 1, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, cit.) — fino alla stessa data — in luogo del requisito più rigoroso dì *"un periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi"* (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, cit).

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

L'intimato Umberto Grech non si è costituito nel giudizio di cassazione.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso — denunciando (ai sensi dell'art 360, n.3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (articolo 6, comma 1, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, art. 14 disposizioni sulla legge in generale) — l'INPS censura la sentenza impugnata — per avere riconosciuto ad Umberto Grech il diritto al *trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili* (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, come modificato dall'articolo 6, comma 1, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236), sebbene il requisito meno rigoroso — dei diciotto mesi di *"sussistenza del rapporto"* (di cui all'articolo 6, comma 1, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, cit.) — non fosse sufficiente per i lavoratori che avessero, come nella specie, maturato dopo il 31 dicembre 1995 — con il proprio licenziamento — il diritto al trattamento preteso nel presente giudizio. Il ricorso è fondato.

2. — In tema di *trattamento speciale di disoccupazione per i lavoratori edili*, infatti, la disposizione istitutiva (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223) sancisce testualmente:

"Nelle aree nelle quali il CIPI (2), su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, accerta la sussistenza di uno stato di grave crisi dell'occupazione conseguente al previsto completamento di impianti industriali o di opere pubbliche di grandi dimensioni, ai lavoratori edili che siano stati impegnati, in tali aree e nelle predette attività, per un periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi e siano stati licenziati dopo che l'avanzamento dei lavori edili abbia superato il settanta per cento, il trattamento speciale di disoccupazione è corrisposto nella misura prevista dall' articolo 7 e per un periodo non superiore a diciotto mesi, elevabile a ventisette nelle aree di cui al testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978, n. 218. I trattamenti di cui al presente articolo rientrano nella sfera di applicazione dell'articolo 37 della legge 9 marzo 1989, n. 88.".

Ne risulta la complessa fattispecie costitutiva del diritto al trattamento — istituito contestualmente — della quale è componente essenziale il licenziamento, nelle previste *condizioni, e* — per quel qui interessa — il *"periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi"* è soltanto uno dei requisiti.

La fattispecie stessa si perfeziona, quindi, soltanto in presenza del previsto licenziamento — che determina, peraltro, lo *stato di disoccupazione* da indennizzare — in concorso, ovviamente, di tutti gli altri requisiti.

3.1n deroga alla disposizione istitutiva del trattamento (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, cit, appunto), tuttavia, risulta stabilito (dall'articolo 6 del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236) che — *"sino al 31 dicembre 1995"— "il computo dei diciotto mesi di occupazione è riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro"*.

Si tratta, all'evidenza, di *norma temporanea*, che — limitatamente al periodo di vigenza *("sino al 31 dicembre 1995"*, appunto) — sostituisce soltanto uno dei requisiti della complessa fattispecie costitutiva *("periodo di lavoro effettivo non inferiore a*

diciotto mesi") con un requisito meno rigoroso *("computo dei diciotto mesi di occupazione (....) riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro").*

Solo nel periodo di vigenza della stessa *norma temporanea* (di cui all'articolo 6 del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, cit.), quindi, la complessa fattispecie costitutiva del diritto al trattamento in questione (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, cit.) risulta modificata — con la prospettata sostituzione, soltanto, di detto requisito — fermi restando, tuttavia, gli altri requisiti e, segnatamente, la essenzialità del previsto licenziamento al fine del perfezionamento della stessa fattispecie.

4. — Coerentemente, la fattispecie che si perfezioni successivamente al *dies ad quem* (31 dicembre 1995) di vigenza della *norma temporanea* (di cui all'articolo 6 del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, cit, appunto) — con il licenziamento intimato, come nella specie, dopo tale data — non risulta modificata rispetto a quella prevista originariamente (dall'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, cit.).

Ad integrare la stessa fattispecie deve concorrere, quindi, il requisito più rigoroso di un *"periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi"*.

5. — Né la prescrizione di requisiti più rigorosi — ai fini dell'accesso al *trattamento speciale di disoccupazione,* del quale si discute — si pone in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza (art. 3 Cost.) e con quello (art. 38. secondo comma, Cost.) di garanzia di *adeguatezza* delle prestazioni previdenziali (vedi Corte Cost. n. 285 del 30 luglio 2003), in quanto, da un lato, la *specialità* rende lo stesso trattamento incomparabile con altre prestazioni a carattere generale, quale l'indennità di mobilità, *"per l'evidente disomogeneità dei termini del raffronto"*, e, dall'altro, la eventuale mancanza dei requisiti più rigorosi, prescritti per lo speciale trattamento appunto, *"non lascia il lavoratore sfornito della tutela generale contro la disoccupazione"*.

6. — La sentenza impugnata — che ha ritenuto sufficiente il requisito meno rigoroso ("computo *dei diciotto mesi di occupazione (....) riferito alla sussistenza del rapporto di lavoro*"), maturato entro il 31 dicembre 1995, sebbene si sia perfezionata. soltanto con la successiva cessazione del rapporto di lavoro (in data 9 settembre 1996), la fattispecie costitutiva del diritto al trattamento preteso nel presente giudizio — si discosta dal principio di diritto enunciato e merita, quindi, le censure dell'Istituto ricorrente. Tanto basta per accogliere il ricorso.

Tuttavia la sentenza dev'essere cassata con rinvio, non potendo la causa essere decisa nel merito in difetto dell'accertamento (omesso dalla sentenza impugnata, in quanto presumibilmente ritenuto superfluo, in coerenza con la decisione adottata) — circa la sussistenza, alla stessa data (9 settembre 1996) di cessazione del dedotto rapporto di lavoro, del requisito più rigoroso (di un *"periodo di lavoro effettivo non inferiore a diciotto mesi"*) come di ogni altro requisito per l'accesso al trattamento preteso nel presente giudizio (di cui all'articolo 11, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223, cit.) — accertamento che, previa cassazione della sentenza impugnata, va quindi demandato al giudice di rinvio.

7. — Il ricorso, pertanto, deve essere accolto.

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

(Omissis)

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Iscrizione nelle liste di mobilità e diritto all' indennità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Svolgimento di attività di lavoro autonomo - Incompatibilità - Esclusione - Fondamento - Indennità di mobilità - Esclusione - Modalità di erogazione.**

Corte di Cassazione - 1.4.2004, n. 6463 - Pres. Senese - Rel. Amoroso - P.M. Velardi (Conf.) - INPS (Avv.ti Fabiani, Spadafora, Picciotto) - Sanna.

L'art. 8, comma sesto, della legge 23 luglio 1991, n. 223, attribuisce al lavoratore iscritto nelle liste di mobilità la facoltà di svolgere lavoro subordinato a tempo parziale, ovvero a tempo determinato, mantenendo l'iscrizione nella lista, mentre l'art. 9, comma sesto lett. a, prevede la cancellazione da tali liste solo nel caso di assunzione con contratto a tempo pieno ed indeterminato; ne consegue, per argomentazione a contrario, che, in caso di svolgimento di lavoro autonomo, il lavoratore conserva il diritto all'iscrizione nella lista di mobilità ed il diritto a percepire la relativa indennità, atteso che dall'art. 7 comma quinto della citata legge, che consente la corresponsione anticipata di siffatta indennità, in un'unica soluzione, ai lavoratori che intendano "intraprendere" un'attività di lavoro autonomo, si desume l'intenzione del legislatore di attribuire l'indennità di mobilità a chi dopo l'iscrizione nelle liste, abbia intrapreso attività di lavoro autonomo, restando in facoltà del lavoratore determinare la modalità temporale dell'erogazione, chiedendone la corresponsione anticipata (il che comporta la cancellazione dalle liste di mobilità ai sensi dell'art. 9 comma nono, lett. b), ovvero continuando a percepire l'indennità mensilmente. Detta facoltà di scelta è pertanto preclusa a chi, in costanza di lavoro subordinato, svolgesse anche lavoro autonomo e abbia continuato a svolgerlo dopo il collocamento in mobilità, avendo in tal caso il diritto a beneficiare dell'indennità soltanto secondo l'ordinaria periodicità mensile.

FATTO — 1. — Con ricorso del 6 novembre 1998, Carlo Alberto Sanna chiedeva al Pretore di Cagliari, in funzione di giudice del lavoro, l'accertamento del proprio diritto all'indennità di mobilità da cui era stato dichiarato decaduto dall'INPS a far data dal giugno 1996 e la condanna dell'istituto previdenziale al pagamento delle relative somme con la rivalutazione monetaria, gli interessi legali e le spese.

Esponeva a tal fine di aver lavorato, in qualità di operaio, alle dipendenze della SMET S.r.l. dal 20 gennaio 1986 al 1 marzo 1995 e di essere stato licenziato, dopo alcuni giorni di CIG, l'8 marzo 1996 a seguito del fallimento della datrice di lavoro; precisava di aver sempre svolto, per un breve lasso di tempo nella stagione estiva una attività di lavoro autonomo consistente nella mietitura beneficiando, nel corso del rapporto di un periodo di aspettativa ovvero della sospensione della cassa integrazione guadagni. Nel corso del 1996, proseguiva il Sanna, aveva chiesto ed ottenuto dall'INPS un periodo di sospensione — dal 1 ° giugno al 1 ° luglio — dell'indennità di mobilità; ciò invece gli era stato negato nel 1997 allorché aveva inoltrato identica richiesta: l'istituto previdenziale, inoltre, aveva disposto la decadenza del trattamento fin dal giugno 1996.

L'INPS contestava la domanda di cui chiedeva il rigetto sostenendo che lo svolgimento di un lavoro autonomo non consentiva la sospensione del trattamento prevista solo in favore del lavoratore subordinato.

Istruita la causa con produzione di documenti, il Tribunale di Cagliari, in composizione monocratica, con sentenza 10 maggio - 6 giugno 2000, accoglieva la domanda.

Il primo giudice, premesso che lo scopo della legge n. 223 del 1991 era quello di sostenere i lavoratori licenziati durante lo stato di disoccupazione e di incentivarne il riassorbimento nel mondo del lavoro, riteneva che l'attività svolta dal Sanna nel 1996 integrasse un'ipotesi di lavoro autonomo occasionale ed in quanto tale non incompatibile con il mantenimento dell'iscrizione nelle liste di mobilità e con la percezione della relativa indennità al di fuori del periodo produttivo di reddito di natura autonoma.

2. — Avverso tale decisione ha appellato l'INPS con ricorso 29 luglio 2000, cui ha resistito con memoria il Sanna che ha chiesto la conferma della sentenza impugnata. Con sentenza del 6-20 giugno 2001 la Corte d'appello di Cagliari ha rigettato l'appello. Avverso tale pronuncia propone ricorso per cassazione l'Istituto con un solo motivo.

L'intimato non ha svolto difesa.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo del ricorso l'INPS si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 7, comma 5, e 9, comma 9, della legge 23 aprile 1991 n. 223. In particolare l'Istituto ricorrente lamenta che la domanda sia stata accolta in violazione del principio di incompatibilità tra l'indennità di mobilità ed il contemporaneo svolgimento di attività di lavoro autonomo o subordinato al di fuori delle deroghe previste per lo svolgimento di lavoro subordinato a tempo parziale ovvero a tempo indeterminato. Nell'ipotesi di lavoro autonomo sarebbe possibile solo la corresponsione anticipata dell'indennità di mobilità *ex* art. 7, comma 5, legge n.223 del 1991.

2. — Il ricorso è infondato.

3. — Sono pacifiche le circostanze di fatto rilevanti nella specie.

Il Sanna, lavoratore licenziato, iscritto nelle liste di mobilità e percettore dell'indennità di mobilità, ha svolto periodicamente, per un mese l'anno, un'attività di lavoro autonomo. Assume il Sanna che lo svolgimento di tale attività non sia incompatibile con il diritto alla prestazione previdenziale suddetta; talché ha chiesto — ed inizialmente ha ottenuto dall'INPS — che l'erogazione dell'indennità stessa gli fosse sospesa nel mese di attività di lavoro autonomo per essere poi riattivata al termine di quest'ultima. L'INPS però, *re melius perpensa* (evidentemente accedendo ad una diversa interpretazione delle disposizioni rilevanti nella specie) ha mutato atteggiamento ed ha ritenuto che lo svolgimento di attività di lavoro autonomo sia incompatibile con il diritto all'indennità di mobilità di cui comporta la decadenza sicché ha rifiutato di riattivarne l'erogazione (peraltro *ex tunc*) — come pure in passato aveva fatto — in favore del Sanna (che correttamente aveva comunicato all'INPS lo svolgimento di una, pur ridotta e limitata nel tempo, attività di lavoro autonomo).

Si pone quindi la questione di diritto della compatibilità, o meno, del diritto all'indennità di mobilità, prevista dall'art. 7 della legge 23 aprile 1991 n. 223, con lo svolgimento di un'attività di lavoro autonomo.

4. — In ordine a tale questione sussiste — come non manca di rilevare la difesa dell'INPS — un contrasto di giurisprudenza che però, per quanto si viene a dire, è più apparente che reale.

Con una prima pronuncia questa Corte (Cass. 21 aprile 2001 n. 5951) ha affermato che, mentre dal combinato disposto delle norme contenute nei commi sesto e settimo dell'art. 8 e nel sesto comma lett. a) dell'art. 9 della legge n. 223 del 1991 emerge che l'indennità di mobilità è assolutamente incompatibile con la successiva instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato ed è relativamente incompatibile (nel senso che nel periodo del suo svolgimento l'indennità è solo sospesa) con l'assunzione di un lavoro subordinato a tempo parziale o determinato, invece nell'intero contesto della legge non esiste alcuna disposizione che contenga una analoga previsione in ordine alla esecuzione di un lavoro autonomo da parte del lavoratore collocato in mobilità. Pertanto, dovendo trarsi una siffatta conclusione per argomento *a contrario* dalle norme di legge appena indicate, si deve affermare che non è di ostacolo alla iniziale elargizione dell'indennità e al pagamento delle rate successive lo svolgimento di una attività di lavoro autonomo da parte di colui che sia stato posto in mobilità.

D'altro canto Cass. 15 maggio 2001 n. 6679 ha affermato che l'art. 9, comma 9, legge n. 223 del 1991 cit. consente ai lavoratori di cui all'art. 7, comma *6*, della medesima legge di cumulare, entro certi limiti, l'indennità di mobilità con il reddito da lavoro autonomo, ma deve trattarsi di lavoratori collocati in mobilità entro la data del 31 dicembre 1992 (e che siano in possesso degli altri requisiti indicati nelle norme sopra citate, in particolare dell'appartenenza ad aree svantaggiate e di età inferiore di non più di cinque anni rispetto a quella prevista per il pensionamento di vecchiaia). Secondo questa pronuncia la minuziosa indicazione legislativa dei requisiti soggettivi per la cumulabilità dell'indennità di mobilità con la percezione di redditi di lavoro subordinato o autonomo (prevista dall'art. 9 l. n. 223 del 1991) e la funzione di ammortizzatore sociale dell'indennità in argomento (diretta a sostenere i lavoratori a vario titolo estro-

messi dal processo produttivo) inducono a ritenere che le norme che consentono il suddetto cumulo hanno carattere eccezionale e, come tali, non siano suscettibili di interpretazione analogica.

5. — In realtà però i due menzionati orientamenti riguardano il primo la fattispecie generale, il secondo una fattispecie particolare sicché non sono tra loro incompatibili.

Ed infatti la menzionata sentenza n. 6679/2001 ha ad oggetto un'ipotesi speciale di mobilità. Per i lavoratori in determinate aree territoriali (quelle di cui al t. u. approvato con D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218), collocati in mobilità entro il 31 dicembre 1992, è previsto un eccezionale prolungamento della corresponsione dell'indennità di mobilità fino al compimento dell'età pensionabile, sempre che ricorrano alcuni requisiti ulteriori (i lavoratori, al momento della cessazione del rapporto, devono aver compiuto un'età inferiore di non più di cinque anni rispetto a quello prevista dalla legge per il pensionamento di vecchiaia; inoltre devono poter far valere nell' a.g.o. un'anzianità contributiva non inferiore a quella minima prevista per il pensionamento del numero di settimane mancanti alla data di compimento dell'età pensionabile). Per questa ipotesi particolare di erogazione dell'indennità di mobilità il nono comma dell'art. 9 detta una regola, altrettanto speciale, quanto alla compatibilità tra attività di lavoro, subordinato od autonomo, ed indennità di mobilità; compatibilità che è riconosciuta, ma nei limiti in cui il cumulo di reddito e prestazione previdenziale valga ad assicurare la percezione di un reddito complessivo pari alla retribuzione spettante al momento della messa in mobilità, incrementata della sola rivalutazione monetaria.

Orbene, da questa regola speciale non è possibile trarre, con argomento *a contrario,* una regola generale nel senso che, posta la compatibilità di lavoro autonomo ed indennità di mobilità a certe condizioni (sopra indicate), risulterebbe in generale l'incompatibilità in tutti gli altri casi in cui tali condizioni non si verifichino. Ciò perché, passando dal livello della fattispecie particolare a quella generale, si rinvengono già plurime regole di portata generale sicché non c'è alcuna carenza da colmare con un'operazione di astrazione dalla norma speciale a quella generale mediante l'argomento *a contrario.* Ed infatti per l'ipotesi dello svolgimento di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato già il comma 6, lett. a), dell'art. 9 prevede la cancellazione dalla lista di mobilità, da cui si desume l'incompatibilità con l'indennità di mobilità. Inoltre il comma 6 dell'art. 8 prevede la possibilità di svolgere lavoro a tempo determinato o *part-time* con mantenimento dell'iscrizione nella lista di mobilità, da cui si desume la compatibilità con l'indennità di mobilità. Infine, con riferimento (anche) all'attività di lavoro autonomo, il comma 5 dell'art. 7 prevede la possibilità di richiedere la corresponsione anticipata dell'indennità di mobilità a certe condizioni, da cui si desume (per le considerazioni che più ampiamente si vengono ora a svolgere) la compatibilità tra tale attività lavorativa e la prestazione previdenziale medesima,

Non c'è quindi spazio per argomentare *a contrario* dalla regola particolare posta dal nono comma dell'art. 9, il cui ambito di applicabilità rimane quindi confinato alla specifica fattispecie alla quale si riferisce senza alcuna inferenza sul piano della disciplina generale. Ossia il canone del nono comma dell'art. 9 è speciale ed interno alla fattispecie da tale disposizione descritta (la c. d. mobilità lunga).

6. — La regola generale va quindi ricercata non già nel nono comma dell'art. 9, ma altrove e segnatamente guardando innanzi tutto al sesto comma della medesima disposizione, da leggersi congiuntamente con il sesto comma del precedente art. 8. Entrambe le disposizioni concernono l'iscrizione nelle liste di mobilità che rispettivamente viene meno nel caso di assunzione con contratto a tempo pieno ed indeterminato (art. 9, comma 6, lett. a) ed invece permane nel caso di attività di lavoro subordinato a tempo parziale ovvero a tempo determinato (art. 8, comma 6).

La formulazione testuale delle due norme, che espressamente non considerano la fattispecie del lavoro autonomo, è tale per cui — ove ci si limitasse alle due citate disposizioni — l'argomento *a contrario* risulterebbe in realtà ambiguo.

Deve infatti considerarsi che dall'art. 9, comma 6, lett. a), che prevede appunto la cancellazione dalla lista di mobilità (solo) nel caso di assunzione con contratto a tempo pieno ed indeterminato, è possibile sì inferire un argomento a contrario, ma è quello della inidoneità dello svolgimento di lavoro autonomo a determinare la cancellazione del lavoratore dalla lista suddetta (su ciò peraltro concordano entrambe le cit. pronunce). Ma — considerato che i benefici conseguenti all'iscrizione nella lista di mobilità non si esauriscono nella spettanza dell'indennità di mobilità — la mancata cancellazione non significa anche che l'attività di lavoro autonomo sia comunque compatibile con l'indennità di mobilità.

Avendo poi riguardo all'art. 8, comma 6, cit., c'è da considerare che la compatibilità tra rapporto di lavoro ed indennità di mobilità, con mantenimento dell'iscrizione nella lista, è prevista (al sesto comma) solo per il lavoro a tempo determinato e per il lavoro *part-time* (per il lavoro a tempo indeterminato c'è — come già visto — la cancellazione dalla lista e quindi non si pone un problema di compatibilità). Il successivo settimo comma del medesimo art. 8 poi prevede — nell'ambito delle attività lavorative compatibili e solo per queste stesse ipotesi — la sospensione dell'erogazione dell'indennità di mobilità; ma si tratta di una disciplina interna alla fattispecie del sesto comma.

Orbene anche dal sesto comma dell'art. 8 sarebbe possibile argomentare *a contrario*. Ma, stante la formulazione testuale della disposizione, sembrerebbe ricavarsi semmai la regola opposta: quella dell'incompatibilità in tutti gli altri casi in cui non sia (espressamente) prevista la compatibilità.

Insomma dalla regola della cancellazione dalla lista di mobilità dei lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato (art. 9, comma 6, lett. a) e dalla regola di compatibilità del lavoro a tempo determinato o *part-time* con l'indennità di mobilità (art. 8, comma 6) non sembra che possa senz'altro trarsi la regola di compatibilità anche per il caso non previsto, quello del lavoro autonomo.

7. — Ma ciò è possibile fare, per altro verso, procedendo all'interpretazione sistematica dell'art. 7, comma 5, della medesima legge n. 223 del 1991, che prevede proprio l'ipotesi del lavoratore in mobilità che svolge lavoro autonomo e detta una regola particolare per il caso in cui l'attività di lavoro autonomo sia stata "intrapresa" dopo il collocamento in mobilità od il licenziamento collettivo. Non interessa — sia detto marginalmente — stabilire il confine tra l'attività di lavoro autonomo "intrapresa" e quella già esistente (secondo Cass. n. 5951/2001 cit. "intraprendere" deve essere inteso

non solo nel senso, letterale, di "iniziare", ma anche in quello, che pure vi accede, di "applicarsi con maggiori energie e per un maggior tempo che per il passato"). C'è invece da rilevare che in questo caso il lavoratore può chiedere la corresponsione "anticipata" dell'indennità di mobilità nelle misure indicate dal primo e secondo comma della medesima disposizione, detraendo il numero di mensilità già godute; in tal modo egli fuoriesce dall'area protetta dal beneficio previdenziale perché l'avvalimento della facoltà di percepire in un'unica soluzione l'indennità di mobilità comporta la cancellazione del lavoratore dalle liste di mobilità (art. 9, comma 9, lett. b). Il beneficio, secondo la formulazione testuale della disposizione, consiste nell'anticipo (facoltativo) di tutte le mensilità dell'indennità di mobilità al fine di agevolare, ed incentivare, la creazione di opportunità di lavoro idonee a rimuovere la situazione di mancata occupazione del lavoratore in mobilità. La "corresponsione anticipata" prevista come mera facoltà implica che, ove il lavoratore tale facoltà non eserciti non avanzando la relativa richiesta, la "corresponsione" non sia più "anticipata" ed operi invece il criterio ordinario della periodicità mensile per i mesi previsti dal primo e dal secondo comma dell'art. 7. È la modalità temporale di erogazione della prestazione previdenziale ad essere modificata dalla richiesta del lavoratore e non già l'insorgenza del diritto. Anche la norma regolamentare, cui il quinto comma dell'art. 7 cit. rinvia per la determinazione delle modalità e delle condizioni di tale corresponsione anticipata della prestazione, prevede che l'INPS "dispone il pagamento in favore dell'interessato della somma dovuta sulla base dell'importo mensile dell'indennità spettante" (art. 2, comma 3, d. m. 17 febbraio 1993 n. 142); non è quindi la "spettanza" dell'indennità ad essere in gioco, ma lo è solo la modalità temporale della sua erogazione.

Questa regola particolare, posta dal quinto comma dell'art. 7, presuppone quindi — ed in ciò consiste l'interpretazione sistematica — la regola generale del perdurante diritto all'indennità di mobilità pur in costanza della svolgimento di lavoro autonomo; sicché il lavoratore in mobilità che intraprende un'attività di lavoro autonomo può rinunciare al beneficio dell'anticipazione e percepire l'indennità mensilmente, come di norma. Parimenti si deduce che, nell'ipotesi (probabilmente meno frequente, ma non impossibile tant'è che è proprio quella oggetto del presente giudizio) in cui il lavoratore in mobilità già svolgesse, in costanza di lavoro subordinato, anche lavoro autonomo e continui a svolgerlo dopo il collocamento in mobilità, non scatta il beneficio della facoltà di richiedere la "corresponsione anticipata": il lavoratore ha diritto all'indennità di mobilità erogata con l'ordinaria periodicità mensile e non può chiedere l'erogazione anticipata di tutte le mensilità spettantegli.

In conclusione il lavoratore in mobilità che svolga lavoro autonomo conserva non di meno il diritto all'iscrizione nella lista di mobilità e conserva parimenti il diritto all'indennità di mobilità (sicché può contestarsi, sotto il profilo della interpretazione sistematica esaminata, l'approdo esegetico di Cass. n. 5951/2001 cit.).

8. — Una volta pervenuti a questa conclusione non può non rilevarsi — come corollario di questa interpretazione sistematica — che si pone il problema di individuare una possibile soglia quale limite del beneficio costituito dalla percezione della prestazione previdenziale. Deve infatti considerarsi che l'indennità di mobilità

ha la funzione di contrastare la situazione di mancanza di reddito conseguente alla perdita dell'occupazione. Il contestuale svolgimento di attività lavorativa ha esso stesso l'effetto di alleviare la situazione di difficoltà del lavoratore fino al punto in cui la copertura della previdenza obbligatoria risulterebbe eccedente rispetto ai fini di sicurezza sociale ad essa sottesi. L'individuazione di questa soglia marginale d'intervento è rimessa alla discrezionalità del legislatore il quale, nella fattispecie, ha adottato vari criteri. Per il lavoro a tempo pieno ed indeterminato, compatibile con la c.d. mobilità lunga di cui al nono comma dell'art 9, la soglia è costituita dalla percezione di un reddito pari alla retribuzione spettante al momento della messa in mobilità, rivalutato in misura corrispondente all'indice del costo della vita; mentre come regola generale c'è quella dell'incompatibilità che esclude in radice l'esigenza di individuare alcuna soglia-limite. Per il lavoro a tempo determinato o parziale, che viceversa è compatibile in. generale, non c'è una soglia reddituale, ma l'erogazione dell'indennità di mobilità è sospesa per tutte le giornate di lavoro (settimo comma dell'art. 8 cit.); permane però il diritto alla prestazione previdenziale e le giornate di lavoro non sono computate ai fini della determinazione del periodo di durata del trattamento stesso. Per il lavoro autonomo è prevista espressamente una soglia solo nell'ipotesi particolare della c. d. mobilità lunga di cui al nono comma dell'art. 9; è la stessa stabilita per l'ipotesi del lavoro subordinato (la percezione di un reddito pari alla retribuzione spettante al momento della messa in mobilità, rivalutato in misura corrispondente all'indice del costo della vita). Manca invece un criterio per l'ipotesi generale, una volta escluso — come si è sopra escluso — che vi sia incompatibilità tra lavoro autonomo ed indennità di mobilità.

Occorrerebbe quindi — posto che un tale criterio debba esserci perché sia preservata in ogni caso la finalità di previdenza obbligatoria sottesa all'indennità di mobilità e non sussista una disparità di trattamento rispetto alle ipotesi di lavoro subordinato per le quali una regola del genere è sempre rinvenibile — far riferimento al canone dell'analogia (ossia alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe). Tanto è sufficiente rilevare come inferenza sistematica derivante dal ritenuto canone generale di compatibilità dell'indennità di mobilità con lo svolgimento di lavoro autonomo, senza necessità di percorrere ulteriormente nel dettaglio la possibile via dell'interpretazione analogica atteso che nella specie il giudice di primo grado ha ritenuto (sì la compatibilità, ma anche) la sospensione dell'erogazione nel mese di lavoro autonomo e questa pronuncia non è stata appellata dall' intimato, il quale in realtà con il ricorso introduttivo del presente giudizio si è limitato a chiedere la riattivazione dell'indennità di mobilità dopo ogni parentesi di lavoro autonomo, senza rivendicare la prestazione previdenziale in cumulo con il reddito da lavoro autonomo.

9. — Conclusivamente il ricorso dell'INPS deve essere rigettato.

Non occorre provvedere sulle spese di questo giudizio non avendo l'intimato svolto difesa alcuna.

(Omissis)

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Natura previdenziale - Conseguenze - Patto in deroga alla legge - Validità - Esclusione - Fattispecie.**

Corte di Cassazione - 11.3.2004, n. 5009 - Pres. Sciarelli - Rel. Vidiri - P.M. Matera (Conf.) - Ciscutti e altri - (Avv.ti Garofalo, Simone) - INPS (Avv.ti Spadafora, Picciotto, Fabiani).

L'indennità di mobilità ai lavoratori licenziati, di cui all'art 7, legge 23 luglio 1991, n. 223, configura una prestazione previdenziale che trova inderogabile regolamentazione nella normativa legale; ne consegue che è invalido ogni patto che valga a modificare la normativa legale sulle forme di previdenza e di assistenza obbligatorie e sulle contribuzioni e prestazioni relative, o che sia suscettibile di eludere gli obblighi delle parti attinenti alle suddette materie. (Nella specie la S.C., oltre a rilevare che una conciliazione tra le parti di un rapporto di lavoro non ha efficacia nei riguardi dell'INPS, che è terzo rispetto al negozio, ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso, ai fini del calcolo del requisito dell'anzianità di servizio previsto dall'art. 16 l. cit., la rilevanza dell'accordo con cui le parti avevano pattuito che l'originario rapporto di lavoro doveva considerarsi sospeso ai soli fini retributivi e previdenziali dalla data di licenziamento fino ad una data da esse stabilita).

FATTO — Raffaele Ciscutti, Vincenzo Bastiani, Gaetano Panza, Pasqualino Novielli, e Augusto Vannacci esponevano che, dipendenti della ditta individuale Antonio Boccuto di Bitritto, venivano licenziati con distinti provvedimenti addottati dalla suddetta ditta nel periodo ottobre-novembre 1994.

Dopo che il Pretore di Modugno, con ordinanza del 9 maggio 1996, aveva sospeso l'efficacia degli impugnati licenziamenti detti lavoratori erano stati dal datore di lavoro reintegrati nel loro posto nel maggio 1996 e, successivamente, avevano conciliato il contenzioso in atto con verbale sottoscritto in sede sindacale il 16 luglio 1996, con il quale si era pattuito tra l'altro che l'originario rapporto di lavoro — a seguito della intervenuta declaratoria di illegittimità dei licenziamenti — doveva considerarsi sospeso (ai soli fini retributivi e previdenziali) dalla data di licenziamento sino al 10 gennaio 1996 con la salvaguardia però della intera anzianità di servizio.

Nell'agosto 1996 la ditta Boccuto aveva attivato la procedura di mobilità *ex* legge 223/1991, in ragione della effettuata riduzione del personale, ed all'esito di tale procedura aveva licenziato i suddetti lavoratori, i quali avevano fatto domanda di iscrizione nelle liste di mobilità con istanza di liquidazione della relativa indennità. Detta domanda era stata però rigettata dall'INPS per risultare carente il requisito di "almeno 12 mesi di anzianità di servizio" richiesto dal dettato dell'art. 16 della legge n. 223 del 1991.

Tutto ciò premesso e sul presupposto che l'INPS avesse errato nel non considerare l'effettiva anzianità, quale risultante dal verbale di conciliazione, ma una più limitata anzianità corrente soltanto dal 10 gennaio 1996, i suddetti lavoratori adivano l'autorità giudiziaria al fine di ottenere dall'INPS quantomeno un acconto su quanto maturato a titolo di indennità di mobilità.

Dopo la costituzione del contraddittorio e dopo che ad adiuvandum si era costituita in giudizio anche la ditta Boccuto, il Pretore accoglieva il ricorso.

A seguito di gravame, il Tribunale di Bari con sentenza dell'11 aprile 2000 accoglieva l'appello ed, in riforma dell' impugnata sentenza, rigettava la domanda dei lavoratori.

Nel pervenire a tale conclusione il Tribunale osservava che il disposto dell'art. 16, comma 1, l. 23 luglio 1991 n. 223 deve essere interpretato — anche alla luce di quanto contenuto nella sentenza 12 settembre 1995 n. 423 (1) della Corte Costituzionale — nel senso che devono ritenersi rilevanti — ai fini del requisito di anzianità aziendale richiesto per il riconoscimento dell'indennità di mobilità — solo le cause di sospensione dal lavoro costituite dalle ferie, dalle festività, dagli infortuni, dalla gravidanza e dal puerperio, e non da altre di origine negoziale (contrattuale o unilaterale). Pertanto alle parti del rapporto di lavoro è precluso di creare una "anzianità virtuale" ai fini previdenziali, non corrispondente in tutto o in parte ad un sinallagma effettivamente e continuativamente esistente per il tempo previsto dalla legge n. 423 del 1991. Non era così consentito, ai fini del godimento della indennità di mobilità, ricongiungere periodi lavorativi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, da considerarsi distinti perché non continui e perché retti da distinti contratti.

Un ulteriore conforto alla soluzione patrocinata dall'Istituto derivava dalla parte del disposto dell'art. 16 della suddetta legge n. 423, laddove viene richiesto un minimo di "sei mesi di lavoro effettivamente prestato", che portava ad escludere che la pronunzia giurisdizionale fosse idonea a far considerare effettivamente resa una prestazione lavorativa in realtà mai espletata. Nè in contrario poteva addursi l'ordinanza cautelare del Pretore di Modugno e sostenere che la stessa dovesse essere considerata ancora efficace per non essere intervenuta alcuna delle ipotesi contemplate dal disposto dell'art. 669 novies c.p.c. Ed invero i già provvisori effetti dell'ordinanza cautelare erano stati compiutamente superati dal negozio conciliativo in sede sindacale, il cui contenuto dimostrava l'intento delle parti di considerare "sospeso" anche "ai fini previdenziali" il rapporto lavorativo sino a tutto il 9 gennaio 1996, escludendo una qualsiasi portata ripristinatoria *ex tunc* dell'ordinanza cautelare di reintegra.

Avverso la sentenza del Tribunale di Bari i lavoratori in epigrafe hanno proposto ricorso per cassazione, affidato ad un duplice motivo.

L'INPS si è costituita per sola procura.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c., 1372, 2 comma, c.c.(art. 360 n. 1 c.p.c.), nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia (art. 360 n. 5 c.p.c.). Assumono i ricorrenti che dalla complessiva interpretazione delle intervenute pattuizioni si doveva pervenire alla individuazione dell'esatta volontà delle parti che non era, come erroneamente ritenuto dal giudice d'appello, quella di costitui-

re un nuovo rapporto di lavoro (con decorrenza dal 10 gennaio 1996) bensì di regolare, all'interno dell'unico e continuo rapporto, il profilo retributivo e contributivo di mancata prestazione lavorativa (conseguente all'illegittimo licenziamento dell'ottobre-novembre 1994), dalla data della risoluzione del rapporto alla data di ripresa del sinallagma funzionale (appunto il 10 gennaio 1996), Prova di ciò era il computo del periodo di sospensione del sinallagma funzionale nell'anzianità complessiva.

In altri termini, ove non si fosse inteso conservare e tutelare la unicità del rapporto lavorativo, non avrebbe avuto alcun senso prevedere la sospensione di quest'ultimo per il periodo suindicato nonché prevedere la conservazione dell'anzianità di servizio. Le parti si sarebbero, invece, limitate a pattuire esclusivamente la riassunzione *ex novo* dalla data del 10 gennaio 1996.

Una siffatta conclusione risultava confortata da una interpretazione — letterale-logico-sistematica, e condotta secondo il generale canone di buona fede — dell'accordo transattivo del 16 luglio 1996 e di quello di quest'ultimo confermativo del 14 gennaio 1997.

1.1. — Il motivo è infondato e, pertanto, va rigettato.

Il giudice d'appello ha basato la sua decisione sul presupposto che l'atto conciliativo intervenuto tra i lavoratori e la ditta Boccuto non era suscettibile di estendere i suoi effetti nei confronti dell'INPS, evocato in giudizio per il riconoscimento della indennità di mobilità.

L'assunto del Tribunale appare corretto sul piano logico-giuridico e non è, quindi, suscettibile di alcuna delle critiche che contro di esso sono state mosse.

L'indennità di mobilità, regolata dall'art. 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223, configura una prestazione previdenziale — che come l'indennità di disoccupazione — è sostitutiva — nei limiti nello stesso articolo indicato — del trattamento economico di cui i lavoratori godevano prima della messa in mobilità. E che nessun dubbio possa sorgere sulla indicata natura della indennità in esame si evince tra l'altro dai commi 8 (l'indennità di mobilità sostituisce ogni altra prestazione di disoccupazione nonché l'indennità di malattia e di maternità eventualmente spettanti") e 12 ("l'indennità prevista dal presente articolo è regolata dalla normativa che disciplina l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria in quanto applicabile nonché delle disposizioni di cui all'art. 37 della l. 9 marzo 1989 n. 88) del già citato art. 7 l. 223/1991 e dall'art. 6, comma settimo, del D.L. 20 maggio 1993 n. 148 (convertito in l. 19 luglio 1993 n. 236, che — a conferma, appunto, della natura previdenziale della prestazione volta al sostegno economico di chi si trova in stato di bisogno — introduce il divieto di cumulo del trattamento di mobilità con le pensione a carico dell 'assicurazione generale obbligatoria (cfr. , per la natura previdenziale dell'indennità in oggetto, Cass. 20 giugno 2002 n. 9007, che ha però riconosciuto che in caso di corresponsione anticipata dell'indennità, regolata dall'art. 7, comma quinto, l. n. 223 del 1991, l'indennità stessa assume la natura di contributo finanziario destinato a sopperire alle spese iniziali di una attività, anche imprenditoriale, da intraprendere, cui adde: Cass. 27 novembre 2001 n. 14973).

1.2. — Orbene, al di là della pur decisiva considerazione che l'atto di conciliazione in atti non può vincolare l'INPS, per avere tale atto efficacia solo tra le parti negoziali e non nei riguardi dell'INPS (terzo rispetto al negozio), va anche evidenziato che l' inderogabilità della materia previdenziale — giustificata dalla natura degli interessi tutelati come si evince dal disposto degli artt. 2114 e 2115 c.c. — osta alla validità di ogni patto, che valga a modi-

ficare la normativa legale sulle forme di previdenza e di assistenza obbligatorie e sulle contribuzioni e prestazioni relative, o che sia suscettibile di eludere gli obblighi delle parti attinenti alle suddette materie. Da qui l'irrilevanza — anche sotto questo profilo — dell'atto conciliativo ai fini decisoria così come già ha correttamente ritenuto il giudice d'appello.

2. — Con il secondo motivo i ricorrenti denunziano la violazione e falsa applicazione dell'art. 16, comma 1, l. 23 luglio 1991 n. 223 (art. 360 n. 1 c.p.c.) nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia (art. 360 n. 5 c.p.c.). Deducono i ricorrenti che la sentenza impugnata risulta inficiata da errore anche nella parte in cui ha affermato che, ai fini dell'anzianità aziendale necessaria per beneficiare dell'indennità di mobilità, sono rilevanti solo le cause di sospensione delle ferie, delle festività, degli infortuni e della gravidanza e puerperio, e non altre (di origine negoziale o amministrativa).

Nel caso di specie le parti non avevano affatto considerato utile ai fini del requisito dell'anzianità la sospensione del rapporto di lavoro tra essi concordata, perché tale sospensione era stata del tutto esclusa ai fini del computo dell'anzianità in questione, avendo ciascun lavoratore, a prescindere dalla suddetta sospensione, maturata una anzianità aziendale più che decennale. Aggiungono ancora i ricorrenti che la riaffermazione del vincolo contrattuale operato per ordine giudiziale a seguito della procedura di reintegra nel posto di lavoro, iniziata da essi lavoratori, portava a ritenere come maturata l'anzianità, che invece l'INPS aveva ingiustamente ritenuto non avere raggiunto la durata richiesta per il riconoscimento dell'indennità di mobilità.

2.1. — Le ragioni, che hanno comportato il rigetto del primo motivo del ricorso, vanno richiamate anche in relazione alla seconda censura dei ricorrenti, dovendosi ribadire l'inopponibilità all'INPS di quanto pattuito tra la ditta Boccuto ed i propri dipendenti.

Non condivisibile risulta poi l'assunto dei lavoratori ricorrenti, secondo cui ai fini del computo dell'anzianità richiesta — per il riconoscimento dell'indennità di mobilità — dall'art. 16 della legge n. 223 luglio 1991 deve tenersi conto della continuità del rapporto disposto dal giudice in sede di domanda di reintegra.

2.2. — Ed invero — a prescindere dalla considerazione che non è consentito, nel caso di specie, alcun richiamo alla decisione del Pretore di Modugno di sospensione del licenziamento dei lavoratori ricorrenti, data la natura cautelare e provvisoria di detto provvedimento (e non essendo provato che la domanda di reintegra dei lavoratori sia stata decisa con sentenza passata in giudicato) — va comunque osservato come non sia possibile — a fronte del dato normativo che richiede una anzianità di almeno 12 mesi di "cui almeno sei mesi di lavoro effettivamente prestato" per usufruire dell'indennità di mobilità — equiparare la continuità del lavoro, effetto della declaratoria di illegittimità del licenziamento, ad una anzianità derivante da un lavoro "effettivamente prestato". Conclusione questa confortata dalla considerazione che gli effetti risarcitori scaturenti dalla detta declaratoria di illegittimità sono quelli — in caso di stabilità reale — specificatamente previsti dall'art. 18 stat. lav., non suscettibili come tali di sommarsi con l'indennità di mobilità, il cui riconoscimento trova il suo presupposto in una nozione di anzianità scaturente — come va ribadito ancora una volta — (anche) da un lavoro "effettivamente" prestato per la durata di almeno sei mesi.

2.3. — È opportuno sul punto rimarcare come — al fine di impedire condotte non

risultanti giustificate da esigenze obiettive, per essere funzionalizzate ad altri scopi — il legislatore abbia inteso richiedere ai fini dell'indennità di mobilità una anzianità nei termini innanzi precisati.

3. — Ricorrono giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1995, p. 1194.

***Lavoro (Rapporto di)* - Lavoro subordinato - Retribuzione - Cassa Integrazione Guadagni - Straordinaria - Corresponsione delle quote di trattamento di anzianità o di fine rapporto maturate dai lavoratori durante il collocamento in CIGS - Soggetto obbligato - Fattispecie regolate dall'art. 21, commi quinto e sesto della legge n. 675 del 1977 - Previsione del pagamento delle suddette quote esclusivamente da parte del Fondo per la mobilità della manodopera - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 10.3.2004, n. 4922 - Pres. Mercurio - Rel. Amoroso - P.M. lannelli (Conf.) - La Notte - (Avv. Augusto) - INPS (Avv.ti Jeni, Biondi, Fabiani).

In materia di integrazione salariale e pagamento delle quote di trattamento di fine rapporto maturate nel periodo di cassa integrazione, per le fattispecie che continuano ad essere regolate dall'art. 21, commi quinto e sesto, della legge n. 675 del 1977, direttamente obbligato a corrispondere le quote di trattamento di anzianità (o di fine rapporto) dovute ai lavoratori collocati in c.i.g.s. per il periodo di integrazione salariale non è l'INPS, ma è il "Fondo per la mobilità della manodopera" istituito dall'art. 28 della medesima legge n. 675 del 1977, atteso che le citate disposizioni di cui all'art. 21 sono state abrogate dall'art. 8 del D.L. n. 86 del 1988, convertito nella legge n. 160 del 1988, soltanto con riguardo alle domande di integrazione salariale presentate successivamente alla data di entrata in vigore del citato d. l. e per i relativi periodi successivi alla predetta data. A tal fine ciò che rileva è la data della domanda di c.i.g., anteriore o successiva al 23 marzo 1988, giorno di entrata in vigore del citato decreto legge, n. 86, restando irrilevanti il periodo di riferimento e la eventuale proroga del beneficio, che non equivale a nuova concessione.

FATTO — 1. — Con decreto del 21.8.1995, il Pretore di Bari, in funzione di Giudice del lavoro, ingiungeva all'INPS il pagamento, in favore dell'odierno ricorrente, La Notte Saverio, della somma ivi specificata, a titolo di T.F.R., per il periodo di cassa integrazione dal 20 maggio 1986 al 19 maggio 1989.

Avverso tale decreto, l'istituto intimato, con ricorso depositato il 23.10.1995, proponeva opposizione, chiedendo di annullare, revocare o, comunque, dichiarare inefficace, inammissibile ed infondato il decreto stesso, con ogni pronunzia consequenziale. Deduceva all'uopo l'opponente in via preliminare l'estinzione del diritto per intervenuta decadenza sostanziale e nel merito, l'infondatezza della domanda, in quanto, nel caso di fallimento di "aziende industriali", i rapporti di lavoro proseguono ai soli fini dell'intervento straordinario della Cassa Integrazione Guadagni. In subordine l'Istituto opponente eccepiva, comunque, il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto, eventualmente, legittimato era il Fondo per la Mobilità della Manodopera costituito presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale. Si costituiva l'opposto, chiedendo di rigettare l'opposizione, perché nulla, inammissibile ed infondata, con l'integrale conferma del provvedimento opposto e con ogni conseguenza di legge, anche in ordine alle spese di causa.

L'adito Pretore, con sentenza resa il 17.6.1997, rigettava l'opposizione, condannando l'INPS alle spese della fase di opposizione.

Avverso tale decisione, l'istituto soccombente, con ricorso depositato il 12.2.1998, interponeva appello, a mezzo di unico motivo. Chiedeva, in particolare, in riforma dell' impugnata sentenza, di revocare il decreto ingiuntivo opposto e dichiarare la mancanza di legittimazione passiva dell'INPS per le quote di T.F.R. maturate nei periodi di CIGS precedenti al 23.3.1988, data di entrata in vigore del d.l. n. 86/88, essendo legittimato per tali periodi il Fondo per la Mobilità della Manodopera, costituito presso il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, con compensazione delle spese del doppio grado del giudizio.

Resisteva al gravame l'appellato, deducendo l'incensurabilità della pronunzia pretorile, di cui chiedeva la conferma, con il favore delle spese del doppio grado del giudizio.

Con sentenza del 17.5.-5.7.2001 il tribunale di Bari accoglieva l'appello proposto dall'INPS ed, in riforma della pronuncia di primo grado, revocava il decreto ingiuntivo opposto e condannava l'INPS al pagamento della minor somma ritenuta dovuta dall'Istituto e parimenti condannava l'appellato a restituire la differenza rispetto alla maggior somma recata nel decreto opposto.

Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione il ricorrente con tre motivi di impugnazione.

L' INPS intimato non ha svolto difesa alcuna.

DIRITTO — 1. — Il ricorso è articolato in tre motivi di impugnazione.

Con i primi due motivi il ricorrente — denunciando omessa motivazione su un punto decisivo della controversia e violazione di norme di diritto (disposizioni della legge in generale, legge n. 297 del 1982, principio di infrazionabilità del trattamento di fine rapporto, artt. 21, 24 e 25 della legge n. 675 del 1977, art. 2 legge n. 301 del 1979,

art. 4, comma 19, d.l. n.463 del 1983, art. 3 d.l. n.747 del 1983, conv. in l. n. 18 del 1984; l. 160 del 1980, l. n. 464 del 1972; d.l. n.726 del 1984 conv. in l. n.863 del 1984; art. 3 l. n.108 del 1991) — assume che l'unico soggetto passivo dell'azione intrapresa dal lavoratore sia l'INPS, quale gestore del Fondo di garanzia di cui alla L. 29.5.1982, n. 297. Contesta l'affermazione della sentenza impugnata secondo cui l'abrogazione, da parte dell'art. 8, comma 2, del d.l. n. 86/1988 (così come convertito), delle norme che ponevano a carico del Fondo per la mobilità della manodopera gli oneri per le quote di t.f.r. per fattispecie come quella in esame (art. 21, commi 5 e 6 della l. n. 675/1977) e la contestuale conferma delle disposizioni in materia di cui all'art. 2, secondo comma, della legge 8 agosto 1972 n. 464, non avessero effetto, giusto l'art. 8, ottavo comma, con riferimento alle domande di integrazione salariale presentate prima della data di entrata in vigore del decreto (23 marzo 1988) e per i relativi periodi che fossero precedenti alla predetta data.

Con il terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di legge processuale e vizio di ultrapetizione (artt. 437 e 345 c.p.c.) per aver i giudici di appello accolto la domanda dell'INPS di restituzione delle somme percepite in eccedenza in esecuzione del decreto ingiuntivo opposto in primo grado, ancorché una tale domanda fosse stata proposta tardivamente e comunque non nell'atto d'appello.

2. — Il ricorso — nei suoi primi due motivi che possono essere trattati congiuntamente in quanto connessi — non è fondato secondo i principi di diritto affermati da questa Corte che ha già esaminato fattispecie analoghe (cfr. da ultimo Cass. 10 maggio 2002 n. 6746, Cass. 11 aprile 2002 n. 5207, Cass. 23 marzo 2002 n. 4171).

Posto che nella specie il periodo di c.i.g. in questione va dal 20 maggio 1986 al 19 maggio 1989, occorre fare riferimento della disciplina applicabile *ratione temporis;* disciplina che è mutata nel tempo e che vede, per quanto rileva nel presente giudizio, una alterna evoluzione sviluppatasi essenzialmente in tre fasi nelle quali è possibile cogliere, come momento unificante, la tendenza ad un progressivo affiancamento delle quote di trattamento di fine rapporto maturate nel periodo di c.i.g. allo stesso trattamento di integrazione salariale. Di quest'ultimo le prime finiscono per mutuare la natura previdenziale-assistenziale così come in generale il trattamento di fine rapporto mutua la natura retributiva dall'ordinario trattamento economico spettante al lavoratore.

2.1. — Inizialmente — ed è questa la prima fase — era previsto un obbligo di rimborso a carico della c.i.g. della quota di indennità di anzianità corrisposta dal datore di lavoro e riferibile al periodo di sospensione del rapporto per collocamento del lavoratore in cassa integrazione guadagni. Infatti la legge 8 agosto 1972, n. 464 (recante modifiche ed integrazioni alla legge 5 novembre 1968, n.1115, in materia di integrazione salariale e di trattamento speciale di disoccupazione) ha previsto, all'art. 2, da una parte che i periodi, per i quali è corrisposto il trattamento di integrazione salariale, sono considerati utili d'ufficio al fine del conseguimento del diritto alla pensione e della determinazione della misura di questa; d'altra parte ha prescritto che per i lavoratori licenziati al termine del periodo di integrazione salariale, le aziende possono richiedere il rimborso alla cassa integrazione guadagni dell'indennità di anzianità, corrisposta agli interessati, limitatamente alla quota maturata durante il periodo predetto.

2.2. — Successivamente — e si passa così alla seconda fase — è stato introdotto l'obbligo (non già di rimborso, bensì di erogazione diretta) di un Fondo con gestione autonoma nel caso di c.i.g.s. Infatti la legge 12 agosto 1977, n.675 (recante provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo del settore), all'art. 21, comma 5, ha previsto che, ferma restando la disciplina vigente in materia di trattamento di quiescenza maturato dai singoli lavoratori, sono posti a carico del Fondo di cui all'art. 28 le quote di indennità di anzianità maturate durante il periodo di integrazione salariale per ristrutturazione o riconversione aziendale dei lavoratori che non vengano rioccupati nella stessa azienda al termine di detto periodo per l'impossibilità da parte dell'azienda medesima di mantenere il livello occupazionale. L'art. 28 costituiva presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale un Fondo per la mobilità della manodopera, con amministrazione autonoma e gestione fuori bilancio, destinato alla concessione delle provvidenze di cui all'art. 27 della medesima legge. Il Fondo era alimentato per il 50 per cento da versamenti a carico del Fondo per la ristrutturazione e riconversione industriale di cui all'art. 3 della stessa legge e per il 50 per cento da versamenti a carico della Cassa integrazione guadagni operai dell'industria presso l'INPS.

L'obbligo del datore di lavoro di corrispondere le quote di t.f.r. viene poi espressamente previsto dall'art. 2120, comma 3, c.c., novellato dalla legge n. 297 del 1982. Tale disposizione contempla che in caso di sospensione della prestazione di lavoro nel corso dell'anno per una delle cause di cui all'art. 2110 c.c., nonché in caso di sospensione totale o parziale per la quale sia prevista l'integrazione salariale, deve essere computato nella retribuzione di cui al primo comma l'equivalente della retribuzione a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro.

Questo assetto della disciplina in esame trova poi ulteriori riscontri. In particolare viene ribadito l'accantonamento a carico del Fondo e la generalizzazione dell'intervento di quest'ultimo nell'ipotesi di stipulazione di contratti collettivi aziendali che stabiliscano una riduzione dell'orario di lavoro al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esuberanza del personale. Infatti il decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726 (recante misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali), convertito in legge 19 dicembre 1984 n. 863, prevede, all'art. 1, comma 5, che ai fini della determinazione delle quote di accantonamento relative al trattamento di fine rapporto trovano applicazione le disposizioni di cui al comma terzo dell'art. 1 della legge 29 maggio 1982, n. 297. Le quote di accantonamento relative alla retribuzione persa a seguito della riduzione dell'orario di lavoro sono a carico del Fondo di cui all'art. 28 della legge 12 agosto 1977, n. 675.

Questa stessa disciplina trovava poi applicazione anche nelle ipotesi di fallimento dell'impresa prevista dall'art. 2 della legge 27 luglio 1979, n. 301, di conversione del decreto-legge 26 maggio 1979, n.159 (concernente norme in materia di integrazione salariale a favore dei lavoratori delle aree del Mezzogiorno); disposizione questa che prevedeva che nel caso di fallimento di aziende industriali, oltre ad applicarsi le disposizioni di cui al quinto comma dell'art. 25 della cit. legge n. 675 del 1977, ove siano

intervenuti licenziamenti, l'efficacia degli stessi è sospesa e i rapporti di lavoro proseguono ai soli fini dell'intervento straordinario della Cassa integrazione.

2.3. — Più recentemente infine — pervenendosi cosi alla terza fase — si supera l'obbligo a carico del Fondo di mobilità e si transita al sistema dell'obbligo diretto della c.i.g..

Infatti il decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, coordinato con la legge di conversione 20 maggio 1988, n. 160 (recante norme in materia previdenziale, di occupazione giovanile e di mercato del lavoro), ha previsto all'art. 8, comma 2, che: a) sono abrogati (oltre alla lettera a) del numero 2) dell'art. 1 l. 20 maggio 1975, n. 164, anche) i commi quinto e sesto dell'art. 21 della legge 12 agosto 1977, n. 675 (ossia la previgente disciplina che onerava il Fondo del pagamento delle quote di t.f.r. in questione); b) resta invece fermo quanto disposto dall'articolo 2, secondo comma, della legge 8 agosto 1972, n. 464 (ossia viene richiamata e quindi ripristinata la previgente disciplina che onerava di tale pagamento la stessa Cassa integrazione guadagni e quindi l'INPS). Il successivo comma 2 ha poi previsto — con una disposizione di coordinamento — che il secondo periodo del comma quinto dell'art. 1 d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. in l. 19 dicembre 1984, n.863, è sostituito dal seguente: "le quote di accantonamento relative alla retribuzione persa a seguito della riduzione dell'orario di lavoro sono a carico della Cassa integrazione guadagni".

Questa nuova disciplina, che quindi ripristinava l'onere e la responsabilità dell'INPS, operava però solo per il futuro. Infatti il successivo comma 8 ha previsto che le disposizioni di cui ai commi primo e secondo trovano applicazione per le domande di integrazione salariale presentate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e per i relativi periodi che siano successivi alla predetta data. Questa disciplina ha continuato ad applicarsi anche alle imprese fallite. Non rileva infatti, perché non convertito, il decreto-legge 20 maggio 1992, n. 293 (misure urgenti in campo economico ed interventi in zone terremotate) che all'art. 10 aveva previsto che l'art. 2 della legge 27 luglio 1979, n. 301, deve essere interpretato nel senso che per il periodo di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale di cui all'articolo 2 medesimo non spetta il trattamento di fine rapporto. Ne rileva, per la stessa ragione, il precedente d.l. 20 marzo 1992 n. 237.

3. — Ricostruita questa sequenza normativa che ha visto nel tempo prima la responsabilità della Cassa integrazione guadagni (e quindi dell'INPS), poi del Fondo per la mobilità della manodopera e successivamente ancora della Cassa (e dell'INPS), deve considerarsi che questa Corte (Cass. 2 dicembre 1991, n. 12908 (1)) ha già affermato che, nella disciplina prevista dall'art. 2 della legge 27 luglio 1979 n. 301, di conversione del d.l. 26 maggio 1979 n. 159 — che ha esteso con effetto dal 1° gennaio 1979 il beneficio della cassa integrazione guadagni straordinaria alle imprese già dichiarate fallite, per le quali sia stato dichiarato dopo il fallimento lo stato di crisi aziendale ai sensi dell'art. 2 della legge 12 agosto 1977 n. 675 — la sospensione dell'efficacia dei licenziamenti intimati dal curatore del fallimento determina non l'estinzione, ma la prosecuzione dei rapporti di lavoro, con la sola sospensione delle obbligazioni aventi

per oggetto la prestazione lavorativa e la retribuzione, e con il diritto dei lavoratori posti in Cassa Integrazione Guadagni straordinaria alle quote di trattamento di fine rapporto maturate durante il tempo dell'intervento straordinario, la cui corresponsione, nel vigore dei commi quinto e sesto dell'art. 21 della citata legge n. 675 del 1977 — successivamente abrogati dall'art. 8, comma 2 della legge 20 maggio 1988 n. 160, di conversione con modificazioni del D.L. 21 marzo 1988 n. 86 — era a carico del Fondo per la mobilità della manodopera istituito dall'art. 28 della medesima legge n. 675 del 1977.

Successivamente Cass. 7 luglio 2001, n.9236, ha ribadito che per le fattispecie che continuano ad essere regolate dall'art. 21, commi quinto e sesto, della legge n. 675 del 1977 — abrogati dall'art. 8 del D.L. n. 86 del 1888, convertito nella legge n. 160 del 1988, soltanto con riguardo alle domande di integrazione salariale presentate successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto-legge e per i relativi periodi successivi alla predetta data direttamente obbligato a corrispondere le quote di trattamento di anzianità (o di fine rapporto) dovute ai lavoratori collocati in c.i.g.s. per il periodo di integrazione salariale non è l'INPS, ma è il "Fondo per la mobilità della manodopera" istituito dall'art. 28 della medesima legge n. 675 del 1977. Tale disposizione deve considerarsi applicabile non soltanto ai casi di "ristrutturazione" o "riconversione produttiva" in senso proprio, ma anche alle situazioni (non direttamente collegate con i suddetti processi) inerenti allo stato di "crisi aziendale", comportanti un ridimensionamento dell'attività e degli elementi patrimoniali attivi e passivi dell'azienda, dato che con la citata legge n. 675 del 1977 è stata dettata una normativa unitaria riguardante tutti i casi nei quali vi fosse la necessità del previsto intervento pubblico, sicché il comma sesto dell'art 21 di essa, nella parte in cui fa riferimento alla necessità di pervenire a una nuova dimensione produttiva, deve essere interpretato nel senso di ricomprendere anche le menzionate situazioni.

Pertanto — confermando ulteriormente tale orientamento giurisprudenziale — deve ribadirsi che per i periodi di c.i.g. anteriori al 23 marzo 1988, in forza dell'art. 21, comma 5, l. 675/77, obbligato è il Fondo di mobilità e non l'INPS. Nella specie, trattandosi appunto di un intervento della c.i.g. autorizzato per un periodo precedente alla data suddetta, la successiva modifica del 1988 (decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, coordinato con la legge di conversione 20 maggio 1988, n. 160), per cui si supera l'obbligo a carico del Fondo e si ritorna al sistema dell'obbligo di rimborso della c.i.g., non si applica. Infatti ciò che rileva è la data della domanda di c.i.g. (prima o dopo il 23 marzo 1988) e non già il periodo di riferimento (come erroneamente ritiene il tribunale). Nè certo la eventuale proroga del beneficio modifica la data di presentazione della domanda: il periodo di c.i.g. rimane unitario proprio perché si tratta di "proroga" e non già di nuova concessione.

4. — Occorre poi aggiungere che queste conclusioni non sono poi revocate in dubbio anche se si considera l'ulteriore disciplina dell'anticipazione delle prestazioni di integrazione salariale.

Deve considerarsi che la disciplina posta dall'art.5 del decreto legge 30 marzo 1978, n.80, convertito, con modifiche, nella legge 26 maggio 1978, n. 215, prevede (tra l'altro) che nei casi d'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni il

Ministero del lavoro e della previdenza sociale può disporre il pagamento diretto ai lavoratori da parte dell'Istituto nazionale della previdenza sociale delle relative prestazioni, con i connessi assegni familiari ove spettanti. Quindi l'INPS può essere autorizzato a pagare direttamente, in luogo del datore di lavoro, le indennità che avrebbero dovuto essere anticipate dal datore di lavoro e poi rimborsate a quest'ultimo dalla Cassa integrazione gestita dall'INPS; indennità queste che vengono corrisposte ai lavoratori direttamente dall'INPS che provvede a contabilizzarle nella gestione della Cassa.

Però occorre porre in relazione questa speciale previsione del "pagamento diretto" con la già esaminata evoluzione della disciplina delle quote di t.f.r. relative al periodo di c.i.g. Se si considera l'assetto di tale disciplina quale da ultimo risultante dal cit. decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, coordinato con la legge di conversione 20 maggio 1988, n. 160, deve inferirsi, sulla base della mera interpretazione letterale, che le "relative prestazioni", alle quali fa riferimento il cit. art. 5 d.l. 30 marzo 1978, n. 80, conv. in l. 26 maggio 1978, n.215, contemplando l'autorizzazione dell'INPS al "pagamento diretto", riguardano — in mancanza di alcuna limitazione testuale — le prestazioni poste a carico della cassa integrazione guadagni e quindi anche le quote di trattamento di fine rapporto. Ed in effetti questa Corte (Cass. 11 giugno 1992. n. 7209) ha più in generale affermato che l'obbligo dell'INPS, cui, ai sensi dell'art. 5, d.l., 30 marzo 1978, n. 80, convertito con l. 26 maggio 1978, n. 215, sia stato imposto, nei casi d'intervento straordinario della c.i.g., il pagamento diretto ai lavoratori "delle relative prestazioni, con i connessi assegni familiari ove spettanti", non è limitato alle sole integrazioni periodiche, ma si estende a tutti gli obblighi inerenti all'intervento della c.i.g.s., compresa, quindi, la corresponsione delle quote di anzianità maturate durante il periodo d'integrazione salariale dal lavoratore licenziato al termine di tale periodo.

Questa inferenza non può però parimenti ripetersi anche in relazione alla previgente disciplina (ossia con riferimento al cit. art. 21 commi 5 e 6, legge 12 agosto 1977, n.675), che è quella applicabile nella fattispecie. Considerando quest'ultima, infatti, si doveva — come già rilevato — (e si deve) distinguere tra prestazioni a carico della cassa integrazione guadagni (e quindi dell'INPS), quale è il trattamento di integrazione salariale, e prestazioni a carico del Fondo di mobilità, quali sono le quote di trattamento di fine rapporto (e prima ancora le quote di indennità di anzianità). Diverso è quindi il soggetto debitore, ancorché l'Istituto in realtà anche all'epoca non fosse estraneo al Fondo medesimo essendo tenuto alla provvista dello stesso nella misura del 50% e quindi dovendo comunque sopportare, seppur non integralmente, il relativo onere economico. In proposito è stato recentemente affermato da questa Corte (Cass. 11 aprile 2002 n. 5207 cit.) che, quando l'onere definitivo del pagamento delle quote di t.f.r. è stato posto sul solo Fondo di mobilità, vengono meno le ragioni che concorrono a giustificare il pagamento diretto delle prestazioni di cassa integrazione da parte dell'INPS e quindi l'autorizzato "pagamento diretto" non può riguardare anche le quote di t.f.r..

In adesione a quest'ultima pronuncia e richiamando quanto sopra esposto in ordine all'identificazione della disciplina applicabile *ratione temporis*, può ritenersi che l'INPS, essendo tenuto solo al pagamento delle prime prestazioni, poteva essere autorizzato al "pagamento diretto" unicamente di queste stesse e non già anche di presta-

zioni che facevano carico su un altro soggetto (il Fondo di mobilità, il quale peraltro rimane obbligato alle prestazioni spettanti ai lavoratori).

Quindi solo nel regime introdotto dal decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, coordinato con la legge di conversione 20 maggio 1988, n. 160, all'art. 8, l'obbligo dell'INPS, cui, ai sensi dell'art. 5, d.l. 30 marzo 1978, n. 80, convertito con l. 26 maggio 1978, n. 215, sia stato imposto, nei casi d'intervento straordinario della c.i.g., il pagamento diretto ai lavoratori "delle relative prestazioni, con i connessi assegni familiari ove spettanti", non è limitato alle sole integrazioni periodiche, ma si estende a tutti gli obblighi inerenti all'intervento della c.i.g.s., compresa, quindi, la corresponsione delle quote di trattamento di fine rapporto maturate durante il periodo d'integrazione salariale dal lavoratore licenziato al termine di tale periodo; invece in precedenza l'INPS, essendo tenuto solo al pagamento delle prestazioni di integrazione salariale in senso stretto, poteva essere autorizzato al "pagamento diretto" unicamente di queste stesse e non già anche di prestazioni che facevano carico su un altro soggetto (il Fondo di mobilità), quali le quote dell'indennità di anzianità e poi del trattamento di fine rapporto.

5. — Anche il terzo motivo è infondato.

Questa Corte (Cass., sez. IlI, 18 luglio 2003 n.11244; in precedenza cfr. anche Cass., sez. IlI, 21-12-2001, n. 16170; Cass., sez. IlI, 02-02-1995, n. 1239) ha affermato — e qui ribadisce — che la richiesta di restituzione delle somme, corrisposte in esecuzione della sentenza di primo grado, essendo conseguente alla richiesta di modifica della decisione impugnata, non costituisce domanda nuova ed e' perciò' ammissibile in appello; la stessa deve, peraltro, essere formulata, a pena di decadenza, con l'atto di appello, se proposto successivamente all'esecuzione della sentenza, essendo ammissibile la formulazione nel corso del giudizio soltanto qualora l'esecuzione della sentenza sia avvenuta successivamente alla proposizione dell'impugnazione. Da tanto deriva che e' onere della parte che formuli una tale domanda precisare puntualmente, da un lato, in quale data ha provveduto al pagamento della somma portata dalla sentenza di primo grado, oggetto di impugnazione, e dall'altro, specie quando controparte non riconosca l'avvenuta esecuzione della sentenza di primo grado, dimostrare il proprio assunto.

Nella specie il ricorrente non ha neppure allegato — se non in termini del tutto generici ed ipotetici — quale sia la data del pagamento effettuato dall'INPS della somma recata dal decreto ingiuntivo opposto; e quindi la censura contenuta nel terzo motivo di ricorso è inidonea ad inficiare la motivazione della sentenza impugnata che ha ritenuto ammissibile la domanda di restituzione dell'Istituto formulata nel corso del giudizio d'appello.

6. — Il ricorso deve quindi essere rigettato.

Sussistono giustificate ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1992, p. 293.

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - In genere - Indennità di mobilità *ex* art. 7 legge n. 223 del 1991 - Richiesta di corresponsione anticipata - Dopo l'avvio di attività di lavoro autonomo - Ammissibilità - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 28.1.2004, n. 1587 - Pres. Dell'Anno - Rel. La Terza - P.M. Sorrentino (Conf.) - Baldassarre - (Avv. Dimundo) - INPS (Avv.ti Picciotto, Spadafora, Fabiani).

La previsione dell'art. 7, comma quinto, della legge n. 223 del 1991, (in base alla quale può essere anticipata ai lavoratori che ne facciano richiesta la relativa indennità di mobilità per intraprendere una attività lavorativa autonoma), risponde alla ratio *di indirizzare il più possibile il disoccupato in mobilità verso attività autonome, al fine precipuo di ridurre la pressione sul mercato del lavoro subordinato, cosi perdendo la sua connotazione tipica di prestazione di sicurezza sociale, e configurandosi non già come funzionale a sopperire ad uno stato di bisogno, ma come un contributo finanziario, destinato a sopperire alle spese iniziali di un'attività che il lavoratore in mobilità svolge in proprio. Ne consegue che l'indennità non deve necessariamente essere richiesta prima dell'inizio dell'attività che si intende esercitare (non ravvisandosi nella legge una precisa indicazione in tal senso), ma può anche essere richiesta dopo aver intrapreso la suddetta attività autonoma.*

FATTO — Con sentenza del 19 settembre 2000 la Corte d'appello di Bari, riformando la sentenza del locale Pretore del lavoro, rigettava la domanda avanzata dal sig. Angelo Sante Baldassarre, iscritto nelle liste di mobilità, per ottenere dall'INPS il pagamento anticipato dell'indennità di mobilità ai sensi dell'art. 7 quinto comma della legge 223/91, sul rilievo che, contrariamente a quanto previsto dalla medesima disposizione, l'istanza di anticipo era stata proposta dopo l'inizio dell'attività di lavoro autonomo.

Avverso detta sentenza il Baldassarre propone ricorso affidato a tre motivi illustrati da memoria.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo si denunzia il vizio di omessa pronunzia e omessa motivazione perché la Corte di Bari non avrebbe motivato in ordine alla nullità dell'atto d'appello per assoluta genericità dei motivi. Il motivo non merita accoglimento perché con l'atto d'appello, che deve essere esaminato in questa sede, giacché in caso di denunzia di errore in procedendo questa Corte è anche giudice del fatto, si proponevano motivi relativi alla interpretazione dell'art 7 comma 5 della legge 223/91, questione che costituiva l'oggetto ed il fulcro della sentenza di primo grado, di talché con l'impugnazione non si poteva che riproporre la tesi di diritto già prospettata.

Con il secondo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 7 quinto comma della legge 223/91 e difetto di motivazione, per avere la sentenza affermato la necessità di proporre l'istanza di anticipazione in momento antecedente all'inizio dell'attività di lavoro autonomo.

Il motivo merita accoglimento, con conseguente assorbimento del terzo motivo.

Non appare invero corretta la tesi con cui si propugna la necessità che la istanza di anticipazione *ex* art. 7 quinto comma della medesima legge 223/91 venga proposta "prima" dell'inizio dell'attività di lavoro autonomo.

Si rileva infatti: a) nella legge non si ravvisa una precisa indicazione in tal senso; b) il regolamento espressamente previsto dalla legge, ossia il DPR 17 febbraio 1993 n. 142, impone un onere di allegazione di documentazione atta a dimostrare la serietà dell'intento, ossia l'avvenuto rilascio della specifica autorizzazione nel caso in cui la stessa sia prevista per l'esercizio dell'attività; c) non sono previste modalità di controllo successivo sull'effettivo espletamento dell'attività autonoma, di talché è quanto mai opportuno che la serietà dell'intento venga comprovata da idonea documentazione, il che conduce ad escludere la necessità che l'istanza sia presentata all'INPS anteriormente all'inizio dell'attività; d) inoltre, la erogazione in una soluzione ed in via anticipata dei vari ratei dell'indennità non è più funzionale al sostegno dello stato di bisogno che nasce dalla disoccupazione e quindi l'indennità perde la connotazione di tipica prestazione di sicurezza sociale, per assumere la natura di contributo finanziario, destinato a sopperire le spese iniziali di un'attività che il lavoratore in mobilità svolge in proprio; e) d'altra parte con la disposizione in esame si opera un bilanciamento di interessi tra il lavoratore e l'onere a carico dell'Istituto previdenziale, per cui (art. 7 comma 9 della medesima legge 223/91) in caso di pagamento anticipato, il periodo di godimento dell'indennità di mobilità non è utile ai fini della contribuzione figurativa; f) la natura di finanziamento vincolato allo scopo dettato dalla legge, ossia all'apertura di un'attività autonoma, è comprovata dalla previsione che l'erogazione anticipata dell'indennità potrà essere negata ovvero revocata non già in caso di inadempimento, ossia nel caso in cui l'attività non venga poi effettivamente iniziata, ma solo nel caso in cui il lavoratore, nei 24 mesi successivi alla corresponsione, "assuma un'occupazione alle altrui dipendenze" g) i rilievi sopra svolti avvalorano il convincimento che all'istituto della erogazione anticipata si è inteso conferire la massima ampiezza applicativa e confermano che l'intento del legislatore è quello di indirizzare il più possibile il disoccupato in mobilità verso attività autonome e cooperative, mediante l'erogazione di un contributo economico, al fine precipuo di ridurre la pressione sul mercato del lavoro subordinato, dove si ritiene difficile il reperimento di una nuova collocazione (nello stesso senso Cass. 21 aprile 2001 n. 5951).

II ricorso va, peraltro, accolto.

Non essendovi necessità di compiere ulteriori accertamenti all'esito dell'affermato principio di diritto, la causa va decisa nel merito con l'accoglimento della domanda avanzata dal Maffei con il ricorso introduttivo. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

***Obbligazioni in genere* - Adempimento - Pagamento - Imputazione - Del pagamento agli interessi - Crediti di lavoro - Adempimento parziale - Imputazione agli interessi e alla rivalutazione - Necessità - Imputazione a capitale - Condizioni - Accettazione da parte del creditore della imputazione fatta dal debitore - Necessità - Desumibilità della accettazione dalla mera riscossione dal pagamento parziale con imputazione a capitale da parte del debitore - Esclusione - Fattispecie.**

Corte di Cassazione - 21.1.2004, n. 975 - Pres. Sciarelli - Rel. Cataldi - PM. Finocchi Ghersi (Conf.) - Buono ed altri (Avv. Cossu) - INPS (Avv.ti Fabiani, Jeni, Biondi)

Poiché l'art. 1194 cod. civ. contiene un criterio legale di imputazione, in forza del quale il debitore, senza il consenso del creditore, non può imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi e alle spese, allorquando il creditore corrisponda una parte soltanto della somma complessivamente dovuta, e dia quindi luogo ad un adempimento parziale, è facoltà del creditore accettare il pagamento, senza che da tale accettazione possa desumersi la rinuncia alla imputazione delle somme secondo il criterio legale, anche qualora l'offerta di pagamento parziale sia accompagnata da una imputazione operata dal debitore e difforme da quella legale.(Nella specie, la sentenza impugnata, cassata dalla S.C. sulla base del rilievo che il creditore ha la possibilità di rifiutare la prestazione accompagnata dalla imputazione fatta dal debitore, aveva ritenuto che il ricevimento della somma, imputata dal debitore a capitale, comportasse anche accettazione, da parte del creditore, della imputazione effettuata dal debitore, così gravando il creditore dell'onere, non previsto ne' desumibile dall'art. 1194 cod. civ., di rifiutare il pagamento).

FATTO — II sig. Carlo Giovanni Buono e gli altri ricorrenti indicati in epigrafe impugnavano dinanzi al Tribunale di Roma la sentenza del Pretore della stessa città limitatamente al capo della decisione di primo grado con la quale il primo giudice aveva omesso di dichiarare, come richiestogli, che le somme erogate dall'INPS andavano imputate, preliminarmente e sino a concorrenza, ai danni da svalutazione monetaria ed agli interessi e che, pertanto gli importi residui, al cui pagamento andava condannato l'INPS, erano trattamento di fine rapporto e dunque produttivi di ulteriore rivalutazione monetaria ed interessi. Il Tribunale di Roma rigettava la domanda proposta in via principale e, in accoglimento di quella subordinata, condannava l'INPS al pagamento degli interessi *ex* art.1283. Il giudice del gravame, pur affermando che ai sensi dell'art. 1194 non è possibile, senza il consenso del creditore, imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi ed alle spese, ritenevano tuttavia che tale consenso era desumibile dal ricevimento del pagamento accompagnato dall'imputazione indicata dal debitore.

Per la cassazione della sentenza impugnata i lavoratori propongono ricorso illustrato da successiva memoria.

L'INPS si è costituito depositando procura *ad litem.*

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione dell'art.1194 c.c. i ricorrenti censurano la sentenza impugnata per avere il giudice del gravame ritenuto che il creditore, che non accetti l'imputazione data dal debitore, debba rifiutare il pagamento.

Il motivo è fondato.

L'art. 1194 C.C. contiene un criterio legale di imputazione per cui il debitore, senza il consenso del debitore, non può imputare il pagamento al capitale piuttosto che agli interessi ed alle spese.

Ai sensi dell'art. 429, applicabile nel caso di ritardato pagamento del trattamento di fine rapporto — che, se anche corrisposto dal fondo di garanzia costituito presso l'INPS non cambia la sua natura di credito di lavoro — gli interessi e la rivalutazione sono componenti del credito che deve essere soddisfatto integralmente cioè in tutte le sue parti: non c'è dubbio pertanto che, nel caso in cui il debitore corrisponda solo una parte della somma complessivamente dovuta, si tratta di pagamento parziale. In presenza di pagamento parziale, stante la facoltà del creditore di accettarlo, non può desumersi da siffatta accettazione la rinuncia dello stesso alla imputazione secondo il criterio legale (v. Cass. 17 giugno 2002 n. 12869; 11 dicembre 2002 n.17661). Con la sentenza impugnata, affermando che il ricevimento della somma imputata dal debitore a capitale è sufficiente ai fini del consenso in quanto il creditore aveva la possibilità di rifiutare la prestazione accompagnata dalla imputazione fatta dal debitore, il Tribunale in sostanza grava il creditore che non intende dare il suo consenso all'imputazione al capitale indicata dal debitore, del pesante onere di rifiutare il pagamento stesso, onere di cui nell'art. 1194, norma improntata all'esigenza di tutelare la posizione del creditore (Cass.29 luglio 1999 n. 8254), non v'è traccia.

Nel caso in esame, quindi, in mancanza di consenso dei lavoratori creditori, l'imputazione del pagamento doveva venir effettuata secondo i criteri legali previsti dall'art. 1194 C.C., imputando la somma pagata anzitutto ad interessi e rivalutazione.

Il ricorso va pertanto accolto.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito dichiarando che gli importi pagati dall'INPS a titolo di trattamento di fine rapporto andavano imputati, preliminarmente e sino a concorrenza, agli interessi ed a rivalutazione monetaria, e conseguentemente condannare l'INPS a corrispondere, sul residuo importo dovuto a titolo di trattamento di fine rapporto, la rivalutazione monetaria e gli interessi *ex* art.429 c.p.c. a decorrere dal sessantunesimo giorno successivo alla data di presentazione della domanda di pagamento al fondo di garanzia, come previsto dall'art. 2 comma 7, della legge 29 maggio 1982 n.297, richiamata dall'art. 1 del d. lgs. 27 gennaio 1992 n.80, e sino alla data di effettivo pagamento, deducendo da tale importo quanto già erogato dall'INPS che, come è stato sopra chiarito, deve essere imputato preliminarmente a rivalutazione ed interessi maturati sul credito dei lavoratori sino alla data del pagamento parziale.

Le spese dei tre gradi del giudizio sono a carico dell'INPS soccombente. Riguardo alla richiesta del procuratore dei ricorrenti di distrazione in proprio favore delle spese di lite, proposta soltanto con la memoria *ex* art. 378 c.p.c., essa non può essere accolta in quanto la dichiarazione di anticipazione e la domanda di distrazione non sono state effettuate nei precedenti gradi del giudizio nè col ricorso in cassazione.

(Omissis)

***Pensioni* - Enti di previdenza obbligatoria - Prestazioni indebite agli assicurati - Pagamenti antecedenti al 1° gennaio 1996 - Disciplina applicabile - Recuperi precedentemente avvenuti - Disciplina *ex lege* n. 662/1996 - Applicabilità - Esclusione - Prestazioni indebite effettuate pur avendo la possibilità di informazioni sul reddito dell'assicurato e in assenza di dolo di quest'ultimo - Ripetibilità - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 16.12.2003, n. 19260 - Pres. Sciarelli - Rel. Capitanio -P.M. De Augustinis (Diff.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente) - Raneri (Avv. Murolo)

Le prestazioni previdenziali indebitamente erogate dagli enti di previdenza obbligatoria prima del 1° gennaio 1996 sono ripetibili secondo i criteri posti dall'art. 1, commi duecentosessantesimo, duecentosessantunesimo, duecentosessantatreesimo e duecentosessantacinquesimo, della legge 23 dicembre 1996 n. 662, che al riguardo sostituiscono per intero la precedente disciplina, con la conseguenza che la ripetizione non è subordinata alla sussistenza anche dei relativi presupposti secondo la disciplina precedentemente applicabile; la normativa sopravvenuta non si applica tuttavia ai recuperi già avvenuti, e quindi non giustifica, riguardo agli stessi, azioni di ripetizione secondo la nuova disciplina. Peraltro, alla luce della sentenza n. 166 del 1966 della Corte Costituzionale, deve ritenersi che il potere dell'INPS di ripetere le somme indebitamente erogate cessi nel momento in cui l'ente previdenziale, esclusa la configurabilità del dolo da parte dell'assicurato, abbia continuato l'erogazione dei ratei pensionistici pur avendo la disponibilità delle informazioni necessarie per l'accertamento del reddito dell'assicurato, ostativo in tutto o in parte all'erogazione dei ratei pensionistici.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Messina Gaetano Raneri conveniva in giudizio l'INPS esponendo che l'Istituto gli aveva sospeso in un primo tempo l'erogazione del

trattamento pensionistico per il venir meno del requisito reddituale a decorrere dal 1° gennaio 1986 e che, nel ripristinarlo a decorrere dal 1° agosto 1991, gli aveva trattenuto la complessiva somma di lire 30.780.070 a titolo di ripetizione delle pregresse indebite riscossioni.

Chiedeva, pertanto, che l'INPS venisse condannato a continuare l'erogazione della pensione e a restituire le somme trattenute a titolo di ripetizione di indebito.

II Pretore adito accoglieva in parte la domanda dichiarando irripetibile la somma di lire 30.780.070 percepita dall'INPS per il periodo compreso tra il 1° gennaio 1986 e il 31 luglio 1991 e facendo salva la ripetibilità delle somme erogate successivamente.

Con sentenza in data 24 marzo/11 luglio 2000 il Tribunale di Messina rigettava l'appello principale proposto dall'INPS e, in accoglimento di quello incidentale del Raneri, dichiarava interamente irripetibili le somme indebitamente riscosse dall'assicurato e condannava l'INPS a restituire quelle già trattenute osservando che ciò andava statuito ai sensi dell'art. 1 comma 260 della legge n. 662 del 1996, che ha sostituito retroattivamente ed entro il limite temporale della sua entrata in vigore la normativa precedente secondo l'orientamento espresso in proposito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 2333 del 1997 e dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 166 del 1996 (1).

Il Tribunale aggiungeva che sulla base degli indicati orientamenti era stato enucleato un principio generale di irripetibilità delle prestazioni previdenziali riscosse indebitamente per motivi non attinenti al percipiente (dolo) nonché quello secondo cui, in conformità all'orientamento espresso da Cass. Sez. Lavoro n. 4424 del 1997 e successive conformi, l'ente previdenziale è tenuto a restituire al pensionato le somme già recuperate in forza della normativa previgente e che, altrimenti, non sarebbero recuperabili secondo la legge del 1996.

Il Tribunale di Messina concludeva rilevando che l'INPS non aveva offerto alcuna prova sulla sussistenza del dolo da parte del pensionato in ordine all'avvenuta riscossione dell'indebito, avendo il Raneri presentato su richiesta le proprie dichiarazioni reddituali per gli anni 1990, 1991 e 1992, con ciò dimostrando di non volersi sottrarre alla verifica in ordine all'avvenuto superamento del reddito ai fini della parziale restituzione dell'indebito.

L'INPS con unico motivo, articolato in più doglianze, ricorre per la cassazione della sentenza del Tribunale di Messina.

Resiste il Raneri con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, articolato in più doglianze, l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del R.D. n. 1422 del 1924, dell'art. 52 della legge n. 88 del 1989, dell'art. 8 della legge n. 638 del 1983, dell'art. 13 della legge n. 412 del 1991, dell'art. 1 comma 260 e segg. legge n. 662 del 1996, tutti in relazione all'art. 360 nn. 3 e 5 c.p.c., nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. e, infine, vizio di motivazione della sentenza impugnata.

Con una prima doglianza, in particolare, l'Istituto ricorrente deduce che sulla base dell'insegnamento delle Sezioni Unite (SS.UU. 22 febbraio 2000 n. 30 (2)) in caso di indebito recuperato dal *solvens* prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, sus-

sistendo una situazione esaurita sotto l'imperio della disciplina previgente, la legittimità del recupero e la fondatezza o meno di eventuali istanze restitutorie devono essere necessariamente valutate alla stregua della previgente disciplina. In particolare in riferimento alla parte di debito ancora da recuperare trovando applicazione l'art. 1 comma 260 e segg. della legge n. 662 del 1996, il Tribunale avrebbe dovuto considerare che incombeva sul pensionato l'onere di dimostrare il mancato superamento dei sedici milioni di reddito IRPEF al fine di dimostrare il suo diritto alla integrale non ripetibilità delle somme indebitamente riscosse. Con una seconda doglianza relativamente all'indebito già recuperato l'INPS sostiene che, invece, avrebbe dovuto trovare applicazione, la previgente disciplina, in base alla quale ai sensi dell'art. 8 della legge 11 novembre 1983 n. 638, — come chiarito dalle Sezioni Unite con la sentenza 8 marzo 1995 n. 3058 (3) — il recupero delle somme indebitamente riscosse è consentito senza che possa al riguardo configurarsi l'errore supposto dall'art 2033 c.c. o previsto dall'art. 80 R.D. 28 febbraio 1924 n. 1472 e dall'art. 52 della legge 9 marzo 1989 n. 88 e dall'art. 13 della legge 30 dicembre 1991 n. 412.

Con una terza doglianza, infine, l'Istituto ricorrente si duole che il Tribunale non aveva ritenuto la sussistenza del dolo e la conseguente inapplicabilità dell'art. 1 comma 265 dell'art.1 della legge n. 662del 1996 in relazione al fatto che a norma dell'art. 8 della legge n. 638 del 1983 il Raneri non aveva adempiuto all'obbligo di presentare all'Istituto le dichiarazioni reddituali, in tal modo traendo in inganno l'INPS e continuando a percepire per anni una prestazione pensionistica non più dovuta.

Le doglianze mosse, da esaminare congiuntamente per connessione, sono infondate.

Con la sentenza in data 21 febbraio 2000 n. 30, richiamata dallo stesso Istituto ricorrente, le Sezioni Unite hanno precisato che le prestazioni previdenziali indebitamente erogate dagli enti di previdenza obbligatoria prima del 1° gennaio 1996 sono anche esse ripetibili secondo i criteri posti dall'art. 1 commi 260, 261, 263 e 265 della legge 23 dicembre 1996 n. 662, che al riguardo sostituiscono per intero la precedente disciplina.

Ne consegue che la ripetizione non è subordinata alla sussistenza anche dei relativi presupposti secondo la disciplina precedentemente applicabile.

Tuttavia la normativa sopravvenuta, secondo la richiamata sentenza delle Sezioni Unite, non si applica ai recuperi già avvenuti e, quindi, non giustifica per tali recuperi azioni di ripetibilità secondo la nuova disciplina, dovendosi applicare per essi la normativa previgente.

Tuttavia la Corte Costituzionale con la sentenza n. 166 del 1996, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 comma 11 quinquies del d.l. 12 settembre 1983 n. 463, da un orientamento giurisprudenziale di questa stessa Corte di legittimità ha enucleato il principio, applicato dal Tribunale di Messina, secondo cui il potere dell'INPS di ripetere le somme indebitamente erogate cessa nel momento in cui l'ente previdenziale, esclusa la configurabilità del dolo da parte dell'assicurato, abbia continuato l'erogazione dei ratei pensionistici pur avendo la disponibilità delle informazioni necessarie per l'accertamento del reddito dell'assicurato, ostativo in tutto o in parte all'erogazione dei ratei pensionistici.

Sul punto, perciò, la sentenza del Tribunale di Messina — corretta in parte nel senso indicato la motivazione — non merita censura, avendo essa ritenuto, con accertamento di fatto non sindacabile in questa sede di legittimità, che l'INPS non fosse stato raggirato dall'assicurato (con conseguente insussistenza del dolo sia prima che dopo la legge del 1996, avendo il Raneri, appena ricevuta la relativa richiesta, fornito tutte le informazioni necessarie in ordine alla consistenza del suo reddito negli anni 1990, 1991 e 1992) e che l'Istituto non avesse impiegato la diligenza necessaria al fine di non continuare nell'erogazione dei ratei pensionistici, nonostante avesse avuto la disponibilità delle informazioni necessarie.

Va, infine, respinta l'ultima doglianza dell'Istituto ricorrente, per mancanza di specificità, in ordine alla dedotta mancata prova da parte dell'assicurato del non avvenuto superamento del reddito di lire 16.000.000 al fine di evitare il parziale recupero dell'indebito da parte dell'INPS secondo la citata legge del 1996.

Invero l'Istituto ricorrente a fronte della affermazione del Tribunale di Messina, che sulla base di alcune deduzioni presuntive aveva ritenuto che l'assicurato non aveva superato l'indicato reddito per evitare il parziale recupero dell'indebito da parte dell'Istituto previdenziale (settantenne nel 1996 e titolare di modesti redditi negli anni precedenti), non ha mosso specifiche censure idonee a fare ritenere che tale affermazione fosse contraria alla legge o insufficientemente e/o illogicamente motivata.

Il proposto ricorso va, pertanto, rigettato, essendo da respingere tutte le doglianze mosse con l'articolato motivo.

Ricorrono giusti motivi per compensare le spese del presente giudizio.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 637

(2) *Idem*, 2000, p. 497

(3) *Idem*, 1995, p. 508

***Pensioni* - Misura - In genere - Prepensionamento - Insorgenza del diritto - Decorrenza degli effetti economici - Distinzione dei relativi momenti.**

Corte di Cassazione - 6.12.2003, n. 18697 - Pres. Senese - Rel. Toffoli - P.M. Matera (Diff.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente) - Stella (Avv. Rinaldi).

Anche con riguardo al prepensionamento, come, in genere, in materia di pensioni nell'assicurazione obbligatoria invalidità, vecchiaia e superstiti occorre distinguere tra il momento in cui sorge il diritto a seguito del perfezionamento di tutti i relativi requisiti, e quello della decorrenza del trattamento previdenziale, posticipato al primo giorno del mese successivo.

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Cremona depositato il 4.10.1999, Walter Stella conveniva in giudizio l'INPS chiedendo che fosse accertato il suo diritto a fruire del cumulo tra la pensione e i redditi da lavoro autonomo e conseguentemente fosse dichiarata non dovuta la somma calcolata dall'INPS a titolo di indebito. A fondamento della domanda rilevava, in riferimento all'art. 10, comma 8, del d.lgs. n. 503/1992, come modificato dalla l. n. 537/1993, che egli alla data del 31.12.1994 aveva maturato, sia pure in modo virtuale con il prepensionamento, i requisiti per la liquidazione della pensione.

Costituitosi il contraddittorio, il Tribunale di Cremona accoglieva la domanda con sentenza che, appellata dall'INPS, era confermata dalla Corte d'appello di Brescia con sentenza depositata l'1.3.2001.

Il giudice di secondo grado osservava che è erroneo considerare il prepensionamento come un *tertium genus* di pensionamento, accanto a quello di vecchiaia e di anzianità, in quanto tale istituto consiste in un'anticipazione del diritto alla pensione di vecchiaia o di anzianità, in base alla riduzione dei requisiti di età, anzianità assicurativa e contributiva che concorrono ad integrare le fattispecie normative. D'altra parte, il legislatore, pur consapevole dell'esistenza di soggetti per i quali il diritto alla pensione era maturato attraverso la virtuale attribuzione dei contributi ai fini del prepensionamento, non aveva introdotto nel testo novellato dell'art. 10, comma 8, del d.lgs. n. 503/1992 alcun dato lessicale che consenta di tenere distinta la posizione degli assicurati usufruenti del prepensionamento. Pertanto la norma stessa era applicabile al ricorrente, che, a seguito di aumento di anzianità contributiva per effetto del prepensionamento, aveva di fatto maturato al 31.12.1994 il necessario requisito ed era stato collocato in pensione con decorrenza dall'1.1.1995.

Contro questa sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo. La parte intimata resiste con controricorso.

DIRITTO — L'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503 e, in particolare, dei commi 1, 6 e 8, quest'ultimo come sostituito dall'art. 11, comma 10, l. 24 dicembre 1993 n. 537.

Premesso che le norme sul prepensionamento (regolato da un articolato sistema legislativo inaugurato dagli artt. 16, 17 e 18 della l. n. 155/1981) hanno carattere eccezionale, derogatorie alla disciplina generale vigente per le pensioni di anzianità e di vecchiaia, e che i trattamenti di prepensionamento non sono menzionati dalle disposizioni speciali transitorie che hanno prorogato l'applicabilità delle disposizioni più favorevoli di quelle dettate dall'art. 10 del d.lgs. n. 502/1992 in materia di cumulo tra pensione e reddito da lavoro autonomo, sostiene che nella specie rileva il fatto che alla data del 31.12.1994 il lavoratore non era ancora titolare di alcun trattamento di pensione, nè aveva i requisiti minimi per il

diritto alla pensione di anzianità. I 35 anni di anzianità contributiva erano stati poi raggiunti solo virtualmente, per effetto di previsione normativa avente carattere eccezionale.

Doveva poi considerarsi che il trattamento di prepensionamento, avente natura promiscua di trattamento pensionistico e di indennità di disoccupazione (tanto che le precedenti normative sul prepensionamento sancivano la non cumulabilità del relativo trattamento con eventuali redditi da lavoro), non può essere assimilato alle pensioni normali di vecchiaia ed anzianità, e che il requisito minimo di 30 anni di contribuzione non sostituisce i requisiti minimi generali di legge per le pensioni normali, che invece devono essere raggiunti, ponendosi a carico del datore di lavoro il pagamento dei contributi previdenziali necessari, nonché il pagamento delle rate di trattamento anticipato di prepensionamento.

Il ricorso non è fondato.

La norma transitoria di cui all'art. 10, comma 8, del d.lgs. n. 503/1992 (nel testo introdotto dall'art. 11, comma 10, l. n. 537/1993) prevede l'applicabilità della normativa previgente, se più favorevole, in materia di cumulabilità di pensione e redditi da lavoro dipendente ed autonomo, nei confronti dei lavoratori "che alla data del 31 dicembre 1994 sono titolari di pensione, ovvero hanno raggiunto i requisiti contributivi minimi per la liquidazione della pensione di vecchiaia o di anzianità".

Il rilievo dell'INPS circa il carattere eccezionale delle norme sul prepensionamento, e la conseguente non equiparabilità del possesso dei requisiti contributivi ridotti al possesso dei requisiti contributivi ordinali, è condivisibile con riferimento all'ipotesi in cui il lavoratore intenda valorizzare il raggiungimento di tali ridotti requisiti contributivi, a prescindere dall'effettivo e utile esercizio del diritto al prepensionamento, nella concorrenza di tutti i relativi presupposti (così come rilevato da Cass. 26 novembre 2002 n. 16075, con riferimento ad un'ipotesi di perfezionamento dei presupposti del pensionamento anticipato intervenuto solo successivamente al 31.12.1994). Nella specie, però, si è in presenza dell'esercizio entro il 31 dicembre 1994 del diritto al prepensionamento, nella concorrenza di tutti i relativi presupposti, avendo il giudice di merito accertato che il lavoratore è stato collocato in quiescenza con decorrenza dall'1.1.1995, nella presenza dei relativi requisiti alla data del 31.12.1994.

Deve allora ritenersi operante la citata disposizione transitoria per la inscindibile compresenza, entro il 31.12.1994, sia, in concreto, di tutti gli elementi costitutivi del diritto al prepensionamento (compresa la relativa domanda), sia della (conseguentemente acquisita) titolarità del relativo diritto.

Riguardo alla titolarità del diritto, che pacificamente giustifica l'applicazione della norma transitoria anche nel caso del prepensionamento, stante l'ampiezza della dizione normativa, si ricorda che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, in materia di pensioni dell'assicurazione generale obbligatoria deve distinguersi tra il momento in cui sorge il diritto alla pensione, a seguito del perfezionarsi di tutti i relativi requisiti (ed eventualmente della presentazione della domanda) e quello della decorrenza del trattamento previdenziale, posticipato al primo giorno del mese successivo (in tal senso cfr. Cass. 15 maggio 1991 n. 5433 (1) e Cass. 7 gennaio 2000 n, 93, pronuncia questa che, pur con riferimento ad altra disposizione transitoria del d.lgs. n. 503/1992, ha osservato che "in linea generale le disposizioni del decreto legislativo n. 503 del 1992, per le quali è prevista l'entrata in vigore successivamente al momento di

maturazione del diritto, non incidono sul rapporto giuridico pensionistico che si sia già perfezionato in precedenza"). Tali principi sono applicabili anche ai pensionamenti anticipati e deve quindi ribadirsi che, anche in caso di prepensionamento, il soggetto deve ritenersi titolare del diritto nel momento in cui concorrono tutti i relativi elementi costitutivi, nel mese precedente a quello dell'inizio dell'erogazione (quanto alla cessazione dell'attività di lavorativa, cfr. l'art. 27, comma 4, l. 23 luglio 1991 n. 223, per cui il rapporto di lavoro si estingue nell'ultimo giorno del mese in cui l'impresa effettua la trasmissione della domanda).

Non rilevano le disposizioni circa i versamenti che devono essere effettuati all'INPS, a compenso della contribuzione mancante e delle mensilità anticipate di pensione — cfr. l'art. 27, comma 5, l. n. 223/1991 — poiché esse non incidono sul rapporto pensionistico.

Le spese del giudizio vengono regolate in applicazione del criterio della soccombenza.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 960.

***Pensioni* - Pensione di vecchiaia - Riforma pensionistica *ex* d.lgs. n. 503 del 1992 - Progressivo innalzamento dell'età pensionabile - Disciplina applicabile - Diritti quesiti - Individuazione - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza.**

Corte di Cassazione - 1.12.2003. n. 18338 - Pres. Mercurio - Rel. Celentano - P.M. Matera (Conf.) - Pigani (Avv. Rossi) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

Atteso che la riforma del sistema pensionistico (in base alla quale — a partire dalla legge di delega n. 421 del 1992 e dal d.lgs. n. 503 del 1992 — sono cambiati i requisiti per fruire della pensione di vecchiaia) ha fatto salvi i diritti quesiti, nel senso che i lavoratori che al momento dell'entrata in vigore delle leggi di riforma avevano già maturato i requisiti per la pensione secondo la precedente normativa, pur senza aver presentato domanda di pensionamento, conservano il diritto ad avvalersi dei requisiti precedenti più favorevoli (art. 2, d.lgs. n. 503 del 1992), è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 della l. n. 724 del 1994 (che ha sostituito, prevedendo requisiti meno favorevoli di età, la tabella A allegata all'art. 1 del d.lgs. n. 503 cit.), in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., anche in considerazione della circostanza che la riforma ha previsto lunghi periodi transitori.

FATTO — Con ricorso depositato il 22 dicembre 1997 la signora Maria Pigani chiedeva al Pretore di Udine la condanna dell'INPS al pagamento della pensione di vecchiaia, negata in sede amministrativa.

La ricorrente assumeva che, avendo cominciato a lavorare prima dell'entrata in vigore della legge n. 724 del 1994 (che ha innalzato i limiti di età per il pensionamento di vecchiaia, peraltro già innalzati con il d.lgs. n. 503 del 1992), aveva diritto alla pensione di vecchiaia al compimento di cinquantacinque anni, con il versamento di 15 anni di contributi.

L'INPS si costituiva e rilevava che la domanda era stata respinta perché la ricorrente non aveva ancora compiuto l'età pensionabile stabilita dalla tabella allegata al D.P.R. 30 dicembre 1992, n. 503, come sostituita dalla legge 23 dicembre 1994, n. 724.

Con sentenza del 7 settembre 1999 il primo giudice rigettava la domanda.

L'appello avverso tale decisione veniva rigettato dal Tribunale di Udine con sentenza del 30 marzo/2 aprile 2001.

I giudici di secondo grado osservavano che la progressiva elevazione del limite di età previsto per il riconoscimento della pensione di vecchiaia (limite che, prima del 1992, era, per le donne, di 55 anni) impediva l'accoglimento della domanda della signora Pigani; ritenevano irrilevante il fatto che l'appellante avesse iniziato a lavorare e svolto gran parte della sua attività lavorativa nella vigenza del precedente regime, per il quale era sufficiente un'età di 55 anni (unitamente a quindici anni di contributi); rilevavano, ancora, che dalla documentazione prodotta dall'INPS risultava che l'assicurata aveva versato, fino a tutto il 31 dicembre 1995, 768 contributi.

Per la cassazione di tale sentenza ricorre, formulando un unico complesso motivo di censura, Maria Pigani.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — La difesa della ricorrente denuncia erronea applicazione degli artt. 3, 38, 47, 76, 77 e del titolo terzo (non è specificato se della prima o della seconda parte) della Costituzione, dell'art. 9 della legge 4 aprile 1952, n. 218 (recte, dell'art. 9 del R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, come modificato con l'art. 2 della legge 4 aprile 1952, n. 218), del d.lgs. n. 503 del 1992, dell'art. 11 della legge n. 724 del 1994, dell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, nonché di tutte le norme del codice civile e della legge n. 335 del 1995 riguardanti la previdenza ed assistenza obbligatoria.

Assume che l'INPS ha errato nel concedere la pensione solo con decorrenza 1° aprile 1998, in forza dell'art. 11 della legge n. 724 del 1994.

Sostiene che la nuova normativa non deve impedire di liquidare la pensione a chi ha maturato i requisiti secondo la precedente normativa, realizzandosi, altrimenti, la violazione di un diritto acquisito.

Deduce che la signora Pigani ha diritto alla pensione dal compimento del cinquantacinquesimo anno, avendo a tale data (contrariamente a quanto dedotto dall'INPS) perfezionato anche il requisito contributivo; solleva, in caso di ritenuta applicazione delle norme di cui al d. lgs. n. 503 del 1992 e all'art. 11 della legge n. 724 del 1994, questione di legittimità costituzionale di tali disposizioni.

Il ricorso non è fondato.

La ricorrente è nata, secondo quanto risulta dal ricorso, il 24 febbraio 1940.

Alla data di compimento del cinquantacinquesimo anno di età (24 febbraio 1995), i requisiti per fruire della pensione di vecchiaia erano cambiati per effetto del processo di riforma — o di riordinamento — iniziato con l'art. 3 della legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 e con i relativi decreti legislativi (in particolare, con il d. lgs. n. 503/92), e poi proseguito con la legge 335 del 1995 e con varie norme successive.

Nel febbraio 1995 non era più vigente l'art. 9 del R.D.L. 14 aprile 1939, n. 636, che, nel testo modificato dall'art. 2 della legge 4 aprile 1952, n. 218, consentiva alle donne di fruire della pensione di vecchiaia al compimento di cinquantacinque anni di età, purché fossero trascorsi almeno quindici anni dalla data iniziale di assicurazione e fossero versati o accreditati almeno 180 contributi mensili (tabella A), ovvero 780 contributi settimanali (tabella B, n. 1), ovvero 1560 contributi giornalieri (tabella B, n. 3), ovvero 1040 contributi giornalieri per le donne iscritte prevalentemente con la qualifica di braccianti eccezionali negli ultimi dieci anni precedenti la domanda di pensionamento.

L'art. 1 del decreto legislativo n. 503 del 30 dicembre 1992 subordina il diritto alla pensione di vecchiaia al compimento dell'età indicata, per ciascun periodo, nella tabella A allegata, con i requisiti assicurativi e contributivi di cui alla tabella B.

La tabella A è stata poi sostituita con l'art. 11 della legge 23 dicembre 1994,n.724.

Alla data in cui la ricorrente ha compiuto i cinquantacinque anni, per poter fruire della pensione di vecchiaia occorrevano i seguenti requisiti minimi: a) compimento di 56 anni di età; b) almeno 17 anni di anzianità assicurativa e contributiva.

Correttamente, pertanto, i giudici di appello hanno valutato la situazione normativa esistente al momento, peraltro successivo, in cui la signora Pigani ha presentato la domanda di pensione di vecchiaia.

Il rispetto dei diritti quesiti comporta solo che i lavoratori che, al momento di entrata in vigore delle leggi di riforma, avevano già maturato i requisiti per la pensione secondo la precedente normativa, pur senza avere ancora presentato domanda di pensionamento, conservano il diritto ad avvalersi dei precedenti più favorevoli requisiti. Ed è ciò che è avvenuto nella vicenda legislativa in esame (v. art. 2, comma 3, lettera a, del d. lgs. n. 503 del 1992).

Manifestamente infondata, pertanto, è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11 delle legge n. 724 del 1994, anche in considerazione del fatto che l'entrata in vigore delle principali norme di riforma non è stata immediata, ma sottoposta a lunghi periodi transitori.

Quanto alla affermazione del Tribunale in ordine al requisito contributivo esistente alla data del 31 dicembre 1995, come risultante dalla documentazione prodotta dall'INPS, la stessa non risulta specificamente censurata, limitandosi la ricorrente a sostenere, per la prima volta in questa sede, che il raggiungimento del requisito contributivo era stato accertato dal patronato INCA presso lo stesso Istituto previdenziale.

Per tutto quanto esposto il ricorso va rigettato, con l'esonero della soccombente dall'obbligo di rimborsare al resistente Istituto le spese di questo giudizio, atteso che la domanda, pur manifestamente infondata, non può definirsi temeraria (art. 152 disp. att. c.p.c.).

(Omissis)

***Pensioni* - Pensione di anzianità - Disciplina posta dall'art. 59 commi 6 e 8, legge n. 449 del 1997 - Decorrenza della pensione - Determinazione - Maturazione dei requisiti prima del 1° gennaio 1998 - Rilevanza - Esclusione - Differimento dei termini di accesso alla prestazione - Età superiore ai cinquantasette anni - Rilevanza - Esclusione - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 28.11.2003, n. 18280 - Pres. Prestipino - Rel. La Terza - P.M. Nardi (Diff.) - Stocchi (Avv.ti Pellegrini, Borri) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

Le disposizioni di cui all'art. 59, commi 6 e 8, della legge n. 449 del 1997, che determinano i requisiti per conseguire il diritto alla pensione di anzianità, nonché, per i lavoratori autonomi, un differimento di quattro mesi nei termini di accesso al trattamento pensionistico, si applicano ai trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal 1° gennaio 1998, indipendentemente dal fatto che l'assicurato abbia maturato il relativo diritto durante la vigenza della legge precedente, atteso che il citato comma sesto fa riferimento non al momento di maturazione del diritto al trattamento pensionistico, bensì all'epoca di decorrenza del medesimo. Ne consegue, quanto alla disciplina transitoria per le pensioni di anzianità dei lavoratori autonomi per gli anni 1998/2000, che il differimento di quattro mesi dei termini di accesso alla prestazione (cosiddette "finestre") vale anche per i lavoratori autonomi che avessero già raggiunto i cinquantasette anni, giacché le finalità di bilancio alla base del disposto slittamento e il conforme trattamento previsto per i lavoratori dipendenti dimostrano che il requisito anagrafico (età superiore ai cinquantasette anni) non rileva ai fini dell'esclusione dello slittamento stesso.

FATTO — Con sentenza del 28 settembre 2001 la Corte d'appello di Firenze rigettava l'appello proposto dall'INPS avverso la sentenza del Tribunale di Arezzo del 21 dicembre 2000, con cui era stato affermato il diritto di Stocchi Piero a! conseguimento della pensione di anzianità dal primo febbraio 1998.

Il Tribunale, rilevato in fatto che Io Stocchi aveva presentato domanda il 29 gennaio I998 allorquando aveva compiuto i 58 anni, essendo nato il primo maggio 1939, ed osservato in diritto che — ai sensi dell'art. 28 della L. 335/95 — per i lavoratori autonomi il diritto a pensione di anzianità si consegue con raggiungimento dell'anzianità contributiva non inferiore ai 35 anni ed al compimento dei 57 anni di età, affermava che lo Stocchi aveva maturato i requisiti anagrafici e contributivi già nel corso dell'anno 1996, e quindi in epoca ben anteriore all'entrata in vigore della legge 27.12.97 n. 449, per cui non potevano a lui applicarsi le cd. uscite programmate, previste in via ordinaria dal comma 8 dell'art. 59 di detta legge; questa disposizione infarti, secondo la Corte territoriale, disciplina il concreto scaglionamento delle uscite per chi abbia maturato i prescritti requisiti nel corso dell'anno, a partire dal primo gennaio 1998, in particolare comma 8 *"I lavoratori che conseguono il trattamento di pensione a carico delle gestioni per gli artigiani, i commercianti e i coltivatori diretti e che risultino in possesso dei requisiti di cui al comma 6 entro il primo trimestre dell'anno possono accedere al pensionamento dal primo ottobre del medesimo anno; entro il secondo trimestre, dal primo gennaio dell'anno successivo, entro il terzo trimestre, dal primo aprile dell'anno successivo; entro il quarto trimestre, dal primo luglio dell'anno successivo"*. Pertanto, affermava la Corte, a decorrere dal primo gennaio 1998 tutte le uscite per accedere alle pensioni di anzianità subiscono uno slittamento programmato rispetto al momento di maturazione del diritto al trattamento, ma tale disciplina non può trovare applicazione per coloro che avessero maturato i requisiti prescritti in epoca antecedente all'entrata in vigore della disposizione restrittiva richiamata, senza che potesse essere di ostacolo il fatto che lo Stocchi avesse presentato la domanda di pensione nel gennaio 1998. Inoltre al medesimo non era applicabile neppure neppure la penalizzazione di quattro mesi, prevista dalla disciplina transitoria, infatti, comma sesto del suddetto art. 59, *"per il periodo dal primo gennaio 1998 al 31 dicembre 2000 resta fermo il requisito anagrafico di 57 anni ed i termini di accesso di cui al comma 8 sono differiti di quattro mesi"*. Ed infatti, secondo la disciplina a regime introdotta dalla legge del 1997, da un lato il limite di età era stato innalzato a 58 anni, ma per evitare impatti traumatici in una materia che coinvolge le aspettative di tanti lavoratori, si e mantenuto fermo, solo per un triennio, il precedente requisito anagrafico di 57 anni, rinviando al 2001 l'effettivo innalzamento dell'età, e dall'altro lato si era però previsto un differimento di ulteriori quattro mesi rispetto alle finestre programmate di cui al comma 8; ma lo slittamento di quattro mesi aveva come presupposto il godimento della disciplina di favore del pensionamento a 57 anni di età e ne costituiva un contemperamento, mentre il medesimo slittamento non era applicabile a chi, come lo Stocchi, aveva conseguito i requisiti richiesti a regime, ossia i 58 anni, anteriormente al primo trimestre del 1998, non essendovi ragione per sottoporlo a tale penalizzazione. Per cui, conclusivamente, il Tribunale determinava la decorrenza della pensione dal primo febbraio 1998. Contro questa sentenza l'INPS propone ricorso affidato ad un unico motivo. Resiste lo Stocchi con controricorso.

DIRITTO — L'INPS censura la sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 1 legge 335/95 e dell'art. 59 comma 6 legge 449/97, perché lo Stocchi, pur aven-

do maturato i requisiti prima del primo gennaio 1998, avendo presentato la domanda dopo tale data, dovrebbe soggiacere alle nuove regole ed ai nuovi scaglionamenti imposti dalla Legge 449/97 e quindi non potrebbe ottenere la liquidazione della pensione prima del primo febbraio 1999.

Il ricorso merita accoglimento.

1. — Va rilevato in primo luogo che l'art. 59 comma 6 della legge 27 dicembre 1997 n. 449 detta disposizioni che si riferiscono inequivocabilmente alle pensioni di anzianità aventi decorrenza dai primo gennaio 1998, giacché la formula usata è la seguente *"Con effetto sui trattamenti pensionistici di anzianità decorrenti dal primo gennaio 1998...."*. Ne consegue che il diritto dello Stocchi veniva necessariamente ad essere regolato da detta disposizione, perché, avendo proposto la domanda il 29 gennaio 1998, la pensione di anzianità non poteva decorrere, secondo la regola generale, in data anteriore al primo febbraio 1998, primo giorno del mese successivo alla proposizione della domanda.

2. — Inoltre, contrariamente a quanto si assume nella sentenza impugnata, era irrilevante che il medesimo avesse già conseguito tutti i requisiti prescritti dalla precedente legge 335/95 già nel 1996, giacché il citato art. 59 comma 6 non fa alcun riferimento alla data di conseguimento dei requisiti dell'età anagrafica e dell'anzianità contributiva, ma pone come criterio per la sua applicazione la data di decorrenza della prestazione, con la conseguenza che i criteri previsti dalla citata disposizione del 1997 si applicano indefettibilmente a tutte le pensioni di anzianità aventi decorrenza dal primo gennaio 1998.

3. — Ed allora, dovendo la pensione di anzianità dello Stocchi soggiacere alle nuove regole imposte dalla legge 449/97, e quindi anche al regime delle uscite programmate (cd. finestre) di cui al comma 8 del medesimo articolo, non se ne poteva fissare la decorrenza dal mese successivo alla presentazione della domanda (febbraio 1998) applicando la regola generale previgente, che è stata ormai derogata.

4 — La sentenza è errata anche per quanto riguarda l'interpretazione di quella parte dell'art. 59 comma 6 che detta la disciplina transitoria per le pensioni di anzianità dei lavoratori autonomi per gli anni 1998/2000.

È noto che secondo la legge 8 agosto 1995 n. 335 i lavoratori autonomi avevano diritto a pensione di anzianità per l'anno 1998 in presenza di trentacinque anni di anzianità contributiva e 57 anni di età. Alla prestazione si accedeva (cd. Finestre) nel mese di luglio o ottobre dello stesso anno, ovvero dal gennaio o aprile dell'anno successivo, a seconda che i requisiti fossero maturati nel primo, nel secondo, nel terzo o nel quarto trimestre del 1998.

La legge 449/97 (da applicare come già detto alle pensioni aventi decorrenza dal primo gennaio 1998) modifica la normativa del 1995 attraverso una duplice disciplina:

a) la disciplina a regime, in cui il requisito dell'età anagrafica viene portato dai 57 ai 58 anni (art. 59 comma 6) e cambia il regime delle finestre rispetto alla legge dei 1995 (art. 59 comma 8), perché scompare l'accesso fissata nel mese di luglio e le nuove date di accesso sono dall'ottobre dello stesso anno, ovvero dal gennaio, aprile o luglio dell'anno successivo, a seconda della data di maturazione dei requisiti nel primo, secondo, terzo o quattro trimestre dell'anno.

b) quella transitoria, limitata agli anni dal 1998 ai 2000, che interessa la presente fattispecie, e che è la seguente: il requisito dell'età anagrafica si conferma ai 57 prescritti dalla legge del 1995, i termini di accesso alla prestazione, ossia le finestre di cui al comma 8 (già illustrate sub a) vengono differiti di quattro mesi. Sono quindi queste Ie regole che disciplinano le pensioni di anzianità aventi decorrenza dal gennaio 1998 al dicembre 2000.

In particolare è escluso, contrariamente a quanto affermato dai Giudici di merito, che il differimento di quattro mesi dei termini di accesso sia limitato solo a coloro che conseguono la pensione con l'età anagrafica di 57 anni, e non valga invece per gli altri. Invero non vi è alcun elemento né letterale, né logico per ritenere che lo slittamento dei termini di accesso sia una misura intesa a compensare il vantaggio del pensionamento a 57 anni e che come tale debba essere limitata a costoro che non abbia valenza generale. Si può invero condividere la argomentazione per cui il legislatore ha mantenuto fermo per il triennio il limite dei 57 anni, per evitare *impatti* traumatici in una materia che coinvolge le aspettative di tanti lavoratori, ma ciò non sembra giustificare la conclusione a cui i Giudici di merito sono pervenuti sulla inapplicabilità del differimento quadrimestrale ai soggetti maggiori di cinquantasette anni.

La disposizione sullo slittamento si configura piuttosto come misura introdotta per evidenti esigenze di bilancio pubblico, la quale deve operare, se tale ne è la *ratio* a tutte le pensioni che maturano dal gennaio 1998 al dicembre 2000.

Se ne trae conferma considerando che nel comma 6 si prevede che *"I termini di accesso di cui al comma 8 sono differiti i quattro mesi. É in ogni caso consentito l'accesso al pensionamento al raggiungimento del solo requisito di anzianità contributiva di 40 anni"*. Da ciò si deduce che l'unica condizione che vale ad evirare il differimento è il conseguimento della massima anzianità contributiva di quaranta anni, mentre il possesso di una anzianità anagrafica superiore ai cinquantasette anni si configura, a quel fine, come del tutto irrilevante.

Se ne trae ulteriore conferma da una norma analoga a quella in esame, ossia da quella contenuta nel comma 8 in relazione alla pensione di anzianità dei lavoratori dipendenti. Anche costoro infatti hanno una disciplina transitoria, limitata però all'anno1998, in cui le finestre di accesso al pensionamento fissate dalla prima parte del comma 8 (primo luglio, primo ottobre ecc.) sono differite di tre mesi. Detto differimento vale per "tutti" i lavoratori dipendenti di età pari o "superiore" ai 57 anni, essendo escluso solo per i lavoratori di cui al comma 7 lettera c) ossia per i lavoratori collocati in mobilità, ovvero per coloro che abbiano raggiunto l'anzianità contributiva di 40 anni. Dal che si desume che il requisito anagrafico (età superiore ai cinquantasette anni) non rileva ai fini dell'esclusione dello slittamento.

Se tale è la regola di gente per i lavoratori dipendenti, risulterebbe invero incongrua una interpretazione della norma che, a parità di età superiore ai 57 anni, esimesse solo i lavoratori autonomi, e non anche i dipendenti, dalla regola del differimento dei termini di accesso al pensionamento di anzianità.

Se ne deve concludere che il differimento dei termini di accesso del pensionamento di anzianità dei lavoratori, di cui ai commi 6 e 8 dell'art. 59 legge 449/97, essendo

finalizzato al risparmio della spesa previdenziale, ha valenza generale per tutti i lavoratori autonomi e per tutti i lavoratori dipendenti, ad eccezione di coloro che hanno raggiunto la massima anzianità contributiva (e per i dipendenti collocati in mobilità).

Il ricorso dell'INPS va quindi accolto, la sentenza impugnata va cassata con rinvio ad altro Giudice, che si designa nella Corte d'appello di Bologna, il quale, effettuati i necessari accertamenti in fatto, si atterrà al principio per cui le disposizioni di cui all'art. 59 comma ottavo sui termini di accesso (finestra), ed al comma sesto sul differimento di quattro mesi dei medesimi termini, si applicano a tutte le pensioni dei lavoratori autonomi aventi decorrenza dal primo gennaio 1993. il differimento di quattro mesi vale anche per i lavoratori autonomi aventi età anagrafica superiore ai cinquantasette anni.

Il Giudice del rinvio provvederà anche nelle spese del presente giudizio.

(Omissis)

***Pensioni* - Lavoratori autonomi - Cessazione dell'attività commerciale - Indennizzo *ex* D.lgs n. 207/1996 - Spettanza - Requisito: iscrizione per almeno 5 anni nella gestione commercianti al momento della cessazione dell'attività - Periodo continuativo - Insussistenza.**

Corte di Cassazione - 28.11.2003. n. 18270 - Pres. Senese - Rel. Lamorgese - P.M. Napoletano (Conf.) - Sacchetta (Avv. Concetti) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente)

In tema di indennizzo per cessazione dell'attività commerciale, l'art. 2 del D.lgs. 28 marzo 1996 n. 207, che richiede il requisito dell'iscrizione, al momento della cessazione dell'attività, per almeno cinque anni nella gestione commercianti presso l'INPS, si riferisce ad un periodo minimo di iscrizione dell'esercente richiedente l'indennizzo che deve essere maturato tra il 1° gennaio 1996 ed il 31 dicembre 1998, ma non richiede, secondo la formulazione letterale della norma, che il predetto requisito possa sussistere soltanto se il periodo minimo dei cinque anni sia continuativo.

FATTO — Con sentenza depositata il 5 ottobre 2000 il Tribunale di Torino ha confermato la sentenza, appellata da Salvatore Sacchetta, con la quale il Pretore della stessa città aveva rigettato la domanda proposta da costui nei confronti dell'INPS a diretta ad ottenere l'indennizzo per la cassazione dell'attività commerciale, previsto dal decre-

to legislativo 28 marzo 1996 n. 207, in attuazione della delega di cui all'art. 2, comma 43, legge n. 549 del 1995.

Ha ritenuto il giudice del gravame che il beneficio invocato non spettava al Sacchetta, poiché al momento della cessazione dell'attività commerciale il predetto non aveva il requisito della iscrizione continuativa per almeno cinque anni, nel fondo della gestione commerciante.

Di questa pronuncia il soccombente ha richiesto la cassazione con un solo motivo.

L'INPS ha resistito con controricorso.

DIRITTO — L'unico mezzo di annullamento denuncia, con riferimento all'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione degli artt. 2, commi 43 e 44, legge 28 dicembre 1995 n. 549 e decreto legislativo 28 marzo 1996 n. 207. Deduce l'errore interpretativo in cui è incorso il Tribunale per avere ritenuto che il requisito, previsto per ottenere il beneficio in esame, dell'iscrizione nel fondo gestione commercianti possa essere integrato soltanto nel caso in cui essa sia continuativa per il periodo di almeno cinque anni, al momento della cessazione dell'attività. Assume che l'ulteriore elemento della continuità dell'iscrizione non è richiesto nè dalla disposizione che ha stabilito la erogazione dell'indennizzo né dalla legge delega citata.

Il ricorso è fondato. L'art. 2 del decreto legislativo 28 marzo 1996 n. 207, che stabilisce i requisiti e le condizioni per ottenere l'indennizzo in questione, al primo comma così dispone:

"L'indennizzo previsto dall'art. 1 spetta ai soggetti che, nel periodo compreso tra il 1° gennaio 1996 e il 31 dicembre 1998 siano in possesso dei seguenti requisiti: a) più di 62 anni di età, se uomini, ovvero più di 57 anni di età, se donne; b) iscrizione, al momento della cessazione dell'attività, per almeno 5 anni, in qualità di titolari o coadiutori, nella Gestione dei contributi e delle prestazioni previdenziali degli esercenti attività commerciali presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)".

La norma si riferisce soltanto ad un periodo minimo di iscrizione nel fondo gestione commercianti, dell'esercente che richieda l'indennizzo per la cessazione dell'attività, periodo che deve essere maturato tra il 1° gennaio 1996 e il 31 dicembre 1998, e la sua formulazione letterale non autorizza a ritenere che il predetto requisito possa essere integrato soltanto se il periodo minimo dei cinque anni sia continuativo. In tale ipotesi diversa avrebbe dovuto essere il tenore della disposizione, facendo riferimento agli ultimi cinque di iscrizione, sempre compreso il termine finale nel periodo specificato dalla legge.

Né la connotazione di continuità del periodo minimo di cinque anni può essere desunta dalla ratio della normativa in esame, la quale come misura di razionalizzazione della rete commerciale tende ad un "prepensionamento" degli esercenti che abbiano raggiunto l'età indicata. E se questa è là finalità dalla norma non si giustifica una differenziazione tra gli esercenti prossimi al raggiungimento della pensione a seconda. che possano o meno vantare un periodo continuativo di iscrizione al fondo gestione commercianti per gli ultimi cinque anni, poiché ciò che è preminente nello spirito della

legge è il definitivo abbandono dell'attività lavorativa da parte del soggetto che beneficia dell'indennizzo, per essere quindi collocato in pensione.

Il ricorso va dunque accolto e la causa va rimessa ad altro giudice di appello, designato come in dispositivo, il quale, attenendosi al principio innanzi esposto, dovrà accertare la sussistenza dei requisiti e delle condizioni previste per la concessione dell'indennizzo richiesto.

Il giudice di rinvio provvederà anche alla regolamentazione delle spese del giudizio di cassazione.

(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 della pensione di anzianità - Sussistenza.**

Corte di Cassazione - 24.11.2003, n. 17823 - Pres. Mileo - Rel. Toffoli - P.M. Sepe (Diff.) - Ferrecchia (Avv.ti Ciociola, Giordano, Grasso) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente)

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 è rilevante non solo ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di anzianità, ma anche ai fini della misura della stessa.

FATTO — Con sentenza depositata il 30.11.2000, la Corte d'appello di Torino, in riforma dell'appellata sentenza del Tribunale di Torino, rigettava la domanda proposta da Francesco Ferrecchia, con cui lo stesso, dipendente di azienda autoferrotranviaria, collocato anticipatamente in pensione, a domanda, in applicazione dell'art. 4 del d.l. 5 novembre 1995 n. 501, convertito in legge 5 gennaio 1996 n. 11, chiedeva, nei confronti dell'INPS, il riconoscimento del suo diritto a una liquidazione in misura superiore della pensione, con computo, anche ai fini della misura del trattamento pensionistico, della maggiorazione di anzianità contributiva riconosciutagli (in aggiunta a quella effettiva di 33 anni e 13 giorni) ai fini del raggiungimento dei 35 anni di contribuzione necessari per accedere al pensionamento di anzianità.

Ad avviso del giudice di appello, il riconoscimento da parte di una disposizione speciale di legge del diritto ad usufruire del trattamento di quiescenza prima dell'anzianità minima prevista non implica automaticamente l'accredito di contributi figurativi corrispondenti a quelli che il datore di lavoro avrebbe continuato a versare in caso di continuazione del rapporto, in difetto di espressa previsione in tal senso. Nella specie una norma del genere non era ravvisabile, poiché con una disposizione chiara, nella prima parte dell'art. 4, primo comma, del d.l. n. 501/1995, era stato previsto che la maggiorazione, fino al massimo di sette anni, ivi prevista valeva unicamente "ai fini del conseguimento del diritto" alla pensione, di anzianità o di vecchiaia. Nè argomenti idonei nel senso sostenuto dell'assicurato erano desumibili dalla seconda parte del medesimo comma, che aveva la funzione di precisare che il lavoratore non poteva usufruire della maggiorazione di legge al fine di conseguire il pensionamento di anzianità, se mediante una minore maggiorazione egli già veniva a perfezionare i requisiti di età del pensionamento di vecchiaia. Neanche potevano trarsi argomenti dall'impiego del termine "anzianità contributiva", anziché dell'espressione "anzianità assicurativa", sia per la chiarezza del dettato normativo, sia perché era appropriato l'impiego di detta espressione, dato che requisito della pensione di anzianità è proprio il raggiungimento dei 35 anni di anzianità.

Contro questa sentenza il Ferrecchia propone ricorso per cassazione, sorretto da un unico motivo. L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — II ricorrente denuncia violazione dell'art. 4 del d.l. 5 novembre 1995 n. 501, convertito in legge 5 gennaio 1996 n. 11, per errata applicazione dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.

Sostiene che la citata disposizione, tenuto conto anche del diverso tenore letterale del 3° comma, è chiara ed univoca nel prevedere che il beneficio dell'aumento dell'anzianità fino a sette anni è rilevante sia ai fini del raggiungimento dell'anzianità necessaria per maturare il diritto ad andare in quiescenza, sia ai fini della maggiorazione dell'anzianità contributiva. Sostiene anche che la norma in esame è analoga alle numerose altre disposizioni sul pensionamento anticipato, che hanno previsto detta duplice valenza dell'aumento dell'anzianità.

Il ricorso è fondato.

L'art. 4, primo comma, del d.l. n. 501/1995, convertito con modificazioni dalla l. n. 11/1996, recita: "Al fine di favorire il processo di riorganizzazione e risanamento del settore del pubblico trasporto, le aziende appartenenti a tale settore predispongono, 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. Tale maggiorazione 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".

Un'attenta considerazione di tutti gli elementi letterali e logico-sistematici rilevanti ai fini della soluzione della questione interpretativa sottoposta all'esame di questa Corte, evidenzia che la maggiorazione dell'anzianità contributiva riconosciuta dalla normativa in esame ai fini dell'accesso anticipato alla pensione deve ritenersi rilevante anche ai fini del calcolo della pensione.

In senso contrario non può di per sé assumere valore decisivo l'impiego dell'espressione "ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni''. Al riguardo deve rilevarsi, innanzitutto, che effettivamente la normativa previdenziale conosce ipotesi di riconoscimento convenzionale di determinate anzianità contributive ai soli fini del diritto a conseguire la pensione, con esclusione quindi del computo della stessa ai fini della misura della pensione, ma tale circostanza non è sufficiente, sul piano logico, per ritenere che, quando la legge ne vede un aumento convenzionale di anzianità ai fini dell'esercizio concreto del diritto ad accedere al pensionamento (come si verifica, appunto, quando il beneficio dell'aumento dell'anzianità, è funzionale a un prepensionamento), essa debba necessariamente riferirsi al solo diritto all'*an* della pensione e non anche a quello al *quantum* della medesima, visto che in realtà il diritto alla pensione, inteso come concreto diritto esercitabile dall'assicurato, non può essere che un diritto alla pensione di un certo ammontare.

D'altronde questa Corte, a ben vedere, non ha mai enunciato un principio in tal senso, visto che Cass. 5 dicembre 1997 n. 3034, richiamata dalla sentenza impugnata, ha solamente affermato che non esiste nel nostro ordinamento un principio in base al quale ogni volta che il legislatore conceda a una determinata categoria di lavoratori di usufruire di un trattamento di quiescenza prima della maturazione dell'anzianità minima prevista, ciò comporti automaticamente l'accredito di contributi figurativi corrispondenti a quelli che il datore di lavoro avrebbe continuato a versare se il rapporto di lavoro si fosse protratto sino al raggiungimento della anzianità pensionabile. Nel caso in esame la legge non è formulata nel senso del riconoscimento della facoltà di accedere al pensionamento con un'anzianità inferiore a quella richiesta in genere e prevede, invece, un aumento, evidentemente convenzionale e strumentale, dell'anzianità contributiva e si tratta di interpretare l'effettiva portata di questo aumento.

Deve anche osservarsi che il provvedimento normativo di prepensionamento in esame è stato formulato in maniera inusualmente sintetica e che sono state riunite nel primo periodo del primo comma dell'art 4 sia norme procedimentali, sia norme sostanziali, le quali ultime devono ricavarsi in via indiretta dalle disposizioni relative alla formulazione dei piani di prepensionamento da parte delle varie aziende. In tale quadro, l'inciso "ai fini del conseguimento del diritto alle predette prestazioni" ha la funzione sia di meglio evidenziare che, in realtà, i piani di prepensionamento erano concretamente funzionali all'effettiva attuazione del prepensionamento stesso, sia di precisare che il beneficio dell'aumento figurativo fino a sette anni dell'anzianità contributiva (o dell'età anagrafica) era riconosciuto nei limiti necessari per il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità (o della pensione di vecchiaia). In tale quadro non

risulta affatto evidente una funzione limitativa dell'espressione anche sotto il profilo della irrilevanza dell'aumento ai fini della misura della pensione.

Una chiara conferma della volontà del legislatore di riconoscere l'aumento figurativo di anzianità contributiva anche ai fini della misura della pensione si evince dall'ultimo periodo dell'art, 4, primo comma, la cui funzione è quella di limitare ulteriormente la misura in cui il lavoratore può fruire dell'aumento dell'anzianità contributiva ai fini dell'accesso al pensionamento di anzianità. Infatti non è riconosciuta la possibilità di aumentare, a tal fine, l'anzianità contributiva in misura superiore al lasso di tempo necessario per conseguire, dal momento della risoluzione del rapporto (punto concreto di riferimento degli aumenti convenzionali di anzianità contributiva o di età, in sede di attuazione concreta del prepensionamento), l'età pensionabile. La *ratio* evidente di questa limitazione è quella secondo cui, se sussistono anche i presupposti del prepensionamento di vecchiaia, il lavoratore non può avvalersi di un più vantaggioso prepensionamento di anzianità. La precisazione è utile perché, mentre nella normativa ordinaria il pensionamento di anzianità presuppone l'insussistenza dell'età per il pensionamento di vecchiaia, il dubbio può sussistere nel caso in cui la possibilità di accedere al pensionamento di vecchiaia dipende da un aumento fittizio di età, pur consentito dallo stesso provvedimento normativo.

Tale limitazione, come è evidente, ha un'effettiva funzione solo se l'aumento di anzianità contributiva rileva anche ai fini della misura della pensione (in caso contrario la misura della stessa è comunque correlata all'anzianità contributiva di cui il lavoratore può fruire a prescindere dalla normativa sul prepensionamento). Nè appare accettabile la tesi, enunciata nella sentenza impugnata, secondo cui la norma ha la sola funzione di precisare che il lavoratore deve usufruire della pensione di vecchiaia, se con una minore maggiorazione consegue i requisiti del pensionamento di vecchiaia. La disposizione, infatti, è chiaramente formulata in senso limitativo dei benefici conseguibili dal lavoratore, mentre per il medesimo costituisce un potenziale vantaggio la qualifica della pensione come pensione di vecchiaia e non di anzianità, a parità di età anagrafica e di ammontare. Inoltre di qualificazione della pensione la norma non parla affatto, sicché in realtà, in caso di operatività della disposizione in esame, alla qualificazione della pensione come pensione (anticipata) di vecchiaia deve pervenirsi non per una prescrizione espressa della norma in questione, ma in applicazione di un criterio di carattere generale.

È, poi, agevole verificare che clausole limitative del genere di quella contenuta nella parte finale dell'art. 4, primo comma, sono contenute nelle normative di prepensionamento che prevedono il riconoscimento a tutti gli effetti degli aumenti convenzionali di anzianità (cfr., ad esempio, l'art. 27 l. 23 luglio 1991 n. 223 e l'art. 8 del d.l. 30 dicembre 1997 n. 457, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 1998 n. 30).

Al fine delineare in maniera più esauriente la complessiva logica normativa dell'art. 4, è opportuno rilevare che, una volta chiarito che, ai fini del pensionamento anticipato di anzianità, l'aumento convenzionale di anzianità contributiva rileva anche ai fini della misura delle pensione, deve necessariamente concludersi che tale anzianità contributiva sia implicitamente prevista anche con riferimento al pensionamento anticipato

di vecchiaia, sia perché non può ammettersi che il beneficio dell'aumento dell'anzianità contributiva sia riconosciuta ai soggetti già in partenza forniti di maggiore contribuzione (in quanto non lontani dal possesso del più elevato requisito contributivo del pensionamento di anzianità) e non anche a quelli in possesso di minore contribuzione, sia perche', altrimenti, in concreto potrebbero venire ad essere disciplinate in maniera radicalmente diversa situazioni sovrapponibili o contigue.

Un'ulteriore conferma delle conclusioni cui si è pervenuti circa la portata dell'inciso del primo comma "ai fini del conseguimento del diritto alle prestazioni" è fornita dal terzo comma dell'art. 4, secondo cui, nel caso in cui sia ritenuto necessario al fine del completamento del programma di gestione delle eccedenze, i programmi di prepensionamento possono riguardare anche lavoratori "che raggiungano i requisiti di anzianità contributiva computando, oltre all'anzianità di cui al comma 1, quella maturata presso altre forme previdenziali" e che "la predetta anzianità rileva ai soli fini del diritto al pensionamento anticipato a carico del fondo di previdenza del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto". Il fatto che in questo caso la legge sia ricorsa ad un espressione inequivocamente limitativa ("ai soli fini del diritto al pensionamento anticipato") rende evidentemente plausibile una interpretazione non limitativa della diversa espressione contenuta nel primo comma. E può aggiungersi che, poiché la menzionata "anzianità di cui al comma 1" comprende evidentemente sia l'anzianità contributiva effettiva che quella aggiuntiva, poiché è in questione il raggiungimento dei requisiti di legge di anzianità contributiva, ne risulta ulteriormente confermata la unitaria considerazione da parte dell'art. 4 delle anzianità contributive effettive e convenzionali prese in considerazione dal primo comma.

Il ricorso deve quindi essere accolto e la causa rinviata ad altro giudice, che si atterrà al seguente principio di diritto: "Nel pensionamento anticipato dei lavoratori addetti ai pubblici servizi di trasporto (autoferrotranvieri), disciplinato dall'art. 4 del d.l. 25 novembre 1995 n. 501, convertito con modificazioni dalla legge 5 gennaio 1996 n. 11, l'aumento figurativo o convenzionale dell'anzianità contributiva rileva non solo ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di anzianità, ma anche ai fini della misura della stessa".

(Omissis)

***Pensioni* - Pensione sociale - Soggetti (anziani) - Ultrasessantacinquenni divenuti invalidi - Diritto alla pensione sociale - Requisito reddituale - Cumulo del reddito del coniuge - Sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 1992 - Estensione alle disposizioni sul limite di reddito individuale - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 12.11.2003, n. 17053 - Pres. Dell'Anno - Rel. Morcavallo - P.M. Velardi (Conf.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente) - Milani (Avv. Cimino).

L'efficacia precettiva della sentenza della Corte Costituzionale n. 88 del 1992 (1), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 26 della legge n. 153 del 1962 nella parte in cui, nell'indicare il limite di reddito cumulato con quello del coniuge (ostativo al conseguimento della pensione sociale) non prevedeva un meccanismo differenziato per gli ultra sessantacinquenni divenuti invalidi, si riferisce esclusivamente ai soggetti coniugati, per i quali assume rilievo la disciplina legislativa del rapporto fra solidarietà coniugale e solidarietà collettiva ai fini dell'erogazione di una prestazione a soggetti sprovvisti di reddito, e pertanto non può essere estesa alle disposizioni sul limite reddituale individuale (v. Corte Cost. n. 400 del 1999).

FATTO — Con sentenza 7 novembre 2000 - 5 gennaio 2001 n. 528/2000, la Corte d'appello di Torino, respingendo l'appello dell'INPS, ha confermato la decisione del Tribunale di Novara, che aveva accolto la domanda proposta da Milani Vittoria, intesa ad ottenere la condanna dell'Istituto alla corresponsione della pensione sociale dal 1°ottobre1996, mediante applicazione della sentenza della Corte costituzionale n.88 del1992 (dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 26 della legge 30 aprile 1969 n.153 nella parte in cui, nell'indicare il limite di reddito cumulato con quello del coniuge, ostativo al conseguimento della pensione sociale non prevedeva un meccanismo differenziato per gli ultrasessantacinquenni divenuti invalidi).

I giudici di appello ritenevano che correttamente il primo giudice aveva dato attuazione alla suindicata sentenza della Corte costituzionale, applicando in via analogica i limiti di reddito previsti in materia di assegni per il nucleo familiare e accertando che nella specie tali limiti non erano stati superati.

Per la cassazione di tale sentenza l'Istituto ricorre deducendo un unico motivo di impugnazione.

La Milani resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 26 l. n. 153 del 1969 cit., l'INPS deduce che la predetta sentenza della Corte costituzionale non poteva autorizzare, in mancanza di un apposito intervento del legislatore, l'applicazione di limiti diversi da quelli previsti dalla legge e del tutto incompatibili con questi ultimi per la eterogeneità della materia trattata; rileva che, peraltro, la medesima sentenza della Corte costituzionale, essendo relativa alla sola determinazione del limite di reddito per gli anziani invalidi coniugati (così come chiarito dalla stessa Corte con la successiva sentenza n. 400

del 1999), non poteva trovare applicazione nella specie, dato che la Milani era un soggetto "monoreddito".

Il motivo è fondato, nei limiti di seguito precisati.

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare in controversie che, come quella in esame, si sottraevano *ratione temporis* alla nuova disciplina di cui all'art. 3 della legge 8 agosto 1995 n. 335 (v., da ultimo, Cass. 5 marzo 2002 n.3137, 5 febbraio 2003 n.1707), la dichiarazione di illegittimità costituzionale *in parte qua* dell'ari. 26 cit. ha un'efficacia immediatamente precettiva, nel senso che il giudice, nella verifica del requisito reddituale dell'aspirante alla pensione sociale ultrasessantacinquenne che sia divenuto invalido, non può negare automaticamente il diritto ove il relativo reddito cumulato con quello del coniuge sia superiore ai limiti fissati dalla legge, ma — in mancanza di intervento del legislatore per emendare il vuoto normativo creatosi per effetto della menzionata pronunzia della Corte Costituzionale — deve determinare concretamente il limite reddituale congrue, essendo a tal fine ammissibili sia il ricorso a criteri analogici, come l'applicazione della disciplina degli assegni familiari, sia la individuazione del suddetto limite con riferimento alla specificità del caso concreto.

La predetta efficacia precettiva, peraltro, non può che riferirsi alla declaratoria di illegittimità costituzionale del meccanismo previsto dall'art.26 cit. per la determinazione del limite di reddito per i soggetti coniugati; ed infatti, come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza n.400 del 1999 (che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.3, comma 6,della citata legge n. 335 del 1995),i principi formulati con la sentenza n. 88 del 1992 hanno ad oggetto la disciplina legislativa del rapporto fra solidarietà coniugale e solidarietà collettiva ai fini dell'erogazione della prestazione destinata ai soggetti sprovvisti di reddito e non possono essere integralmente estesi alle disposizioni sul limite reddituale individuale.

Nella specie, i giudici di merito hanno ritenuto applicabile, per effetto della sentenza della Corte Cost. n. 80 del 1992, un diverso limite reddituale, senza previamente accertare, tuttavia, se I'aspirante alla pensione sociale fosse coniugata (circostanza, quest'ultima, neanche dedotta come fatto costitutivo della domanda, di talché non potrebbe configurarsi al riguardo una non contestazione da parte dell'Istituto). Ma in tal modo, finendo per estendere indistintamente a tutti gli ultrasessantacinquenni invalidi l'applicabilità di limiti di reddito diversi da quelli previsti dall'art. 26 cit., i medesimi giudici non hanno correttamente applicato la disposizione in esame, quale risulta dall'intervento del giudice delle leggi nei sensi sopra chiariti, e sono incorsi, perciò, nel denunciato vizio di falsa applicazione di una norma di diritto. Nè può rilevare, al riguardo, che il relativo profilo di censura sia stato dedotto dall'Istituto solo in sede di legittimità, trattandosi di una questione di individuazione della norma applicabile, che — non essendo qui preclusa da alcun giudicato — questa Corte deve porsi *ex officio* e risolvere anche con norme e principi diversi da quelli indicati dalle parti.

Ne consegue che il ricorso deve essere accolto per quanto di ragione e la senten-

za impugnata deve essere cassata con rinvio ad altro giudice, designato nella Corte d'appello di Genova, che procederà a nuovo esame della controversia sulla base dei principi e degli accertamenti sopra indicati.

Lo stesso giudice di rinvio provvederà sulle spese del giudizio di cassazione, ai sensi dell'art. 385, terzo comma, c.p.c.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1992, p. 435.

***Pensioni* - Adeguamento delle prestazioni - Disciplina *ex* art. 59 legge n. 449 del 1997 - Applicabilità - Conseguenze - Diritto alla riliquidazione della pensione in relazione alla variazione nella retribuzione pensionabile del personale in servizio - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 28.10.2003, n. 16221 - Pres. Ciciretti - Rel. Vigolo - P.M. Abbritti (Diff.) - INPS (Avv.ti Morielli, De Angelis, Marchini) - Possamai (Avv.ti Dalla Santa, Allocca, Salerno).

La disposizione di cui all'art. 59, quarto comma, della legge n. 449 del 1997, che comporta la soppressione, a decorrere dall'1 gennaio 1998, di meccanismi di adeguamento diversi da quello previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 503 del 1992, anche se collegati all'evoluzione delle retribuzioni del personale in servizio, impedisce, a partire dalla suddetta data, la riliquidazione automatica, ai sensi dell'art. 30 del Regolamento I.N.A.M., della pensione dei dipendenti (nella specie: dirigente generale) dell'istituto, risultando pertanto inapplicabile ai dipendenti collocati a riposo la deroga disposta dall'art. 19 del d.lgs. n. 80 del 1998 esclusivamente per i "pari grado" in servizio.

FATTO — Con atto depositato il 5 giugno 1998, il sig. Paolo Possamai, *ex* dirigente generale dell'I.N.A.M., ricorreva al Pretore di Venezia nei confronti dell'I.N.P.S. chiedendone la condanna a corrispondergli la maggiorazione della pensione col computo dell'indennità di posizione, ai sensi della legge 2 ottobre 1997, n. 334.

Con sentenza in data 24 giugno 1999, il Pretore accoglieva la domanda per gli anni 1996,1997 e 1998.

L'appello dell'Istituto di previdenza veniva respinto dal Tribunale della stessa sede con sentenza 11 maggio/28 agosto 2000, così argomentata:

— l'art.30, comma primo, del regolamento del personale I.N.A.M. prevedeva che le variazioni delle retribuzioni pensionabili del personale in servizio comportavano una riliquidazione delle pensioni sulla base della nuova retribuzione stabilita per *"la qualifica e la posizione in cui l'impiegato si trovava all'atto della cessazione del servizio"(c.d. clausola oro);*

— era irrilevante che il Possamai avesse raggiunto la qualifica di dirigente generale solo all'atto della cessazione del servizio, per effetto dell'art. 2 della legge n:336 del 1970, essendo decisivo, invece, che il dipendente avesse una determinata qualifica all'atto della cessazione dal servizio;

— per lo stesso motivo era del pari irrilevante la dedotta natura transitoria e anticipatoria dell'indennità di posizione e che questa non avesse carattere fisso e continuativo;

— dal coordinamento degli artt.1 della legge n.334/1997, 30 regolamento l.N.A.M. e 75 d.p.r. n.761/1979, risultava che l'indennità di posizione venne istituita quale anticipazione sul futuro assetto retributivo e per tredici mensilità, sicché non avrebbe potuto dubitarsi del suo carattere retributivo;

— nuova e perciò inammissibile perché formulata dall'I.N.P.S. solo in appello era l'eccezione circa il godimento da parte del dipendente della indennità di funzione, non cumulabile con l'indennità di posizione, essendo il rapporto tra le due di alternatività;

— l'eccezione non era esaminabile d'ufficio in quanto la corresponsione di indennità aventi analoga natura coinvolgeva questioni di fatto che avrebbero dovuto formare oggetto di indagine e di contraddittorio in primo grado;

— essa era comunque infondata in quanto l'indennità di posizione viene corrisposta quale anticipazione sul futuro assetto retributivo, mentre l'indennità di funzione è maggiormente collegata con le funzioni effettivamente esercitate (dal personale in servizio);

— la *"clausola oro"* non poteva ritenersi abrogata per l'anno 1998, non essendo applicabile al caso in esame la norma di cui all'art.59, quarto comma, della legge n.449/1997: l'art.30 del regolamento personale INAM operava anche per tale anno; pertanto, l'eccepita abrogazione sarebbe stata operante solo per situazioni successive alla sua entrata in vigore; inoltre le disposizioni di cui all'art. 1 della legge n.334/1997 erano state prorogate almeno fino al 31 dicembre 1998.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre l'I.N.P.S. con unico motivo.

Resiste il Possamai con controricorso.

DIRITTO — Col motivo di ricorso, l'Istituto di previdenza, deducendo *violazione e falsa applicazione degli artt.1 della legge 2 ottobre 1997, n. 334, 2 della legge 24 maggio 1970, n. 336 e 59, quarto comma, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Vizio di motivazione (art. 365, nn.3 e 5 c.p.c.)* sostiene che:

a) ai sensi del secondo comma dell'art. 1 della legge 2 ottobre 1997, n. 334, l'indennità di posizione era attribuita ai dirigenti in servizio presso enti diversi dalle ammini-

strazioni statali, equiparati per effetto dell'art.2 della legge n.72 del 1985 (come nel caso del Possamai), *"che non fruiscano di compensi o Indennità aventi analoga natura, fatto salvo il trattamento di maggior favore"*.

Il Possamai godeva dell'indennità di funzione dirigenziale quota A (art.13 della legge n.88 /1989), di maggiore importo e avente analoga natura dell'altra, come riconosciuto da questa Corte con sentenza 17 giugno 1999, n.6064 resa interpartes.

Il rilievo del Tribunale circa l'inammissibilità dell'eccezione relativa, proposta in secondo grado, non era pertinente in quanto solo nel corso del giudizio di appello l'Istituto aveva avuto conoscenza della predetta sentenza della Corte di cassazione;

b) la qualifica superiore, così come attribuita dall'art. 2 della legge n. 336 del 1970, *"ai soli fini della liquidazione della pensione e delle indennità di buonuscita e di previdenza"* era da ritenersi correlata, sotto il profilo dei miglioramenti pensionistici, solo alla voce stipendiale, esclusi gli emolumenti accessori connessi alla qualità del servizio effettivamente prestato. Avrebbe dovuto, cioè, tenersi conto della natura fittizia del conferimento della qualifica superiore, la quale non avrebbe potuto comportare altre conseguenze, essendo l'indennità di posizione connessa *"esclusivamente alle funzioni dirigenziali attribuite"*, mentre il Possamai ottenne tale profilo funzionale solo all'atto del pensionamento per i benefici dell'art. 2 della legge 336/1970. Il collegamento del beneficio al solo stipendio tabellare risultava evidente anche dal raffronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 2 della legge n. 336 del 1970, posto che il primo comma attribuiva agli *ex* combattenti o assimilati (ai soli fini della liquidazione della pensione e della indennità di buonuscita e di previdenza) aumenti periodici di stipendio, paga o retribuzione, sicché anche la qualifica (o classi di stipendio paga o retribuzione immediatamente superiore) attribuita in alternativa dal secondo comma, doveva essa pure inerire solo allo stipendio tabellare, senza incidere nel trattamento di quiescenza.

e) per quanto atteneva all'anno 1998, l'I.N.P.S. rileva che ai sensi dell'art. 59, quarto comma, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, a far tempo dal 1° gennaio 1998, la riliquidazione periodica delle pensioni integrative in base alla clausola oro non avrebbe potuto più essere collegata alla dinamica, delle retribuzioni del personale in attività. Al riguardo erronea e ingiustificata era la limitazione da parte del Tribunale degli effetti dell'art. 59, quarto comma cit. solo a coloro che maturavano la pensione dopo l'entrata in vigore della legge stessa, mentre si estendeva a tutti i titolari di pensioni, come emergeva dal contenuto letterale della norma.

La Corte ritiene infondate le prime due censure sopra sintetizzate, nelle quali si articola il ricorso.

Quanto alle doglianze sopra riportate sub a), la loro infondatezza appare evidente ove si consideri che l'Istituto, quale ente tenuto a erogare il trattamento pensionistico di cui si discute, non poteva ignorare la situazione giuridica propria del pensionato, sicché non vi era necessità di alcuna rivendicazione di quest'ultimo e, tanto meno, che sulla rivendicazione intervenisse una sentenza passata in giudicato perché l'Istituto potesse eccepire in questo giudizio che controparte aveva diritto a compensi o indennità di natura (eventualmente) analoga all'indennità di posizione (comunque rivendicata) e più favorevoli rispetto a quest'ultima.

Per quanto attiene, poi, alla sentenza 17 giugno 1999, n. 6064, con la quale questa Corte, pronunciando nei confronti delle stesse parti, ha rigettato il ricorso dell'I.N.P.S. avverso la sentenza del Tribunale di Venezia che aveva confermato la decisione di primo grado di condanna dell'I.N.P.S. alla riliquidazione della pensione integrativa in conseguenza degli incrementi delle retribuzioni pensionabili del personale 'pari grado' in servizio a titolo di indennità di funzione, deve rilevarsi che il giudice di legittimità non ebbe a pronunciarsi sulla natura dell'indennità stessa, avendo ritenuto essenziale, ai fini della soluzione delle questioni sottopostegli, la sola circostanza che le competenze attribuite al personale in servizio fossero di carattere fisso e continuativo e perciò utili a pensione, mentre era irrilevante lo scopo dell'attribuzione patrimoniale, in particolare quello di eventualmente compensare la specificità della prestazione di detto personale.

Ne consegue che la citata sentenza della Corte di cassazione non costituisce giudicato esterno (in caso contrario, esaminabile di ufficio anche in questa sede) sul rapporto tra indennità di posizione e indennità di funzione e circa la analogia eventuale di natura tra le due indennità, ai fini dell'art.1, comma secondo, della legge 2 ottobre 1997, n. 334.

Le critiche alla sentenza impugnata sopra riportate *sub* lett. b) sono del pari infondate come emerge dalla circostanza, posta in luce da questa Corte anche nella sentenza n. 6064/1999 cit., che ai fini dell'adeguamento della pensione agli aumenti stipendiali dei *"pari grado"* era richiesto solo che si trattasse di emolumenti pensionabili. In ordine all'indennità di posizione, l'art. 1, comma primo, della legge 2 ottobre 1997, n. 334 stabilisce che la stessa spetta, per gli anni 1996 e 1997, in aggiunta al trattamento economico in godimento, 'fondamentale o accessorio', a titolo di anticipazione sul futuro assetto retributivo da definire in sede contrattuale, ed è correlata esclusivamente alle funzioni dirigenziali attribuite, ed è pensionabile.

D'altro canto, l'art. 2, comma secondo, della legge 24 maggio 1970. n.336 attribuì agli *ex* combattenti ed equiparati, al momento della cessazione dal servizio, in luogo degli aumenti stipendiali riconosciuti dal primo comma art. ult. cit., a loro richiesta, la qualifica immediatamente superiore a quella posseduta, ai fini della liquidazione della pensione e della indennità di buonuscita: proprio di pensione si discute in questa controversia.

La norma, quindi, rileva solo in quanto ha consentito il riconoscimento in favore del Possamai di una qualifica e di un livello stipendiale superiore, mentre non impedisce l'operatività dell'art. 30 del Regolamento I.N.A.M. in relazione all'art. 1 della legge 334/1997 cit..

Priva di rilievo è, pertanto, la circostanza che l'attribuzione della qualifica superiore sia avvenuta, in favore del Possamai, solo al momento del suo collocamento a riposo e quale beneficio combattentistico o assimilato, essendo decisivo il fatto che ai *"pari grado"* fosse stata attribuita l'indennità pensionabile di cui si discute; significativo è anche che essa fosse stata attribuita quale anticipazione sul futuro assetto retributivo. Irrilevante è, invece, che fosse stata riconosciuta in relazione alle funzioni dirigenziali attribuite, essendo ovvio che il pensionato non esercita funzioni di sorta e tuttavia, in forza dell'art. 30 del regolamento I.N.A.M. beneficia, sotto forma di riliquidazione

della pensione, delle attribuzioni concesse ai dipendenti "pari grado" in servizio, anche se disposte in ragione delle funzioni da questi ultimi esercitate.

Fondata è, invece, la doglianza di cui sub lett. e).

Il comma quarto dell'art. 59 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 dispone, infatti, che *"a decorrere dal 1" gennaio 1998, per l'adeguamento delle prestazioni pensionistiche a carico delle forme pensionistiche di cui ai commi 1,2 e 3 trova applicazione esclusivamente l'art.11 del d. Igs. 30 dicembre 1992, n.503, con esclusione di diverse forme, ove ancora previste, di adeguamento anche collegate all'evoluzione delle retribuzioni di personale in servizio...".*

La norma non da luogo a dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo della lesione del diritto quesito per coloro che già erano pensionati, tenuto conto che la Corte costituzionale (sent. 17 dicembre 1985, n. 349). in materia analoga, ha affermato che, se è vero che in linea di principio deve ritenersi ammissibile un intervento legislativo che, nel rispetto dell'autonomia negoziale privata, modifichi l'ordinamento pubblicistico delle pensioni, non può però ammettersi che tale intervento sia assolutamente discrezionale, per cui non è consentita una modifica legislativa che, intervenendo quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva, un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente maturate dai lavoratori per il tempo successivo alla cessazione della propria attività, ma una siffatta irrazionale incidenza va esclusa nel caso della estensione normativa ai pensionati delle gestioni speciali del sistema di perequazione automatica previsto dall'art. 10 della legge 3 giugno 1975, n. 160.

Non può dubitarsi, poi, che tra le *"diverse forme di adeguamento"* (rispetto alla perequazione automatica previsto dall'art.11 ora citato), contemplate dall'art.59 cit. rientri quella prevista dall'art.30 del regolamento I.N.A.M..

Tanto premesso si rileva, infine, che l'art. 19 del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ha bensì prorogato le disposizioni di cui all'art.1 della legge n.334/1997 sino all'entrata in vigore dei contratti collettivi di cui all'art. 24 del d. Igs. 3 febbraio 1993, n. 29 e comunque non oltre il 31 dicembre 1998, ma, se di tale proroga del trattamento hanno beneficiato i *"pari grado"* in servizio, il beneficio non può ricadere anche sui dipendenti collocati a riposo, come si pretenderebbe dal Possamai, essendo divenuta inefficace dal primo gennaio dello stesso anno la disposizione regolamentare che disponeva l'adeguamento o riliquidazione automatica della loro pensione.

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, il ricorso deve essere accolto per quanto di ragione.

La sentenza impugnata deve essere cassata e, non essendo necessari altri accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito col rigetto della domanda proposta dal Possamai per la parte riguardante la riliquidazione della pensione per l'anno 1998 (restando così confermata la decisione impugnata per quanto concerne l'accoglimento della domanda per gli anni 1996 e 1997).

Ricorrono giusti motivi per compensare le spese del giudizio di legittimità, mentre per le spese dei gradi di merito appare equo provvedere in conformità alle pronunce del Pretore e del Tribunale.

(Omissis)

***Pensioni* - Conseguimento dei requisiti assicurativi e contributivi da parte del lavoratore italiano per effetto della totalizzazione dei periodi assicurativi presso diversi Stati - Ammissibilità in base all'ordinamento comunitario - Condizioni - Cumulabilità dei periodi assicurativi compiuti sotto la legislazione dei soli Paesi membri dell'Unione europea - Esistenza di convenzione con Paese terzo ratificata con legge dello Stato membro - Rilevanza - Esclusione - Cumulo di periodi di assicurazione compiuti in Italia e in Germania con quelli compiuti in Australia - Ammissibilità - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 10.9.2003, n. 13273 - Pres. Sciarelli - Rel. De Luca - P.M. Fedeli (Conf.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo) - Verdiglione (Avv. Maffei)

In tema di integrazione del requisito contributivo ai fini del conseguimento della pensione di anzianità, la totaIizzazione prevista e disciplinata dall'ordinamento comunitario (art. 45 e 46 del Regolamento CEE del Consiglio n. 1408 del 1971, in attuazione della delega conferita dall'art. 51 del Trattato), consente il cumulo dei periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione dei soli paesi membri dell'Unione europea, intendendosi per tale, secondo l'art. 1 del citato Regolamento CEE, il complesso di leggi, regolamenti, disposizioni statutarie ed ogni altra misura di applicazione concernenti i regimi di sicurezza sociale, con esclusione, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (v. sent. 2 agosto 1993, causa n. 23/92), delle disposizioni di convenzioni internazionali in materia previdenziale tra un solo Stato membro ed uno Stato terzo, anche se recepite, con legge, nell'ordinamento giuridico nazionale dello Stato membro interessato.
Pertanto, non e' ammessa la totalizzazione con riguardo a periodi di assicurazione compiuti da un lavoratore sotto la legislazione nazionale di Italia e Germania ed al periodo compiuto dallo stesso lavoratore in Australia, pur essendo quest'ultimo cumulabile in forza di una convenzione italo - australiana ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 225 del 1988.

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, il Tribunale di Torino confermava la sentenza del Pretore della stessa sede in data 24 aprile 1998, che aveva accolto la domanda proposta da Giuseppe Verdiglione contro l'INPS — per ottenere la pensione di anzianità — ritenendone il requisito contributivo integrato in dipendenza della *totalizzazione* dei periodi di assicurazione compiuti in Italia con i periodi di assicurazione compiuti sia in Germania (ai sensi dell'art. 45, 1° comma, del regolamento CEE del Consiglio n. 1408/71) che in Australia (ai sensi dell'Accordo

bilaterale italo-australiano del 23 aprile 1986, ratificato e reso esecutivo con legge 7 giugno 1988, n. 225) — sebbene fra gli stessi paesi (Germania, appunto, ed Australia) non esistesse una convenzione in materia — essenzialmente in base al rilievo che *"la liquidazione é richiesta all'ente previdenziale italiano, (....) il riconoscimento dei contributi maturati in Germania non determina alcuna conseguenza per I' ente previdenziale australiano e, viceversa, il riconoscimento dei contributi maturati in Australia non spiega alcun effetto a carico delI' ente previdenziale tedesco"*.

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

L'intimato resiste con controricorso, illustrato da memoria.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (legge 7 giugno 1988, n. 225, di ratifica ed esecuzione dell'Accordo bilaterale italo-australiano del 23 aprile 1986, articoli 2, comma 2, e 7, dello stesso Accordo bilaterale italo-australiano, art. 45 Regolamento CEE del Consiglio n. 1408/71 del 14 giugno 1971, art. 1321 ss. c.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — l'INPS censura la sentenza impugnata per avere ritenuto possibile la *totalizzazione* dei periodi di assicurazione compiuti in Italia con i periodi di assicurazione compiuti sia in Germania (ai sensi dell'art. 45, 1° comma, del regolamento CEE del Consiglio n. 1408/71, cit.) che in Australia (ai sensi dell'Accordo bilaterale italo-australiano del 23 aprile 1986, ratificato e reso esecutivo con legge 7 giugno 1988, n. 225, cit.) — sebbene fra gli stessi paesi (Germania, appunto, ed Australia) non esistesse una convenzione in materia — in quanto ciò non é consentito dalle fonti (regolamento comunitario ed accordo bilaterale, cit., appunto), che prevedono la *totalizzazione* dei periodi di assicurazione, compiuti in Italia, soltanto con i periodi di assicurazione compiuti in ciascuno di quei due paesi.

Il ricorso é fondato.

2. — La *totalizzazione* é, con la *ricongiunzione*, uno degli istituti del nostro ordinamento previdenziale (ma con riscontri nel diritto dell'Unione europea e nel diritto internazionale, come emerge anche dalla presente controversia, nonché nel panorama comparatistico), che sono diretti ad agevolare l'utilizzazione integrale delle contribuzioni versate presso enti (o gestioni) previdenziali diversi del nostro paese, oppure — nei casi regolati da fonti internazionali o dell'Unione europea — anche di altri paesi — in dipendenza dello svolgimento di lavori diversi oppure, rispettivamente, della loro prestazione nel territorio di paesi, parimenti diversi, da parte dello stesso lavoratore — ai fini del diritto e della misura del trattamento pensionistico, per quel che qui interessa (ma anche di altre prestazioni previdenziali: vedi, per tutte, Casus. n. 2318/02, in tema di indennità di disoccupazione).

A differenza della *ricongiunzione* — che consente la concentrazione di tutte le posizioni contributive presso l'ente (o la gestione), prevedibilmente destinato (o destinata) ad erogare la pensione in base al proprio regime, all'uopo trasferendovi

tutte le contribuzioni — la *totalizzazione* si limita, tuttavia, a consentire soltanto il *cumulo* — in virtù di una sorta di *finzione giuridica (fictio iuris)* — di tutte le *contribuzioni* versate in favore dello stesso lavoratore, ai fini del diritto e della misura della pensione appunto, mentre restano, presso ciascun ente o gestione, le contribuzioni — che vi risultano versate, — ed a loro carico — in base al criterio del *pro rata* — soltanto una quota di pensione, in proporzione dell'anzianità assicurativa e contributiva, dal lavoratore maturata presso la gestione medesima (vedi Corte cost. n. 61/99, Cass., ordinanza n. 3386/03).

Tuttavia non é stata, a suo tempo, esercitata la delega, di evidente portata generale, che era stata conferita al Governo (articolo 35, comma 2, lettera c, legge n. 153 del 1969) per *"attuare il principio della pensione unica, determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa, mediante l'applicazione del principio del pro rata"*.

Di conseguenza, il *principio della totalizzazione* ha trovato applicazione, soltanto nei casi per i quali risulta espressamente previsto, in termini non sempre omogenei.

Si tratta, ad esempio, del caso dei lavoratori, che liquidano la pensione in una delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi, gestite dall'INPS, con il cumulo dei contributi versati nelle medesime gestioni o nell'assicurazione generale obbligatoria dei lavoratori dipendenti (articolo 16 legge n. 223 del 1990), oppure dei dirigenti iscritti all'INPDAI, che abbiano maturato anzianità contributive presso ordinamenti previdenziali diversi (articolo 5 legge n. 44 del 1973), o della *totalizzazione* per i dirigenti dell'ENEL e delle aziende elettriche private (articolo 17 legge n. 1079 del 1971).

Lo stesso principio é stato bensì , adottato di recente in termini generali (articolo 1, comma 39, legge n. 335, del 1995, — in relazione al decreto legislativo n. 184 del 1997), ma risulta tuttavia espressamente — limitato (comma 1 del citato decreto legislativo n. 184 del 1997) ai soli lavoratori — soggetti esclusivamente al metodo contributivo di calcolo della pensione (di cui al comma 19 del citato articolo 1 legge n. 335 del 1995) — che non abbiano, peraltro, maturato il trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni alle quali siano stati iscritti.

La *totalizzazione,* quindi, non é *principio generale* del nostro ordinamento.

Rappresenta, al contrario, una *eccezione* — sia pure molto diffusa — rispetto alla *regola,* che impone la utilizzazione dei contributi — ai fini del diritto e della misura delle pensioni ed, in genere, delle prestazioni — presso le stesse gestioni previdenziali, nelle quali sono versati.

Ne risultano, infatti, discipline *speciali* diverse della *totalizzazione,* che — pur avendo in comune il criterio del *pro rata,* che indubbiamente possiede una sua ben delineata fisionomia — si differenziano, tuttavia, per taluni aspetti di dettaglio, essenzialmente funzionali all'adattamento del *principio della totalizzazione* alle particolarità dei regimi previdenziali diversi, che vi sono coinvolti (vedi Corte cost. n. 61 del 1999, cit.).

Coerentemente, i casi di *totalizzazione* prospettati non sono reciprocamente comparabili, — ai fini del sindacato di costituzionalità (vedi Corte cost. n. 61 del 1999,

Cit.), né consentono l'applicazione — analogica od estensiva — di ciascuna, disciplina, al di fuori delle fattispecie, per le quali é prevista, e, tantomeno la possibilità di prefigurare regole alternative o, comunque, diverse rispetto a quelle espressamente previste (vedi Cass., ordinanza n. 3386/03, cit.).

In particolare, non pare possibile l'applicazione parziale di ciascuna delle stesse discipline — in tema di *totalizzazione* — che consenta, in ipotesi, di separare il momento del *cumulo* dei contributi da quello dell'assunzione — *pro quota* — dell'onere della pensione.

In altri termini, non é possibile *cumulare* contribuzioni versate a gestioni previdenziali diverse — ai fini del diritto, appunto, e della misura della pensione — e limitare, poi, l'imposizione dell'onere della pensione soltanto ad alcune delle gestioni medesime, con l'esito di derogare all'essenziale criterio del *pro quota* oppure di garantire al lavoratore — in evidente contrasto con la stessa *ratio* della *totalizzazione* — soltanto una parte della pensione che gli sarebbe spettata in dipendenza del *cumulo.*

Né può essere trascurato che qualsiasi *totalizzazione* — mentre non impone oneri ai lavoratori interessati — può risultare, invece, onerosa per le gestioni previdenziali — che ne risultano coinvolte — in dipendenza della *"mancata sterilizzazione della contribuzione insufficiente"* (in tal senso, vedi Corte cost. n. 61/99).

3. — La prospettata *eccezionalità* — come le implicazioni relative, concernenti, fra l'altro, la preclusione dell'interpretazione analogica ed estensiva — riguarda, vieppiù, le *discipline speciali* diverse, che — in materia di *totalizzazione* — sono dettate da fonti dell'Unione europea (trattati o fonti derivate) oppure da convenzioni internazionali.

Con la consueta *eccezionalità* delle discipline *speciali* diverse nelIa soggetta materia, ciascuna di tali fonti coniuga, infatti, il limite coessenziale dell'efficacia soggettiva — ai soli paesi membri dell'Unione europea oppure, rispettivamente, ai paesi stipulanti ciascuna convenzione internazionale — nonché dell'ambito di applicazione — in deroga, parimenti eccezionale, al *principio* generale di *territorialità* delle legislazioni nazionali in materia di sicurezza sociale (vedi Corte cost. n. 369/85, Cass. n. 1499/86) — al territorio di tali paesi.

In altri termini, la disciplina in materia di *totalizzazione* — dettata da fonti dell'Unione europea o da convenzioni internazionali — non solo non trova applicazione — analogica od estensiva — al di fuori delle fattispecie per le quali é prevista e, tantomeno, consente la possibilità di prefigurare regole alternative o, comunque, diverse rispetto a quelle espressamente previste, ma impegna, altresì, soltanto i paesi — che ne risultano vincolati (paesi membri dell'Unione europea, appunto, oppure paesi stipulanti ciascuna convenzione internazionale) — e non si applica, peraltro, al di fuori del territorio dei paesi stessi.

4. — Ora il trattato istitutivo della Comunità economica europea (ratificato e reso esecutivo con legge15 ottobre 1957, n. 1203) sancisce testualmente (art. 51):

"Il Consiglio (...) adotta, in materia di sicurezza sociale, le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando, in particola-

re, un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti ed ai loro aventi diritto:

a) il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni; (.....)".

In attuazione della *delega* conferita dal Trattato (art. 51, cit.), il Regolamento CEE del Consiglio n. 1408/71 del 14 giugno 1971 *(relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori salariati e non salariati nonché ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità)* sancisce testualmente (art. 45, paragrafo 1):

"1 L'istituzione di uno stato membro (nella specie, l'istituto nazionale della previdenza sociale: N. d. E.), la cui legislazione subordina l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni(di vecchiaia o come nella specie, di anzianità: N.d.E.) al compimento di periodi di assicurazione (...), tiene conto, nella misura necessaria, dei periodi di assicurazione (...) compiuti sotto la legislazione di ogni altro stato membro, come se si trattasse di periodi compiuti sotto la legislazione che essa applica".

Coerentemente, la prestazione dev'essere *liquidata* — conformemente a quanto disposto dallo stesso Regolamento (art. 46) — e *"l'interessato ha diritto (...) alla somma delle prestazioni (rectius:* delle quote di prestazioni)", che sono poste a carico dell'istituzione di ciascuno stato membro *"Proporzionalmente alla durata dei periodi di assicurazione (....) compiuti (....) sotto la legislazione che essa applica, in rapporto alla durata totale dei periodi di assicurazione (...) compiuti, prima dell'avverarsi del rischio, sotto le legislazioni di tutti gli stati membri interessati"* (paragrafo 3, in relazione all'art. 2, lettera b).

La riportata disciplina comunitaria non lascia dubbi circa il principio di *totalizzazione* — che intende accogliere — né circa le modalità di attuazione del principio stesso.

Tuttavia non può prescindersi, per la corretta interpretazione di tale disciplina, dalle *definizioni* che — ai fini dell'applicazione del citato regolamento comunitario (CEE del Consiglio n. 1408/71) sono date dallo stesso Regolamento (art. 1, spec. lettera j) nei termini testuali seguenti: (.....)

"J) il termine "legislazione" indica, per ogni stato membro, le leggi i regolamenti, le disposizioni statutarie ed ogni altra misura d'applicazione, esistenti o future, concernenti i regimi di sicurezza sociale di cui all'articolo 4, paragrafi 1 e 2 (quali per quel che qui interessa, le legislazioni riguardanti le "prestazioni di vecchiaia", di cui all'art. 4, paragrafo 1, lettera c: N.d.E.):

Questo termine non comprende le disposizioni contrattuali, esistenti o future, esistenti o future, che siano state a meno oggetto di una decisione dei pubblici poteri: che le renda vincolanti o estenda il loro campo d'applicazione, (.....).

La stessa disposizione (art. 1, spec. lettera j, cit.) del Regolamento, poi deve essere interpretata, — secondo la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee (del 2 agosto 1993, in causa n. 23/92) — *"nel senso che la nozione di "legislazione" (....) non comprende le disposizioni di convenzioni internazionali in*

materia previdenziale tra un solo stato membro ed uno stato terzo. Detta interpretazione non é inficiata dal fatto che dette convenzioni sono state recepite, trasformandole in legge, nell'ordinamento giuridico nazionale dello stato membro interessato".

E il giudice nazionale italiano (come di ogni altro paese membro) é vincolato dalla prospettata interpretazione della Corte di giustizia — al pari di ogni altra fonte (trattati e fonti derivate) dello stesso ordinamento comunitario (vedi Corte cost. n. 113/85, Cass. n, 10987, 3841/2002, 6307/2001, 10316/2000, 8504/99) — dovendo, persino, disapplicare disposizioni e norme dell'ordinamento interno che contrastino con quella interpretazione.

5. — Pertanto non può che essere inteso — nel senso imposto dal regolamento (art. 1, spec. Lettera j, cit.), come interpretato dalla Corte di giustizia (sentenza del 2 agosto 1993, in causa n. 23/92, cit.) — il termine di legislazione, che la disciplina comunitaria in tema di *totalizzazione* — dettata dallo stesso Regolamento (art. 45, 46, cit.), in coerenza con la *delega* conferita dal Trattato (art. 51, cit.) — impiega nella identificazione dei *"periodi di assicurazione"* (vedine la *definizione* specifica alla lettera r dello stesso art. 1 del regolamento) — compiuti sotto la legislazione, appunto, di uno stato membro — in funzione del *cumulo* con *"periodi di assicurazione"* — parimenti compiuti sotto la legislazione di altro stato membro — per integrare, complessivamente, il *"periodo di assicurazione"* al quale sono subordinati — sempre dalla legislazione di. uno stato membro — *"l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni"* (art. 45, paragrafo 1, cit.),

In coerenza con la prospettata *definizione* di legislazione, non possono, quindi, essere *cumulati* — ai fini della *totalizzazione*, prevista e disciplinata dall'Ordinamento comunitario — i periodi di assicurazione compiuti in paesi terzi, ancorché siano cumulabili con periodi di assicurazione — compiuti in Italia (come in ogni altro stato membro dell'Unione europea) — in forza di convenzione internazionale, ratificata e resa esecutiva.

Tali periodi di assicurazione in paesi terzi, infatti, non possono ritenersi compiuti sotto la legislazione — nell'accezione prospettata — di un paese membro.

Di conseguenza, la stessa *totalizzazione* — prevista e disciplinata, appunto, daII'ordinamento comunitario — può trovare applicazione — soltanto nei rapporti tra paesi membri dell'Unione europea e nell'ambito del loro territori — consentendo il *cumulo* dei *"periodi di assicurazione"*, che siano compiuti sotto la legislazione — nell'accezione prospettata, appunto degli stessi paesi membri.

6. — Applicando i suesposti principi non sia cumulabile con i periodi di assicurazione compiuti sotto le legislazioni di paesi membri dell'Unione europea (Italia, appunto, e Germania) — ai fini della *totalizzazione*, prevista e disciplinata dall'ordinamento comunitario — il periodo di assicurazione compiuto dallo stesso lavoratore (ed attuale intimato) sotto la legislazione di un paese terzo (Australia).

Tale periodo, infatti, é *cumulabile* — con il periodo di assicurazione, compiuto in Italia — in forza di convenzione internazionale tra gli stessi paesi (Italia, appunto, ed Australia), ratificata e resa esecutiva in Italia (Accordo bilaterale italo australia-

no del 23 aprile 1986, ratificato e reso esecutivo con legge 7 giugno 1988, n, 225, cit.).

Tuttavia la convenzione — oltre a vincolare soltanto i paesi stipulanti (Italia, appunto, ed Australia) ed a trovare applicazione nell'ambito dei loro territori — esula dalla prospettata nozione di legislazione e, perciò, non rientra tra le fonti dei paesi membri dell'Unione europea, che sono deputate ad imporre contribuzioni *cumulabili* ai fini della *totalizzazione*, prevista e disciplinata dall'ordinamento comunitario.

Né rileva, in contrario, la circostanza che la convenzione stessa sia stata ratificata e resa esecutiva (con legge 7 giugno 1988, n. 225, cit.) e sia stata, cosi, *recepita* nel nostro *ordinamento giuridico nazionale* (in tal senso, vedi Corte Giust. 2 agosto 1993, in causa n. 23/92, cit.).

Tanto basta per accogliere il ricorso. In difetto del cumulo del periodo di assicurazione — compiuto in Australia — il lavoratore (ed attuale intimato) non raggiunge, comunque, il requisito assicurativo e contributivo per l'accesso alla pensione di anzianità, pretesa nel presente giudizio.

Tuttavia la convenzione italo — australiana risulta speculare — rispetto alla disciplina comunitaria esaminata — nell'escludere, parimenti, la *cumulabilità* — ai fini della *totalizzazione*, prevista e disciplinata dalla stessa convenzione — del periodi di assicurazione, compiuti in Italia ed in Australia , con il periodo di assicurazione compiuto in Germania.

Anche in, questo caso, i prospettati limiti, di efficacia — soggettivi e territoriali della convenzione si coniugano con il contenuto normativo - speculare, appunto, rispetto alla disciplina comunitaria in materia — della convenzione stessa.

7. — Invero la convenzione italo-australiana (Accordo bilaterale del 23 aprile 1986, ratificato e reso esecutivo con legge 7 giugno 1988, n. 225, cit.) prevede (art. 7) la *totalizzazione* di periodi contributivi nei due paesi stipulanti (Italia, appunto, ed Australia) — *"ai fini del riconoscimento del diritto alla prestazione"* — in termini non dissimili rispetto alla disciplina comunitaria nella stessa materia.

Del pari analogamente, la stessa convenzione (art. 2) — dopo avere elencato (paragrafo 1) le norme incluse nel proprio campo d'applicazione — sancisce testualmente (paragrafo 2):

" (….) le norme, incluse nell'ambito d'applicazione del presente accordo, non comprenderanno le leggi emanate, sia prima che dopo la data della firma del presente accordo, al fine di dare attuazione ad ogni accordo bilaterale, in materia di sicurezza, sociale, stipulato da una parte contraente".

Non resta, quindi, che richiamare le considerazioni svolte — in relazione alla disposizione corrispondente dell'ordinamento comunitario — e ribadire Ie conclusioni che se ne sono tratte.

Né può essere dimenticato che — per quanto si é detto — non pare possibile I' applicazione parziale di ciascuna delle stesse discipline.— tema di *totalizzazione* — che consenta, in ipotesi, di separare il momento del *cumulo* dei contributi da quello dell'assunzione — *pro quota* — dell'onere della pensione.

Né può essere trascurato che, per quanto si é detto, qualsiasi *totalizzazione*, mentre non impone oneri ai lavoratori interessati — può risultare, invece, onerosa per le gestioni previdenziali — che ne risultano coinvolte — in dipendenza della *"mancata sterilizzazione della contribuzione insufficiente"* (in tal senso, vedi Corte cost. n. 61199).

La sentenza impugnata si discosta dai principi di diritto enunciati e merita, quindi, le censure che le vengono mosse dall'Istituto ricorrente.

8.Il ricorso, pertanto, dev'essere accolto.

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

(Omissis)

***Prestazioni* - Lavoro - Lavoro subordinato - Estinzione del rapporto - Licenziamento collettivo - Iscrizione dei lavoratori nelle liste di mobilità - Assunzione in prova del lavoratore in mobilità - Mancato superamento della prova - Conseguenze - Reiscrizione nella lista - Dimissioni del lavoratore - Possibilità di nuova iscrizione - Esclusione - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 1.9.2003, n. 12741 - Pres. Mattone - Rel. Amoroso - P.M. Abbritti (Conf.) - Venturini (Avv. Borile) - INPS (Avv.ti Fabiani, Spadafora, Picciotto).

La disposizione di cui all'art. 9, comma 7, della legge n. 223 del 1991, secondo cui il lavoratore assunto a tempo pieno e indeterminato, che non abbia superato il periodo di prova, viene reiscritto al massimo per due volte nella lista di mobilità, salva la facoltà per la Commissione regionale per l'impiego di disporre la reiscrizione per una terza volta, riferendosi esclusivamente al mancato superamento del periodo di prova, implica la sussistenza di una situazione di fatto ostativa alla instaurazione del rapporto di lavoro che prescinde dalla volontà del lavoratore e non può quindi trovare applicazione nel diverso caso in cui il lavoratore, dimettendosi, dimostri la volontà di non proseguire la prova, rifiutando in tal modo il possibile rapporto di lavoro che si sarebbe potuto instaurare all'esito della prova stessa.

FATTO — 1. Con ricorso al Pretore del lavoro di Padova depositato in data 6.4.1993 Venturini Rita, già iscritta nelle liste di mobilità dall'1.2 al 6.4.1992, esponeva di aver lavorato alle dipendenze della S.p.A. Terme di Galzignano dal 6.4 al 19.4.1992 data in cui il rapporto si era interrotto per mancato superamento deI periodo di prova. Deduceva di aver quindi chiesto all'INPS la reiscrizione nelle liste di mobilità *ex* art. 9, comma 7, della legge n. 223/91, ma che la sua domanda era stata respinta malgrado i ricorsi espletati in sede amministrativa. Chiedeva pertanto che venisse accertato il proprio diritto all'erogazione dell'indennità di mobilità con conseguente condanna dell'INPS al pagamento della predetta prestazione, con accessori di legge.

L'INPS, costituitosi, contestava la pretesa avversaria sottolineando che il rapporto di lavoro era cessato per dimissioni volontarie e non per il motivo addotto dalla ricorrente. Chiedeva quindi il rigetto del ricorso.

Istruita la causa, il pretore con sentenza n. 1312/95 respingeva il ricorso e compensava interamente le spese processuali tra le parti. In particolare il primo giudice, premesso che la risoluzione della controversia dipendeva dall'individuazione del motivo esatto della cessazione del rapporto di lavoro intercorso tra la Venturini e la S.p.A. Terme di Galzignano — se cioè dimissioni volontarie o mancato superamento del periodo di prova — rilevava che le risultanze processuali avevano dimostrato che si era verificata la prima ipotesi. Di conseguenza, essendo stata la Venturini a rassegnare le dimissioni, la sua domanda non poteva essere accolta.

Avverso la suddetta sentenza ha ritualmente proposto appello Venturini Rita con ricorso depositato il 25.11.1997. Ha censurato la sentenza d primo grado per avere il pretore erroneamente ritenuto che nella fattispecie la decisione della controversia dipendesse dall'individuazione della causa di cessazione del rapporto di lavoro. Ha invero osservato che la ricorrente non aveva mai contestato di aver rassegnato le dimissioni. Aveva invece chiesto la corresponsione dell'indennità di mobilità sostenendo l'equiparazione delle dimissioni presentate durante il periodo di prova alla fattispecie prevista dall'art.9, comma 7, della legge n. 223/91, relativa al lavoratore che non abbia superato il periodo di prova, per il quale infatti è consentito il ripristino dell'indennità di mobilità. In tal senso del resto si era espressa la Circolare del Ministero del Lavoro del 20.12.1992 invocata dalla ricorrente a fondamento delle proprie richieste e richiamata fin dal ricorso introduttivo; tale era, altresì, la prassi seguita dagli uffici di collocamento. Inoltre deduceva che comunque si trattava di un contratto stagionale e quindi a tempo determinato sicché in ogni caso. anche sotto questo profilo, aveva diritto alla reiscrizione nelle liste di mobilità. Ha quindi concluso chiedendo la riforma dell'impugnata sentenza ed il ripristino dell'indennità di mobilità a partire dal 20.4.1992.

Si è costituito l'INPS con memoria depositata il 18.1.1999, sottolineando l'infondatezza dei motivi di appello, di cui ha, pertanto, chiesto il rigetto.

Con sentenza dell'1.12.1999 l'adito tribunale di Padova ha rigettato l'appello

confermando la pronuncia di primo grado e compensando tra le parti le spese di giudizio.

Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione la Venturini con cinque motivi di ricorso.

L'INPS si è limitato a depositare procura.

DIRITTO — 1. — Il ricorso è articolato in cinque motivi con cui — testualmente — si denuncia:

a) la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e 91, n. 223 del 1991;

b) violazione degli artt. 1 16, 420, 421 e 437 c.p.c.;

c) vizio di motivazione;

d) violazione della circolare 15 febbraio 1992 del Direttore generale del Ministero del lavoro;

e) violazione della direttiva del Ministero del lavoro 23 novembre 1995 n.3910 e della circolare 4 dicembre 1996 n.163.

Ritiene la difesa della ricorrente che sia possibile un'applicazione analogica dell'art. 9, comma 7, legge n. 223 del 1991 all'ipotesi di dimissioni del lavoratore nel corso della prova e quindi invoca il diritto, negato dai giudici di merito, alla reiscrizione nelle liste di mobilità.

Inoltre la difesa della ricorrente si duole del fatto che erroneamente i giudici di merito abbiano ritenuto inammissibile la deduzione del cantiere stagionale del rapporto di lavoro dal quale la ricorrente aveva receduto in periodo di prova. In ogni caso i giudici di merito avrebbero dovuto fare applicazione dei poteri istruttori d'ufficio di cui all'art. 421 c.p.c..

2. — Il ricorso deve essere nel suo complesso rigettato.

3. — Sono innanzi tutto inammissibili il quarto ed il quinto motivo di ricorso atteso che sia la prospettata violazione della circolare 15 febbraio 1992 del Direttore generale del Ministero del lavoro, nonché l'allegata violazione della. direttiva del Ministero del lavoro 23 novembre 1995 n.3910 e della circolare 4 dicembre 1996 n.163, non fanno riferimento ad atti di normazione primaria o secondaria, ma ad atti aventi natura amministrativa. Pertanto non si ricade nella fattispecie della violazione di legge di cui all'art. 360 n. 3 c.p.c., ponendosi semmai un problema di corretta interpretazione dei menzionati atti amministrativi; problema che però la ricorrente non solleva.

Profilo del tutto diverso, parimenti questo nient'affatto dedotto dalla ricorrente, anche perche avrebbe implicato l'esercizio di una diversa azione (ossia di un'azione risarcitoria), è quello del possibile affidamento della ricorrente sui suddetti atti (amministrativi che possono averla indotta (erroneamente) a rassegnare le dimissioni senza completare il periodo di prova, confidando appunto nella possibilità di reiscrizione nelle liste di mobilità. Ma ciò all'evidenza radicherebbe una pretesa risarcitoria che la ricorrente non ha affatto esercitati ma che rimane impregiudicata

essendo fuori dal *thema decidendum* di questo giudizio, quale limitato dalla *causa petendi* e dal *petitum.*

4. Parimenti inammissibile è il terzo motivo di ricorso perché l'indicato vizio di motivazione della sentenza impugnata è meramente illegale, ma non è dedotta alcuna specifica contradditorietà od insufficienza della stessa.

5. Il primo motivo del ricorso è infondato.

I giudici di merito hanno puntualmente posto in evidenza, in punto di fatto, che, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, la stessa si era dimessa volontariamente dal rapporto di lavoro in essere con la Terme Galzignano S.p.A.

In diritto hanno esattamente negato l'equiparazione delle dimissioni volontarie rassegnate durante il periodo di prova, al mancato superamento della prova espressamente previsto dall'art. 9. comma 7, della legge n. 223/91. Tale disposizione recita: "il lavoratore assunto a tempo pieno e indeterminato, che non abbia superato il periodo di prova, viene reiscritto al massimo per due volte nella lista di mobilità. La Commissione Regionale per l'impiego, con il voto favorevole dei tre quarti dei suoi componenti, può disporre in casi eccezionali la reiscrizione del lavoratore nella lista di mobilità per una terza volta". Giustamente i giudici di merito hanno considerato che la stessa formulazione letterale della norma non consente l'equiparazione invocata dalla ricorrente.

Infatti la norma, facendo riferimento al mancato superamento del periodo di prova, implica la sussistenza di una situazione di fatto ostativa all'instaurazione del rapporto di lavoro che prescinde dalla volontà del lavoratore, il quale invece in un certo qual senso "subisce" l'esito sfavorevole dell'esperimento. Una volta fallito il reimpiego del lavoratore in mobilità, si giustifica la sua reiscrizione (peraltro solo per due volte ed eccezionalmente per tre volte) nelle liste di mobilità perché sia nuovamente avviato al lavoro e nelle more benefici dell'indennità di mobilità alle condizioni di legge.

Viceversa nelle dimissioni il lavoratore esprime la sua volontà di non proseguire la prova e quindi rifiuta il possibile rapporto di lavoro che si sarebbe potuto instaurare all'esito della prova stessa. In questo caso il legislatore ha ritenuto che il lavoratore non fosse meritevole dello stesso trattamento e quindi non ha previsto la reiscrizione dello stesso nelle liste di mobilità.

Questa componente volontaristica differenzia le due ipotesi nettamente e quindi non è consentito il ricorso all'analogia per estendere la disciplina dell'una all'altra fattispecie.

6. Infondato è anche il secondo motivo del ricorso.

Correttamente i giudici di merito hanno ritenuto del tutto inammissibili, ex art. 437 c.p.c., le nuove prospettazioni fatte valere dall'appellante nelle note depositate il 10.6.1999 e il 25.11.1999. Invero l'appellante in tali note aveva dedotto per la prima volta — e quindi inammissibilmente — che in realtà il contratto stipulato con le Terme di Galzignano S.p.A. non poteva essere qualificato come contratto a

tempo pieno ed indeterminato, così come presupposto dall'art. 9 della legge n. 223/91, bensì come contratto stagionale e, quindi, a termine, con la conseguenza che le dimissioni rassegnate nell'ambito di un simile contratto non importerebbero automaticamente la cancellazione dalle liste di mobilità.

7. II ricorso deve quindi essere interamente rigettato. Ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c. — che deve ritenersi tuttora vigente; a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. 1. n. 384 del 1992, convertito con I. n. 438 del 1992, che l'aveva abrogato (C. Cost. n.134 del 1994 (1)) — le spese giudiziali nei giudizi aventi ad oggetto prestazioni previdenziali, quale quello in oggetto, non possono essere poste a carico del soggetto soccombente che abbia agito per ottenere una di tali prestazioni non risultando la pretesa manifestamente infondata e temeraria.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 499.

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

***Impiego pubblico* - Dipendente INPS - Procedura concorsuale - Titolo di studio - Mancata valutazione - Contestazione - Giurisdizione.**

***Impiego pubblico* - Dipendente INPS - Procedura concorsuale - Titolo di studio - Diploma di infermiere professionale - Equiparazione al diploma universitario di infermiere - Insussistenza.**

Corte d'Appello di Ancona - 11.6/14.7.2004, n. 312 - Pres. Taglienti - Est. Bandini - De Marcellis (Avv.ti Leonardo e Daniela Carbone) - INPS (Avv. Cimmino).

La contestazione in ordine alla mancata valutazione di un titolo di studio ai fini della formazione della graduatoria concorsuale non costituisce impugnativa del bando di concorso ed è devoluta alla giurisdizione del Giudice ordinario.

Il "diploma di infermiere professionale" conseguito presso la Scuola convitto professionale per infermiere già operante sotto l'egida del Regolamento n. 2330 del 21.11.29 (art. 1) e del T.U.L.S. 27.7.34 n. 1265 (art. 130 ss. gg.), non è equipollente al "diploma universitario per infermiere", il cui corso è stato istituito presso la facoltà di Medicina e Chirurgia dall'art. 6, comma 3, del D. Lgs. 20.12.92 n. 502, di riforma della professione infermieristica.

FATTO — Con ricorso depositato il 10.4.2002 avanti al Tribunale di Ascoli Piceno - Giudice del Lavoro, De Marcellis Natalina convenne in giudizio l'Inps e premesso che:

— aveva conseguito il diploma di infermiera professionale ed era dipendente dell'Istituto convenuto con tale qualifica;

— aveva presentato domanda per partecipare alla selezione ai fini del passaggio interno nella posizione ordinamentale C3 Sanitario;

— erroneamente non le era stato attribuito alcun punteggio per il titolo di studio, laddove avrebbe dovuto esserle attribuito il punteggio previsto dal bando di gara per il diploma di laurea breve, stante l'equipollenza ai diplomi universitari, stabilita dall'art. 4 legge n. 42/99, dei diplomi conseguiti in base alla normativa anteriore a quella di attuazione dell'art. 6, comma 3, d. lgs.vo n. 502/92; erroneamente, ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto per l'anzianità dì servizio, non era stato valutato il periodo antecedente al luglio 1985, quando era passata dal VI al VII livello;

— ciò premesso chiese:

— la declaratoria dell'attribuzione di punti 13 per il titolo di studio e di punti 15

(anziché 14) per l'anzianità, con conseguente collocazione in posizione utile nella graduatoria per il passaggio interno nel profilo C3 Sanitario;

— la condanna dell'Inps al suo inserimento nella graduatoria dei vincitori;

— la condanna dell'Inps al pagamento degli emolumenti spettanti in relazione alla posizione C3 Sanitario, oltre interessi e rivalutazione monetaria dal 29.9.1999.

Radicatosi il contraddittorio, e sulla resistenza dell'Istituto convenuto (che aveva altresì eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice adito), il Tribunale di Ascoli Piceno - Giudice del Lavoro, con sentenza n. 225/2003 in data 1 - 10.4.2003, dichiarò il diritto della ricorrente all'attribuzione di 13 punti per il titolo di infermiera professionale posseduto; rigettò ogni diversa richiesta relativa ai punteggi di anzianità di servizio; condannò l'Inps alla conseguente ricollocazione in graduatoria per il passaggio interno al profilo C3 Sanitario, con ogni conseguenza ulteriore di legge e con effetti *ex tunc*; condannò l'Inps alla rifusione delle spese di lite.

Avverso l'anzidetta sentenza, notificata il 28.4.2003, l'Inps con ricorso depositato il 2.5.2003, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno: 1 il difetto di giurisdizione del Giudice adito; 2 l'inammissibilità del ricorso per mancata previa impugnazione, tempestiva e autonoma, del bando di concorso; 3 l'infondatezza del ricorso nel merito, e ciò in quanto: a) il diploma di infermiera professionale in possesso dell'appellata non costituiva titolo di studio, ma semplice diploma di qualifica (professionale); b) il diploma di infermiera professionale non legittimava alcuna pretesa nell'attribuzione di alcun punteggio nella procedura concorsuale; c) il diploma di infermiera professionale non poteva che avere valore equivalente alla licenza di scuola media inferiore.

La parte appellata si è costituita in giudizio resistendo al gravame, di cui ha chiesto la reiezione.

All'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni come sopra trascritte.

DIRITTO — 1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si da per già nota.

2. — In ordine al primo motivo di gravame, osserva anzitutto il Collegio che, con il ricorso introduttivo del giudizio, non è stato impugnato il bando di gara (sotto il profilo della mancata contemplazione del titolo di studio posseduto ai fini dell'attribuzione del punteggio) ed è stato invece dedotto che, proprio sulla base delle previsioni del bando, avrebbe dovuto essere riconosciuto il punteggio previsto per il diploma di laurea breve, stante la ricordata equipollenza legislativamente disposta.

Un tanto puntualizzato, deve comunque rilevarsi che le Sezioni Unite della Cassazione hanno avuto modo di specificare che:

— la vicenda modificativa del rapporto di lavoro con un'amministrazione pubblica, quale quella attinente allo svolgimento di un concorso interno, è attribuita all'AGO, non inerendo ad una procedura concorsuale, in considerazione del fatto che il bando dì concorso riservato al personale interno ed il conseguente svolgimento della procedura selettiva rappresentano atti di gestione del rapporto di lavoro, *"sempre che non si tratti di prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una*

fascia o area superiore" (cfr. Cass., SU, n. 18886/2004, ord.);

— in materia di riparto di giurisdizione nelle controversie relative a procedure concorsuali per l'assunzione di pubblici dipendenti, *"la giurisdizione deve essere attribuita al giudice ordinario od a quello amministrativo a seconda che ricorra una delle diverse ipotesi di cui al seguente quadro complessivo:*

a) giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative a concorsi per soli candidati esterni;

b) identica giurisdizione nelle 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, poiché, in tal caso, la circostanza che non si tratti di passaggio ad area diversa viene vanificata dalla presenza di possibili vincitori esterni;

e) ancora giurisdizione amministrativa quando si tratti di concorsi per soli interni che comportino passaggio da un'area funzionale ad un'altra ...;

d) residuale giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli interni, che comportino passaggio da una a ad un'altra, ma nell'ambito della medesima area funzionale" (cfr. Cass. SU, n. 3948/2004, ord.).

Il caso che ne occupa rientra in effetti in tale ultima ipotesi, atteso come si evince dalla disamina del bando (cfr. doc. 2 appellata), siamo in presenza di una selezione interna per la progressione dalla posizione C1 e C2 a quella C3, e non già, dunque, di una procedura diretta a permettere l'accesso ad una fascia o area funzionale superiore.

Deve quindi convenirsi per l'infondatezza della svolta eccezione di difetto di giurisdizione.

3. — Richiamato quanto fin qui osservato in ordine alla effettiva portata della domanda svolta, deve altresì convenirsi per l'infondatezza del secondo motivo di gravame, atteso che la valutazione della pretesa erroneità nell'attribuzione del punteggio sulla base delle previsioni del bando non postula affatto la previa necessaria impugnazione del bando medesimo.

4. — L'odierna appellata è in possesso del diploma di infermiera professionale, rilasciato da una scuola convitto professionale per infermiere a seguito del superamento degli esami di stato prescritti dall'art. 135 del testo unico delle leggi sanitarie n. 1265/34 e dall'art. 32 del regolamento approvato con r.d. n. 2330/29 e da valere a tutti gli effetti di cui al predetto art. 135 del testo unico della leggi sanitarie n. 1265/34 (cfr. il relativo diploma nel fascicolo di parte appellante).

Secondo l'Inps tale diploma non costituirebbe titolo di studio (bensì diploma di qualifica) in quanto non rilasciato da una scuola media superiore, bensì da un istituto (o scuola) di istruzione professionale. Osserva il Collegio che effettivamente la scuola che ha rilasciato il diploma di che trattasi non è una scuola media superiore e, quindi, il relativo diploma, non costituisce un diploma di scuola media superiore.

Non ignora inoltre questa Corte, che il Supremo Collegio (cfr. Cass. n. 11815/90, in motivazione) ha avuto modo di rilevare (in diversa fattispecie, ma con affermazione di principio di più generale portata) che *"al termine dei corsi degli istituti professionali sono rilasciati soltanto "attestati di qualifica" (art. 14 legge 21 dicembre 1978 n. 845); e invece i titoli di studio sono "attestazioni di idoneità, cui l'ordinamento attribuisce determinati effetti legali, al fine della prosecuzione degli studi, al fine dell'am-*

missione alle pubbliche camere e al fine dell'iscrizione in albi professionali" (Cons. Stato sez. VI 3 marzo 1953 n. 99 e Cons. Stato sez. IlI 12 giugno 1956 n. 626)".

Non si ritiene tuttavia di poter condividere, nel caso all'esame, tale orientamento interpretativo.

Infatti il possesso del diploma di infermiera professionale di che trattasi costituiva titolo per l'iscrizione negli Albi tenuti dai Collegi delle infermiere professionali, delle assistenti sanitarie visitatrici e delle vigilatrici d'infanzia, istituiti con legge n. 1049/54, ai quali erano state estese (art. 2) le norme contenute nel decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 233/46 (riguardante la ricostituzione Ordini delle professioni sanitarie e la disciplina dell'esercizio professioni stesse) e, pertanto, anche quelle di cui agli artt. 7, comma 1, *("Ciascun Ordine e Collegio ha un albo permanente, in cui sono iscritti i professionisti della rispettiva categoria, residenti nella circoscrizione")*, 8 *("Per l'esercizio di ciascuna delle professioni sanitarie è necessaria l'iscrizione al rispettivo albo")* e 9 *("Per l'iscrizione all'albo è necessario: ... d) aver conseguito il titolo accademico dato o confermato in una università o altro istituto di istruzione superiore a ciò autorizzato ed essere abilitati all'esercizio professionale oppure, per la categoria delle ostetriche, avere ottenuto il diploma rilasciato dalle apposite scuole; ....")*; e, dunque, per le infermiere professionali, il relativo diploma).

Ne consegue che il diploma posseduto dall'appellata, pur non essendo un diploma di scuola media superiore, è qualificabile come titolo di studio.

5. — L'art. 4 legge n. 42/99, sotto la rubrica *"Diplomi conseguiti in base alla normativa anteriore a quella di attuazione dell'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni"*, al comma 1 ha previsto che *"Fermo restando quanto previsto dal decreto-legge 13 settembre 1996, n. 475, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 novembre 1996, n. 573, per le professioni di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni e integrazioni, ai fini dell'esercizio professionale e dell'accesso alla formazione* post-*base, i diplomi e gli attestati conseguiti in base alla precedente normativa, che abbiano permesso l'iscrizione ai relativi albi professionali o l'attività professionale in regime di lavoro dipendente o autonomo o che siano previsti dalla normativa concorsuale del personale del Servizio sanitario nazionale o degli altri comparti del settore pubblico, sono equipollenti ai diplomi universitari di cui al citato articolo 6, comma 3, del decreto legislativo n. 502 del 1992, e successive modificazioni ed integrazioni, ai fini dell'esercizio professionale e dell'accesso alla formazione* post-*base"*.

Secondo il primo Giudice tale norma "parifica i due titoli ai fini dell'esercizio professionale in funzione di tutte quelle attività e per tutti gli effetti che abbiano rilievo professionale all'interno dell'ordinamento dell'ente di appartenenza". Tale assunto non può essere condiviso. La prevista equiparazione "ai fini dell'esercizio professionale e dell'accesso alla formazione *post*-base" sta infatti ad indicare che i "vecchi" titoli mantengono la loro idoneità per l'esercizio di quelle 10 attività professionali e per l'accesso a quegli ulteriori percorsi formativi, per cui (ora) è stato introdotta la necessità dell'avvenuto conseguimento dei diplomi universitari; ma, proprio per la sua specifica limitazione, quale si evince dal significato proprio delle espressioni usate (cfr. art. 12 preleggi), tale equiparazione non può essere interpretata come totale, così da ricomprendere anche il diverso ambito connesso alla valutazione dei titoli per eventuali pro-

gressioni in carriera o, comunque, per il conseguimento di determinate posizioni funzionali nell'ambito degli enti di appartenenza.

In aderenza alla portata della ricordata disposizione legislativa, il decreto interministeriale 27.7.2000 (cfr. doc. 3 appellante), ha previsto all'art. 2 che *"L'equipollenza dei titoli indicati nella sezione B della tabella riportata nell'art. 1* [fra cui quello di infermiere professionale *ex* r.d. n. 2330/29], *al diploma universitario di infermiere indicato nella sezione A della stessa tabella, non produce, per il possessore del titolo, alcun effetto sulla posizione funzionale rivestita e sulle mansioni esercitate in ragione del titolo nei rapporti di lavoro dipendente già instaurati alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Ne consegue che, laddove nel bando che ne occupa è prevista l'attribuzione di un determinato punteggio ai possessori del diploma di laurea breve, detto punteggio non può essere attribuito anche a coloro che possiedano soltanto il diploma di infermiera professionale conseguito in base alla legislazione previgente.

6. — Alla stregua delle considerazioni che precedono, che per il loro carattere assorbente precludono la disamina di ogni ulteriore questione agitata in causa, l'appello deve essere accolto, con la reiezione, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, delle domande svolte dall'appellata con il ricorso introduttivo del giudizio.

7. — Stante la peculiarità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di lite relative ad entrambi i gradi di giudizio.

(Omissis)

***Previdenza ed assistenza sociale* - Contribuzione - Fallimento soci illimitatamente responsabili - Solidarietà - Sussistenza.**

***Contributi* - Evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero - Sanzioni civili - *Jus superveniens* - Effetti.**

Corte d'Appello di Ancona - 1.6.2004, n. 220 - Pres. Taglienti - Est. Miconi - Stizza (Avv.ti Campetelli, Borgognoni) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Vittori.)

L'accertata unicità del soggetto giuridico (poi dichiarato fallito) comporta la speculare unicità delle relative posizioni debitorie, pur se originariamente attribuibili a distinte s.n.c., e quindi la solidarietà rispetto ai debiti della medesima unica società di tutti i soci illimitatamente responsabili dichiarati falliti.

La nuova disciplina sulla determinazione delle sanzioni civili, introdotta dalla L. n. 388/2000, non ha effetto retroattivo.

FATTO — Con ricorso depositata il 06/11/99 dinanzi al Giudice del Lavoro di Macerata, Lidio Stizza, proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso il 29/09/99 dal Giudice stesso su ricorso dell'INPS per L. 44.576.050, per contributi e somme aggiuntive per il periodo 1/1/85-31/1/86, dovuti dalla ditta Tomaificio Santa Lucia di Vittoria Soccionovo e c. snc. dichiarata fallita nel 1986, di cui lo Stizza era stato socio con Soccionovo Vittoria. Lidio Stizza eccepiva quindi in via preliminare che il credito azionato era da ritenersi prescritto: esso era relativo a contributi dal 1/1/85 al 31/1/86; nel ricorso per decreto ingiuntivo l'INPS aveva fatto riferimento ad una richiesta del 9/11/95, indirizzata all'*ex* socia Soccionovo Vittoria, che non poteva essere considerata valido atto interruttivo e che non era a lui opponibile. Premesso che il presunto credito verso la ditta Santa Lucia non era stato insinuato nella procedura fallimentare la richiesta del 9/11/95 faceva riferimento a contributi irrimediabilmente prescritti. Inoltre la richiesta era contenuta in un modulo prestampato e generico, riferito a soggetti giuridici estranei tra loro per importi cumulativi senza distinzione di società di riferimento, onde non si potevano invocare la solidarietà e la sussidiarietà *ex* art. 1310 c.c. con l'indicazione di importi (*ex* INAM dal 1/7 al 31/12/79) non riferibili alla società dell'opponente per periodi certamente errati. Invece, per sussistere valido atto interruttivo, era necessario che l'atto indicasse con precisione periodi di riferimento, ragioni di credito, esatto, specifico ammontare dello stesso. Comunque la richiesta indirizzata a Soccionovo Vittoria non gli era opponibile perché alla data del fallimento non aveva più avuto rapporti con l'*ex* socia.

Nel merito era infondato il richiamo all'art. 635 c.p.c. perché nel giudizio di opposizione l'attestato era privo di efficacia probatoria e l'INPS, doveva provare le ragioni del credito azionato; non era dato capire a quali contributi faceva riferimento la richiesta di cui al decreto ingiuntivo e le ulteriori, inoltre l'attestato *ex* art. 635 c.p.c. menzionava un prospetto non allegato agli atti.

Tutto ciò esposto, e con riserva di altri difese, Lidio Stizza chiedeva che il decreto ingiuntivo opposto fosse dichiarato nullo e di nessun giuridico effetto e revocato, essendo la richiesta azionata improcedibile e inammissibile perché generica senza la esatta indicazione delle ragioni di credito e dei precisi periodi di riferimento e del loro preciso ammontare e perché venisse dichiarato prescritto l'eventuale credito, in quanto non erano intervenuti validi atti interruttivi, e comunque prescritto nei confronti dell'opponente non operando nella fattispecie l'art. 1310 c.c. In subordine e nel merito chiedeva che il decreto ingiuntivo opposto venisse revocato perché infondato in fatto e in diritto e non provato, previa revoca della provvisoria esecuzione, con vittoria delle spese.

L'INPS si costituiva in giudizio e resisteva all'opposizione. Premesso che il decreto ingiuntivo opposto, n. 159/99 era relativo a crediti INPS nei confronti di Stizza Livio quale socio del Tomaificio Santa Lucia con Soccionovo Vittoria, che era stata dichiarata fallita per estensione del fallimento Sebos snc. sul presupposto che si trattava di un'unica impresa.

A confutazione dei motivi dell'opposizione l'INPS sosteneva che i contributi si riferivano al periodo dall'1/1/85 al 31/3/86; che la prova del credito per marzo 1986 era data con il verbale ispettivo del 21/7/87, per L. 3.142.197, e per i primi sei mesi del 1985 con i DM 10/M.

L'inps deduceva di aver inviato a Stizza Lidio la lettera raccomandata del 16/9/95,

ricevuta dal fratello Stizza Elvio (dato che Lidio si era trasferito altrove), le due apparenti società era unica impresa, e quindi chiedendo l'intero importo con la raccomandata in oggetto era stato chiesto il dovuto e i destinatari erano perfettamente in grado di conoscere la ragione del pretendere e verificare il *quantum*.

Chiedeva quindi il rigetto dell'opposizione ovvero la condanna dell'opponente a pagare la somma ingiunta a titolo di contributi o la diversa di giustizia, oltre alle somme aggiuntive maturate e maturande.

Il Tribunale, con sentenza non definitiva del 9-4-2003 revocava il decreto ingiuntivo opposto e dichiarava lo Stizza tenuto al pagamento in favore dell'INPS dei contributi previdenziali per l'importo di € 5.810,14, oltre alle somme aggiuntive in misura da determinare; disponeva per l'ulteriore corso del giudizio per la quantificazione delle somme aggiuntive predette.

Riteneva il Giudice:

— che il credito contributivo non fosse prescritto, in quanto i due atti interruttivi della prescrizione indicati dall'INPS erano stati sicuramente ricevuti dai condebitori solidali dello Stizza Lidio, e cioè dallo Stizza Elvio — socio illimitatamente responsabile della Sebos dei F.lli Stizza Snc — e dalla Soccionovo Vittoria, socia del Tomaificio Santa Lucia Snc.; la solidarietà derivava dal fatto che con sentenza di estensione del fallimento le due società venivano dichiarate unica impresa; le due costituzioni in mora erano inoltre idonee oggettivamente ad interrompere la prescrizione, in quanto erano relative ad un maggiore importo di contributi all'interno del quale era anche quello oggetto del decreto ingiuntivo;

— che la prova del suddetto credito contributivo e del suo ammontare - come indicato dal CTU - fosse desumibile dal fatto che gli ispettori INPS, che avevano redatto i DM 10 dopo il fallimento del Tomaificio, avevano tratto i dati relativi ai rapporti di lavoro ed alle retribuzioni imponibili dai libri contabili della società; inoltre il CTU aveva confermato i dati in questione attraverso la verifica del passivo del fallimento;

— che dovesse essere applicato il sopravvenuto e più favorevole regime delle somme aggiuntive introdotto dall'art. 116 L. 388/2000.

Avverso la sentenza proponeva appello Stizza Lidio con ricorso depositato il 22-5-2003 e ne chiedeva la riforma per i seguenti motivi:

1. — il periodo di prescrizione decennale del credito non era stato validamente interrotto; le diffide stragiudiziali prodotte dall'INPS erano inidonee soggettivamente ed oggettivamente ad interrompere la prescrizione, in quanto:

— Stizza Elvio, che aveva ricevuto la diffida del 1992, non era socio del Tomaificio S. Lucia, cui si riferivano i contributi oggetto del decreto ingiuntivo; la posizione previdenziale della Sebos Snc., di cui l'Elvio era socio, era completamente diversa da quella del Tomaificio, e nessun rilievo aveva in senso contrario la estensione del fallimento della prima società alla seconda; non era perciò ipotizzabile alcuna solidarietà con lo Stizza Elvio;

— la diffida ricevuta dal Soccionovo Vittoria il 9-11-1995 era tardiva rispetto al credito INPS maturato nei primi sei mesi del 1985;

— dal punto di vista oggettivo, nelle diffide suddette non era precisato l'oggetto del debito, era effettuata una richiesta confusa e per importo più ampio rispetto a quello ingiunto, con riferimento a contributi INAM; erano del tutto assenti criteri minimi di

individuazione del credito di cui si chiedeva il pagamento;

2. — Erronea valutazione della prova del credito contributivo:

— la CTU, che aveva avuto valore esplorativo, era perciò inammissibile, nonché nulla in quanto aveva utilizzato documenti ricercati presso l'INPS, oltre il mandato assegnato dal Giudice; le conclusioni del Consulente erano inoltre vaghe e non fondate su dati oggettivi;

— i documenti ricercati presso l'INPS erano stati insufficienti ad accertare il credito;

— i DM 10 da cui erano stati tratti i dati per quantificare il debito contributivo erano stati redatti unilateralmente dall'INPS; la documentazione relativa ai rapporti di lavoro ed alle retribuzioni era andata distrutta e non era reperibile.

Chiedeva pertanto l'accoglimento della propria opposizione.

Nel frattempo il Tribunale, espletata ulteriore CTU per la determinazione delle somme aggiuntive e degli interessi secondo l'art. 116, commi 9 e 10 L. 388/2000, con sentenza definitiva del 5-12-2003 condannava lo Stizza al pagamento in favore dell'INPS della somma di € 14.275,52 per contributi, sanzioni ed interessi, oltre ulteriori interessi sulla somma di € 5.810,14 *ex* comma 9 art. 116 L. 388/2000 dopo il 30-11-2003 e fino al saldo, nonché al rimborso delle spese di lite.

Avverso tale sentenza proponeva appello lo Stizza con ricorso depositato il 28-1-2004 e ne chiedeva la riforma svolgendo le medesime censure rivolte alla sentenza non definitiva.

Si costituiva in entrambi i giudizi di appello l'INPS e chiedeva il rigetto del gravame, richiamando le argomentazioni già svolte dal primo Giudice in ordine alla interruzione della prescrizione ed alla prova del credito; svolgeva inoltre appello incidentale in relazione ai criteri legali di determinazione delle sanzioni aggiuntive e degli interessi applicabili alla fattispecie, deducendo la inapplicabilità dei commi 8° e 9° dell'art. 116 L. 388/2000.

All'odierna udienza, disposta dalla Corte la riunione dei giudizi, le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — L'appello principale è infondato; è invece fondato l'appello incidentale.

1. — In ordine alla eccezione di prescrizione del credito contributivo relativo al periodo 1-1-1985/31-1-1986, prescrizione decennale, ritiene la Corte che la richiesta di adempimento, inviata dall'INPS ai condebitori solidali una prima volta il 16-9-1992 ed una seconda volta il 9-11-1995, sia idonea sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo ad interrompere il periodo prescrizionale.

Sotto il primo profilo, si osserva che con sentenza del 14/21-5-1986 il Tribunale di Macerata ha dichiarato l'estensione del fallimento del Calzaturificio Sebos dei F.lli Stizza Snc. (di cui erano soci lo Stizza Lidio ed il fratello Stizza Elvo) alla società Tomaificio S. Lucia di Soccionovo Vittoria e C. Snc, nonché ai soci illimitatamente responsabili Soccionovo Vittoria e Stizza Lidio, sul seguente presupposto: "*È stata evidenziata la società di fatto tra detta società in nome collettivo* (Calzaturificio Sebos Srl.) e la *Snc Tomaificio Santa Lucia; rilevato che i soci di quest'ultima hanno ammesso non solo detto collegamento, ma anche lo stato di insolvenza ...*"; la sentenza in questione è divenuta definitiva, come si evince dal fatto che la (unica) procedura fallimentare ha avuto corso e si è conclusa con provvedimento del 28-10-1987 per avvenu-

ta ripartizione dell'attivo (v. doc. 4 dell'INPS).

Indipendentemente dalla fondatezza della prospettazione giuridica adottata dal Tribunale, è stata affermata con statuizione passata in giudicato la esistenza di una unica società di fatto, gerente una unica impresa e composta dai soci illimitatamente responsabili Stizza Lidio, Stizza Elvio e Soccionovo Vittoria

La unicità del soggetto giuridico dichiarato fallito comporta la unicità delle posizioni debitorie originariamente attribuibili alle distinte Snc. e la solidarietà rispetto ai debiti dell'unica società di tutti i soci illimitatamente responsabili dichiarati falliti.

Di conseguenza, ritenuta la solidarietà fra lo Stizza Lidio ed il fratello Elvio per i debiti afferenti alla posizione previdenziale del Tomaificio S. Lucia Snc., la costituzione in mora indubbiamente ricevuta dal condebitore solidale Stizza Elvio nel settembre 1992, relativa ad un debito del Tomaificio suddetto, è idonea, a norma dell'art. 1310 c.c., ad interrompere la prescrizione anche nei confronti di Stizza Lidio. Nessun dubbio sussiste poi sulla efficacia interruttiva della prescrizione anche verso Stizza Lidio della intimazione ricevuta nel novembre 1995 da Soccionovo Vittoria, socia illimitatamente responsabile del Tomaificio, in forza del medesimo art. 1310 c.c.

Sotto il profilo della idoneità aggettiva delle suddette costituzioni in mora formulate dall'INPS, osserva la Corte che entrambe recitano testualmente:

"Da una verifica degli atti d'ufficio emerge che ella non ha adempiuto al pagamento dei contributi omessi nei periodi: *ex* INAM 1-7-1979/31-12-1979 + INPS 1-12-1983/31-3-1986.

Il conseguente *credito di questo Istituto ascende a £ 82.153.974 per i contributi, oltre somme aggiuntive determinate come per legge* ...

La invito e diffido all'adempimento entro gg. 30 dalla data di ricezione della presente, avvertendo che in difetto di pagamento o contatti con lo scrivente si darà corso senz'altro avviso agli atti legali".

Come si vede, l'intimazione contiene la espressa indicazione di un debito per contributi INPS relativi ad un periodo più ampio di quello oggetto di decreto ingiuntivo e per una somma maggiore; con evidente continenza in essi del più breve periodo e del relativo più basso importo.

I criteri di individuazione del debito contributivo da pagare sono pertanto pienamente presenti: sono indicati nella diffida la contribuzione INPS, il periodo di contribuzione (nel quale è compreso quello oggetto di decreto ingiuntivo) e l'importo complessivo (nel quale è compreso quello afferente al più breve arco di tempo).

La idoneità soggettiva ed oggettiva delle costituzioni in mora comporta la conferma della sentenza nel punto relativo alla eccezione di prescrizione del credito contributivo.

2. — Quanto alla prova del credito, ritiene la Corte che le argomentazioni del primo Giudice siano condivisibili.

I modelli DM 10 sono stati redatti dagli Ispettori INPS, dopo il fallimento della società, sulla base dei libri contabili della stessa; nel verbale di accertamento del 21-7-1987 si dà atto che sono stati esibiti ai verbalizzanti, evidentemente dal curatore fallimentare, libri paga e libri matricola della società Tomaificio Santa Lucia, contenenti registrazioni fino a marzo 1986.

IL CTU, dal canto suo — che ha esteso l'indagine ai documenti presso l'INPS, peraltro senza reperirli, e che non ha affatto esorbitato dal mandato del Giudice: si

vedano i quesiti posti al consulente, che richiedono proprio l'indagine documentale presso l'Ente — ha confermato la sostanziale correttezza della redazione dei DM 10, confrontando i nominativi dei lavoratori, i periodi e le retribuzioni con le insinuazioni dei lavoratori stessi al passivo fallimentare: i relativi crediti dei dipendenti sono stati ammessi con provvedimento definitivo del Giudice Delegato, e quindi accertati con pronunzia giudiziale avente valore di giudicato. A fronte di tale verifica, il CTU ha determinato l'obbligo contributivo per il periodo oggetto di decreto ingiuntivo come indicato in sentenza.

Deve pertanto affermarsi la positiva sussistenza della prova del credito azionato dall'INPS; la sentenza gravata va sul punto confermata.

3. — L'appello incidentale dell'INPS è fondato.

Osserva la Corte che secondo l'opinione maggiormente condivisibile della giurisprudenza del Supremo Collegio la nuova disciplina delle determinazione delle sanzioni civili e degli interessi, come anche delle sanzioni amministrative, dettata dall'art. 116 commi 8 e 9 L 388/2000 (comma 12 per le sanzioni amministrative), non può essere ritenuta retroattiva.

Infatti, a norma del comma 18° del suddetto art. 116 "Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dai commi 217. 218, 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Il maggiore importo versato, pari alla differenza fra quanto dovuto ai sensi dei predetti commi del citato articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. e quanto calcolato in base all'applicazione dei commi da 8 a 17 del presente articolo, costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale che potrà essere posto a conguaglio ratealmente nell'arco di un anno, tenendo conto delle scadenze temporali previste per il pagamento dei contributi e premi assicurativi correnti, secondo modalità operative fissate da ciascun ente previdenziale".

Con la pronunzia n. 6680/2002 (1) — a cui ha aderito il primo Giudice — la Corte di Cassazione aveva ritenuto, pur affermando formalmente il contrario, che le nuove disposizioni avessero completa ed immediata efficacia retroattiva, dovendo essere applicate ai "casi pregressi, accertati al 30 settembre 2000 ma non ancora esauriti" in quanto il debitore non può essere costretto od adempiere il suo debito per poi maturare un diritto di credito da far valere con conguaglio.

Senonché con la più recente decisione n. 19334/2003 la medesima Corte ha motivatamente rivisto il precedente orientamento, e, richiamando anche analoghe statuizioni in materia di sanzioni amministrative (Cass. 6405/2002; 7328/2002; 7524/2002(2); 16699/2002; 10631/2003; 12654/2003; 12758/2003; 16630/2003;), ha evidenziato che nessun elemento induce a ritenere la retroattività; che tale retroattività è in conflitto con il tenore letterale della normativa sopra indicata — la lettura del comma 18°, sopra riportato, è di significato inequivoco — e con la *ratio* della stessa, volta sì a favorire il contribuente anche rispetto alle posizioni pregresse, ma con tempi e modalità dettate dall'ente previdenziale in ragione delle sue necessità contabili e di bilancio (cartolarizzazione dei crediti).

Ritiene questo Collegio di condividere tale orientamento, che risulta maggiormente convincente perché aderente al testo normativo ed alla sua *ratio*.

Di conseguenza, la sentenza gravata deve essere riformata nella parte relativa alla

determinazione delle somme aggiuntive, che, in applicazione del comma 18° dell'art. 116 L. 388/2000, debbono essere quantificate secondo quanto disposto dall'art. 1 comma 217 lett. a) legge 662/1996, secondo cui "I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una somma aggiuntiva, in ragione d'anno, pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'articolo 13 del decreto-legge 29 luglio 1981 n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, maggiorato di tre punti; la somma aggiuntiva non può essere superiore al 100 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, oltre alla somma aggiuntiva di cui alla lettera a), al pagamento di una sanzione, una tantum, da graduare secondo criteri fissati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, in relazione alla entità dell'evasione e al comportamento complessivo del contribuente, da un minimo del 50 per cento ad un massimo del 100 per cento di quanto dovuto a titolo di contributi o premi; qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori, e comunque entro sei mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi, la sanzione di cui alla presente lettera è dovuta nella misura del 30 per cento, sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa".

Non ritiene invece la Corte che sia dovuta l'ulteriore somma una tantum di cui alla lettera b) per le considerazioni che seguono.

La locuzione "in caso di evasione connessa o registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero", di cui al comma 217 anzidetto, è identica a quella di cui all'art. 116, comma 8, lettera b), legge n. 388/2000.

Pertanto, seppure quest'ultima norma non sia direttamente applicabile alla fattispecie all'esame, la specificazione ivi contenuta, secondo cui tale ipotesi ricorre quando "il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate", costituisce utile indicazione ermeneutica al fine di individuare la portata dell'ambito di applicabilità dello stesso art. 1, comma 217, lettera b), legge n. 662/96, che, conseguentemente, coincide con i casi in cui l'istituto assicuratore non è in grado di accertare, dalle denunce o registrazioni obbligatorie, l'ammontare dei contributi dovuti.

Al riguardo la giurisprudenza della Cassazione, ha avuto modo di precisare che la legge n. 388/2000, pur non autodefinendosi interpretativa e non essendo retroattiva, tuttavia, "ne consegue lo stesso effetto, con la tecnica originale di attribuire, nel medesimo comma 18, un credito contributivo alle aziende colpite dalle più consistenti sanzioni previgenti ..., e con il vantaggio, rispetto alla norma retroattiva, di beneficiare anche le situazioni coperte dal giudicato", cosicché risulta evidente "... l'intenzione del legislatore del 2000 di chiarire la formula legislativa prima oscura; se l'introduzione dell'elemento della intenzionalità ha valore innovativo, l'espressione "occulta il rap-

porto in essere ovvero le retribuzioni erogate" ha la funzione di far emergere un significativo normativo estraibile dalla precedente formula, e che parte della giurisprudenza aveva già estratto" (cfr., Cass., n. 14727/2003 (3), in motivazione).

Nel caso in discussione il Tomaificio non ha in effetti occultato i rapporti di lavoro in essere con i propri dipendenti, nè i compensi erogati ai medesimi; l'ammontare dell'obbligo contributivo ha potuto essere determinato proprio sulla base, delle registrazioni contabili dallo stesso effettuate: da cui l'insussistenza dell'ipotesi dell'evasione contributiva prevista all'art. 1, comma 217 lettera b), legge n. 662/96.

La sentenza gravata va pertanto parzialmente riformata nel senso sopra detto.

le spese dei due gradi di giudizio, liquidate come in dispositivo, vanno poste a carico dell'appellante in ragione della sua soccombenza; analogamente, a carico dello stesso vanno poste le spese di consulenza tecnica del primo grado.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1061

(2) *Idem, idem*, p. 902

(3) *Idem*, 2003, p. 1302

***Previdenza ed assistenza sociale* - Contributi - Omissione contributiva - Distinzione dall'evasione - Nozione.**

Corte d'Appello di Ancona - 10.5.2004, n. 211 - Pres. Taglienti - Est. Bandini - Manifatture del Potenza srl. (Avv. Giusti) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Salvati)

Connotato essenziale dell'omissione contributiva è la possibilità di rilevazione, da parte dell'Ente previdenziale, dell'esistenza e della misura dei contributi non versati, mentre ricorre la più grave ipotesi dì evasione contributiva quando tale rilevazione non sia possibile perché il credito dell'Ente non risulta da alcuna documentazione proveniente dal soggetto obbligato. Ricorrendo l'evasione contributiva trova applicazione l'art. 1, comma 217, della L. n. 662/1996, con conseguente irrogazione della sanzione "una tantum" *ivi prevista.*

FATTO — Con distinti ricorsi depositati in data 24.12.1998 avanti al Pretore di Macerata in funzione di Giudice del Lavoro, la Manifatture del Potenza s.r.l. propose opposizione avverso due decreti ingiuntivi emessi il 3.11.1998 su istanza dell'Inps,

rispettivamente per lire 18.663.596 e per lire 73.142.045, oltre agli ulteriori importi per somme aggiuntive maturando dal 7.5.1998 al saldo e per spese, in relazione a contributi previdenziali omessi e afferenti al periodo dall'1.12.1995 al 30.9.1997.

Dedusse fra l'altro l'opponente a sostegno dell'opposizione, per quanto qui ancora rileva, l'erroneità dell'importo richiesto a titolo di sanzioni.

L'Inps si costituì resistendo al ricorso.

In corso di causa, a seguito dell'emanazione della legge n. 388/2000, l'opponente dedusse l'applicabilità alla fattispecie di tale più favorevole normativa.

Previa riunione dei procedimenti, il Tribunale di Macerata - Giudice del Lavoro, con sentenza in data 7 - 12.3.2003, ritenuto, anche sulla scorta dell'espletata CTU, che, a seguito di alcuni pagamenti parziali, il credito complessivo per contributi residuava in ragione di complessive lire 31.589.400, pari ad euro 16.314,57; che alla fattispecie era applicabile la normativa di cui alla legge n. 388/2000 e che si versava in ipotesi di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse, revocò i decreti ingiuntivi opposti; condannò l'opponente al pagamento della somma complessiva di euro 28.574,12, oltre agli interessi nella misura di cui all'art. 30 dpr. n. 602/73; compensò per un terzo fra le parti le spese di lite, ponendo la residua quota a carico dell'opponente e quelle di CTU a carico di entrambe le parti secondo le rispettive predette frazioni.

Avverso l'anzidetta sentenza, notificata il 16.4.2003, la Manifatture del Potenza s.r.l., con ricorso depositato il 16.5.2003, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno la violazione del combinato disposto degli artt. 116 legge n. 388/2000 e 1, comma 217, legge n. 662/96, per avere il primo Giudice erroneamente ritenuto che le circostanze, dedotte in atti, dalle quali era originato il debito contributivo, concretizzassero un'ipotesi di evasione contributiva, piuttosto che un'omissione o un ritardo nel versamento dei contributi. L'Istituto appellato si è costituito, resistendo al gravame, di cui ha chiesto la reiezione; ha inoltre spiegato appello incidentale, svolgendo le domande nel senso in atti indicato, dando atto che la residua sorte contributiva era stata pagata il 28.11.2003 e deducendo a sostegno: 1 - l'applicabilità del regime sanzionatorio di cui alla legge n. 662/96, in luogo di quello di cui alla legge n. 388/00 adottato dal primo Giudice; 2 - la mancata inclusione, nella somma dovuta all'Istituto, dell'importo spettante a titolo di somme aggiuntive sull'acconto versato il 26.3.1998; 3 - l'erroneità della disposta compensazione parziale delle spese di lite. All'esito dell'udienza di discussione, è stata pronunciata sentenza non definitiva, disponendosi con separata ordinanza per il prosieguo del giudizio.

DIRITTO — 1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si dà per già nota.

2. — L'art. 1, comma 217, legge n. 662/96, per quanto qui rileva prevede che:

" soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una

somma aggiuntiva, in ragione d'anno, pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'articolo 13 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, maggiorato di tre punti; la somma aggiuntiva non può essere superiore al 100 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, oltre alla somma aggiuntiva di cui alla lettera a), al pagamento di una sanzione, una tantum, da graduare secondo criteri fissati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, in relazione alla entità dell'evasione e al comportamento complessivo del contribuente, da un minimo del 50 per cento ad una massimo del 100 per cento di quanto dovuto a titolo di contributi o premi; ...".

La legge n. 388/2000, all'art. 116, sempre per quanto qui specificamente rileva ha stabilito che:

"*Omissis*

8. *I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:*

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, cioè nel caso in cui il datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate, al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al 30 per cento; la sanzione civile non può essere superiore al 60 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge. Qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima di contestazioni o richieste da parte degli enti impositori e comunque entro dodici mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi e sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa, i soggetti sono tenuti al pagamento di una sanzione civile, in ragione d'anno, pari al tasso ufficiale di riferimento maggiorato di 5,5 punti; la sanzione civile non può essere superiore al 40 per cento dell'importo dei contributi o premi, non corrisposti entro la scadenza di legge.

Omissis

18. *Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dai commi 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Il maggiore importo versato, pari alla differenza fra quanto dovuto ai sensi dei predetti commi del citato articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e quanto calcolato in base all'applicazione dei commi da 8 a 17 del presente articolo, costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale che potrà essere posto a conguaglio ratealmente*

nell'arco di un anno, tenendo conto delle scadenze temporali previste per il pagamento dei contributi e premi assicurativi correnti, secondo modalità operative fissate da ciascun ente previdenziale.

Omissis.

Nel caso all'esame, dall'accertamento ispettivo del 15 - 31.10.1997, era emerso che:

1) la dipendente Gelsomino Maria Pia, trovata al lavoro e non iscritta nei regolamentari libri paga e matricola, con rapporto iniziato nel gennaio 1997, non era assicurata a fini previdenziali, da cui il recupero dei contributi evasi;

2) la Società non aveva corrisposto ai dipendenti aventi diritto gli scatti biennali di anzianità previsti dal CCNL per il periodo dal dicembre 1995 all'ottobre 1997, da cui il relativo recupero contributivo sulla differenza imponibile;

3) la Società non aveva presentato all'Inps i modelli DM 10M e DM 10S e non aveva provveduto al pagamento dei relativi saldi, ammontanti a lire 41.963.000.

3. — Il primo Giudice ha fatto applicazione del principio ermeneutico enunciato dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza n. 6680/2002, secondo cui l'art. 116, comma diciottesimo, della legge n. 388 del 2000 deve essere interpretato nel senso che esso prescrive l'applicabilità della nuova disciplina sanzionatoria anche ai casi pregressi accertati al 30 settembre 2000 ma non ancora esauriti.

Tuttavia la stessa giurisprudenza di legittimità, affrontando nuovamente la questione, ha avuto modo di precisare che *"... è vero ... che con le disposizioni contenute nell'art. 116, commi otto e seguenti, I. 23 dicembre 2000 n. 388 dal legislatore è stata dettata una disciplina delle sanzioni civili e degli interessi, relativi all'omesso o inesatto versamento di contributi o premi alle gestioni previdenziali ed assistenziali, più favorevole ai contribuenti rispetto alle norme che in precedenza regolavano la materia. Ed è pure vero che questa Corte, nella sentenza n. 6680 del 2002 (1) (v. la relativa motivazione), prendendo spunto dalla norma di cui al comma diciotto del suddetto art. 16* [rectius: 116], *ha ritenuto, in sostanza (pur avendo formalmente sostenuto il contrario), che tali disposizioni abbiano una immediata (e totale) efficacia retroattiva, dovendo le stesse essere applicate "ai casi pregressi, accertati al 30 settembre 2000, ma non esauriti", in base all'assunto secondo cui il debitore non può essere costretto ad adempiere il suo debito "per poi maturare un diritto di credito da far valere in sede di conguaglio". Il fatto è che questa tesi, che confligge con il tenore letterale della norma di riferimento (e alla* ratio *che la sottende), non può essere condivisa, dovendosi al contrario affermare, come è stato già fatto da questa Corte riguardo alle disposizioni del medesimo art. 116 della legge n. 388 del 2000 relative alle sanzioni amministrative (cfr. Cass. 4 maggio 2002 n. 6405, Cass. 20 maggio 2002 n. 7328, Cass. 22 maggio 2002 n. 7524(2) e Cass. 26 novembre 2002 n. 16690), che nessun elemento induce a ritenere la retroattività"* (cfr., Cass., n. 19334/2003, in motivazione).

II Collegio condivide quest'ultimo indirizzo interpretativo, siccome aderente al disposto letterale dell'art. 116, comma 18, della legge n. 388 del 2000, che trova pertanto applicazione nel caso che ne occupa, con la conseguenza che le somme aggiuntive sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dall'art. 1, comma 217, legge n. 662/96.

Deve quindi ritenersi la fondatezza del primo motivo dell'appello incidentale dell'Inps.

4. — La locuzione *"in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero"*, di cui all'art.. 1, comma 217, lettera b), legge n. 662/96 è identica a quella di cui all'art. 116, comma 8, lettera b), legge n. 388/2000.

Pertanto, ancorché per le ragioni anzidette quest'ultima norma non sia direttamente applicabile alla fattispecie all'esame, la specificazione ivi contenuta, secondo cui tale ipotesi ricorre quando *("cioé nel caso in cui)* il datore di lavoro, con l'intenzione specifica *di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate"*, costituisce utile indicazione ermeneutica al fine di individuare la portata dell'ambito di applicabilità dello stesso art. 1, comma 217, lettera b), legge n. 662/96, che, pertanto, coincide con i casi in cui l'istituto assicuratore non è in grado di accertare, dalle denunce o registrazioni obbligatorie, l'ammontare dei contributi dovuti (cfr., al riguardo, Cass., n. 14727/2003 (3)).

Al riguardo la giurisprudenza della Cassazione, ha avuto modo di precisare che la legge n. 388/2000, pur non autodefinendosi interpretativa e non essendo retroattiva, tuttavia, *"ne consegue lo stesso effetto, con la tecnica originale di attribuire, nel medesimo comma 18, un credito contributivo alle aziende colpite dalle più consistenti sanzioni previgenti ..., e con il vantaggio, rispetto alla norma retroattiva, di beneficiare anche le situazioni coperte dal giudicato"*, cosicché risulta evidente *"...l'intenzione del legislatore del 2000 di chiarire la formula legislativa prima oscura; se l'introduzione dell'elemento della intenzionalità ha valore innovativo, l'espressione "occulta il rapporto in essere ovvero le retribuzioni erogate" ha la funzione di far emergere un significativo normativo estraibile dalla precedente formula, e che parte della giurisprudenza aveva già estratto"* (cfr., Cass., n. 14727/2003, in motivazione).

Ne consegue che si versa sicuramente in tema di evasione contributiva, ai sensi della norma anzidetta, in relazione alla mancata corresponsione dei contributi dovuti per la lavoratrice Gelsomino Maria Pia, siccome non iscritta nei regolamentari libri paga e matricola e non assicurata a fini previdenziali.

Non altrettanto può invece dirsi per gli altri due casi di violazione accertati; infatti:

— in relazione ai contributi dovuti per effetto della mancata corresponsione degli scatti biennali di anzianità, non siamo in presenza di un occultamento delle retribuzioni erogate, ma, piuttosto, della mancata corresponsione di quanto dovuto e, al contempo, l'omissione contributiva ha potuto essere rilevata sulla base della registrazioni effettuate per i lavoratori interessati;

— la mancata presentazione dei modelli DM esula parimenti dalla previsione dì occultamento di rapporti di lavoro o di retribuzioni erogate, anche in questo caso avendo potuto gli ispettori determinare l'omissione contributiva sulla base delle registrazioni effettuate dal datore di lavoro.

Ritiene quindi questa Corte di aderire, sul punto, all'indirizzo interpretativo (ancorché non univoco) del Supremo Collegio, secondo cui connotato essenziale della omissione contributiva è la possibilità di rilevazione da parte dell'Ente dell'esistenza e della misura dei contributi non pagati, mentre ricorre la più grave ipotesi di evasione contributiva quando tale rivelazione non sia possibile perché il credito dall'Ente previdenziale non risulta da alcuna documentazione di provenienza del soggetto obbligato (cfr., per arg., Cass., n. 533/2003).

5. — Alla stregua delle considerazioni che precedono, in parziale accoglimento dell'ap-

pello principale, deve quindi convenirsi che, ai fini della determinazione delle sanzioni aggiuntive, ricorre l'ipotesi prevista dall'art. 1, comma 217, lettera b), legge n. 662/96 limitatamente alla violazione degli obblighi contributivi connessi alla posizione della lavoratrice Gelsomino Maria Pia, mentre la sanzione *una tantum* contemplata da tale norma non è dovuta per quanto concerne le altre violazioni contributive per cui è causa.

Le somme aggiuntive dovute ai sensi dell'art. 1, comma 217, lettera a), legge n. 662/96 vanno inoltre calcolate, nel rispetto del limite massimo ivi contemplato, quanto agli importi dei contributi versati in acconto, fino alla data dei rispettivi versamenti, e, quanto al residuo importo, fino alla data del 28.11.2003 (cfr., al riguardo, le conclusioni dell'Inps di cui alla memoria difensiva).

6. — Va disposto per il prosieguo del giudizio come da separata ordinanza, riservando al definitivo la pronuncia sulle spese.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 1061

(2) *Idem*, *idem*, p. 902

(3) *Idem*, 2003, p. 1302

***Previdenza ed assistenza sociale* - Società cooperativa artigiana a responsabilità limitata - Compensi erogati ai soci che hanno prestato attività lavorativa - Contribuzione - Assoggettamento.**

***Previdenza ed assistenza sociale* - Contributi - Evasione - Sanzione *"una tantum"* - Irrorazione - Presupposti.**

Corte d'Appello di Ancona - 17.5.2004, n. 140 - Pres. Taglienti - Est. Miconi - INPS (Avv. Pierdominici) - Società cooperativa Futura a r.l. (Avv. Pettinari)

Il socio di una società cooperativa artigiana, che svolga in prevalenza lavoro personale anche manuale, è considerato, ai fini contributivi e delle prestazioni, come dipendente della società, la quale è tenuta a versare i contributi sugli utili corrisposti allo stesso per i lavori assunti dalla società medesima.

Ricorre l'ipotesi di evasione contributiva prevista dall'art. 1, comma 217, della L. n. 662/1996, al cui verificarsi è connessa l'irrogazione della sanzione "una tantum", *qualora l'Istituto previdenziale non sia in grado, dalle denunce o registrazioni obbligatorie, di determinare l'ammontare dei contributi dovuti.*

FATTO — La Società cooperativa a responsabilità limitata Futura adiva il Pretore del Lavoro di Macerata con ricorso in data 9/02/1996 agendo in accertamento negativo per un credito, vantato dall'INPS nei suoi confronti nel verbale di accertamento del 19/05/1995, per contributi non versati.

Esponeva che la coop. Futura a.r.l. era una società cooperativa iscritta del registro prefettizio delle cooperative, sezione produzione e lavoro, senza scopo di lucro, ma che lo scopo della società era quello di ottenere continuità nell'attività lavorativa e il miglioramento delle condizioni sociali e professionali dei soci.

Deduceva che la pretesa dell'INPS di ottenere il pagamento dei contributi per i soci lavoratori di cui al citato verbale era infondata perché la Futura era una cooperativa e non una s.r.l., e come cooperativa, giusta la previsione di cui all'art. 3 co. 2 L. 443/85, poteva rivestire la qualifica di impresa artigiana, era effettivamente iscritta all'albo delle imprese artigiane e tale iscrizione aveva valore costitutivo, e non si configurava, tra società e soci, che erano artigiani, un rapporto di lavoro subordinato, con i conseguenti obblighi di contribuzione previdenziale ed assistenziale, ma la prestazione di attività lavorativa da parte dei soci nell'ambito dell'oggetto sociale secondo le previsioni dello statuto realizzava lo scopo dell'ente, si inquadrava nel rapporto societario così era inapplicabile la disciplina propria del lavoro subordinato. Intanto era configurabile tale rapporto tra il socio e la società in quanto il primo prestasse attività lavorativa diversa o estranea a quella che era tenuto a conferire per patto sociale.

Richiamava a sostegno copiosa giurisprudenza.

Deduceva ancora la ricorrente che nella fattispecie, tutti i soci partecipavano materialmente e personalmente all'attività produttiva, ricevendo una remunerazione strettamente legata all'utile percepito, il lavoro era preminente sul capitale mancava il parere direttivo in capo alla cooperativa, vi era assunzione, in capo ai soci, del rischio economico dell'attività e mancava la retribuzione, essendovi solo percezione dell'eventuale utile.

Per questi motivi, l'opponente chiedeva che venisse accertato che non era obbligata al pagamento dei contributi di cui al verbale INPS del 19/09/1995 n. 3599.

Si costituiva l'INPS, e, premesso che il punto relativo all'ascrivibilità delle cooperative a responsabilità limitata all'albo delle imprese artigiane era stato devoluto all'esame delle sezioni unite delle Cassazione, deduceva l'istituto che l'art. 1 L. 63/93 prevedeva degli automatismi, ma ogni provvedimento amministrativo, soprattutto se certativo, quale quello di iscrizione all'A.I.A. da parte della C.P.A., se illegittimo era disapplicabile, come chiedeva l'Istituto, sia per violazione di legge che per eccesso di potere. La legge 133/97 aveva consentito l'esercizio dell'impresa artigiana da parte di s.a.s. e di s.r.l. unipersonali a condizioni tipizzate e quindi doveva ritenersi inammissibile l'esercizio di impresa artigiana da parte della società cooperativa a responsabilità limitata.

Deduceva l'Istituto che in materia di artigianale l'art. 1 L. 63/93 aveva potenziato la funzione delle commissioni provinciali artigianato, sancendo il carattere esclusivo delle loro funzioni e l'efficacia vincolante del loro provvedimento, ma aveva limitato i poteri della c.p.a. alla mera verifica della sussistenza dei requisiti dell'impresa artigiana seguito di atto di iniziativa dell'imprenditore o delle pubbliche amministrazioni interessate o d'ufficio, sempre per il tramite degli sportelli polifunzionali.

L'INPS richiamava le differenti tesi circa l'ascrivibilità o meno all'albo delle imprese artigiane delle società cooperative a responsabilità limitata, quali emerse in giurispruden-

za e dottrina, sostenendo quella della non ascrivibilità di dette società all'albo artigiane per il rilievo che, nelle cooperative a responsabilità limitata, mancava il requisito della piena responsabilità di impresa, con l'assunzione di tutti gli oneri e i rischi inerenti alla direzione della medesima, e la dimostrazione di ciò era data dal fatto che i singoli soci erano iscritti solo negli elenchi nominativi, e non all'albo delle imprese artigiane.

Ancora, l'INPS rimarcava che in virtù dell'art.2 r.d. 1422/24 e 2 co. 2 R.D. 2270/24, ed 1 co.2 D.P.R. 797/95, esisteva una presunzione *juris et de jure* ai fini dell'applicazione della disciplina previdenziale alle società cooperative, nel senso che queste devono intendersi datori di lavoro anche nei riguardi dei soci che impiegano in lavori da esse assunti, e i soci di cooperative sono compresi tra i prestatori di lavoro. Ciò allo scopo di equiparare nella tutela i lavoratori subordinati, ai soci, con la conseguenza di ritenere superflua qualsiasi indagine sulla natura subordinata del rapporto di lavoro tra la società cooperativa e il socio lavoratore.

L'INPS chiedeva pertanto il rigetto della domanda e proponeva domanda riconvenzionale per ottenere la condanna della ricorrente a pagare la somma di £.312.435.000 per contributi e sanzioni o la diversa ritenuta di giustizia.

Successivamente, destinatario di ordinanza-ingiunzione emessa dall'INPS per gli illeciti amministrativi sottesi all'omissione contributiva, e notificata il 31/05/99, la liquidatrice Chiucchi Anna Rosa proponeva opposizione depositando ricorso in opposizione in data 29/06/99.

Poneva a sostegno delle opposizioni gli stessi argomenti difensivi già esposti nella domanda di accertamento negativo. L'INPS si costituiva e ribadiva la stessa impostazione difensiva.

Previa riunione dei procedimenti, il Tribunale di Macerata, con sentenza 18-12-2002, accoglieva il ricorso e di conseguenza revocava l'ordinanza ingiunzione, dichiarava la insussistenza del debito contributivo e compensava spese di lite.

Riteneva che:

— secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 401/2000), le società cooperative a responsabilità limitata potevano essere iscritte, in presenza dei requisiti di legge, all'Albo delle imprese artigiane, con conseguente applicabilità del trattamento riservato all'impresa artigiana;

— in base a quanto ritenuto in diritto dalla Cassazione con la sentenza n. 7380/2001 ed essendo accertato che i contributi per i singoli soci artigiani erano stati pagati nella misura dovuta, non sussisteva alcun obbligo contributivo a carico della società cooperativa opponente.

Avverso la sentenza proponeva appello l'INPS, con ricorso depositato il 19-2-2003, nei confronti della sola Futura Soc. Coop. A.r.l.; chiedeva che, in riforma della sentenza, fosse respinta la domanda di accertamento negativo, o comunque che l'opponente (o meglio, la attrice) fosse condannata a pagare il relativo importo di contributi e somme aggiuntive, deducendo che le argomentazioni giuridiche svolte dalla sentenza della Cassazione 7380/2001 non erano condivisibili.

Si costituiva la società appellata e chiedeva il rigetto del gravame; in ordine alla sussistenza dell'obbligo contributivo, richiamava le argomentazioni accolte dalla sentenza della Cassazione 7380/2001 e ribadiva che i soci artigiani avevano interamente versato i contributi a loro carico, relativi alla attività esercitata nell'ambito della cooperativa, e

che ogni ulteriore pretesa verso la società avrebbe costituito illegittima duplicazione contributiva.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — Preliminarmente, va segnalato che l'appellante non ha censurato la sentenza nel capo relativo all'accoglimento della opposizione proposta dalla Chiucchi Anna Rosa avverso la ordinanza ingiunzione emessa nei suoi confronti: l'Ente, infatti, non ha notificato l'impugnazione alla Chiucchi — la cui posizione va ritenuta scindibile rispetto a quella della Cooperativa; nè ricorrono le condizioni per disporre l'integrazione del contraddittorio a norma dell'art. 332 c.p.c., essendo ormai scaduto per tutte le parti il termine di impugnazione — e non ha preso conclusioni in argomento.

Il capo della sentenza relativo alla opposizione alla ordinanza ingiunzione resta pertanto fermo, perché passato in giudicato.

Nel merito, l'appello è parzialmente fondato.

1. — La sentenza di primo grado aveva aderito, come si è detto, alle argomentazioni svolte dalla giurisprudenza di legittimità con la sentenza n. 7380/2001 (seguita da Cass. n. 9600/2001; v. anche, in senso sostanzialmente conforme, Cass., n. 4161/1988 (1)), secondo cui *"La Legge 29 dicembre 1956, n. 1533, che ha introdotto l'assicurazione obbligatoria contro le malattie comuni per gli artigiani, e la Legge 4 luglio 1959, n. 463, che ha esteso agli artigiani ed ai loro familiari la tutela contro la invalidità, la vecchiaia e per i superstiti, hanno parzialmente derogato, in quanto leggi speciali posteriori, all'art. 2, comma 3, R.D. 28 agosto 1924, n. 1422, nel senso che, ferma la responsabilità della cooperativa artigiana nei confronti dell'Inps per il pagamento dei contributi previdenziali, ai sensi dell'art.2, comma 3, in esame, la loro misura e regime giuridico devono essere. conformati a quelli previsti per gli artigiani. Infatti la L. 533-1956, nell'individuare i soggetti tutelati mediante rinvio anche all'art. 3 della L. 860-1956, che riguarda le cooperative artigiane, comprende nella propria tutela i soci artigiani, la cui attività manuale costituisce nello stesso tempo la ragione della tutela previdenziale e dell'attribuzione della qualifica artigiana alla cooperativa"*. Tale decisione si era posta in dissenso con il diverso orientamento, della giurisprudenza di legittimità secondo il quale, invece, anche le cooperative artigiane sono assoggettate, riguardo ai soci lavoratori, agli oneri contributivi previsti dalla normativa dettata per il lavoro dipendente, senza che le leggi n. 1533 del 1956 e n. 463 del 1959 avessero inciso sulla persistente applicabilità di tale normativa (v. Cass., n. 2242/1988 (2); n. 9815/1998).

Con la sentenza n. 7380/2001 la Corte — osservato che l'art. 2, comma 3, n. 1422/24 dispone che, ai fini assicurativi, le società cooperative sono datori di lavoro anche nei riguardi dei loro soci, impiegati in lavori da esse assunti — aveva ricordato il valore fondamentale, nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, del principio di assimilazione della tutela: in base a questo, è estesa eccezionalmente a favore dei soci-lavoratori di società cooperative, (che non sono lavoratori dipendenti) il sistema assicurativo generale, — che suppone invece un rapporto di lavoro subordinato — al fine di fornire loro una tutela assicurativa di cui sarebbero altrimenti privi; il principio trova applicazione nei confronti di tutti i tipi di cooperative, anche non di lavoro, a prescindere dal fatto che i soci vengano impegnati per lavori assunti direttamente dalla società

oppure per assegnati da terzi.

Secondo la Corte detta norma, inoltre, ha garantito per circa un quarantennio che le tipologie lavorative proprie del lavoro artigiano, prive fino agli anni '50 di specifica tutela previdenziale, godessero, se associate in cooperativa, della protezione propria dei lavoratori dipendenti; successive leggi hanno poi esteso la tutela previdenziale, sorta per il lavoro dipendente, anche al lavoro autonomo, tra cui quello artigiano. La legge del 1924 costituisce dunque una *lex generalis* idonea a garantire ai soci di tutte le cooperative, di qualsiasi tipo, una tutela assicurativa, della quale altrimenti sarebbero stati privi, e tale obiettivo ha realizzato attraverso il meccanismo di assimilazione; ad altra tutela, quella del lavoro subordinato. Allo stesso tempo, la disciplina diretta e specifica dell'assicurazione obbligatoria per gli artigiani, introdotta dalle leggi 1533 del 1956 e 463 del 1959, si configura come *lex generalis* del lavoro artigiano, e contestualmente come *ex specialis* posteriore, limitatamente alle cooperative artigiane, derogativa, nella particolare materia, della norma dell'art. 2, comma 3, R.D. 28 agosto 1924, n. 1422: nel senso che, ferma la responsabilità della cooperativa artigiana nei confronti dell'Inps per il pagamento dei contributi previdenziali, ai sensi dell'art. 2, comma 3, in esame, la loro misura e regime giuridico non possono che essere conformati a quelli previsti dalle leggi citate per gli artigiani, che non hanno più bisogno della tutela assimilata, avendone una specifica propria; sicché, ove i singoli soci artigiani non abbiano pagato i contributi artigiani, rimane obbligata nei confronti dell'Inps la cooperativa, ma senza superare tale misura e senza cadere in duplicazioni contributive.

A sostegno di tale interpretazione la Corte, ha osservato che, diversamente opinando, sarebbero ravvisabili diverse incongruenze e dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo della lesione degli artt. 3 e 45 Costituzione perché:

— si porrebbe a carico degli artigiani associati in cooperativa un regime contributivo più oneroso rispetto sia agli artigiani titolari di impresa individuale sia a quelli associati in forma non cooperativa, rendendo così più difficile la vita economica e lo sviluppo della impresa cooperativa;

— si porrebbe tali cooperative sullo stesso piano contributivo delle società capitalistiche, contro il dettato dell'art. 45 Costituzione, dell'art. 3 Legge 25 luglio 1956, n. 860, nonché dell'art. 3 Legge 8 agosto 1985, n. 443, volte a promuovere l'attività artigiana, anche associata in cooperativa;

— per altro verso, l'obbligo di assicurare i soci artigiani con la *fictio juris* come se fossero dipendenti non terrebbe conto della peculiarità della assicurazione artigiani, che include nell'obbligo assicurativo, con regole proprie, anche i familiari coadiuvanti (art. 2 legge 463-1959);

— la permanenza di tale *fictio juris* porrebbe perplessità sul piano prestazionale tra artigiani titolari di ditta individuale e loro familiari coadiuvanti, tutelati come tali, e artigiani associati in cooperativa, tutelati come lavoratori dipendenti.

A ciò si deve aggiungere, sempre ad avviso della Corte, *"l'inaccettabile effetto di duplicazione di prelievo contributivo"* che l'opposta tesi comporterebbe, in particolare perché, in base alla *fictio juris* dell'art. 2, comma 3, rd. n. 1422/24, le somme remuneratorie che i soci artigiani ricevono dalla cooperativa per la prestazione lavorativa artigiana, rientrante nell'oggetto sociale (e che concettualmente rimangono utili o anticipazioni di utili: Cass. 12 dicembre 1995 n. 12739), andrebbero considerate come retribuzione e soggette a prelievo contributivo secondo le aliquote previste dalla disciplina

contributiva propria del rapporto di lavoro subordinato; nel mentre lo stesso reddito, una volta percepito dal socio artigiano, è soggetto al prelievo previsto dalle leggi che disciplinano la contribuzione artigiana.

La questione è stata peraltro oggetto di nuova disamina da parte della giurisprudenza di legittimità, anche alla luce delle argomentazioni poste a fondamento della ricordata sentenza n. 7380/2001.

Con sentenza n. 238/2003 (3) la Corte ha ritenuto che:

— l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti è stata estesa ai titolari di imprese artigiane, e ai loro familiari collaboratori, con la legge n. 463/59, che faceva riferimento, per la individuazione dei soggetti assicurati, ai titolari di imprese che avessero i requisiti di cui agli artt. 1, 2 e 3 della legge n. 860/56, sulla disciplina giuridica dell'artigianato;

— tali articoli prevedevano, tra l'altro, che il titolare della impresa artigiana operasse anche manualmente nella stessa, che avesse la piena responsabilità dell'azienda ed assumesse tutti gli oneri e i rischi inerenti alla sua direzione ed alla sua gestione; non dissimile è comunque la definizione di imprenditore artigiano contenuta nell'art. 2 della legge n. 443/85 (legge-quadro per l'artigianato); cosicché, per la legge è *"artigiano"* solamente *"I'imprenditore artigiano"*, il *"titolare dell'impresa artigiana"*;

— l'art. 3, secondo comma, della legge n. 443/85 e successive modifiche ha esteso la qualifica di artigiana anche all'impresa che, nei limiti dimensionali e con gli scopi fissati nella legge stessa, è costituita ed esercitata in forma di società, anche cooperativa, escluse le società a responsabilità limitata e per azioni ed in accomandita per azioni, a condizione che; la maggioranza dei soci, ovvero uno nel caso di due soci, svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale nel processo produttivo e che nell'impresa il lavoro abbia funzione preminente sul capitale;

— in base alla disposizione di cui all'ultima parte del quinto ed ultimo comma dell'art. 3 della legge, inoltre, *"In ogni caso, l'imprenditore artigiano può essere titolare di una sola impresa artigiana"*;

— sul piano previdenziale, pertanto, sono assicurati come artigiani gli imprenditori artigiani (anche se l'assicurazione è estesa ai familiari collaboratori) e, *"potendo l'imprenditore artigiano essere titolare di una sola impresa, l'eventuale ulteriore attività che il titolare di impresa artigiana individuale dovesse svolgere come socio di una società cooperativa, potrebbe essere svolta non come socio amministratore della società (stante la ricordata incompatibilità), ma, appunto, nella qualità di semplice socio, cui la ricordata fictio [art. 2, comma 3, rd. n. 1422/24] conferisce, ai fini previdenziali, la posizione di dipendente"*;

— l'iscrizione dei soci nell'albo delle imprese artigiane come imprenditori artigiani titolari di imprese individuali, con il conseguente versamento di contributi legati a tale diversa attività (comprensivi della protezione assicurativa dei familiari collaboratori dell'imprenditore artigiano, esclusi da ogni partecipazione lavorativa, in tale veste, nella società cooperativa), non esonera la cooperativa dal pagamento dei contributi sugli utili corrisposti ai soci lavoratori in corrispettivo dell'opera prestata nella cooperativa;

— qualora l'iscrizione di tutti i soci della cooperativa nell'albo delle imprese artigiane e, quindi, negli elenchi di cui alla legge n. 463 del 1959, quali titolari di impresa artigiana, sia stata ricollegata alla sola attività esercitata nella cooperativa *(con la quale*

non sarebbe sorta, quindi, una impresa artigiana, ma ne sarebbero sorte sette, otto o più imprese artigiane, quanti erano i soci, più uno), si tratta di una iscrizione non legittima, non potendo tutti i soci della società cooperativa artigiana a responsabilità limitata essere qualificati come titolari o contitolari dell'impresa, cosicché i relativi contributi eventualmente versati potrebbero essere ripetuti.

Da ciò, secondo la Corte, l'applicabilità del principio secondo cui *"il socio di una società cooperativa artigiana, che svolga in prevalenza lavoro personale, anche manuale, nell'impresa, è considerato, ai fini contributivi e delle prestazioni, come un dipendente della società, la quale è tenuta a versare i contributi sugli utili ("retribuzioni") corrisposti allo stesso per i lavori assunti dalla società, ovviamente nella misura prevista per i dipendenti del settore artigiano, senza che a ciò sia di ostacolo il carattere delle diverse prestazioni lavorative eventualmente assunte dal socio (e non dalla società) nella qualità dì titolare di una impresa artigiana individuale, con il versamento dei contributi relativi"*.

Il Collegio condivide le argomentazioni esposte nella ricordata pronuncia n. 283/03, in quanto coerenti con le disposizioni di legge disciplinanti la materia e tali da fugare i dubbi di incostituzionalità prospettati dal diverso orientamento interpretativo più sopra illustrato.

Deve quindi riconoscersi la sussistenza dell'obbligazione contributiva della Cooperativa appellata.

2. — Come risulta dal verbale di accertamento da cui ha origine la presente controversia, gli ispettori hanno quantificato i contributi dovuti all'Inps *"sui compensi erogati ai soci che hanno prestato attività lavorativa"*, e non sulla base dei minimi di retribuzione imponibile ai sensi dell'art. 1 dl. n. 338/89 convertito in legge n. 389/89.

Non essendo state svolte dalla Cooperativa specifiche contestazioni in ordine alle modalità di determinazione e quantificazione di detti contributi (essendo stata la contestazione rivolta piuttosto contro la sussistenza del proprio obbligo contributivo — v. i ricorsi di primo grado), i contributi dovuti devono ritenersi definitivamente accertati nella misura indicata dal predetto verbale di accertamento, e cioè per £ 311.293.000 — è invece estranea alla pretesa la ulteriore somma di £ 1.142.000, indicata nel verbale di accertamento come differenza contributiva relativa alla dipendente Pelucchini Dina, lavoratrice a domicilio, alla quale correttamente l'azienda ha applicato la contribuzione relativa ai dipendenti delle imprese artigiane.

3. — Per quanto riguarda invece il pagamento degli ulteriori importi indicati nel verbale di accertamento (a titolo di somme aggiuntive *ex* legge 48/88, art. 4, comma 1 lettera A e comma 2), deve invece farsi applicazione dello *ius superveniens*.

Infatti l'art. 116, comma 18, legge n. 388/2000, ha disposto che *"Per i crediti in essere e accertati al 30 settembre 2000 le sanzioni sono dovute nella misura e secondo le modalità fissate dai commi 217, 218. 219, 220, 221, 222, 223 e 224 dell'articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Il maggiore importo versato, pari alla differenza fra quanto dovuto ai sensi dei predetti commi del citato articolo 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e quanto calcolato in base all'applicazione dei commi da 8 a 17 del presente articolo, costituisce un credito contributivo nei confronti dell'ente previdenziale che potrà essere posto a conguaglio ratealmente nell'arco di un anno, tenendo conto delle scadenze temporali previste per il pagamento dei contributi e premi assicurativi correnti, secondo modalità operative fissate da ciascun ente previdenziale"*.

Nella specie deve quindi farsi applicazione del disposto del comma 217, secondo cui:

"I soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali, ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti:

a) nel caso di mancato o ritardato pagamento di contributi o premi, il cui ammontare è rilevabile dalle denunce e/o registrazioni obbligatorie, al pagamento di una somma aggiuntiva, in ragione d'anno, pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'articolo 13 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, maggiorato di tre punti; la somma aggiuntiva non può essere superiore al 100 per cento dell'importo dei contributi o premi non corrisposti entro la scadenza di legge;

b) in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero, oltre alla somma aggiuntiva di cui alla lettera a), al pagamento dì una sanzione, una tantum, da graduare secondo criteri fissati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro del tesoro, in relazione alla entità dell'evasione e al comportamento complessivo del contribuente, da un minimo del 50 per cento ad un massimo del 100 per cento di quanto dovuto a titolo di contributi o premi; qualora la denuncia della situazione debitoria sia effettuata spontaneamente prima dì contestazioni o richieste da parte degli enti impositori, e comunque entro sei mesi dal termine stabilito per il pagamento dei contributi o premi, la sanzione di cui alla presente lettera è dovuta nella misura del 30 per cento, sempreché il versamento dei contributi o premi sia effettuato entro trenta giorni dalla denuncia stessa".

Sono pertanto dovute le somme aggiuntive calcolate secondo quanto disposto dal suddetto comma 217, lettera a).

Non ritiene invece la Corte che sia dovuta l'ulteriore somma *una tantum* di cui alla lettera b) per le considerazioni che seguono.

La locuzione *"in caso di evasione connessa a registrazioni o denunce obbligatorie omesse o non conformi al vero"*, di cui al comma 217 anzidetto, è identica a quella di cui all'art. 116, comma 8, lettera b), legge n. 388/2000.

Pertanto, seppure quest'ultima norma non sia direttamente applicabile alla fattispecie all'esame, la specificazione ivi contenuta, secondo cui tale ipotesi ricorre quando *"datore di lavoro, con l'intenzione specifica di non versare i contributi o premi, occulta rapporti di lavoro in essere ovvero le retribuzioni erogate"*, costituisce utile indicazione ermeneutica al fine di individuare la portata dell'ambito di applicabilità dello stesso art. 1, comma 217, lettera b), legge n. 662/96, che, conseguentemente, coincide con i casi in cui l'istituto assicuratore non è in grado di accertare, dalle denunce o registrazioni obbligatorie, l'ammontare dei contributi dovuti.

Al riguardo la giurisprudenza della Cassazione, ha avuto modo di precisare che la legge n. 388/2000, pur non autodefinendosi interpretativa e non essendo retroattiva, tuttavia, *"ne consegue lo stesso effetto, con la tecnica originale di attribuire, nel medesimo comma 18, un credito contributivo alle aziende colpite dalle più consistenti sanzioni previgenti..., e con il vantaggio, rispetto alla norma retroattiva, di beneficiare*

anche le situazioni coperte dal giudicato", cosicché risulta evidente *"...l'intenzione del legislatore del 2000 di chiarire la formula legislativa prima oscura; se l'introduzione dell'elemento della intenzionalità: ha valore innovativo, l'espressione "occulta il rapporto in essere ovvero le retribuzioni erogate" ha la funzione di far emergere un significativo normativo estraibile, dalla precedente formula, e che parte della giurisprudenza aveva già estratto"* (cfr. Cass., n. 14727/2003, in motivazione).

Nel caso in discussione la Cooperativa non ha in effetti occultato i rapporti di lavoro in essere con i propri soci, nè i compensi erogati ai medesimi, ritenendo invece, seppure erroneamente, che i soci stessi non dovevano essere considerati, ai fini contributivi e delle prestazioni, come suoi dipendenti e di non essere quindi soggetta alla relativa obbligazione contributiva.

L'ammontare dell'obbligo contributivo ha potuto essere determinato proprio sulla base dei compensi che la Cooperativa ha corrisposto ai propri soci e, dunque, delle registrazioni contabili dalla stessa effettuate: da cui l'insussistenza dell'ipotesi dell'evasione contributiva prevista all'art. 1, comma 217 lettera b), legge n. 662/96.

4. — Per tutte le ragioni esposte, l'appello va parzialmente accolto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, la Cooperativa appellata va condannata al pagamento in favore dell'appellante, a titolo di contributi, della somma complessiva di euro 160.769,41 oltre alle somme aggiuntive determinate su tale importo in base a quanto disposto dall'art. 1, comma 217, lettera a), legge n. 662/96.

Esula dal presente giudizio l'accertamento dell'eventuale credito contributivo che, a versamento avvenuto, potrà residuare a favore della Cooperativa appellata ai sensi dell'art. 116, comma 18, legge n. 388/2000.

5. — Tenuto conto del rilevato contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, sussistono giusti motivi per la integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1988, p. 1846

(2) *Idem*, *idem*, p. 1052

(3) *Idem*, 2003, p. 209

***Pensioni* - Assicurazione per l'invalidità, vecchiaia e superstiti - Coniuge divorziato - In genere - Titolarità in astratto dell'assegno divorzile - Diritto alla pensione di reversibilità - Sussistenza - Limiti.**

Corte d'Appello di Genova - 25.6/1.9.2004, n. 829 - C.R. Ghinoy - Ferrari (Avv. Campanella) - INPS (Avv.ti Zaffina, Iovino).

*Ai fini del diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, il requisito, previsto dall'art. 9 della legge n. 898/70 (nel testo di cui alla legge n. 74/87), della titolarità dell'assegno disciplinato dall'art. 5 presuppone il riconoscimento giudiziale del c.d. assegno divorzile, a seguito di proposizione delle relativa domanda; tuttavia, ai fini suddetti, può aversi riguardo alla sola titolarità in astratto dell'assegno divorzile allorché l'*ex *coniuge superstite versi in una situazione di bisogno sopravvenuta alla sentenza di divorzio ed il decesso del titolare della pensione impedisca di richiedere la modifica delle statuizioni economiche contenute nella sentenza medesima.*

FATTO — Ferrari Fernanda interponeva appello avverso la sentenza del Tribunale di Savona che, respingendo il ricorso da lei proposto, aveva negato il suo diritto alla pensione ai superstiti in qualità di *ex* coniuge del defunto Nucci Giorgio, sulla base della mancata titolarità dell'assegno alimentare di cui all'art. 5 della L.n. 898 del 1970.

Assumeva che non era stata adeguatamente affrontata in primo grado la questione in ordine alla sussistenza in astratta delle condizioni che avrebbero legittimato la titolarità dell'assegno divorzile, secondo il principio affermato dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 457 del 17.1.2000.

Riferiva che il primo Giudice si era basato su due circostanze: la dichiarazione da parte della sig.ra Ferrari circa la propria autosufficienza economica e la non verosimiglianza dell'assunto secondo il quale ella avrebbe rinunciato all'assegno per non esporsi ad una situazione di pressione psicologica da parte dell'*ex* coniuge o ad un contenzioso dispendioso e doloroso.

In realtà, la sig.ra Ferrari nel corso del procedimento di primo grado aveva dichiarato che la sua situazione economica non era mutata rispetto al tempo della separazione e del divorzio, quando nel 1994 era stato fissato un assegno di £. 500.000 fino al momento in cui non fosse divenuta economicamente autosufficiente. Ciò significa che ella non aveva ancora raggiunto l'autosufficienza economica, tant'è che allo scioglimento dell'impresa familiare non aveva più prestato attività lavorativa.

Sussisteva quindi un reale stato di bisogno dell'appellante, risultante dalla documentazione prodotta e confermata in sede di comparizione davanti al Tribunale.

La Ferrari aveva preferito rinunciare all'assegno piuttosto che insistere sul riconoscimento in via giudiziale, nè poteva valere la considerazione che ella avesse ottenuto in proprietà l'intero immobile già in comunione dei coniugi, dal momento che, secondo la giurisprudenza prevalente, tale fatto non è fungibile con l'assegno e, in caso contrario, terrebbe luogo dell'assegno determinando il diritto alla pensione.

Chiedeva pertanto la riforma della sentenza e l'accoglimento della domanda formulata in primo grado.

Resisteva l'Inps, il quale rilevava che la maggioritaria e preferibile giurisprudenza sosteneva die il diritto alla pensione di reversibilità sorgesse solo in caso di effettiva titolarità dell'assegno divorzile.

Aggiungeva comunque che la sentenza del primo Giudice era corretta dal punto di vista della valutazione delle risultante processuali, dal momento che dalla sentenza di

divorzio emergeva che la sig.ra Ferrari, anche a fronte dell'attribuzione della proprietà di un appartamento in Genova, rinunciava ad un ipotetico assegno di mantenimento dichiarando di essere economicamente autosufficiente. Controparte aveva infatti richiamato gli atti della separazione, successivamente superati, e l'attribuzione in proprietà dell'immobile valeva come indice dell'insussistenza di uno stato di bisogno, già peraltro liberamente, affermata in sede di divorzio.

Chiedeva quindi il rigetto dell'appello.

All'udienza del 25.6.2004 la causa veniva discussa e decisa come da dispositivo in atti del quale si dava lettura.

DIRITTO — Questa Corte si è già pronunciata sulla questione oggetto di causa nella sentenza n. 328 del 5.4.2002, nella quale ha aderito all'indirizzo da ultimo espresso dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 15342 del 2000 secondo il quale *"ai fini del diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, il requisito previsto dall'art. 9 L. 898 del 1970, nel testo di cui alla L. 74/1987, della titolarità dell'assegno disciplinato dall'art.5, presuppone il riconoscimento giudiziale del c.d. assegno divorzile, a seguito di proposizione della relativa domanda"*.

La soluzione appare ancora oggi condivisibile: la formula adottata dal legislatore all'art. 9 della L. 898 del 1970 è infatti tassativa nel prevedere al comma 2 che l'*ex* coniuge superstite abbia diritto alla pensione di reversibilità se ed in quanto sia titolare dell'assegno divorzile ai sensi del precedente art. 5.

L'assunto è del resto coerente con la funzione della pensione di reversibilità, che è quella di garantire all'*ex* coniuge superstite la situazione reddituale che aveva al momento del decesso del dante causa.

Il decesso non deve determinare un significativo mutamento nelle sue fonti di reddito e venendo meno il concorso al mantenimento dell'*ex* coniuge soccorre l'intervento sostitutivo dell'istituto previdenziale.

La diversa premessa teorica da cui muove la sentenza del Tribunale è comunque apprezzabile nel momento in cui ha riguardo all'esigenza di garantire uniformità di trattamento in situazioni omogenee: è vero che occorre assicurare anche all'*ex* coniuge superstite la possibilità di ottenere quello che sarebbe conseguito ad una modifica delle condizioni del divorzio, modifica che non può essere richiesta per il decesso del dante causa.

L'assunto di quella giurisprudenza secondo il quale deve aversi riguardo alla c.d. titolarità in astratto dell'assegno alimentare al fine dell'attribuzione della pensione di reversibilità, potrebbe quindi condividersi sotto tale limitato profilo: se l'*ex* coniuge superstite versi in una situazione di bisogno che, vivo il dante causa, avrebbe determinato la modifica delle statuizioni economiche della sentenza e l'attribuzione dell'assegno, allora potrebbe comunque configurarsi il diritto alla pensione.

Se tale ricostruzione è esatta, allora deve ritenersi che in tanto una situazione di bisogno potrebbe essere considerata, in quanto essa sia sopravvenuta alla sentenza di divorzio ai sensi dell'art. 9 della L. 898, quando il decesso del titolare abbia impedito di richiedere la modifica delle relative statuizioni economiche.

Nel caso, la ricorrente nell'interrogatorio libero reso nel corso del giudizio di primo grado ha tuttavia affermato che la situazione economica è rimasta inalterata rispetto al

tempo della separazione e del divorzio.

Nulla è quindi cambiato rispetto all'assetto economico dei rapporti tra gli *ex* coniugi recepito nella sentenza di divorzio.

Risulta allora chiaro che l'accoglimento della domanda della Ferrari determinerebbe per lei un miglioramento della propria situazione economica, tendendo ad ottenere un reddito che durante la vita del Nucci non avrebbe potuto ottenere.

Tale risultato esorbita tuttavia dalla regolamentazione positiva della pensione di reversibilità e della disciplina legale dello scioglimento del matrimonio.

La domanda pertanto non può essere accolta, né vi è oggi la possibilità di rivalutare quale fosse la situazione economica effettiva della Ferrari, che ella per sua volontà non ha prospettato al momento della sentenza di divorzio e da allora è rimasta inalterata.

Per le suesposte motivazioni l'appello deve essere respinto, con conferma della sentenza di primo grado.

Il contrasto di giurisprudenza riferito dal primo Giudice e la peculiarità del caso costituiscono giusti motivi per l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del grado.

(Omissis)

***Contributi* - Opposizione a ruolo - Nullità cartella - Merito della pretesa contributiva - Accertamento - Necessità.**

***Contributi* - Opposizione a ruolo - Natura del giudizio.**

Corte d'Appello di Genova - 14.7/1.9.2004, n. 816 - C.R. Ravera - INAIL (Avv.ti Consorte, Cunati) - CAMELI S.r.l. (Avv. Ferraris) - Servizio Riscossione Tributi San Paolo S.p.a. (Avv. Calisi).

La nullità della cartella esattoriale non esime il giudicante dall'affrontare il merito della controversia, posto che l'impugnazione introduce una ordinaria causa di cognizione e non riguarda la legittimità dell'atto impugnato.

Con il giudizio di opposizione a cartella esattoriale, la posizione delle parti, sia da un punto di vista processuale che sostanziale, è analoga alla posizione che esse assumevano nell'opposizione al decreto ingiuntivo.

FATTO — 1. — Con ricorso depositato il 17 marzo 2001, la CA.ME.LI S.r.l. proponeva ricorso avverso la cartella esattoriale n. 048 2000 014710, notificata il 23 febbraio 2001, con la quale il concessionario del servizio nazionale dì riscossione per la

Provincia di Genova San Paolo Riscossioni S.p.a. le intimava il pagamento:

— a favore dell'INPS, di L. 128.018.714 a titolo di "contributi aziende";

— a vantaggio dell'INAIL, di L. 17.017.370, per la causale "contributi previdenziali INAIL".

2. — L'opponente sollevava, preliminarmente, l'eccezione di nullità e/o illegittimità e/o comunque di inammissibilità della cartella, per vizi di forma e sostanza.

In particolare, quanto alle pretese dell'INAIL, l'opponente deduceva che "la sola indicazione del numero di posizione assicurativa e di cifre asseritamente spettanti ... per "premi evasi" senza alcun riferimento a verbali, titoli, ragioni, periodi, ecc., nemmeno consente di formulare la benché minima ipotesi sul merito".

3. — Con la sentenza n. 1089/2003, appellata dall'Istituto, il Tribunale di Genova - Sezione Lavoro, accogliendo l'eccezione preliminare sollevata dalla Società opponente, ha dichiarato la nullità della cartella di pagamento nella parte relativa alle pretese dell'INAIL.

4. — Avverso tale sentenza, l'INAIL ha proposto appello, chiedendone la riforma.

5. — L'appellato si è costituito ed ha chiesto il rigetto dell'appello; San Paolo riscossione si è costituito in giudizio chiedendo invece raccoglimento dell'appello dell'INAIL.

Sulle conclusioni in epigrafe riportate la causa veniva decisa dal Collegio con separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO — L'appello è fondato nei termini di cui in appresso.

La cartella esattoriale impugnata è palesemente nulla in quanto non contiene alcuna informativa sugli elementi essenziali che caratterizzano la pretesa creditrice. Infatti la cartella nella parte relativa all'INAIL (in ciò differenziandosi rispetto alle poste di competenza INPS) reca solo una generica indicazione "premi evasi" con l'aggiunta di un numero che non è dato sapere a cosa di riferisca. Nessuna indicazione di periodi, verbali o quant'altro (anche per relationem) da cui potersi ritenere che la CAMELI avesse da tali elementi parametri da cui potere individuare i singoli crediti fatti valere. In sostanza a fronte della intimazione di pagamento il presunto debitore non è in grado di sapere a cosa la richiesta sia riferibile. Sul punto pertanto la sentenza deve essere confermata.

Essa deve invece essere riformata laddove dalla nullità della cartella esattoriale ha tratto la conseguenza di non dovere affrontare il merito della controversia, come se in sostanza l'impugnazione riguardasse la legittimità dell'atto impugnato e non venisse invece introdotta una ordinaria causa di cognizione. Al riguardo il tribunale ha ritenuto che mancando nella cartella esattoriale gli elementi essenziali, all'atto dell'opposizione il debitore era giunto senza essere a conoscenza "di tutti gli elementi che gli consentano d'impostare la difesa giudiziale senza incorrere nelle decadenze previste dal regime del rito del lavoro".

Invero occorre rilevare comunque come la cartella esattoriale, anche se contenente elementi che per relationem possano riportare ad altre fonti di accertamento del debito o di conoscenza di questo per il soggetto destinatario (come ritenuto dal tribunale, con ciò ritenendo legittima la cartella per la posizione INPS), non esplicita mai, per come è strutturate, gli elementi di fatto e di diritto richiesti dall'art. 414 cpc (come implicita-

mente sembra adombrare il tribunale). Del resto il modello di cartella esattoriale predisposto dal Ministero delle finanze in attuazione dell'art. 25, 2° co., dpr 602/73 (v. decreti del 28.6.99 e 3.9.99), è sicuramente rispettoso dell'obbligo di informazione sugli elementi essenziali per l'individuazione dei singoli crediti, come confermato proprio dalla pronuncia del Tribunale di cui si discute. Il che è anche ovvio perché la cartella esattoriale non è atto che introduce un giudizio dinanzi al giudice del lavoro. In sostanza anche quando esistono gli elementi minimi per ritenere legittima la cartella esattoriale (indicazione dell'anno cui si riferisce la contribuzione, il riferimento al verbale di accertamento ecc.) è indubbio che l'opposizione ad essa avverrà da parte del debitore senza potere esplicitare appieno la propria difesa che solamente dopo la costituzione in giudizio del creditore potrà assumere definitiva fisionomia. In altri termini solo dopo che il creditore si sarà costituito in giudizio (con le allegazioni in fatto e l'indicazione della prove) il debitore potrà, eventualmente ricorrendo all'art. 420 cpc 5 e 7, definire meglio le proprie difese. In sostanza, con il giudizio di opposizione alla cartella esattoriale, la posizione delle parti, sia da un punto di vista processuale che sostanziale, è analoga alla posizione che esse assumevano nell'opposizione a decreto ingiuntivo emesso *ex* art. 635 cpc, laddove il decreto veniva emesso sulla mera dichiarazione della sussistenza del credito da parte di un funzionario dell'ente, sussistenza del credito dichiarata a seguito di accertamenti eseguiti da altri funzionari dello stesso ente. Anche in quel caso l'opposizione spesso era "al buio" e solamente dopo la costituzione del creditore era possibile al debitore avere piene conoscenza dei fatti costitutivi della pretesa creditoria.

Del resto la Suprema Corte (cfr. Cass. 4995/87, 8624/93 (1) e da ultimo Cass. 5763/02 (2)) ha sempre affermato che "il processo relativo a controversia per il pagamento di contributi previdenziali (anche) in favore di una cassa per liberi professioni (quale la cassa resistente) — benché instaurato mediante opposizione a cartella esattoriale (...) dà luogo, in ogni caso, ad un giudizio ordinario di cognizione su diritti ed obblighi inerenti al rapporto previdenziale obbligatorio e, segnatamente, rapporto contributivo (...) con la conseguenza che l'ente previdenziale convenuto può chiedere, oltre che il rigetto dell'opposizione, anche la condanna dell'opponente all'adempimento dell'obbligo contributivo, portato dalle cartella, sia pure nella minore misura residua ancora dovuta, senza che ne risulti mutata la domanda".

Per le considerazioni svolte, deve passarsi all'esame della pretesa azionata dall'INAIL. Essa riguarda contributi previdenziali evasi, per complessive lire 17.017.370 con riferimento alla posizione assicurativa di cui è titolare la CAMELI srI. Come già accertato dal tribunale con riferimento al credito azionato con la stessa cartella esattoriale dall'INPS, la prova della pretesa trae origine dalla visita ispettiva della direzione da cui era emerso che per il periodo 1994-1996 vi erano state omissioni salariali. In particolare si trattava di:

— omissioni salariali per retribuzioni erogate negli anni 1994-1996 e 1997, contestate alla società con atto del 27.1.1998 e notificato il 5.2.1998 (realtà a firma Socchia Franco) mai opposto e relativo ai dipendenti indicati negli allegati B1 e B8 allo stesso;

— dichiarazione e registrazioni di retribuzioni inferiori a quelle effettivamente corrisposte per gli anni 1995-1956 con riferimento ai dipendenti indicati nell'allegato B1 e B31 dell'atto 28.1.1998, mai opposto.

Tutta la documentazione extracontabile prodotta dall'INAIL mai è stata disconosciuta dalla Cameli contrariamente a quanto aveva fatto, in sede ispettiva, il figlio del responsabile dell'azienda, secondo quanto testimoniato in causa dal funzionario dell'INPS Bocellato Giorgio "a mia richiesta, dichiarò di disconoscere la documentazione fornita dalla Guardia di finanza alla Direzione provinciale del lavoro come documentazione della ditta. Si trattava degli appunti relativi ai compensi corrisposti ai singoli lavoratori".

Il maresciallo della Guardia di Finanza autore dell'originario rinvenimento, Bartolotta Stefano, ha comunque riferito che il contabile e lo stesso amministratore dell'azienda avevano a suo tempo assentito alle contestazioni formulate sulla scorta della citata documentazione. Essa consiste in appunti manoscritti, racchiusi in quaderni e conservati in forma di traccia contabile di pagamenti effettuati in mesi o periodi specifici, con indicazione altresì dei titoli (volta a volta, "listino", "straordinario settimanale", "gg. sabato", "viaggi Genova", "pedaggi", "posteggi"). La riferibilità dei corrispettivi per prestazioni lavorative è quindi inequivoca. La ricostruzione dell'entità dei compensi effettivamente corrisposti e delle evasioni contributive è agevolata dall'analiticità delle scritture e dall'impostazione secondo schemi che distinguono i pagamenti effettuati a ciascun lavoratore.

Il credito azionato dall'INAIL risulta pertanto provato e la CAMELI srI deve essere condannata a pagare all'istituto assicuratore la somma di € 8788,74 nonché le spese del doppio grado, nella misura indicata in dispositivo. Le spese con San Paolo riscossioni vengono compensate.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 1162

(2) *Idem*, 2002, p. 1223

TRIBUNALI
Sezioni Civili

***Contratto in genere* - Contratto di organizzazione di viaggio - Nozione.**

***Contributi* - Inquadramento - Agenzia di Viaggi - Attività plurime - Criteri di classificazione - Prevalenza - Elementi di valutazione.**

Tribunale di Agrigento - 16/22.12.2003 n. 2882 - Dott. Mimmo - Trasportaereo di Mandracchia Rosa e C. s.a.s. (Avv. A. e D. Cutaia) - INPS (Avv. Madonia).

Costituisce contratto di organizzazione di viaggio quello tramite il quale una persona si impegna a suo nome a procurare ad un'altra per mezzo di un prezzo globale un insieme di prestazioni comprendenti il trasporto, il soggiorno separato dal trasporto o qualunque altro servizio che ad essi si riferisca. Rientra pertanto nell'intermediazione la mera vendita di più servizi, senza la creazione di un servizio autonomo e diverso.

Ai fini dell'inquadramento previdenziale qualora una agenzia di viaggi svolga tanto attività di intermediazione di viaggio, quanto attività di organizzazione di viaggio, alle quali non corrispondano organizzazioni autonome e distinte, è indispensabile valutare complessivamente quale attività risulti prevalente in riferimento ai diversi fattori economici e strutturali quali ad esempio il personale addetto e il fatturato.

FATTO — Con ricorso depositato il 21 novembre 2002 la Trasportaereo di Mandracchia Rosa e C. s.a.s premesso di avere presentato all'Inps domanda di ammissione ai benefici di cui alla legge 1089 del 1968 e che l'istanza era stata rigetta dall'istituto previdenziale in quanto l'azienda non era stata inquadrata tra quelle esercenti attività industriale, affermava l'illegittimità del diniego in quanto l'attività svolta non si limitava alla mera intermediazione ma riguardava l'organizzazione e la produzione di pacchetti turistici e pertanto collocabile tra le attività industriali. Affermava, infine, che nel periodo dal 1989 al 1997 aveva diritto, a titolo di sgravi contributivi, alla somma di euro 65.058,08. Conveniva, pertanto, davanti al giudice del lavoro di Agrigento l'Inps chiedendo di *accogliere il presente ricorso, ritenendo e dichiarando la natura industriale (*ex *art. 2195 c.c.) dell'attività svolta dalla ricorrente nel periodo 198/1997 e, per l'effetto, riconoscere il diritto della stessa alla fruizione, per il medesimo periodo, delle agevolazioni e degli sgravi contributivi previsti dalla L. 1089/1968. Condannare l'I.N.P.S. alla ripetizione e, pertanto, al pagamento in favore della ricor-*

rente, dell'importo di euro 65.058,08, pari a vecchie lire 125.970,000, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali fino al soddisfo.

Si costituiva l'Inps affermando l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto: in particolare affermava che dall'accertamento ispettivo compiuto dall'Inps era emerso che la società non svolgeva attività assimilabile a quella delle imprese industriali, bensì svolgeva con assoluta prevalenza attività di intermediazione.

Nel corso dell'istruttoria venivano sentiti come testimoni D'Angelo Pietro, Cacciatore Salvatore, Di Mario Rosario, Mandracchia Emanuele. Su richiesta dell'Inps veniva disposta ed espletata consulenza tecnica contabile al fine di accertare le diverse tipologie di attività svolte dall'azienda e la proporzione tra le stesse. Sulle conclusioni indicate in epigrafe la causa veniva discussa e decisa come da separato dispositivo letto in udienza.

DIRITTO — II ricorso non è fondato e la domanda deve essere rigettata.

La presente controversia verte in tema di inquadramento aziendale ai fini previdenziali; in particolare la società ricorrente afferma che la propria attività deve essere inquadrata tra quelle industriali, mentre l'Inps l'ha inquadrata tra quelle esercenti attività commerciale. In questa sede la distinzione rileva ai fini del godimento dei sgravi fiscali previsti dalla legge 25 ottobre 1968 n. 1089 per le aziende del settore industriale e non riconosciuti a quelle esercenti attività commerciale.

L'Inps a seguito di accertamento compiuto il 30 settembre 1999 ha ritenuto sulla base dei bilanci di esercizio annuali e della documentazione fiscale che l'attività svolta dall'agenzia fosse prevalentemente diretta all'intermediazione di viaggi, limitando la propria sfera alla vendita di biglietti viaggio o pacchetti vacanze prodotti da terzi e venduti ai clienti (vedi allegato n. 1 fascicolo Inps).

In materia di inquadramento ai fini contributivi delle agenzie di viaggio la Corte di Cassazione con la sentenza del 2 aprile 1993 n. 3990 ha distinto tra "contratto di organizzazione di viaggio" che è qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a suo nome a procurare ad un'altra per mezzo di un prezzo globale un insieme di prestazioni comprendenti il trasporto, il soggiorno separato dal trasporto o qualunque altro servizio che ad essi si riferisca, dal "contratto di intermediazione di viaggio" che consiste in qualunque contratto tramite il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra per mezzo di un prezzo sia un contratto di organizzazione di viaggio sia uno dei servizi separati che permettono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi.

La Suprema Corte alla luce di tale distinzione riconduce l'attività di organizzazione viaggi a quella industriale e l'attività di intermediazione a quella commerciale. Infatti, ai sensi dell'art. 2195 c.c. costituisce attività industriale non solo quella avente ad oggetto la produzione di beni, ma anche quella diretta alla produzione di servizi che si estrinseca nella creazione di nuova ricchezza e di nuova utilità, capace di soddisfare particolari bisogni degli utenti, suscettibili di autonoma utilizzazione e valutazione economica. Il servizio ottenuto mediante l'organizzazione e l'impiego dei fattori produttivi predisposti dall'imprenditore può avere ad oggetto un bene oppure una utilità: quest'ultima deve consistere in un risultato economico nuovo e originale dotato di una identità propria che non si esaurisca nella mera sommatoria delle utilità fornite da beni preesistenti o nel mero accrescimento di utilità derivante dalla circolazione di tali beni,

attraverso una attività di scambio o di intermediazione nello scambio. Il risultato economico dell'attività di organizzazione di viaggi consiste in una utilità nuova, prodotta dall'organizzazione del viaggio a fronte di un prezzo globale, che comporta una responsabilità per l'organizzatore (c.d. *tour operator*) il quale risponde in prima persona per eventuali inadempimenti agli obblighi derivanti dall'organizzazione.

Si può, pertanto, concludere che ai sensi della definizione indicata nell'art. 2195, n. 1, c.c. è industriale quella attività produttiva non solo di beni, ma anche di servizi, purché l'attività medesima sia finalizzata alla costituzione di una nuova utilità (cfr. Cass. 20 giugno 2003, n. 9910; 5 marzo 2001, n. 3215 (1)).

Se in astratto la distinzione descritta appare di immediata percezione, in concreto, proprio nel caso delle agenzie di viaggio che svolgono una molteplicità di funzioni, non è agevole ridurre la fattispecie ad una unica categoria.

Sulla base delle pronunce sopra riportate si possono individuare alcune tipologie di attività svolte dalle agenzie di viaggi rientranti ora nell'organizzazione, ora nell'intermediazione. Rientra certamente in quest'ultima fattispecie, integrando così attività meramente commerciale, la vendita di biglietti o, in ogni caso, di prodotti già confezionati da altri soggetti (per es. vendita di pacchetti turistici interamente predisposti da altri *tour operator*); allo stesso modo rientra nell'intermediazione la mera vendita congiunta di più servizi, senza la creazione di un servizio autonomo e diverso: è il caso dell'agente che oltre a vendere il biglietto aereo venda anche un alloggio ovvero altri servizi turistici accessori.

Sotto quest'ultimo profilo non può essere condivisa l'osservazione formulata dalla società ricorrente secondo la quale in ipotesi di combinazione della vendita di più servizi si avrebbe la costituzione di un pacchetto turistico autonomo ai sensi dell'art. 2 del d. Igs. 17 marzo 1995 n. 111. La norma indicata non pare applicabile alla presente fattispecie, in quanto volta non già ad indicare l'inquadramento da attribuire ad una determinata attività, ma unicamente a costituire una tutela per il consumatore che acquista pacchetti turistici da un agente di viaggio: la normativa invocata, infatti, è diretta esclusivamente a predisporre degli strumenti di tutela per il consumatore, quale l'obbligo di un contratto scritto, obblighi di informazione, diritto di recesso, responsabilità, ecc., e non incide sulla tipologia di attività svolta dall'agente di viaggio.

Ai nostri fini ciò che interessa non è tanto la definizione normativa indicata nel decreto legislativo citato predisposta a tutela del consumatore, quanto piuttosto che dalla vendita di una pluralità di servizi derivi un servizio che possa o meno essere considerato differente rispetto alla sommatoria dei singoli servizi, cioè che contenga un *quid pluris* rispetto agli stessi, tanto da potersi a sua volta definire non una mera intermediazione ma un vero servizio.

È quest'ultima, infatti, la tipologia di attività, secondo i principi dettati dalla Suprema Corte, qualificabile come organizzazione e come tale inquadrabile nelle attività industriali. Non è sufficiente, allora, che l'agente di viaggio venda più servizi combinati tra loro, ma è indispensabile che il risultato integri una utilità economica distinta e ulteriore rispetto alla mera sommatoria dei servizi. Questo si realizza, a titolo di esempio, nelle ipotesi in cui sia lo stesso agente a predisporre il viaggio (per es. con un volo charter), ovvero l'alloggio (per esempio con strutture gestite direttamente dallo stesso agente), ovvero metta a disposizione del personale che accompagni i viaggiatori, ecc. Ciò può

avvenire anche attraverso la vendita di prodotti altrui, quando la loro modifica e combinazione porti al cliente una utilità diversa rispetto alla mera sommatoria delle singole utilità. Caratteristiche della organizzazione di viaggi sono, oltre la creazione di un servizio nuovo, la predisposizione di un prezzo globale che non sia la mera sommatoria dei singoli prezzi dei servizi venduti e la responsabilità assunta in prima persona dall'organizzatore, il quale risponde direttamente di eventuali inadempimenti al contratto.

Dall'istruttoria compiuta è emerso che la Trasportaereo ha, nel periodo in questione tra il 1989 e il 1997, posto in essere entrambe le tipologie di attività. Il teste D'Angelo, ispettore dell'Inps autore dell'accertamento, ha riferito di non avere rilevato, durante il controllo, l'esistenza di una attività di creazione di pacchetti e che, qualora esistente, assumeva carattere marginale; ha riferito che prevalentemente la Trasportaereo svolgeva attività di vendita di biglietti e di pacchetti già confezionati da terzi. Il teste Cacciatore, commercialista della società ricorrente, ha dichiarato che la Trasportaereo svolge sia attività di intermediazione, sia attività di *tour operator*, intendendo per quest'ultima la combinazione di due o più elementi, cioè la vendita del biglietto, noleggio di un mezzo sul posto, organizzazione di un itinerario turistico, prenotazione di alberghi e ristoranti e che questa attività ha carattere prevalente rispetto a quella di intermediazione; ha precisato che la Trasportaereo organizza gite scolastiche e che, in base al numero dei partecipanti, vi è un dipendente della agenzia che funge da accompagnatore; dal punto di vista contabile ha precisato che nell'ipotesi di organizzazione di un viaggio composto da diversi elementi tra loro combinati la fatturazione non avviene unitariamente come vendita di un pacchetto, ma avviene singolarmente come vendita di singoli elementi. Il teste Mandracchia, dipendente dell'agenzia, ha riferito di occuparsi di organizzare dei pacchetti di viaggio o individuali o di gruppo, nel senso che personalizza il viaggio in base alle esigenze della clientela, predisponendo una serie di *optional* quali escursioni, noleggio auto, serate particolari, guida personalizzata, oltre al trasporto, vitto e alloggio; ha dichiarato che la società fornisce un servizio di guida per la Valle dei Templi per le navi da crociera che attraccano a Porto Empedocle, fornendo pullman e gruppi folcloristici; ha dichiarato che frequentemente accompagna gruppi di scolari in gita; ha affermato di occuparsi lui dell'organizzazione dei viaggi, mentre, nel periodo in questione, vi erano altri tre dipendenti che si occupavano della vendita dei biglietti.

Dalla documentazione prodotta dalla società ricorrente emerge effettivamente che questa si occupava sia della vendita di biglietti, singoli o per gruppi, sia organizzava viaggi, predisponendo un programma, ecc.

Lo svolgimento di entrambe le tipologie di attività da parte della società ricorrente è confermato dallo stesso consulente tecnico di ufficio che, sulla base dei dati contabili messi a disposizione dall'agenzia, ha affermato che le *attività esercitate dalla ricorrente sono diverse e concernono quella di organizzazione viaggi, quella di intermediazione viaggi, volta a collocare sul mercato viaggi organizzati, quella di cambio valuta estera e quella di spedizioni, specificando che in maniera prevalente le attività esercitate sono quelle di organizzazione viaggi e quella di intermediazione*.

Qualora una impresa svolga una pluralità di attività riconducibili a settori tra loro differenti, ai fini dell'inquadramento previdenziale, deve essere individuata quella tipologia di attività che maggiormente da una connotazione all'impresa. Infatti, ai fini della determinazione dei contributi previdenziali e del godimento degli sgravi non

sarebbe possibile procedere ad un doppio inquadramento, dovendo questo essere unico a tutti gli effetti previdenziali (cfr. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2092 (2)). Si può procedere ad un inquadramento separato nelle ipotesi in cui le diverse attività aziendali risultino effettivamente separate ed autonome, come se si trattasse di imprese diversificate, non ostandovi l'unicità dell'imprenditore. Qualora, come il caso in esame, non sia possibile procedere a separare le attività, risultando connesse ed integrate tra loro, si deve individuare quali delle attività risultino prevalenti sulla base di una valutazione complessiva che tenga conto dei diversi fattori economici e strutturali (cfr. Cass. 24 aprile 1991, n. 4476 (3)).

Il criterio della prevalenza, applicato dall'Inps e contestato dalla società ricorrente, sembra l'unico idoneo ad individuare la tipologia di attività che maggiormente caratterizza l'impresa, in quanto l'inquadramento non avviene su base volontaria, ma deve corrispondere all'effettiva attività svolta, non potendo altrimenti ammettersi che per il solo fatto che una determinata impresa svolga una attività in maniera marginale o in ogni caso non prevalente, si debba individuare un inquadramento differente rispetto a quello corrispondente alla maggior parte di attività esercitata.

Dovendo applicare il criterio della prevalenza al caso in esame, non vi possono essere dubbi che l'attività di maggior rilievo posta m essere dalla Trasportaereo è quella relativa alla intermedazione viaggi. Ciò emerge in primo luogo dal numero dei dipendenti adibiti all'una o all'altra attività, tre si occupavano di vendita biglietti, solo uno di organizzazione viaggi (vedi dichiarazioni teste Mandracchia). Inoltre, il consulente tecnico di ufficio nella propria relazione ha formulato una proporzione, sulla base delle risultanze contabili, tra le attività, proporzione che varia di anno in anno, ma valutando il dato su tutto il periodo in considerazione, vede una prevalenza dell'attività di intermediazione su quella di organizzazione (circa il 61% contro il 39%). Per completezza si deve evidenziare che il consulente tecnico, come emerge dalla relazione, ha valutato il dato relativo all'organizzazione per eccesso, comprendendo in esso anche attività assimilabili, sulla base di quanto affermato in precedenza, alla mera intermediazione (in particolare ha considerato organizzazione la mera vendita di singoli elementi, combinati tra loro, di un viaggio, attività che deve essere assimilata piuttosto all'intermediazione, qualora non si risolva in un prodotto nuovo).

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere corretto l'inquadramento nelle imprese esercenti attività commerciale operato dall'Inps, con la conseguenza che alla stessa non spettano gli sgravi fiscali riservati unicamente alle imprese industriali.

La complessità della materia e le difficoltà, in concreto, di individuare il corretto inquadramento aziendale, costituiscono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio e quelle della consulenza tecnica di ufficio liquidate queste ultime con separato decreto.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 176

(2) *Idem*, 2003, p. 183

(3) *Idem*, 1991, p. 973

***Processo civile* - Riscossione a mezzo ruolo dei crediti contributivi - Avviso bonario *ex* art. 24 d. lgs. n. 46/99 - Opposizione del debitore - Interesse ad agire - Insussistenza - Domanda riconvenzionale proposta dall'INPS e dalla SCCI di condanna al pagamento dei crediti di cui all'avviso bonario - Ammissibilità.**

Tribunale di Agrigento - 3.6.2003, n. 1433 - Dott. Gatto - SOMAC srI (Avv. Lo Giudice) - INPS, S.C.C.I. spa (Avv. Madonia, Tomaselli).

È privo di interesse ad agire - necessariamente correlato all'esistenza di una lesione del diritto affermato da chi agisce in giudizio - il destinatario di un avviso bonario, inviato dall'INPS prima di procedere alla iscrizione a ruolo, che agisca in giudizio per ottenere l'annullamento di tale atto ove contestualmente non proponga domanda di accertamento negativo del credito. È viceversa ammissibile la domanda riconvenzionale proposta dall'INPS — unitamente alla Società di Cartolarizzazione dei Crediti INPS (SCCI spa) — avente ad oggetto la condanna al pagamento dei debiti di cui al medesimo avviso bonario.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Agrigento in funzione di giudice del lavoro, depositato in cancelleria in data 21 maggio 2002, la Somac s.r.l, premesso che in data 6-9-2001 aveva ricevuto da parte dell'I.n.p.s di Agrigento verbale di accertamento n. 517, con il quale veniva irrogata la sanzione di lire 48.266.000, per aver omesso di versare i contributi obbligatori relativi ad alcuni lavoratori assunti e regolarmente registrati nei libri aziendali; che, immediatamente, la ditta ricorrente aveva provveduto a versare in data 7.11.2001 la somma di lire 14.541.000 e il 3.12.2001 la somma di lire 106.000; che in data 24-4-2002 aveva ricevuto dall'istituto previdenziale un avviso bonario con il quale si chiedeva il pagamento della somma di lire 47.321.000, oltre lire 28.832.954 per sanzioni; che, immediatamente, la ditta ricorrente si era recata presso gli uffici dell'l.n.p.s. di Agrigento, ove aveva fatto rilevare di aver già versato la somma di lire 14.541.000 e che le sanzioni non erano dovute, perché non si, trattava di "evasione" bensì di "omissione" di contributi obbligatori per lavoratori regolarmente assunti; che, però, all'I.n.p.s. di Agrigento avevano spiegato che la ditta ricorrente, per avvalersi della rateizzazione, avrebbe dovuto versare entro trenta giorni esattamente l'importo pari ad 1/12 del contributo indicato nell'avviso bonario; tanto premesso, la Somac s.r.l. conveniva in giudizio l'INPS, per sentir annullare o comunque dichiarare illegittimo l'avviso bonario, non essendo stati considerati, nella determinazione delle somme in esso indicale, i versamenti effettuati il 7.11.2001 e il 3.12.2001 ed essendo state irrogate sanzioni assolutamente non dovute; inoltre, per sentir dichiarare che la somma versata dalla società ricorrente è pari esattamente ad 1/12 di quanto dovuto e che, pertanto, la stessa ha senz'altro diritto alla rateizzazione del debito.

Regolarmente instaurato il contraddittorio, l'ente previdenziale costituitosi in giudizio, preliminarmente eccepita l'inammissibilità dell'azione, avente ad oggetto l'impugnazione di un atto amministrativo, qual è l'avviso bonario, che il giudice ordina-

rio non ha il potere di annullare, ma che può soltanto incidentalmente disapplicare ove lo ritenga illegittimo, nel merito, dando atto del pagamento parziale da imputarsi al credito oggetto del giudizio, rivendicava la legittimità del proprio operato, sia in ordine alla determinazione delle sanzioni, che sosteneva di aver applicato in conformità alla normativa vigente, sia in ordine al mancato accoglimento della domanda di dilazione, scaturito dall'aver la ditta ricorrente disatteso le regole e gli adempimenti cui è subordinata l'accettazione del pagamento rateizzato. Su tale base, l'istituto chiedeva il rigetto del ricorso e, in via riconvenzionale, il pagamento delle somme indicate nel verbale di accertamento del 3-8-2001, maggiorate dei relativi accessori fino al saldo e dedotto l'acconto di € 7569,71, ovvero della diversa somma risaltante in corso di causa

La causa veniva istruita con documenti e con l'escussione del teste Sciabarrà Carmelo, funzionario INPS in servizio presso la Sede di Agrigento, Responsabile dell'Unità di Processo "Soggetto Contribuente 2".

Autorizzato il deposito di note conclusive, all'odierna udienza, sulle riportate conclusioni, la causa veniva discussa e decisa con lettura pubblica del dispositivo steso in calce alla presente sentenza, di cui si dava lettura in pubblica udienza.

DIRITTO — Nell'ordine logico delle questioni poste, va preliminarmente affrontata quella inerente la legittimazione processuale della SCCI Spa nei confronti della Somac srl, che la ditta opponente ha radicalmente contestato sia dal lato attivo, che passivo, rifiutando contraddittorio in merito alle domande dalla stessa proposte tramite l'INPS.

Osserva il decidente che la legittimazione attiva della SCCI Spa nel presente giudizio scaturisce dal contratto di cessione dei crediti contributivi dell'INPS che la predetta società ha stipulato con l'istituto previdenziale, dopo che l'art. 13 della legge n. 448/98, come modificato dall'art 1 del d.l. 6-9-1999, n. 308, convertito con modificazioni dalla L. 402/99, ha previsto la cessione, a titolo oneroso e in massa, dei crediti contributivi, ivi compresi gli accessori per interessi e somme aggiuntive già maturati o che sarebbero maturati fino al 31 -12-2001.

L'effetto della cessione dei crediti conseguente alla sottoscrizione del contratto di cessione è quello di privare l'INPS della titolarità dei crediti stessi che vengono trasferiti alla società appositamente costituita per l'acquisto e la cartolarizzazione dei crediti (art. 13, co.4).

Alla normativa contrattuale si è aggiunto un mandato speciale per cui l'INPS, pur spogliato della titolarità del credito, è tenuto ad assumere, con la diligenza *quam sui*s, la difesa tecnica anche della società cessionaria, che è litisconsorte necessario nel lato passivo nei giudizi di opposizione a cartella esattoriale.

Per questi motivi, l'eccezione sollevata dalla ditta opponente (nelle note conclusionali) è del tutto destituita di fondamento.

L'azione esperita difetta di interesse ad agire.

Ed invero, l'interesse ad agire è correlato all'esistenza di una lesione del diritto affermato da chi agisce in giudizio, mentre allo stato l'opposizione ha per oggetto un atto non idoneo a perpetrare una lesione del diritto a pagare i contributi obbligatori nell'esatto importo, che la ditta ricorrente vanta.

La natura di atto lesivo non appartiene, infatti, all'atto impugnato, il quale, ai sensi dell'art 24, comma 2, del D. Lgs. n. 46/99, è un atto non obbligatorio della procedura di riscossione delle entrate degli enti previdenziali, con cui l'ente, prima di procedere all'iscrizione a ruolo, ha facoltà di richiedere il pagamento al debitore delle somme non versate nei termini previsti da disposizioni di legge o dovute in forza di accertamenti effettuati dagli uffici.

Lungi dall'avere contenuto precettivo, perché il suo contenuto è piuttosto quello di un invito a pagare, l'avviso bonario è l'atto (facoltativo) che, offrendo al contribuente la possibilità di segnalare all'istituto l'eventuale non debenza (anche parziale) delle somme risultate a debito (in quanto già oggetto di pagamento o di condono o frutto di errore), instaura un contraddittorio amministrativo con il contribuente nell'ambito della procedura di riscossione dei crediti previdenziali, che, nella fase *de qua*, vale a conferire alla riscossione i tratti della procedura quasi contenziosa.

Cosi configurato, l'avviso bonario è un atto della procedura, successivo all'accertamento del credito e precedente l'iscrizione a ruolo delle somme dovute in forza dell'accertamento, non immediatamente lesivo; per cui l'interesse ad agire, ove non si sia esperita azione di accertamento negativo del credito; (come nello specifico), può sorgere, soltanto quando, formato il ruolo, quale atto idoneo a costituire il diritto all'esecuzione, il procedimento sia approdato alla notificazione della cartella esattoriale, con la quale, per un verso, viene portata a conoscenza del debitore l'iscrizione a ruolo e che, nel contempo, costituisce atto di notifica del titolo esecutivo e del precetto, assorbendo anche la funzione precedentemente svolta dall'avviso di mora, oggi abrogato.

Passando alla domanda riconvenzionale proposta dall'istituto previdenziale, la stessa deve essere ritenuta meritevole di accoglimento.

Ed invero la sussistenza dei fatti accertati con il verbale ispettivo del 3-8-2001, nel quale trova fondamento il credito di cui al provvedimento opposto, non è contestata dalla ditta ricorrente, che lamenta, da un lato, la parziale estinzione del debito e, dall'altro, l'erronea determinazione delle sanzioni, affermando, comunque, il diritto alla dilazione del debito residuo.

Mentre il pagamento parziale è pacifico, nella misura indicata e provata dalla ditta ricorrente, è del tutto infondata la pretesa che le sanzioni vengano applicate nella misura prevista per il caso di omissione contributiva, atteso che la diversa e più grave fattispecie dell'evasione contributiva è nello specifico connessa alla mancata denuncia di rapporti di lavoro in essere e registrati nella documentazione aziendale, intenzionalmente occultati dal datore di lavoro attraverso le denunce obbligatorie omesse.

È troncante infine, quanto alla pretesa di dilazione del debito residuo, il rilievo che il pagamento iniziale di un dodicesimo del debito, peraltro non seguito dalla reiterazione dei pagamenti mensili, non è da solo sufficiente ad ottenere il beneficio del pagamento rateizzato, avendo l'interessato trascurato di dare seguito all'invito dell'INPS, formalmente avanzato con la lettera dell'11-12-2001, di attenersi alle regole e agli adempimenti della procedura cui è subordinata l'accoglimento della domanda di dilazione, connessi alla presentazione di un formale atto di riconoscimento del debito e di impegno ad adempiere gli incombenti economici della dilazione.

Dall'anzidetto discende — tenuto conto che ulteriori possibili sviluppi della pro-

cedura di riscossione del credito per cui è causa, rilevanti ai fini della valutazione dell'ammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'istituto, non sono entrati nella materia del contendere, che la ditta ricorrente è tenuta al pagamento, in favore dell'INPS, delle somme indicate nel verbale di accertamento del 3-8-2001, maggiorate dei relativi oneri accessori fino al saldo e dedotto l'acconto già versato di € 7.569,71.

Pertanto, in accoglimento della domanda riconvenzionale dell'INPS, la ditta ricorrente deve essere condannata al pagamento, in favore dell'istituto, delle predette somme.

(Omissis)

***Processo civile* - Rito lavoro - Opposizione avverso cartella esattoriale - Deposito del ricorso oltre quaranta giorni - Inammissibilità.**

Tribunale di Agrigento - 20.3.2003, n. 450 - Dott. Gatto - Supermercati S.M.C. s.a.s. (Avv. Cremona) - INPS (Avv. Tomaselli) - Montepaschi Se.Ri.T.

L'opposizione proposta avverso cartella esattoriale oltre il termine perentorio di quaranta giorni decorrente dalla relativa notifica è inammissibile.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Agrigento in funzione di Giudice del Lavoro, depositato in cancelleria data 20 febbraio 2001, l'impresa Supermercati S.M.C. S.a.s. di Saldi Maria Concetta, avverso la.cartella esattoriale n. 291 2000 00044634 80 emessa dal Servizio Riscossione per la Provincia Agrigento, Montepaschi Se.Ri.T. S.p.A. per l'adempimento, in favore dell'I.n.p.s. di Agrigento dell'obbligazione contributiva scaturita dal verbale ispettivo del 27 novembre 1998, proponeva opposizione avverso l'iscrizione a ruolo dei pretesi crediti contributivi, riferiti alla presunta attività lavorativa della socia Saldì Carmelinda nel periodo dall'1/6/1994 al 31/3/1998, deducendo che nel periodo in contestazione la predetta sig.ra Saldì era socia e non lavoratrice dipendente.

Sulle premesse che precedono, l'opponente chiedeva, in via preliminare, la sospensione dell'iscrizione a ruolo e, nel merito, l'annullamento della cartella esattoriale. In ogni caso, esercitando contestualmente azione di accertamento negativo del credito azionato, chiedeva dichiararsi l'insussistenza di alcuna obbligazione contributiva nei confronti dell'ente previdenziale, per non esser mai esistito un rapporto di lavoro subordinato con la Saldì Carmelinda e, subordinatamente, per l'estinzione di qualsiasi eventuale credito prodotta dal decorso del termine di prescrizione.

Regolarmente instaurato il contraddittorio, l'ente previdenziale, costituitosi in giudi-

zio respingendo l'eccezione di prescrizione con la motivazione che l'addebito ispettivo era stato contenuto entro il termine quinquennale dalla data del verbale, notificato l'11.12.1998, chiedeva il rigetto del ricorso, deducendo che, per quanto appurato in sede ispettiva, alla società opponente non spettavano i benefici contributivi previsti dall'art. 8, comma 9, della legge n. 407/90, di cui l'impresa aveva usufruito nell'assumere la lavoratrice Saldì Carmelinda in data 1.4.1998 atteso che alla data di fittizia instaurazione del rapporto di lavoro la lavoratrice non era disoccupata da almeno ventiquattro mesi perché già lavorava, sia pure "in nero" per la società stessa.

Benché raggiunto da regolare notificazione del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, il concessionario non si costituiva in giudizio e veniva, pertanto, dichiarato contumace.

La causa veniva istruita con documenti.

All'odierna udienza, sulle riportate conclusioni la causa veniva discussa e decisa con lettura pubblica del dispositivo steso in calce alla presente sentenza.

DIRITTO — In via preliminare si deve rilevare l'inammissibilità della domanda.

Ed invero, ai sensi dell'art. 24, comma quinto, del d. Igs n. 46/99, contro l'iscrizione a ruolo dei crediti previdenziali il contribuente può proporre opposizione al giudice del lavoro entro il termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento.

Attesa la fisiologica idoneità del provvedimento ad acquisire l'efficacia della incontrovertibilità, non sembra potersi dubitare della natura perentoria del termine sulla perentorietà del termine nel procedimento di opposizione ad ingiunzione fiscale in materia contributiva, si veda Cass. 11 agosto 1993, n. 8624 (1) e sugli effetti preclusivi della mancata opposizione a decreto ingiuntivo per contributi previdenziali si vedano Cass. 23 febbraio 1998, n. 1916 e Cass. 20 aprile 1996, n.3757 (2).

L'opponente, avendo ricevuto la notificazione dell'impugnata cartella esattoriale in data 3 ottobre 2000, con il ricorso introduttivo del presente giudizio depositato solo in data 20 febbraio 2001, quando era ormai abbondantemente decorso il termine decadenziale, non ha precluso la formazione del giudicato nel rapporto contributivo, che comporta la definitività del titolo e l'incontestabilità del diritto.

L'errore di fondo che si annida nell'azione di accertamento negativo del credito, proposta contestualmente all'opposizione avverso il titolo, consiste nel ritenere che solamente i titoli esecutivi di formazione giudiziale siano passibili di diventare intangibili con effetti analoghi al giudicato, in caso di mancata opposizione o di opposizione tardiva.

Viceversa, come ha avuto modo di precisare Cass. 11/8/1993 n. 8624, "*tenuto conto delle leggi speciali che sono state emanate in diverse materie e con le quali il legislatore ha consentito agli organi della pubblica amministrazione di ordinare ai privati, mediante ingiunzioni, il pagamento di somme di denaro (v., riguardo alle omissioni contributive previdenziali, il R.D. 14 aprile 1910 n. 639 e la L. 24 novembre 1981 n. 689, che regola peraltro il più generale contesto delle cd. sanzioni amministrative), da tempo la giurisprudenza ha individuato i cd. titoli paragiudiziali ... per i quali, al pari di quelli giudiziali, è previsto un termine perentorio per la relativa opposizione davanti al giudice ordinario; con la conseguenza che i medesimi diventano definitivi in caso di omessa opposizione, o di opposizione tardiva, in quanto proposta dopo la scadenza*

del termine e tale dichiarata dal giudice a conclusione del relativo giudizio".

Un'ipotesi di titolo paragiudiziale è appunto quella che è stata prevista dal d.lgs n. 46/99 con l'estensione ai crediti degli enti previdenziali del sistema di riscossione coattiva mediante ruolo (art.. 17), laddove si dispone che per contestare il ruolo è necessaria l'opposizione da parte dell'interessato nel termine di quaranta giorni dalla notifica della cartella di pagamento (art. 24, comma 5), ne deriva che, in caso contrario, il titolo diviene definitivo e il diritto incontestabile.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 1162

(2) *Idem*, 1996, p. 1271

***Pensioni* - Lavoratori marittimi - Prolungamento dei periodi di effettiva navigazione *ex* artt. 24 e 25 della legge n. 413 del 1984 - Limitazione alle sole prestazioni pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'INPS - Sussistenza.**

Tribunale di Bergamo, 17.7.2004, n. 305 - Dott.ssa Bertoncini - Ranalli (Avv. Signorelli) - INPS (Avv. Casagli).

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 può essere riconosciuta solo ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico della assicurazione generale obbligatoria gestita dall'INPS.

FATTO — Con ricorso regolarmente notificato Tommaso Ranalli conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bergamo in funzione di giudice del lavoro, l'INPS per sentirlo condannare al trasferimento all'INPDAI dei contributi previdenziali "di prolungamento" previsti dagli arti. 24 e 25 L. 413/84.

A fondamento di tale domanda il ricorrente deduceva che in data 1.11.1996 aveva chiesto all'INPS il trasferimento all'INPDAI dei contributi versati a suo favore, pari a n. 98 ed a loro volta trasferiti all'INPS, ai sensi dell'art. 24 L. 413/84, dalla soppressa Cassa di Previdenza Marinara. Il Ranalli quindi, contestando la legittimità del diniego opposto dall'istituto, agiva in questa sede per conseguire detto riconoscimento.

Si costituiva regolarmente i giudizio l'INPS resistendo alla domanda di cui chiedeva il rigetto.

L'istituto evidenziava a tal fine che in base alle previsioni contenute negli artt. 24 e 25 L. 413/84 la maggiorazione contributiva ivi prevista doveva essere riconosciuta soltanto ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico dell'AGO gestita dall'INPS.

Pertanto poiché il ricorrente si era poi iscritto all'INPDAI, che gli avrebbe garantito una posizione assicurativa unica ed un livello più alto di quella offerta dall'AGO, era venuto meno il presupposto per il riconoscimento del beneficio di cui alla L. 413/84. Concludeva pertanto per il rigetto della domanda.

La causa, istruita solo documentalmente, è stata discussa e decisa all'udienza odierna mediante separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

DIRITTO — II ricorso non è fondato.

L'art. 24, primo comma, L. 413/84 ha previsto che "nei confronti dei lavoratori marittimi che al momento dello sbarco risolvano il rapporto di lavoro, i singoli periodi di effettiva navigazione mercantile, durante i quali sussiste l'obbligo assicurativo secondo le disposizioni previste dall'art. 4 della presente legge, ovvero per i quali risulti accreditata la contribuzione prevista dal titolo V, capo II della legge stessa, svolti successivamente al 31.12.1979, vengono prolungati in successione temporale, ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico della assicurazione generale obbligatoria, di un ulteriore periodo corrispondente ai giorni di sabato, domenica, a quelli festivi trascorsi durante l'imbarco e alle giornate di ferie maturate durante l'imbarco stesso, di cui ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative".

Il successivo art. 25, al suo primo comma, ha stabilito poi che "nei confronti dei lavoratori marittimi, già iscritti alle gestioni della soppressa Cassa, i singoli periodi di effettiva navigazione mercantile svolti anteriormente al 1° gennaio 1980, e coperti di contribuzione alle predette gestioni, vengono prolungati in successione temporale, ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico della assicurazione generale obbligatoria, di un ulteriore periodo ottenuto maggiorando nella misura convenzionale del 40% la durata dei periodi stessi".

Infine, l'art. 26, primo comma, della stessa legge ha previsto che "nei confronti dei lavoratori marittimi, già iscritti alla Gestione speciale della soppressa Cassa, la durata dei periodi di assicurazione corrispondenti ad effettiva attività lavorativa e dei periodi di contribuzione volontaria alla predetta gestione, è maggiorata, ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria, nella misura convenzionale del 30%".

Ognuna di queste norme, con riferimento a diverse situazioni ha introdotto dei benefici ai fini pensionistici, attribuendo, una maggiorazione dei contributi.

Tali benefici, tuttavia, devono ritenersi finalizzati e limitati esclusivamente ad implementare, dopo la soppressione della cassa nazionale per la previdenza marinara operata propri dalla L. 413/84, il trattamento di quiescenza assicurato dall'AGO.

Detta finalità si evince chiaramente dall'inciso "ai fini della concessione delle prestazioni pensionistiche a carico dell'assicurazione generale obbligatoria" contenuto in

ciascuna delle norme citate, cosicché le previsioni in questione assumo carattere di *lex specialis* e come tali non sono suscettibili di interpretazione analogica o estensiva (v. in tal senso Cass. Sez. lav. n. 6546/00 in motivazione).

In definitiva i benefici devono essere riconosciuti solo in caso di passaggio alla gestione AGO dell'INPS ed al fatto che l'assicurato rimanga iscritto a tale gestione fino al conseguimento delle prestazioni pensionistiche.

Coerentemente con tale impostazione, quando il ricorrente, dopo la soppressione della cassa di previdenza marinara, è passato alla gestione AGO dell'INPS, quest'ultimo ha provveduto a riconoscere i cd. contributi da prolungamento a lui spettanti in base alle citate disposizioni.

In seguito, il Ranalli, avendo assunto la posizione di dirigente, è uscito dalla gestione INPS, per passare a quella INPDAI che notoriamente gli avrebbe garantito un trattamento migliore.

Tale scelta Però determina inevitabilmente la perdita dei benefici di cui alla L. 413/84, il cui mantenimento deve ritenersi subordinato alla permanenza nella gestione AGO.

Diversamente argomentando, il ricorrente otterrebbe una ingiustificata duplicazione di vantaggi (quelli conseguenti all'aver optato, inizialmente, per la gestione INPS e quelli ulteriori derivanti dalla successiva iscrizione all'INPDAI).

Ed a nulla vale il fatto che l'INPDAI sia stato a sua volta soppresso e la relativa gestione trasferita all'INPS (del resto il trasferimento del Ranalli all'INPS non è stato il frutto di una scelta volontaria, ma una conseguenza necessitata dalla abolizione dell'ente di gestione previdenziale per cui aveva optato).

Inoltre, il legislatore, nell'uniformare il regime pensionistico dei dirigenti di aziende industriali a quello degli iscritti al fondo pensioni lavoratori con effetto dal 1.1.2003, ha fissato il principio del pro-rata (art. 42, comma 3, L. 289/02).

Di conseguenza, il ricorrente, non è stato privato di alcuno dei benefici connessi alla sua iscrizione all'INPDAI sino alla data del 31.12.2002 ed al conseguente passaggio forzato all'INPS.

Il ricorso va quindi integralmente respinto, apparendo equa la compensazione delle spese di lite, avuto riguardo alla peculiarità delle questioni giuridiche trattate.

(Omissis)

***Prestazioni temporanee* - Indennità di disoccupazione - Trattamento speciale di disoccupazione agricola - Superamento salario medio convenzionale - Prova - Necessità.**

Tribunale di Crotone - 18.6.2003, n. 1009 - Dott.ssa Romanò - Acri (Avv. Caruso) - INPS (Avv. Abruzzo).

In favore dei lavoratori agricoli le prestazioni di disoccupazione sono liquidate con riferimento al salario medio convenzionale determinato ai sensi dell'art. 2, comma 17°, della legge 28 dicembre 1995, n. 549, salvo che venga provato il suo superamento ad opera della contrattazione collettiva provinciale a termini dell'art. 4 del D. Lgs. 16 aprile 1997, n. 146.

FATTO — Con domanda depositata in data 11.12.02 la parte ricorrente ha adito il Giudice del Lavoro esponendo di essere operaio agricolo a tempo determinato della provincia di Crotone e di aver usufruito, negli anni 1999-00-01 del trattamento di disoccupazione previsto, dalla L. 457/72 e 37/77, artt. 6 e 7 per giorni 90.

In particolare, esponeva che tale indennità era stata calcolata nella percentuale spettante con riferimento alla retribuzione media giornaliera dell'anno 1995, come congelata dal. comma 17, art.2 L. 549/95.

Tanto premesso, dunque, deduceva l'inadeguatezza delle somme a tale titolo corrisposte, considerato che, alla stregua della disciplina introdotta dall'art.4 del D. lgs. 146/97, a superamento del c.d. congelamento, il calcolo doveva essere

Effettuato sulla base della retribuzione media giornaliera dell'anno 1998 e seguenti superiore a quella del 1995.

Concludeva, pertanto, chiedendo la condanna dell'Inps al pagamento, in suo favore, delle somma corrispondente alla differenza tra quanto erogatogli a titolo di trattamento di disoccupazione agricola e quanto spettantegli in base alle esposte argomentazioni, oltre interessi e rivalutazione monetaria e con vittoria delle spese del giudizio.

Si costituiva in giudizio l'Istituto resistente, il quale chiedeva il rigetto dell'avversa domanda deducendo, in particolare, che ai fini dell'applicazione della normativa invocata da parte ricorrente, si dovesse fare riferimento a quanto effettivamente previsto dalla contrattazione collettiva per le singole province.

La causa veniva discussa all'udienza del 18.06.03, in esito alla quale era decisa come dalla presente sentenza il cui dispositivo è stato pubblicamente letto.

DIRITTO — Il ricorso non è fondato e, pertanto, non può trovare accoglimento.

Ed invero, l'art. 4 del D.lgs. 146/1997 stabilisce che: "A decorrere dal 1° gennaio 1998 il salario medio convenzionale determinato con decreto del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, rilevato nel 1995, resta fermo, ai fini della contribuzione e delle prestazioni temporanee, fino a quando il suo importo per le singole qualifiche degli operai agricoli non sia superato da quello spettante nelle singole province, in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

A decorrere da tale momento trova applicazione l'articolo 1, comma 1 del decreto legge 9 ottobre 1989 n.338, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 1989 n.389 e successive modificazioni ed integrazioni".

Ebbene, parte ricorrente ritiene, alla luce della, normativa sopra richiamata, che l'indennità di disoccupazione agricola percepita per gli anni indicati in ricorso, sia stata erroneamente calcolata dall'Inps con riferimento alla retribuzione media giornaliera

dell'anno 1995, così come congelata dal comma 17, art. 2 L. 549/95, essendo, in realtà, la retribuzione media giornaliera per gli anni 1998 e seguenti superiore a quella del 1995, come attestato dai relativi decreti prodotti in giudizio.

Tale ricostruzione della problematica, tuttavia, non è assolutamente condivisibile, in quanto, come correttamente eccepito dall'istituto resistente, ai fini dell'applicazione della norma citata, il cui tenore letterale è peraltro chiarissimo, non deve farsi riferimento al salario medio convenzionale, degli anni dal 1998 in poi, ma piuttosto al c.d. "salario reale".

Parte ricorrente, insomma, avrebbe dovuto provare che il salario previsto nella contrattazione collettiva provinciale o pattuito individualmente, per gli anni indicati in ricorso, sia stato superiore a quello indicato nel D.M. 1995.

Ma al contrario, dal contratto provinciale per gli operai agricoli e florovivaisti della provincia di Crotone 1.01.00 - 31.12.2003, prodotto peraltro dal ricorrente per l'udienza di discussione e senza che vi fosse alcuna allegazione in tal senso nell'atto introduttivo del giudizio, risulta la previsione di una retribuzione inferiore rispetto a quella convenzionale (presa a parametro dall'Inps e costituente la soglia minima garantita) per la. qualifica di appartenenza del ricorrente, anch'essa, in verità, solo da ultimo specificata.

Tanto premesso, dunque, la domanda deve essere rigettata.

Avuto riguardo alla novità e peculiarità della questione trattata, ricorrono giuste ragioni per compensare interamente tra le parti le spese del presente giudizio.

(Omissis)

***Prestazioni* - Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Periodi di inattività - Non spetta.**

***Prestazioni* - Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Incostituzionalità degli artt. 40, 73 e 76 regio decreto legge n. 1827/35 in relazione agli artt. 3 e 38 Cost. - Esclusione.**

***Prestazioni* - Indennità di disoccupazione - Rapporto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua - Applicabilità della direttiva comunitaria n. 97/81/CE del 15.12.1997 - Esclusione.**

Tribunale di Genova - 19.10.2004, n. 2168 - Dott. Scotto - Sguassardo ed altro (Avv. Storace) - INPS (Avv. Fuochi).

Ai lavoratori impiegati a tempo parziale secondo il tipo c.d. verticale a base annua non spetta l'indennità di disoccupazione per i periodi di inattività, posto che la stipulazione di tale tipo di contratto, dipendendo dalla libera volontà del lavoratore contraente, non dà luogo a disoccupazione involontaria nei periodi di pausa; a tali lavoratori neanche può estendersi in via analogica, in mancanza di una eadem ratio, *la disciplina della disoccupazione involontaria vigente per i contratti stagionali la cui stipulazione è invece resa necessaria dalle oggettive caratteristiche della prestazione.*

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 40, 73 e 76 regio decreto legge n. 1827/35 in relazione agli artt. 3 e 38 Cost., essendo rimesso alla discrezionalità del legislatore di scegliere se ed in che modo favorire la conclusione dei contratti a tempo parziale, in guisa, tuttavia, da evitare un ampliamento degli indennizzi rimesso sostanzialmente a scelte dei privati e tale da risolversi in un finanziamento permanente della sottoccupazione; è parimenti rimessa alla discrezionalità del legislatore la costruzione di trattamenti di disoccupazione variabili a seconda della gravità della situazione di bisogno, propria di chi fruisca di un'occupazione a tempo ridotto, solo in presenza di effettiva mancanza di reddito e di non imputabilità al singolo; tale soluzione, peraltro, non contrasta con gli artt. 3 e 38 Cost. e con il principio di ragionevolezza, sia perché il contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale dipende dalla libera volontà del lavoratore, sia perché il diverso trattamento per i lavoratori stagionali dipende dalle caratteristiche obiettive della prestazione.

La direttiva comunitaria n. 97/81/CE del 15.12.1997 recepisce integralmente l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'U.N.I.C.E., dal C.E.E.P. e dalla C.E.S., senza nulla aggiungere o modificare; l'accordo riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale, le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rinviano alle decisioni degli Stati membri; il trattamento previdenziale del lavoratore assunto con contratto part time *resta, dunque, fuori dall'ambito di applicazione della direttiva.*

FATTO e DIRITTO — Le domande sono infondate e devono essere respinte.

Con recente sentenza le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che al lavoratore impiegato a tempo parziale secondo il tipo cosiddetto verticale a base annua non spetta l'indennità di disoccupazione per i periodi di inattività (Cass., Sez., Un., 6 febbraio 2003 n. 1732 (1)).

Come rilevato dalla Suprema Corte, *"l'art. 40, sito nel capo I del titolo secondo, come "campo di applicazione delle assicurazioni obbligatorie" stabiliva: "Non sono soggetti all'assicurazione obbligatoria per la disoccupazione involontaria ...:*

8) coloro che solo occasionalmente prestano I'opera loro alle dipendenze altrui;

9) coloro che siano occupati esclusivamente in lavorazioni che si compiano annualmente in determinati periodi di durata inferiore a sei mesi".

Questi soggetti, esclusi dall'assicurazione obbligatoria, da una parte non contribuivano e dall'altra parte non avevano diritto all'indennità.

Con il significalo e la portata delle norme comprese nel capo I testè richiamato non va confusa quella delle norme del successivo capo VI, sezione 3°, disciplinante le prestazioni dovute dall'assicuratore per il caso di disoccupazione involontaria.

In questa sezione era l'art. 76, secondo cui "La disoccupazione nei. periodi di stagione morta, per le lavorazioni soggette a disoccupazione stagionale, e quella relativa a periodi di sosta, per le lavorazioni soggette a normali periodi di sospensione, non danno diritto all'indennità (primo comma)". "Con decreto del Ministero per le. corporazioni ... saranno stabilite le tabelle delle industrie aventi disoccupazione stagionale o normali periodi di sospensione (secondo comma)".

I lavoratori soggetti a disoccupazione stagionale o a normali periodi di sospensione erano dunque di regola inclusi nella assicurazione obbligatoria e, obbligati alla contribuzione, avevano diritto all'indennità per la disoccupazione conseguita a licenziamento e dimissioni, ma non per quella delle stagioni morte o dei periodi di sosta.

Non interessa qui il decreto del Ministro del lavoro 30 novembre 1964, che, valido ancora all'epoca dei fatti di causa, stabiliva le tabelle di cui all'art. 76, secondo comma, cit..

I lavoratori, esclusi ex *art. 76 dall'indennità per i periodi di stagione morta o di sosta, acquistarono il relativo diritto per effetto della richiamata sentenza n. 160/1974 della Corte costituzionale, purchè sussistessero — come diceva la stessa sentenza — i requisiti di anzianità assicurativa e contributiva, nonché dell 'iscrizione nelle liste di collocamento.*

Risultato: per i periodi di stagione morta o di sosta l'indennità spettava a tuffi coloro che, inclusi nel campo di applicazione delle assicurazioni obbligatorie, avessero di conseguenza contribuito, rimanendone così esclusi i lavoratori occasionali e infrasettimanali di cui all'art. 40 nn. 8 e 9 cit..

Il d.l. 21 marzo 1988 n. 86 conv. in l. 20 maggio 1988 n. 160 ampliò la categoria dei lavoratori inclusi nel campo di applicazione delle assicurazioni obbligatorie (cap. l r.d.l. cit.) ma non riguardò il capo VI, concernente come s'è detto i limiti di attribuibilità delle prestazioni agli assicurati.

Esso stabilì nell'art. 7, comma 3, che l'assicurazione contro la disoccupazione fosse estesa, per il solo anno 1988, anche i lavoratori di cui all'art. 40, nn. 8 e 9, del r.d.l. n. 1827 del 1935. L'estensione venne confermata, a partire dal 1990 e sine die *dall'art. 1, comma 2, d.l.. 29 marzo 1991 n. 108 conv. in l. 1° giugno 1991 n. 169.*

Il quadro normativo poc'anzi riassunto risultò modificato da questi atti legislativi nel senso che l'indennità di disoccupazione fu dovuta, per i periodi di stagione morta, a tutti i lavoratori stagionali e quindi anche a quelli infrasemestrali, attualmente inclusi anch'essi nell'assicurazione obbligatoria b e perciò assoggettati alla contribuzione.

Tale risultato è perciò opposto a quello voluto dalle citate sentenze nn. 3746 del 2000 (2) e 2802, 2804 del 2001: i decreti legge nn. 160 del 1998 e 108 del 1991 hanno esteso, e non limitato, la tutela previdenziale contro l'assicurazione, comprendendo nell'assicurazione, e quindi nel diritto all'indennizzo, persone che in precedenza ne erano escluse, ossia, per quanto qui interessa, i lavoratori stagionali con durata inferiore a sei mesi.

I decreti legge nn. 86 del 1988 e 108 del 1991 non valgono perciò a risolvere la questione di cui qui si tratta, contrariamente a quanto affermato nelle citate sentenze del 2000 e del 2001.

Ma neppure l'orientamento espresso da Cass. n. 1141 del 1999 e condivisibile, giacchè l'attribuzione dell'indennità di disoccupazione a favore dei lavoratori stagionali — attribuzione stabilita dalla sopra richiamata e non recente giurisprudenza costituzionale — non è automaticamente estensibile a favore dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale.

La stipulazione di un contratto di lavoro a tempo parziale su base annua dipende dalla libera volontà del lavoratore contraente e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria, ossia indennizzabile, nei periodi di pausa. La volontarietà della limitazione temporale e rilevabile dall'espressione "lavoratori disponibili a svolgere ...", contenuta nell'art. 5, comma I, I. 726 del 1984 (norma vigente al momento della stipula dei contratti di lavoro *part-time* delle ricorrente, pur se successivamente abrogata). *Nel settore del pubblico impiego la trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale è, anch'essa, condizionata alla sola domanda del dipendente (art. 7, comma 58, I. n. 662 del 1996).*

E se è — vero che talvolta la volontà del lavoratore che sceglie il tempo parziale e condizionata dalle oggettive caratteristiche della prestazione, così come avviene nelle lavorazioni stagionali, è altrettanto vero che queste sono necessariamente di numero limitato nonchè tassativamente specificale dalla pubblica amministrazione (cfr. art. 76, secondo comma, r.d.l. n. 1827 del 1935), ossia non aumentabili a volontà, mentre la conclusione di contratti a tempo parziale) siccome rimessa alla volontà privata, e suscettibile di estensione illimitata.

Parimenti illimitati sono i casi di lavori a tempo non pieno, per i quali non risulta essere ipotizzato l'indennizzo del tempo di inattività: si pensi al lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale oppure il cosiddetto lavora ripartito (job sharing).

Ciò comporta la non estensibilità ad essi in via analogica della disciplina della disoccupazione involontaria vivente per i contratti stagionali, e ciò non tanto per il carattere eccezionale di questa disciplina (art. 14 delle preleggi) quanto per la mancanza di eadem ratio ...

Nè ritengono le Sezioni unite che sulla soluzione dell'attuale questione possa influire la sentenza della Corte costituzionale n.132 del 1991(3) cit., ispirata alle particolari esigenze di tutela di cui all 'art. 37, primo comma, seconda parte, Cost.

È rimesso, in definitiva, al legislatore di scegliere se ed in che modo favorire la conclusione dei contratti a tempo parziale (esigenza accentuata dall'art. 1 della citata direttiva comunitaria n. 87/87 nonché da Corte cost. 28 maggio 1999 n. 202) in modo tuttavia da evitare un ampliamento degli indennizzi rimesso sostanzialmente a scelte dei privati e tale da risolversi in un finanziamento permanente della sottoccupazione (pericolo segnalato dalla dottrina).

È parimenti rimessa alla discrezionalità del legislatore, e perciò non può risultare da automatiche estensioni per analogia in sede interpretazione - applicazione delle leggi vigenti, la costruzione di trattamenti di disoccupazione variabili a seconda della gravità della situazione di bisogno, propria di chi fruisca di un'occupazione a tempo ridotto, solo in presenza di effettiva mancanza di reddito e di non imputabilità al singolo.

È indicativo che il sopravvenuto d. lgs. n. 61 del 2000, nel dare una nuova disciplina del contratto a tempo parziale, estenda ad esso alcuni benefici del contratto a tempo pieno (art. 4) e detti la disciplina previdenziale (art. 9) senza tuttavia dare una particolare tutela contro la disoccupazione parziale. Esso anzi abroga espressamente l'art. 5 d.l. n. 726 del 1984 (art. 11, lett. a), così non prevedendo l'iscrizione del lavoratore nelle liste del collocamento.

Deve in conclusione negarsi che al lavoratore impiegalo a tempo parziale secondo il tipo cosiddetto verticale a base annua spetti l'indennità di disoccupazione per i periodi di inattività.

A tali principi, successivamente confermati da Cass., 5 luglio 2003, n. 10641; Cass. 7 agosto 2003, n. 11913 (relativa a personale addetto ad una mensa scolastica); Cass., 22 settembre 2003, n. 14047, Cass. 22 settembre 2003 n. 14052; Cass., 27 settembre 2003, n. 14402 (relativa nuovamente a personale addetto ad una mensa scolastica); Cass., 8 ottobre 2003, n. 15036, il Giudicante ritiene di doversi uniformare.

Sostiene parte ricorrente che, così ricostruito il quadro normativo, sussisterebbero profili di incostituzionalità della normativa in materia (artt. 45, 73, 76 e 77 R.D. Igs. n. 1827 del 1935 e artt. 4 e 9 del d. Igs. n. 61 del 2000), per contrasto con gli artt. 3 e 38 della Costituzione.

Parte ricorrente invoca in particolare i principi affermati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 160/74, che ha dichiarato *"non fondata, nel senso di cui in motivazione"* la questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento a Cost. 38, sull'art. 76, c. 1, RDL n. 1837/35.

In tale pronuncia il Giudice delle leggi ha tra l'altro affermato che *"il termine (involontaria) ... può apparire vago ed impreciso, ma esso non può ... essere circoscritto nell'ambito troppo ristretto di un rischio imprevisto o imprevedibile, per cui ogni qual volta si sia in presenza di una disoccupazione sia pure involontaria, ma normalmente prevista e temporaneamente inquadrata nel tempo in ragione del particolare aspetto di un dato tipo di attività lavorativa, questa sarebbe sottratta a tutela ..."*.

"La norma costituzionale lascia piena libertà allo Stato di scegliere i modi, le forme, le strutture organizzative che ritiene più idonee e più efficienti allo scopo, ma la scelta di essi deve essere tale da costituire piena garanzia per i lavoratori, al conseguimento delle previdenze cui hanno diritto ...".

"La norma impugnata ... non sarebbe idonea, se letteralmente applicata, a tutelare adeguatamente lo stato di disoccupazione necessitato per i lavoratori ... in quanto la differenza di trattamento in essa prevista non presenterebbe valide e sostanziali ragioni giustificative, ma corrisponderebbe solo ad un criterio di mera opportunità tecnico-finanziaria", dovendo invece trovare tutela *"particolari situazioni di lavoro, vere e proprie condizioni oggettive, indipendenti dalla volontà del lavoratore, anche se di esse questi ha consapevolezza nel momento in cui inizia il rapporto"*.

"La disoccupazione ... non può considerarsi volontaria per il lavoratore in conseguenza del fatto di aver scelto ed accettato quel tipo di attività, il più delle volte imposta dalle condizioni del mercato del lavoro, ma può diventarlo solo successivamente se ed in quanto il lavoratore stesso non si faccia parte diligente per essere avviato, nel periodo di sospensione, ad altra occupazione".

"Solo così intesa, la norma impugnata appare pienamente legittima".

Deve in primo luogo rilevarsi che la pronuncia della Corte Costituzionale si riferisce soltanto alla prima parte dell'art. 76, del R.D.L. 1827/35 (e dunque non certamente al *part-time* verticale).

L'affermazione del Giudice delle leggi secondo cui l'interpretazione accolta nella sentenza 160/74 è l'unica conforme alla Costituzione non può dunque essere automaticamente estesa anche all'ipotesi del *part-time* c.d. ciclico.

La successiva pronuncia della Corte Costituzionale n. 132/91, pur affermando che la lavoratrice, rimasta priva di lavoro durante una fase e l'altra di un rapporto a tempo parziale annuo, ha diritto all'indennità di disoccupazione, non argomenta in alcun modo tale affermazione se non richiamando la precedente sentenza n. 160/74, di cui si è già detto.

Ed allora non resta che fare riferimento a quanto affermato in proposito dalla Corte di Cassazione.

Invero, *"dall'esame complessivo della sentenza n. 1732 del 2003 emerge, infatti, che le Sezioni Unite hanno compiutamente valutato le questioni in oggetto, sul rilievo che è rimesso al legislatore di scegliere se e in che modo favorire la conclusione dei contratti a tempo parziale (esigenza accentuata dall'art. 1 della direttiva comunitaria n. 81 del 1977 nonchè della Corte Costituzionale con sentenza n. 202 del 28 maggio 1999), in modo tuttavia da evitare un ampliamento degli indennizzi rimesso sostanzialmente a scelta dei privati e tale da risolversi in un finanziamento permanente della sottoccupazione, il cui periodo è stato segnalato dalla dottrina.*

Così come è rimessa alla discrezionalità del legislatore, e perció non può risultare da automatiche estensioni per analogia in sede di interpretazione-applicazione delle leggi vigenti, la costruzione di trattamenti di disoccupazione variabili a seconda della gravità della situazione di bisogno, propria di chi fruisce di un occupazione a tempo ridotto, solo in presenza di effettiva mancanza di reddito e di non imputabilità al singolo" (Cass., 22 settembre 2003, n. 14052; Cass, 7 agosto 2003, n. 11913; Cass,. 27 settembre 2003, n. 14402).

Sostiene parte ricorrente che il ragionamento delle Sezioni Unite finirebbe per confondere la "volontarietà" con la mera "disponibilità" ad accettare un tipo di attività a tempo parziale, il più delle volte imposta in realtà dalla realtà del mercato del lavoro.

Al contrario, quando il lavoratore sia addetto ad una prestazione che, per sua natura, è richiesta dal datore di lavoro soltanto per alcuni mesi l'anno, corrispondenti a quelli durante i quali si svolge il servizio commissionato al datore di lavoro (nelle specie la sig. Rigacci è dipendente del teatro Stabile di Genova e lavora soltanto nel periodo della stagione teatrale), la situazione di disoccupazione durante i periodi non lavorati non potrebbe ritenersi oggetto di una scelta del lavoratore, poiché la prestazione non potrebbe essere resa che per un periodo determinato, inferiore all'anno.

In altre parole si avrebbe disoccupazione involontaria in tutte le ipotesi in cui la particolare modalità di prestazione cioè il *part-time* verticale sia determinata dalle condizioni oggettive dell'attività svolta dal datore di lavoro, indipendenti dalla volontà del lavoratore, mentre la disoccupazione sarebbe per contro volontaria quando l'attività possa essere svolta anche a tempo pieno e il lavoratore abbia invece optato per una forma a tempo parziale.

Ritiene il Giudicante che anche quando l'attività esercitata dal datore di lavoro

richieda una prestazione lavorativa necessariamente *part-time* non possa affermarsi o presumersi che l'assunzione del lavoratore con contratto *part-time* sia stata frutto di una scelta non volontaria del lavoratore, ben potendo il lavoratore essere comunque interessato per le ragioni più varie a lavorare con orario ridotto (ad esempio perché, per esigenze familiari o motivi di studio o ragioni di salute, preferisce avere maggiore tempo libero, ovvero perchè si accontenta di redditi minori, ovvero ancora perché può integrare tali redditi con altri provenienti da beni patrimoniali o da altra attività lavorativa ...).

La stessa direttiva comunitaria 97/81/CE invocata da parte ricorrente (nel 4° "considerando" dell'accordo quadro recepito dalla direttiva) evidenzia come il lavoro a *part-time* costituisca una misura finalizzata ad un *"aumento deII'intensità occupazionale della crescita, in particolare attraverso un'organizzazione del lavoro più flessibile che risponda tanto agli auspici dei lavoratori quanto alle esigenze deIla concorrenza"*.

La direttiva attribuisce importanza a *"misure che facilitino l'accesso al tempo parziale per uomini e donne che si preparano alla pensione, che vogliono conciliare vita professionale e familiare e approfittare delle possibilità di istruzione e formazione per migliorare le loro competenze e le loro carriere, nell'interesse reciproco di datori di lavoro e lavoratori e secondo modalità che favoriscano lo sviluppo delle imprese"* (5° considerando dell'accordo quadro).

Infine la direttiva si propone non soltanto di *"assicurare la soppressione delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e di migliorare. la qualità del lavoro a tempo parziale"*, ma anche di *"facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro in modo da tener conto dei bisogni degli imprenditori e dei lavoratori"* (art. 1 accordo quadro).

Deve dunque affermarsi che, nell'attuale quadro normativo, il contratto di lavoro a *part-time* costituisce il mezzo contrattuale tipico utilizzato al fine di soddisfare il comune interesse del lavoratore e del datore di lavoro di realizzare un'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro.

Per tale motivo il ricorso a tale tipo di contratto è incoraggiato dal legislatore.

Deve pertanto escludersi che — a fronte di un contratto *part-time* — possa presumersi mancare la volontà del lavoratore in ordine alla riduzione di orario ed alla particolare articolazione dell'orario di lavoro.

La questione di legittimità costituzionale sollevata da parte ricorrente è dunque manifestamente infondata.

Del resto non si vede perchè dovrebbe essere trattato differentemente ad esempio l'addetto ad una mensa scolastica assunto con *part-time* ciclico rispetto ad un dipendente di un albergo o di un ristorante sito in zona turistica, assunto pure con contratto *part-time* ciclico per i periodi di maggior afflusso di turisti, ma addetto ad un esercizio turistico aperto tutto l'anno.

Eppure in questa seconda ipotesi non potrebbe certo affermarsi che l'attività esercitata dal datore di lavoro richieda una prestazione lavorativa necessariamente *part-time*.

Ed allora — in tesi di parte attrice — il riferimento dovrebbe essere fatto neppure all'attività svolta dal datore di lavoro, ma al singolo servizio cui è adibito il lavoratore, con maturazione o meno del diritto all'indennità di disoccupazione a seconda del tipo di servizio cui il lavoratore è assegnato, con evidente disparità di trattamento nel caso

di due lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro e con stesso orario *part-time* "ciclico", ma addetti a due diversi servizi, l'uno da considerarsi "intrinsecamente" tale da richiedere una prestazione *part-time* e l'altro no.

Sarebbe dunque l'accoglimento della tesi delle ricorrenti a portare ad una disparità di trattamento dipendente unicamente dalle diverse modalità di svolgimento del rapporto di lavoro a *part-time* (orizzontale, verticale e ciclico): chi presta attività solo per taluni periodi dell'anno verrebbe a percepire l'indennità di disoccupazione, mentre chi, a parità di orario complessivo, lavora continuativamente in modo ridotto, con orario *part-time* orizzontale o anche *part-time* verticale, ma non ciclico (ad esempio soltanto due o tre giorni alla settimana) non avrebbe diritto ad alcuna prestazione.

Ed ancora, i lavoratori assunti con orario *part-time* ciclico avrebbero o meno diritto all'indennità di disoccupazione a seconda del servizio in concreto loro assegnato.

Parte ricorrente invoca da ultimo la Direttiva 97/8l/CE del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.

Tale direttiva recepisce integraImente e il citato accordo quadro sul lavoro parziale senza nulla aggiungere o modificare.

Orbene, il preambolo dell'accordo quadro chiarisce che *"il presente accordo riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo parziale, riconoscendo che le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rinviano alle decisioni degli Stati membri"*.

Il trattamento previdenziale del lavoratore assunto con contratto *part-time* resta dunque fuori dall'ambito di applicazione della direttiva.

In conclusione le domande devono pertanto essere rigettate.

Sembra peraltro equo, attesa l'esistenza di precedenti favorevoli alle tesi di parte attrice, compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 1022

(2) *Idem*, 2000, p. 1117

(3) *Idem*, 1991, p. 416

***Prestazioni* - Indennità di disoccupazione agricola - Determinazione - Riferimento al salario medio convenzionale dell'anno precedente - Necessità**

Tribunale di Viterbo - 8.3.2004 n. 508 - Dott. Pascolini - Agresta ed altri (Avv.ti Polacchi, Baccelli, Petti) - INPS (Avv. Ricci)

In materia di determinazione dell'indennità di disoccupazione per i braccianti agricoli, trova applicazione la disposizione di cui all'art. 45, 21º comma, l. 17 maggio 1999 n. 144, che — interpretando autenticamente l'art. 3, 3º comma, l. 8 agosto 1972 n. 457 — ha stabilito che il termine del 30 ottobre, indicato in quest'ultima norma per la rilevazione della retribuzione media da porre a base per la liquidazione delle prestazioni temporanee per gli operai agricoli a tempo determinato, è il medesimo di quello previsto al 2º comma, del cit. art. 3 per gli operai a tempo indeterminato e va riferito, quindi, all'anno precedente a quello in cui viene liquidata la prestazione previdenziale.

FATTO — Con ricorsi depositato in data 26 e 31/7/2000 Agresta Elisabetta e gli altri indicati in epigrafe esponevano:

— che sono lavoratori agricoli, iscritti negli elenchi dei comuni di competenza;

— che hanno percepito l'indennità di disoccupazione agricola;

— che l'INPS illegittimamente ha liquidato tale indennità sulla base delle retribuzioni convenzionali relative all'anno precedente a quello cui si riferisce la disoccupazione, in violazione dell'art. 3 comma 3° della legge n. 457/72.

Ciò premesso, chiedevano che il giudice adito dichiarasse il loro diritto alla riliquidazione dell'indennità e condannasse l'INPS al pagamento delle somme indicate in epigrafe.

L'INPS si costituiva in giudizio ed eccepiva l'inammissibilità e/o improcedibilità dei ricorsi; nel merito chiedeva respingersi le domande in quanto infondate.

I processi venivano riuniti.

Successivamente il giudice pronunziava la presente sentenza, dando lettura del dispositivo.

DIRITTO — I ricorsi non sono inammissibili per intervenuta decadenza, ne improcedibili per difetto di ricorso amministrativo, per le ragioni esposte, proprio in materia di riliquidazione dell'indennità di disoccupazione, da Cass. SSUU n. 6491/96 (1).

L'art. 3 della legge n. 457/72 dispone che le retribuzioni convenzionali, in base alle quali si determina l'indennità di disoccupazione, sono date per i lavoratori fissi dalla media delle retribuzioni risultanti dai CCNL vigenti al 30 ottobre dell'anno precedente (comma 2°) e per i giornalieri dalla media delle retribuzioni risultanti dai CCNL in vigore "al 30 ottobre di ogni anno" (comma 3°).

I ricorrenti sostengono che "ogni anno" sia quello di competenza, e non l'anno precedente come per i salariati fissi.

Tanto premesso, deve osservarsi che effettivamente si era formata una giurisprudenza costante in tal senso.

Peraltro, osserva il giudicarne, la lettera della legge non imponeva tale interpretazione, che dava luogo ad una differenziazione priva di qualsiasi giustificazione razionale.

Non vi sarebbe stata alcuna difficoltà ad interpretare la dizione "al 30 ottobre di ogni anno", di cui al 3° comma, come "al 30 ottobre di ogni anno precedente", così come previsto dal 2° comma.

In ogni caso è intervenuta la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 45, comma 21°, della legge n. 144/99, a tenore della quale il termine del 30 ottobre, di cui al 3° comma, è il medesimo di quello di cui al 2° comma, e cioè quello dell'anno precedente.

Non ha ragione di essere il carattere interpretativo di tale norma (ne hanno ragione di essere i dubbi circa la sua legittimità costituzionale) sia per la rilevata ambiguità della formulazione normativa, tale da rendere legittima ed opportuna l'interpretazione autentica, sia perché nulla impedisce al legislatore di interpretare autenticamente una norma in contrasto con il costante orientamento giurisprudenziale.

In ogni caso, poco dopo la redazione del dispositivo, è intervenuto il S.C. (Cass. Sez. lav. 9/5/2001 n. 6455) il quale ha affermato che in materia trova applicazione l'art. 45 comma 21° della legge n. 144/99 "che trova la giustificazione della propria efficacia retroattiva nell'esistenza di effettivi dubbi ermeneutici".

Le domande devono essere respinte, quindi, perché la condotta dell'INPS è stata conforme al disposto dell'art. 3, comma 3°, della legge n. 457/72, interpretato autenticamente come sopra.

Appare rispondente ad equità la compensazione integrale delle spese processuali tra le parti.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1996, p. 1372

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)
7 settembre 2004

"Libera circolazione delle persone - Cittadinanza dell'Unione europea - Diritto di soggiorno - Direttiva 90/364/CEE - Limiti e condizioni - Persona che lavora in un centro di accoglienza in contropartita di vantaggi in natura - Diritto alle prestazioni dell'assistenza sociale".

Nel procedimento C-456/02, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunal du travail di Bruxelles (Belgio) con decisione 21 novembre 2002, registrata in cancelleria il 18 dicembre 2002, nella causa *Michel Trojani* contro *Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*,

(Omissis)

Sentenza

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 18 CE, 39 CE, 43 CE e 49 CE, dell'art. 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 27 luglio 1992, n. 2434 (GU L 245, pag. 1; in prosieguo: il "regolamento n. 1612/68", nonché della direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno (GU L 180, pag. 26).

2. — Detta domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia che oppone il sig. Troiani al Centre public d'aide sociale di Bruxelles (in prosieguo: il "CPAS"), in merito al rifiuto di quest'ultimo di concedergli il minimo di mezzi di sussistenza (in prosieguo: il "minimex)".

(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. La versione elettronica è gratuita e non autentica. In caso di discordanza prevale la versione definitiva pubblicata nella *"Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado"*.

Ambito normativo

La normativa comunitaria

3. — A tenore dell'art. 18 CE:

"Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso.

(…)".

4. — L'art. 39, n. 1, CE è redatto come segue:

"La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata".

5. — Ai termini dell'art. 39, n. 3, CE, la libera circolazione dei lavoratori "fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, (…) importa il diritto:

(…)

c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali,

(…)".

6. — La direttiva 90/364 prevede all'art. 1, n. 1, quanto segue:

"Gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario nonché ai loro familiari quali sono definiti nel paragrafo 2, a condizione che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante".

La normativa nazionale

7. — L'art. 1 della legge 7 agosto 1974, che istituisce il diritto al minimo dei mezzi di sussistenza (*Moniteur belge* 18 settembre 1974, pag. 11363), così dispone:

"1. Tutti i cittadini belgi di maggiore età, effettivamente residenti in Belgio, privi di risorse sufficienti e non in grado di procurarsele con i propri mezzi o altrimenti hanno diritto al minimo dei mezzi di sussistenza.

(…)".

8. — A tenore dell'art. 1 del regio decreto 27 marzo 1987 (*Moniteur belge* 7 aprile 1987, pag. 5086), che estende la sfera di applicazione della legge 7 agosto 1974, che istituisce il diritto al minimo dei mezzi di sussistenza, a persone prive della cittadinanza belga:

"L'ambito di applicazione della legge 7 agosto 1974, che istituisce il diritto al minimo dei mezzi di sussistenza, è esteso alle seguenti persone:

1° coloro che beneficiano dell'applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio delle Comunità europee 15 ottobre 1968, n. 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità;

(…)".

Causa principale e questioni pregiudiziali

9. — Il sig. Troiani è un cittadino francese che dopo un breve soggiorno in Belgio nel 1972, durante il quale avrebbe svolto un'attività indipendente come venditore, vi è ritornato nel 2000. Ha risieduto senza registrazione inizialmente in un campeggio a Blankenberge e a partire dal dicembre 2001 a Bruxelles. Dopo un soggiorno all'ostello della gioventù Jacques Brel, è stato accolto, a partire dall'8 gennaio 2002, in un centro dell'Armée du Salut dove, in cambio del suo alloggio e di un po' di denaro per le piccole spese, effettua varie prestazioni di circa trenta ore settimanali nell'ambito di un progetto individuale di inserimento socio-professionale.

10. — Privo di risorse, si è rivolto al CPAS al fine di ottenere il "minimex" in quanto egli deve versare al centro di accoglienza EUR 400 mensili ed avere quindi la possibilità di lasciare tale centro e vivere autonomamente.

11. — La decisione di rifiuto del CPAS, motivata dal fatto che il sig. Trojani non era cittadino belga e, inoltre, non poteva beneficiare dell'applicazione del regolamento n. 1612/68, è stata oggetto di un ricorso dinanzi al Tribunal du travail di Bruxelles.

12. — Il giudice a quo ha riconosciuto al sig. Trojani il diritto di riscuotere un aiuto finanziario provvisorio di EUR 300 versato dal CPAS. Esso ha del pari deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se un cittadino dell'Unione che si trova nella situazione di fatto descritta nella presente decisione

— che soggiorna legalmente in via provvisoria,

— che non dispone di risorse sufficienti,

— che esegue delle prestazioni a favore della casa di accoglienza per circa 30 ore settimanali nell'ambito di un progetto individuale di inserimento,

— che beneficia come controprestazione di vantaggi in natura che soddisfano i suoi bisogni vitali nella medesima casa di accoglienza, possa rivendicare un diritto di soggiorno

— in qualità di lavoratore ai sensi dell'art. 39 CE o dell'art. 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68, o

— in qualità di lavoratore che esercita un'attività non salariata ai sensi dell'art. 43 CE, o

— in qualità di prestatore, considerate le sue occupazioni nella casa di accoglienza, o di destinatario, beneficiario di prestazioni di servizi, considerati i vantaggi in natura riconosciutigli da questa casa, ai sensi dell'art. 49 CE, o

— semplicemente per il fatto che egli partecipa ad un progetto finalizzato al suo inserimento socio-professionale.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se egli possa invocare direttamente l'art. 18, che garantisce il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio di un altro Stato membro dell'Unione, in qualità di cittadino europeo.

Quale sia la sorte allora delle condizioni imposte dalla direttiva 90/364/CEE e/o delle limitazioni e delle condizioni previste dal Trattato CE e, in particolare, della condizione del minimo di risorse che, se applicata all'ingresso nel paese ospitante, lo priverebbe del contenuto stesso del diritto di soggiornare.

Se, invece, qualora il diritto di soggiorno sia automaticamente acquisito sulla base della cittadinanza dell'Unione, lo Stato ospitante possa successivamente dare risposta negativa ad una domanda di minimex o di aiuto sociale (prestazioni non contributive) revocandogli il diritto di soggiorno perché non ha risorse sufficienti, mentre queste prestazioni sono concesse ai cittadini del paese ospitante, fatte salve talune condizioni che sono altresì imposte ai belgi (prova della sua disponibilità al lavoro - prova del suo stato di bisogno).

Se il paese ospitante debba osservare altre regole per non svuotare della sua stessa essenza il diritto di soggiorno, per esempio valutare la situazione riguardo al fatto che la richiesta di minimex o di aiuto sociale sarebbe temporanea, per esempio tenere conto del principio della proporzionalità (se l'onere per questo Stato sia irragionevole)".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

13. — Con la prima questione il giudice a quo chiede in sostanza se una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale possa far valere un diritto di soggiorno in qualità di lavoratore subordinato, di lavoratore non subordinato o di prestatore o destinatario di servizi, ai sensi rispettivamente degli artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE.

14. — Nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori, occorre ricordare, in limine, che l'art. 39, n. 3, lett. c), CE accorda ai cittadini degli Stati membri il diritto di soggiorno nel territorio di uno Stato membro al fine di svolgervi un lavoro.

15. — Come la Corte ha affermato, la nozione di "lavoratore", ai sensi dell'art. 39 CE, riveste portata comunitaria e non deve essere interpretata in modo restrittivo. Deve essere considerata "lavoratore" ogni persona che presti attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali ed accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo tale giurisprudenza, dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione (v., in particolare, sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, Racc. pag. 2121, punti 16 e 17, e 23 marzo 2004, causa C-138/02, Collins, Racc. pag. I-0000, punto 26).

16. — Inoltre, la natura giuridica sui generis del rapporto di lavoro riguardo al diritto nazionale, come del resto la produttività più o meno elevata dell'interessato o l'origine delle risorse per la retribuzione o anche il livello limitato di quest'ultima non possono avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto comunitario (v. sentenze 23 marzo 1982, causa 53/81, Levin, Racc. pag. 1035, punto 16; 31 maggio 1989, causa 344/87, Bettray, Racc. pag. 1612, punti 15 e 16, nonché 19 novembre 2002, causa C-188/02, Kurz, Racc. pag. I-10691, punto 32).

17. — Per quanto attiene in particolare all'accertamento della condizione relativa all'esercizio di attività subordinate reali ed effettive, il giudice del rinvio deve fondarsi su criteri obiettivi e valutare nel loro complesso tutte le circostanze del caso di specie

riguardanti la natura sia delle attività interessate sia del rapporto di lavoro di cui trattasi (v. sentenza 6 novembre 2003, causa 413/01, Ninni-Orasche, Racc. pag. I-0000, punto 27).

18. — A questo proposito, la Corte ha affermato che non possono essere considerate come attività economiche reali ed effettive le attività che costituiscono soltanto un mezzo di rieducazione o di reinserimento delle persone che le esercitano (sentenza Bettray, cit., punto 17).

19. — Tuttavia, tale soluzione si spiega soltanto con le peculiarità del caso di specie, caratterizzato dalla situazione di una persona che, a causa della sua tossicodipendenza, era stata assunta in base ad una normativa nazionale mirante a procurare lavoro a coloro i quali, per un tempo indeterminato, non fossero in grado, per via di circostanze connesse al loro stato, di lavorare in condizioni normali (v., in tal senso, sentenza 26 novembre 1998, causa C-1/97, Birden, Racc. pag. I-7747, punti 30 e 31).

20. — Nel caso di specie, come emerge dalla pronuncia di rinvio, il sig. Trojani svolge a favore dell'Armée du Salut e sotto la sua direzione varie prestazioni di circa 30 ore settimanali, nell'ambito di un progetto individuale di inserimento, in corrispettivo delle quali beneficia di vantaggi in natura e riscuote un po' di denaro per le piccole spese.

21. — In forza delle disposizioni in vigore del decreto della Commission communautaire française 27 maggio 1999, relativo alla concessione dell'autorizzazione e di sovvenzioni ai centri di accoglienza (*Moniteur belge* 18 giugno 1999, pag. 23101), l'Armée du Salut ha il compito di prestare accoglienza, di fornire alloggio e di dare adeguato aiuto socio-psicologico ai suo beneficiari per promuovere la loro autonomia, il loro benessere fisico e il loro reinserimento nella società. A tal fine, essa deve stabilire con ciascun beneficiario un progetto d'inserimento personalizzato che descriva gli obiettivi che egli deve raggiungere e i mezzi da utilizzare per conseguirli.

22. — Avendo accertato che i vantaggi in natura e in denaro accordati dall'Armée du Salut al sig. Trojani costituiscono il corrispettivo delle prestazioni compiute da quest'ultimo a favore e sotto la direzione di tale centro di accoglienza, il giudice a quo ha in tal modo constatato l'esistenza degli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato, vale a dire il rapporto di subordinazione e il versamento di una retribuzione.

23. — La qualità di lavoratore del ricorrente nella causa principale può però essere acquisita soltanto nel caso in cui il giudice a quo, nella valutazione dei fatti per la quale ha competenza esclusiva, constati il carattere reale ed effettivo dell'attività subordinata di cui trattasi.

24. — Il giudice a quo deve in particolare accertare se le prestazioni effettivamente svolte dal sig. Trojani possano essere considerate rientrare di regola nel mercato del lavoro. A tale scopo possono essere presi in considerazione lo statuto e le prassi del centro di accoglienza, il contenuto del progetto di reinserimento sociale nonché la natura e le modalità di esecuzione delle prestazioni.

(Omissis)

29. — In tali circostanze, si deve risolvere la prima questione come segue: una per-

sona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, da un lato, non rientra nell'ambito di applicazione degli artt. 43 CE e 49 CE e, dall'altro, può far valere un diritto di soggiorno in qualità di lavoratore, ai sensi dell'art. 39 CE, soltanto se l'attività subordinata che essa esercita presenta un carattere reale ed effettivo. Tocca al giudice a quo procedere agli accertamenti di fatto necessari al fine di valutare se ciò si verifichi nella causa di cui è investito.

Sulla seconda questione

30. — Con la seconda questione il giudice a quo chiede in sostanza se, in caso di soluzione negativa della prima questione, una persona che si trovi nella situazione del ricorrente nella causa principale possa, in virtù esclusivamente della sua qualità di cittadino dell'Unione europea, fruire nello Stato membro ospitante di un diritto di soggiorno per applicazione diretta dell'art. 18 CE.

31. — Occorre ricordare che il diritto di soggiornare nel territorio degli Stati membri è riconosciuto direttamente a ciascun cittadino dell'Unione dall'art. 18, n. 1, CE (v. sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast e R, Racc. pag. I-7091, punto 84). Il sig. Trojani ha quindi il diritto di far valere tale disposizione del Trattato per la sua sola qualità di cittadino dell'Unione.

32. — Tale diritto non è tuttavia incondizionato. Esso è riconosciuto soltanto fatti salvi i limiti e le condizioni previsti dal Trattato e dalle disposizioni applicative.

33. — Fra tali limiti e condizioni, dall'art. 1 della direttiva 90/364 emerge che gli Stati membri possono esigere dai cittadini di uno Stato membro che intendono fruire del diritto di soggiorno sul loro territorio che essi dispongano, per sé e per i loro familiari, di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che diventino, durante il loro soggiorno, un onere per l'assistenza sociale di detto Stato.

34. — Come la Corte ha già affermato, l'applicazione di detti limiti e condizioni deve essere effettuata nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario e conformemente ai principi generali di tale diritto, in particolare al principio di proporzionalità (sentenza Baumbast e R, cit., punto 91).

35. — Dalla pronuncia di rinvio discende che l'insufficienza di risorse è stata appunto il motivo per cui il sig. Trojani ha chiesto di fruire di una prestazione quale il "minimex".

36. — Stando così le cose, un cittadino dell'Unione che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale non può far valere l'art. 18 CE per affermare il diritto di soggiornare nel territorio di uno Stato membro di cui non è cittadino se non dispone di risorse sufficienti ai sensi della direttiva 90/364. Infatti, contrariamente alle circostanze della causa che è sfociata nella precitata sentenza Baumbast e R. (punto 92), nessun indizio fa pensare che, in una situazione quale quella di cui trattasi nella causa principale, una mancanza di riconoscimento di tale diritto esorbiterebbe da quanto necessario per conseguire l'obiettivo perseguito con detta direttiva.

37. — Tuttavia va rilevato che, in base agli elementi portati a conoscenza della

Corte, il sig. Trojani dimora legalmente in Belgio, il che è attestato dal titolo di soggiorno rilasciato nel frattempo dall'amministrazione comunale di Bruxelles.

38. — Si deve ricordare, a questo proposito, che tocca alla Corte fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione del diritto comunitario che possono essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nella formulazione delle sue questioni (v., in particolare, in questo senso, sentenze 12 dicembre 1990, causa C-24189, SARPP, Racc. pag. I-4695, punto 8; 2 febbraio 1994, causa C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, detta "Clinique", Racc. pag. I-317, punto 7, e 4 marzo 1999, causa C-87/97, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola, Racc. pag. I-1301, punto 16).

39. — Nell'ambito della causa in esame, occorre in particolare esaminare se, malgrado quanto è stato accertato al punto 36 della presente sentenza, un cittadino dell'Unione che si trovi in una situazione quale quella del ricorrente nella causa principale possa invocare l'art. 12 CE, a tenore del quale, nell'ambito di applicazione del Trattato e fatte salve le disposizioni particolari da questo previste, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla cittadinanza.

40. — Nel caso di specie, va rilevato che, anche se gli Stati membri possono subordinare il soggiorno di un cittadino dell'Unione economicamente non attivo alla disponibilità di risorse sufficienti, è pur vero che tale persona non può non fruire, durante il suo soggiorno lecito nello Stato membro ospitante, del principio fondamentale relativo alla parità di trattamento quale sancito all'art. 12 CE.

41. — In tale contesto, si devono fare le tre seguenti considerazioni.

42. — In primo luogo, come la Corte ha affermato, una prestazione di assistenza sociale quale il "minimex" rientra nell'ambito d'applicazione del Trattato (v. sentenza 20 settembre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk, Racc. pag. I-6193, in particolare punto 46).

43. — In secondo luogo, riguardo a tali prestazioni, un cittadino dell'Unione economicamente non attivo può invocare l'art. 12 CE qualora abbia soggiornato legalmente nello Stato membro ospitante durante un certo periodo o disponga di un titolo di soggiorno.

44. — In terzo luogo, una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nella causa principale, nella misura in cui non accorda la prestazione di assistenza sociale ai cittadini dell'Unione non cittadini dello Stato membro ove soggiornano legalmente, anche quando soddisfano i requisiti richiesti ai cittadini di detto Stato, costituisce una discriminazione basata sulla cittadinanza, vietata dall'art. 12 CE.

45. — Va aggiunto che lo Stato membro ospitante può constatare che un cittadino di un altro Stato membro che si è avvalso dell'assistenza sociale non soddisfa più i requisiti cui è subordinato il suo diritto di soggiorno. In tal caso, lo Stato membro ospitante può adottare, nel rispetto dei limiti imposti dal diritto comunitario, una misura di allontanamento. Tuttavia, il ricorso al sistema dell'assistenza sociale da parte di un cittadino dell'Unione non può comportare automaticamente tale misura (v., in tal senso, sentenza Grzelczyk, cit., punti 42 e 43).

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale, da un lato, non rientra nell'ambito di applicazione degli artt. 43 CE e 49 CE e, dall'altro, può far valere un diritto di soggiorno in qualità di lavoratore, ai sensi dell'art. 39 CE, soltanto se l'attività subordinata che essa esercita presenta un carattere reale ed effettivo. Tocca al giudice a quo procedere agli accertamenti di fatto necessari a valutare se ciò si verifichi nella causa di cui è investito.

2) Un cittadino dell'Unione europea che non fruisce nello Stato membro ospitante di un diritto di soggiorno in forza degli artt. 39 CE, 43 CE o 49 CE può, in virtù esclusivamente della sua qualità di cittadino dell'Unione, fruirvi di un diritto di soggiorno per applicazione diretta dell'art. 18, n. 1, CE. L'esercizio di tale diritto è soggetto ai limiti e alle condizioni di cui alla detta disposizione, ma le autorità competenti devono provvedere a che l'applicazione di detti limiti e condizioni avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità. Tuttavia, una volta accertato che una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale dispone di un titolo di soggiorno, detta persona può avvalersi dell'art. 12 CE affinché le sia accordato il beneficio di una prestazione di assistenza sociale quale il "minimex".

*****

La libertà di circolazione delle persone e il conseguente divieto di discriminazione sulla base della nazionalità sono ancora collegati necessariamente all'esercizio di un'attività economica? La sentenza qui riportata sembra destinata a far cadere anche gli ultimi baluardi su questo punto.

È vero infatti che il diritto comunitario prevedeva in origine la sola libera circolazione delle persone nella loro qualità di lavoratori autonomi o subordinati (o, eventualmente di prestatori/destinatari di servizi). Il Trattato di Maastricht ha poi esteso il principio di libera circolazione ai "semplici" cittadini (sul punto vedi Lang A., *art. 17*, in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 248 ss.) mantenendo però in essere il riferimento alla possibilità per gli Stati membri di porre limiti e condizioni a tale principio.

Solo col caso *Baumbast* la Corte si è pronunciata per la prima volta a favore della diretta applicabilità dell'art. 18 del Trattato (sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, sulla quale si rinvia alla scheda di commento pubblicata in questa *Rivista*, 2003, n. 1, p. 345 ss.) adottando una sentenza innovativa più sotto il profilo teorico che sotto quello pratico.

Infatti il signor *Baumbast*, al quale viene riconosciuto un diritto di soggiorno nel Regno Unito grazie all'applicazione diretta dell'art. 18, n. 1, non riveste più la qualifica di lavoratore in tale Stato, ma è comunque un soggetto economicamente autosufficiente, che svolge un'attività lavorativa ed è dotato di assicurazione sanitaria: egli si trova nella condizione di non gravare sul sistema di assistenza sociale inglese e pertanto il riconoscimento di un diritto di soggiorno in suo capo si colloca nell'ottica "classi-

ca" del diritto comunitario, in analogia con quanto previsto dalle tre direttive degli anni '90. (direttive del 28 giugno 1990 sulla libertà di soggiorno generale dei cittadini comunitari, degli studenti e di coloro che hanno cessato l'attività lavorativa, nn. 90/364, 90/365 e 90/366 in *GUCE* n. L 180/1990, rispettivamente pp. 26, 28 e 30; sul punto vedi Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003). Il caso *Trojani*, qui in esame, rappresenta un passaggio ulteriore verso il riconoscimento di una parità di trattamento derivante dalla semplice qualità di cittadino, in quanto da un lato il soggetto in questione non può essere qualificato né come lavoratore autonomo né come subordinato, dall'altro non si trova neppure in situazione di provvedere alla proprie esigenze economiche.

Egli, infatti, chiede di accedere al *minimex*, ossia di ricevere una prestazione di assistenza sociale che lo Stato belga accorda ai propri cittadini e agli stranieri che possiedano le connotazioni di cui sopra.

Nel dubbio sulla possibilità o meno di qualificarlo lavoratore (sul punto la Corte ritiene di non avere modo di verificare se l'attività che egli svolge presso il centro di accoglienza dove risiede sia un'attività reale ed effettiva), la Corte focalizza il suo ragionamento sull'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità al caso di specie. (sugli aspetti relativi alla nozione di "lavoratore" e alla sua estensione vedi sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Racc.* pag. 2121, punti 16 e 17, e 23 marzo 2004, causa C-138/02, *Collins*, ancora inedita, punto 26).

Fondamentale per la soluzione della controversia è la circostanza che il sig. Trojani soggiorni legalmente sul territorio di quello Stato membro. La Corte infatti fa discendere dal riconoscimento di un tale diritto di soggiorno, in applicazione dell'art.18,1, l'obbligo in capo allo Stato che tale diritto di soggiorno ha accordato di garantire a favore di tale soggetto la parità di trattamento sulla base dell'art.12 del Trattato.

È evidente che in questo modo, contrariamente a quanto sopra riportato sui risalenti orientamenti del diritto comunitario, un soggetto economicamente non attivo si trova a ricevere un vantaggio sociale rappresentato da una somma di denaro a carico di uno Stato diverso da quello di origine, nei confronti del quale non ha alcun legame se non quello di trovarsi sul suo territorio e di aver ottenuto un valido titolo di soggiorno.

Il timore è che una pronuncia di questo tipo, più che portare all'evoluzione del diritto comunitario nel senso di ampliare il riconoscimento della libera circolazione ai cittadini, valga a incentivare gli Stati ad apporre dei limiti più stringenti nel riconoscimento di un diritto di soggiorno ai cittadini comunitari. Gli Stati potrebbero infatti opporsi ad un "turismo assistenziale", effettuato da soggetti che sperano di ottenere un'assistenza sociale più favorevole di quella concessa nel loro paese di origine, nell'unico modo loro possibile dopo questa pronuncia della Corte di giustizia: restringendo l'applicazione dell'art.18.1, ossia limitando il diritto di soggiorno dei cittadini comunitari.

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)
16 settembre 2004

"Inadempimento di uno Stato - Libera circolazione dei lavoratori - Cittadini dell'Unione o del SEE - Cittadini di paesi terzi legati alla Comunità da un accordo - Eleggibilità alle camere del lavoro e ai consigli di fabbrica - Divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni di lavoro".

Nella causa C-465/01, avente ad oggetto un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 4 dicembre 2001, *Commissione delle Comunità europee*, rappresentata dal sig. J. Sack, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo, ricorrente, contro *Repubblica d'Austria*, rappresentata dal sig. H. Dossi, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo, convenuta,

(Omissis)

Sentenza

1. — Con il ricorso in oggetto la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi

a) degli artt. 39 CE e 8 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 27 luglio 1992, n. 2434 (GU L 245, pag. 1; in prosieguo: il "regolamento n. 1612/68"), nonché dell'art. 28 dell'accordo sullo Spazio economico europeo (GU 1994, L 1, pag. 3 e pag. 572; in prosieguo: l'"accordo SEE"), avendo negato ai lavoratori cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo (in prosieguo: il "SEE") il diritto all'eleggibilità in seno alle camere del lavoro;

b) delle disposizioni degli accordi conclusi dalla Comunità con alcuni paesi terzi che prevedono il divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni di lavoro dei lavoratori originari di tali paesi che esercitino regolarmente una professione in uno Stato membro, avendo negato a tali lavoratori il diritto all'eleggibilità in seno ai consigli di fabbrica e all'assemblea plenaria delle camere del lavoro.

Ambito normativo

Le disposizioni rilevanti del diritto comunitario

2. — Ai sensi dell'art. 39 CE:

"1. La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata.

2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

(…)

4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione".

3. — Il primo 'considerando' del regolamento n. 1612/68 è così formulato:

"considerando che la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità dev'essere realizzata al più tardi al termine del periodo transitorio; che il conseguimento di quest'obiettivo implica l'abolizione, fra i lavoratori degli Stati membri, di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, nonché il diritto di questi lavoratori di spostarsi liberamente all'interno della Comunità per esercitare un'attività subordinata, fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

4. — Gli artt. 7 e 8 del regolamento n. 1612/68 figurano nella prima parte dello stesso che tratta "[dell]'impiego e [della] famiglia dei lavoratori", sotto il titolo II, intitolato "Esercizio dell'impiego e parità di trattamento".

5. — Il detto art. 7 prevede quanto segue:

"1. Il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri, a motivo della propria cittadinanza, un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato.

2. Egli gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali.

(...)

4. Tutte le clausole di contratti collettivi o individuali o di altre regolamentazioni collettive concernenti l'accesso all'impiego, l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e di licenziamento, sono nulle di diritto nella misura in cui prevedano o autorizzino condizioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori cittadini degli altri Stati membri".

6. — Ai sensi dell'art. 8 del regolamento n. 1612/68:

"Il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro gode della parità di trattamento per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali, ivi compreso il diritto di voto e l'accesso ai posti amministrativi o direttivi di un'organizzazione sindacale; egli può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico. Gode inoltre del diritto di eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa.

Queste disposizioni non infirmano le norme legislative o regolamentari che, in taluni Stati membri, accordano diritti più ampi ai lavoratori provenienti da altri Stati membri".

(Omissis)

8. — La Comunità ha concluso un certo numero di accordi con paesi terzi, tra i quali, in particolare, l'accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, gli accordi europei che creano un'associazione con i paesi dell'Europa centrale e orientale nonché gli accordi di cooperazione e poi di associazione con i paesi del Maghreb, ai sensi dei quali ai lavoratori cittadini dei paesi terzi in questione che siano regolarmente occupati nel territorio di uno Stato membro si applica il principio dell'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di retribuzione.

La normativa nazionale

9. — In Austria, ai sensi dell'art. 1 dell'Arbeiterkammergesetz (legge relativa alle camere del lavoro; BGBl. 1991/626, nel testo pubblicato in BGBl. I, 1998/166; in prosieguo: l'"AKG"), le camere degli operai e degli impiegati nonché la camera federale degli operai e degli impiegati (in prosieguo: le "camere del lavoro") provvedono a rappresentare e promuovere gli interessi sociali, economici e culturali dei lavoratori di entrambi i sessi.

10. — Le dette camere, che sono enti di diritto pubblico ai quali, in linea di principio, sono iscritti tutti i lavoratori tramite il versamento di un contributo, esercitano anche una funzione consultiva in ambito legislativo.

11. — Tra gli organi delle camere del lavoro figura, segnatamente, l'assemblea plenaria (art. 46 dell'AKG). Essa viene eletta, per un periodo di cinque anni (art. 18, n. 1, dell'AKG), dai lavoratori aventi diritto di voto mediante voto uguale, personale e segreto, in base ai principi del sistema proporzionale (art. 19 dell'AKG). Ai sensi dell'art. 20, n. 1, dell'AKG, il diritto di voto spetta a tutti i lavoratori iscritti alla rispettiva camera del lavoro alla data delle elezioni.

12. — Per quanto attiene ai requisiti per l'eleggibilità, l'art. 21 dell'AKG così dispone:

"Sono eleggibili alla camera del lavoro tutti i lavoratori iscritti alla camera, che nel giorno delle elezioni:

1. abbiano compiuto il 19° anno di età e

2. negli ultimi cinque anni abbiano avuto in Austria per almeno due anni complessivi un rapporto di lavoro o di impiego che dà titolo all'iscrizione alla camera, e

3. a prescindere dal requisito dell'età elettorale non siano esclusi dall'eleggibilità nel Nationalrat [Camera bassa del Parlamento]".

13. — Ai sensi dell'art. 26, n. 4, del Bundesverfassungsgesetz (legge costituzionale federale):

"Possono essere eletti tutti gli uomini e le donne in possesso della cittadinanza austriaca alla data all'uopo prevista e che abbiano compiuto il 19° anno di età anteriormente al 1° gennaio dell'anno delle elezioni".

14. — I consigli di fabbrica, la cui istituzione è obbligatoria nelle imprese austriache di una certa dimensione, hanno il compito di tutelare gli interessi dei lavoratori dell'impresa in questione e, in particolare, di vigilare sul rispetto delle disposizioni legali adottate in loro favore.

15. — L'art. 53, n. 1, dell'Arbeitsverfassungsgesetz (testo unico sul lavoro; BGBl. 1974/22, nel testo pubblicato in BGBl. 1993/460), che fissa i requisiti per l'eleggibilità in un consiglio di fabbrica, è così formulato:

"È eleggibile qualsiasi lavoratore subordinato che:

1. a) possieda la cittadinanza austriaca, o

b) sia cittadino di uno Stato firmatario dell'accordo SEE, e

2. abbia raggiunto il 19º anno di età alla data di indizione delle elezioni, e

3. possieda almeno sei mesi di anzianità nello stabilimento o nell'impresa da cui dipende lo stabilimento, e

4. indipendentemente dal requisito della cittadinanza austriaca, non sia decaduto dal suo diritto di partecipare all'elezione del Nationalrat [Camera bassa del Parlamento] (…)".

Procedimento precontenzioso

16. — Ritenendo che la normativa austriaca sia incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario autorizzando, da un lato, l'elezione dei soli cittadini austriaci alle camere del lavoro e, dall'altro, escludendo dall'elezione alle camere del lavoro ed ai consigli di fabbrica i lavoratori regolarmente occupati in uno Stato membro ed il cui paese di origine ha concluso con la Comunità un accordo in forza del quale essi godono della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, la Commissione, con lettera del 9 luglio 1999, ha invitato la Repubblica d'Austria a presentare le sue osservazioni entro due mesi.

17. — Il 6 settembre 1999 il governo austriaco ha riconosciuto l'incompatibilità della sua normativa con gli obblighi ad esso derivanti dal diritto comunitario relativamente ai lavoratori cittadini di altri Stati membri dell'Unione o del SEE, pur sottolineando che la normativa interna in questione era priva di effetti a causa della diretta applicabilità del diritto comunitario. Tuttavia, le modifiche necessarie sarebbero state in corso di adozione, al fine di estendere l'eleggibilità alle camere del lavoro a tutti questi lavoratori, indipendentemente dalla loro cittadinanza. Invece, tale governo ha contestato la tesi della Commissione per quanto riguarda i lavoratori ai quali un accordo concluso con il paese terzo di cui sono originari garantisce il beneficio della parità di trattamento relativamente alle condizioni di lavoro, qualora essi esercitino regolarmente un'attività retribuita in uno Stato membro.

18. — Il 29 dicembre 2000, non essendo stata apportata alcuna modifica alla normativa austriaca, la Commissione ha inviato un parere motivato alla Repubblica d'Austria, invitandola ad adottare, nel termine di due mesi a decorrere dalla sua notifica, le misure necessarie per conformarsi agli obblighi risultanti dagli artt. 39 CE, 8 del regolamento n. 1612/68 e 28 dell'accordo SEE, nonché dalle disposizioni dei suddetti accordi bilaterali conclusi dalla Comunità.

19. — Poiché la risposta del governo austriaco a tale parere motivato, contenuta in due lettere del 27 febbraio e del 12 aprile 2001, non presenta alcun elemento nuovo, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

20. — A sostegno del suo ricorso, la Commissione solleva due censure. La prima è relativa al mancato riconoscimento, ai lavoratori cittadini di altri Stati membri dell'Unione o del SEE, del diritto di essere eletti alle camere del lavoro. La seconda censura concerne la negazione del diritto di eleggibilità all'assemblea plenaria delle camere del lavoro e al consiglio di fabbrica ai lavoratori originari di un paese terzo, regolarmente occupati in Austria, il cui paese ha concluso con la Comunità un accordo, che prevede il divieto di discriminazioni per quanto riguarda le condizioni di lavoro.

21. — Occorre esaminare consecutivamente la fondatezza di queste due censure.

Sulla prima censura

(Omissis)

25. — Al fine di statuire sulla fondatezza di tale censura, occorre ricordare in via preliminare che, nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea, l'art. 39, n. 2, CE, che costituisce d'altronde solamente un'espressione specifica del divieto fondamentale di discriminazioni a causa della cittadinanza figurante all'art. 12, primo comma, CE, enuncia il divieto di qualsiasi discriminazione, fondata sulla cittadinanza, fra i lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

26. — Tale principio è menzionato in numerose disposizioni particolari del regolamento n. 1612/68, tra cui, in special modo, gli artt. 7 e 8.

27. — Specificamente, l'art. 8, primo comma, del detto regolamento dispone che il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato nel territorio di un altro Stato membro goda della parità di trattamento per quanto riguarda l'iscrizione alle organizzazioni sindacali e l'esercizio dei diritti sindacali, ivi compreso il diritto di eleggibilità agli organi di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa.

28. — A tale proposito la Corte ha già statuito, nelle sentenze ASTI I e ASTI II, che questa disposizione si applica al diritto di elettorato attivo e passivo nell'ambito delle elezioni organizzate in seno ad organismi quali le camere professionali, cui gli interessati sono obbligatoriamente iscritti e devono versare un contributo e che sono incaricate della tutela nonché della rappresentanza degli interessi di questi ultimi.

29. — Per quanto riguarda l'accordo SEE, il suo art. 28, n. 2, è formulato in termini quasi identici a quelli dell'art. 39, n. 2, CE.

30. — In tale contesto, dagli artt. 39, n. 2, CE, 8, primo comma, del regolamento n. 1612/68 e 28, n. 2, dell'accordo SEE risulta che i lavoratori cittadini di uno Stato membro o di uno Stato parte dell'Associazione europea di libero scambio (in prosieguo: l'"EFTA") che sono occupati in un altro Stato membro devono essere trattati allo stesso modo dei cittadini dello Stato membro di accoglienza per quanto riguarda, in particolare, le condizioni di lavoro e, specificamente, i diritti sindacali, ivi incluso il diritto all'eleggibilità a organismi di rappresentanza e di tutela degli interessi dei lavoratori quali le camere del lavoro in Austria.

31. — Orbene, è pacifico che la normativa nazionale di cui al presente ricorso subordina l'eleggibilità alle dette camere del lavoro al possesso della cittadinanza austriaca, il che non è contestato dal governo di tale Stato membro.

32. — Un tale requisito, soddisfatto solo dai lavoratori austriaci, costituisce quindi una discriminazione diretta nei confronti dei lavoratori stranieri.

33. — Ne consegue che la normativa della Repubblica d'Austria, che nega ai lavoratori cittadini di un altro Stato membro dell'Unione europea o di uno Stato dell'EFTA il diritto di eleggibilità alle camere del lavoro, per il solo motivo che gli interessati non possiedono la cittadinanza austriaca, è contraria al principio fondamentale che vieta qualsiasi discriminazione a causa della cittadinanza sul quale si fondano le suddette disposizioni di diritto comunitario.

34. — Tale conclusione non è in alcun modo messa in discussione dall'argomento del governo austriaco secondo il quale le camere del lavoro in Austria sarebbero enti di diritto pubblico che partecipano significativamente all'esercizio del potere pubblico.

35. — Infatti, dalle sentenze ASTI I e ASTI II risulta che una normativa nazionale che nega ai lavoratori cittadini di altri Stati membri il diritto di elettorato attivo e/o passivo nell'ambito delle elezioni organizzate in senso ad organismi quali le camere professionali, cui gli interessati sono obbligatoriamente iscritti e devono versare un contributo e che sono incaricate della tutela nonché della rappresentanza degli interessi dei lavoratori, è contraria al divieto fondamentale di discriminazioni a causa della cittadinanza, nonostante le dette camere rivestano la natura di organismi di diritto pubblico in base al diritto nazionale ed esercitino una funzione consultiva in ambito legislativo.

36. — Orbene, il governo austriaco non ha addotto alcun elemento che permetta di concludere che le camere del lavoro in Austria presentino caratteristiche diverse da quelle proprie delle camere professionali lussemburghesi oggetto delle cause decise con le summenzionate sentenze.

37. — Del resto, per quanto riguarda specificamente le camere del lavoro in Austria, la Corte ha già statuito che il requisito della cittadinanza, al quale la normativa austriaca subordina il diritto all'eleggibilità alle dette camere, è incompatibile con il principio — enunciato dall'art. 10, n. 1, della decisione 19 settembre 1980, n. 1, relativa allo sviluppo dell'associazione (in prosieguo: la "decisione n. 1/80"), adottata dal Consiglio d'associazione istituito dall'Accordo di associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato il 12 settembre 1963 ad Ankara dalla Repubblica di Turchia, da un lato, e dagli Stati membri della CEE e dalla Comunità, dall'altro, e che è stato concluso, approvato e confermato a nome di quest'ultima con decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GU 1964, n. 217, pag. 3685; in prosieguo: l'"accordo di associazione CEE-Turchia") — dell'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza relativamente alle condizioni di lavoro (sentenza 8 maggio 2003, causa C-171/01, Wählergruppe Gemeinsam, Racc. pag. I-4301).

38. — Orbene, l'art. 10 della decisione n. 1/80 è formulato in termini quasi identici a quelli degli artt. 39, n. 2, CE e 28, n. 2, dell'accordo SEE.

39. — Si deve aggiungere che, in ogni caso, secondo costante giurisprudenza, la mancata applicazione delle norme sancite dall'art. 39 CE alle attività che implicano

una partecipazione all'esercizio di poteri pubblici costituisce una deroga ad una libertà fondamentale che, pertanto, deve essere interpretata in modo tale da limitarne la portata a quanto strettamente necessario per salvaguardare gli interessi che gli Stati membri possono tutelare. Ne consegue che la deroga medesima non può giustificare che uno Stato membro subordini, in termini generali, qualsiasi partecipazione ad un ente di diritto pubblico, quali le camere del lavoro austriache, ad un requisito di cittadinanza. Tale deroga consente unicamente di escludere, eventualmente, i lavoratori stranieri da talune specifiche attività dell'organismo di cui trattasi che implichino effettivamente, di per sé, una partecipazione diretta a pubblici poteri (v., in particolare, sentenza ASTI I, punto 19, e sentenza Wählergruppe Gemeinsam, cit., punto 92).

(Omissis)

42. — Per quanto riguarda il mancato riconoscimento del diritto all'eleggibilità ai consigli di fabbrica e alle camere del lavoro ai lavoratori cittadini di paesi terzi con i quali la Comunità ha concluso un accordo che garantisce a questi lavoratori la parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, la Commissione ritiene che non esista alcuna ragione per interpretare la nozione di "condizioni di lavoro" più restrittivamente che nell'ambito del Trattato CE. Quindi, anche se i lavoratori dei paesi terzi interessati non godono della libertà di circolazione quale garantita dal Trattato, quelli tra loro che esercitano un lavoro regolare in uno Stato membro non dovrebbero trovarsi in una situazione giuridica più sfavorevole di quella dei loro colleghi cittadini comunitari. Tale sarebbe infatti, precisamente, lo scopo della clausola, iscritta negli accordi di cui al presente ricorso, che prevede il divieto di discriminazioni a causa della cittadinanza.

(Omissis)

46. — Come già rilevato al punto 37 della presente sentenza, la citata sentenza Wählergruppe Gemeinsam ha, del resto, fatto un preciso riferimento al requisito della cittadinanza dal quale la normativa austriaca fa dipendere l'eleggibilità alle camere del lavoro in Austria.

47. — Orbene, come la Commissione ha correttamente fatto valere, non esiste alcun motivo di dare un'interpretazione diversa da quella sancita nell'ambito del Trattato — e che, del resto, è già stata applicata per analogia per gli accordi conclusi con la Polonia e la Turchia (v. punti 44-46 della presente sentenza) — al principio, enunciato nelle clausole di altri accordi conclusi tra la Comunità e paesi terzi, dell'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza per quanto riguarda le condizioni di lavoro.

48. — Sulla falsariga di quanto appena constatato, nell'ambito della prima censura, relativamente all'Unione europea e al SEE ed in base agli stessi motivi, occorre quindi dichiarare che il detto principio osta all'applicazione, a cittadini che beneficino di un accordo contenente una clausola dello stesso tipo e che esercitino regolarmente una professione in uno Stato membro, di una normativa, quale quella vigente in Austria,

che nega il diritto all'eleggibilità a organismi di rappresentanza e di tutela degli interessi dei lavoratori, quali le camere del lavoro ed i consigli di fabbrica, per il solo motivo che gli interessati sono cittadini stranieri.

49. — Infatti, il divieto di discriminazioni a causa della cittadinanza enunciato dagli accordi in questione implica che tutti i lavoratori, siano essi cittadini nazionali o cittadini di uno dei paesi interessati, beneficiano di identiche condizioni di lavoro e, in particolare, possano partecipare, allo stesso modo, alle elezioni organizzate in seno agli organismi di tutela e di rappresentanza degli interessi dei lavoratori dipendenti. Una disparità di trattamento in funzione della cittadinanza è contraria a tale divieto fondamentale.

(Omissis)

53. — Tale interpretazione è, d'altronde, l'unica conforme alle finalità e alla ratio degli accordi considerati, perché il fatto di riconoscere ai lavoratori cittadini di paesi terzi parti di tali accordi e regolarmente occupati nel territorio di uno Stato membro il beneficio delle stesse condizioni di lavoro spettanti ai lavoratori cittadini degli Stati membri costituisce un elemento importante destinato a realizzare un contesto adeguato ai fini della graduale integrazione dei detti lavoratori migranti nello Stato membro di accoglienza (v., per analogia, le citate sentenze Pokrzeptowicz-Meyer, punto 42, e Wählergruppe Gemeinsam, punto 79).

54. — Alla luce di tali considerazioni, la seconda censura della Commissione deve parimenti essere accolta.

55. — Di conseguenza, il ricorso della Commissione deve essere considerato fondato nella sua interezza.

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara e statuisce:

1) a) Avendo negato il diritto all'eleggibilità in seno alle camere degli operai e degli impiegati ai lavoratori cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dello Spazio economico europeo, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 39 CE e 8 del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 27 luglio 1992, n. 2434, nonché dell'art. 28 dell'accordo sullo Spazio economico europeo.

b) Avendo negato il diritto all'eleggibilità in seno ai consigli di fabbrica e all'assemblea plenaria delle camere degli operai e degli impiegati ai lavoratori cittadini di un paese terzo con il quale la Comunità ha concluso un accordo che prevede il divieto di discriminazioni riguardo alle condizioni di lavoro nei confronti dei detti lavoratori che esercitino regolarmente una professione in uno Stato membro, la Repubblica d'Austria è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza delle disposizioni di tali accordi.

La Corte torna nuovamente a pronunciarsi sulla normativa austriaca che prevede che solo i soggetti aventi la cittadinanza di quello Stato possano essere eletti alla Camera dei lavoratori, organismo di rappresentanza degli interessi dei lavoratori stessi. La sentenza, in esame, derivante da un ricorso per infrazione presentato dalla Commissione europea, coglie, infatti, l'occasione per ribadire quanto già affermato nella sentenza Wählergruppe in relazione alla parità di trattamento per i cittadini turchi. In quel caso cinque cittadini turchi, regolarmente inseriti nel mercato del lavoro in Austria, che si erano presentati alle elezioni, venivano cancellati dalla lista dei candidati in quanto non in possesso di un requisito essenziale. Il governo austriaco giustificava tale provvedimento ritenendo che l'accesso a tali rappresentanze non dovesse essere fatto rientrare nella nozione di "altre condizioni di lavoro" per le quali vige il principio della parità di trattamento. La Corte non accetta la giustificazione austriaca ritenendo che, dalla mancanza di una vera e propria libera circolazione dei lavoratori turchi, derivante dall'Accordo di associazione, non si possa desumere anche la divergenza del concetto di parità di trattamento, che deve invece essere interpretato sulla base dell'interpretazione dell'art.48 n.2 del Trattato CE. Non si può dimenticare che la Corte aveva già avuto modo di prendere posizione sul punto nelle sentenze *ASTI*, ove aveva ritenuto ingiustificata la restrizione all'accesso alla Camere professionali opposta dal Lussemburgo ai soggetti aventi cittadinanza di un diverso Stato membro (sentenza del 4 luglio 1991, causa C-213/90, *ASTI I*, in *Racc.* p. I-3507 e sentenza 18 maggio 1994, causa C-118/92, *Commissione/Lussemburgo* (*ASTI II*), in *Racc.* p. I-1891).

La discriminazione non può essere giustificata neanche in base all'inapplicabilità delle disposizioni esaminate alle attività che partecipano ai pubblici poteri. Infatti in tale limitazione, da interpretare restrittivamente come tutte le eccezioni alle libertà previste dal Trattato, si possono ricondurre le attività svolte da organi eletti solo ove presuppongano "un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato, nonché la reciprocità dei diritti e dei doveri che sono il fondamento del vincolo di cittadinanza" (vedi conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Wählergruppe* del 12 dicembre 2002, punto 57), presupposti che non sussistono nel caso di elezione alla camera del lavoro.(sentenza 8 maggio 2003, causa C-171/01, *Wählergruppe*, in *Racc.* p. I-4301; per un breve commento alla sentenza vedi Balboni M., *Rassegna di giurisprudenza, Non discriminazione e condizioni di lavoro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, p. 87 ss.).

La pronuncia qui analizzata assume un significato particolare in quanto la Corte compie un ragionamento inverso e speculare rispetto a quello solitamente applicato. Questa volta infatti, invece di estendere a favore dei cittadini extracomunitari la propria precedente giurisprudenza relativa ai cittadini degli Stati membri, richiama la propria pronuncia interpretativa dell'Accordo di associazione con la Turchia (sentenza *Wählergruppe, cit.*) al fine di estendere il risultato ivi raggiunto anche ai cittadini comunitari e a quelli dello Spazio economico europeo. In numerose pronunce sull'interpretazione degli Accordi di associazione la Corte aveva fatto riferimento all'identità di formulazione delle disposizioni per estendere determinati principi, già sanciti dalla propria giurisprudenza a favore dei cittadini comunitari, ai cittadini dei Paesi associati. Si pensi alla sentenza *Kolpak* (sentenza dell'8 maggio 2003, causa n. C-438/00, ancora inedita), che estende i principi della sentenza *Bosman* (sentenza sui giocatori di calcio

del 15 dicembre 1995, causa n. C-415/93, in *Racc.*, p. I-4921; su di essa vedi Fernandez Martin J.M., *Re-defining obstacles to the free movement of workers*, in *European Law Review*, 1996, p. 313 ss.), e alla sentenza *Porkreptowitz-Meyer* (sentenza 29 gennaio 2002, causa C-162/00, in *Racc.* p. I-1049) che estende i principi del caso *Alluè* (sentenza sui lettori di lingua straniera del 30 maggio 1989, causa n. 33/88, *Pilar Alluè*, in *Racc.* p. 1591 ss.).

In questo caso la Corte estende ai cittadini comunitari il principio già affermato per quelli turchi, sottolineando così la volontà di uniformare il trattamento dei cittadini comunitari a quello dei cittadini di Paesi associati e rilevando l'inadempimento dell'Austria sia in relazione alle disposizioni del Trattato e del diritto derivato (in particolare dell' art.39 e del reg. 1612/68 in *GUCE* L 257, p. 2), che all'Accordo sullo spazio economico europeo (in *GUCE* 1994, L 1, p. 3), e più in generale a tutti gli accordi conclusi dalla Comunità europea all'interno dei quali sia previsto un divieto di discriminazione sulla base della nazionalità in merito alle condizioni di lavoro.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)
5 ottobre 2004

"Politica sociale - Protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori - Direttiva 93/104/CE - Ambito di applicazione - Operatori del soccorso che accompagnano le ambulanze nell'ambito di un servizio di soccorso organizzato dal Deutsches Rotes Kreuz - Portata della nozione di "trasporti stradali" - Durata massima dell'orario lavorativo settimanale - Principio - Effetto diretto - Deroghe - Presupposti".

Nei procedimenti riuniti da C-397/01 a C-403/01, aventi ad oggetto le domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Arbeitsgericht Lörrach (Germania) con decisioni del 26 settembre 2001, pervenute in cancelleria il 12 ottobre 2001, nelle cause *Bernhard Pfeiffer* (C-397/01),

(Omissis)

contro *Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV*,

(Omissis)

Sentenza

1. — Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'art. 2 della direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro (GU L 183, pag. 1), nonché degli artt. 1, n. 3, 6 e 18, n. 1, lett. b), sub i), della direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 307, pag. 18).

2. — Le domande sono state presentate nell'ambito di controversie tra i sigg. Pfeiffer, Roith, Süß, Winter, Nestvogel nonché la sig.ra Zeller e il sig. Döbele, che esercitano o hanno esercitato attività di operatori del soccorso, da un lato, e il Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV [Croce rossa tedesca, sezione di Waldshut (in prosieguo: il "Deutsches Rotes Kreuz")], l'organismo datore di lavoro attuale o passato dei ricorrenti nelle cause principali, a proposito della normativa tedesca che prevede un orario di lavoro settimanale superiore alle 48 ore.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3. — Le direttive 89/391 e 93/104 sono state adottate sul fondamento dell'art. 118 A del Trattato CE (gli artt. 117-120 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli artt. 136

CE - 143 CE).

4. — La direttiva 89/391 è la direttiva quadro che fissa i principi generali in materia di sicurezza e di salute dei lavoratori. Tali principi sono stati successivamente sviluppati da una serie di direttive particolari, tra cui figura la direttiva 93/104.

5. — La direttiva 89/391, all'art. 2, definisce il proprio ambito di applicazione come segue:

"1. La presente direttiva concerne tutti i settori d'attività privati o pubblici (attività industriali, agricole, commerciali, amministrative, di servizi, educative, culturali, ricreative, ecc.).

2. La presente direttiva non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nel pubblico impiego, per esempio nelle forze armate o nella polizia, o ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo.

In questo caso, si deve vigilare affinché la sicurezza e la salute dei lavoratori siano, per quanto possibile, assicurate, tenendo conto degli obiettivi della presente direttiva".

6. — Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 93/104, intitolato "Oggetto e campo di applicazione":

"1. La presente direttiva stabilisce prescrizioni minime di sicurezza e di salute in materia di organizzazione dell'orario di lavoro.

2. La presente direttiva si applica:

a) ai periodi minimi di riposo giornaliero, riposo settimanale e ferie annuali nonché alla pausa ed alla durata massima settimanale del lavoro;

e

b) a taluni aspetti del lavoro notturno, del lavoro a turni e del ritmo di lavoro.

3. La presente direttiva si applica a tutti i settori di attività, privati o pubblici, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 89/391/CEE, fatto salvo l'articolo 17 della presente direttiva, ad eccezione dei trasporti aerei, ferroviari, stradali e marittimi, della navigazione interna, della pesca in mare, delle altre attività in mare, nonché delle attività dei medici in formazione.

4. Le disposizioni della direttiva 89/391/CEE si applicano pienamente alle materie contemplate al paragrafo 2, fatte salve le disposizioni più vincolanti e/o specifiche contenute nella presente direttiva".

7. — L'art. 2 della direttiva 93/104, sotto il titolo "Definizioni", così dispone:

"Ai sensi della presente direttiva si intende per:

1) "orario di lavoro": qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali;

2) "periodo di riposo": qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro;

(…)".

8. — La sezione II della detta direttiva prevede le misure che gli Stati membri devono adottare affinché ogni lavoratore benefici, in particolare, di periodi minimi di riposo giornaliero e settimanale, e disciplina altresì la durata massima settimanale del lavoro.

9. — Per quanto riguarda la durata massima settimanale del lavoro, l'art. 6 della stessa direttiva dispone quanto segue:

"Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché, in funzione degli impera-

tivi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori:

(…)

2) la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di 7 giorni non superi 48 ore, comprese le ore di lavoro straordinario".

10. — L'art. 15 della direttiva 93/104 così stabilisce:

"La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare od introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori o di favorire o consentire l'applicazione di contratti collettivi o accordi conclusi fra le parti sociali, più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori".

11. — Ai sensi dell'art. 16 della detta direttiva:

"Gli Stati membri possono prevedere:

(…)

2) per l'applicazione dell'articolo 6 (durata massima settimanale del lavoro), un periodo di riferimento non superiore a quattro mesi.

(…)".

12. — La stessa direttiva enuncia una serie di deroghe a diverse regole di base, tenendo conto delle particolarità di talune attività e con la riserva che ricorrano determinate condizioni.

(Omissis)

c) per le attività caratterizzate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio o della produzione, in particolare, quando si tratta;

i) di servizi relativi all'accettazione, al trattamento e/o alle cure prestati da ospedali o stabilimenti analoghi, da case di riposo e da carceri;

(…)

iii) di servizi stampa, radiofonici, televisivi, di produzione cinematografica, postali o delle telecomunicazioni, di servizi di ambulanza, di vigili del fuoco o di protezione civile;

(…)

3. Si può derogare agli articoli 3, 4, 5, 8 e 16 mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali a livello nazionale o regionale o, conformemente alle regole fissate da dette parti sociali, mediante contratti collettivi o accordi conclusi tra le parti sociali ad un livello inferiore.

(...)

Le deroghe previste al primo e secondo comma sono ammesse soltanto a condizione che ai lavoratori interessati siano accordati periodi equivalenti di riposo compensativo o, in casi eccezionali in cui la concessione di tali periodi equivalenti di riposo compensativo non sia possibile per motivi oggettivi, a condizione che ai lavoratori interessati sia accordata una protezione appropriata.

(...)

4. La facoltà di derogare all'articolo 16, punto 2, prevista al paragrafo 2, punti 2.1 e 2.2 e al paragrafo 3 del presente articolo non può avere come conseguenza la fissazione di un periodo di riferimento superiore a sei mesi.

Tuttavia gli Stati membri hanno la facoltà, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, di consentire che, per ragioni obiettive, tecniche o inerenti all'organizzazione del lavoro, i contratti collettivi o gli accordi conclusi tra le parti sociali fissino periodi di riferimento che non superino in alcun caso i dodici mesi.

(...)".

13. — L'art. 18 della direttiva 93/104 è del seguente tenore:

"1. a) Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi il 23 novembre 1996 o provvedono affinché, al più tardi entro tale data, le parti sociali applichino consensualmente le disposizioni necessarie, fermo restando che gli Stati membri devono prendere tutte le misure necessarie per poter garantire in qualsiasi momento i risultati imposti dalla presente direttiva.

b) i) Tuttavia, ogni Stato membro ha la facoltà di non applicare l'articolo 6, nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, a condizione che assicuri, mediante le misure necessarie prese a tale scopo, che:

— nessun datore di lavoro chieda a un lavoratore di lavorare più di 48 ore nel corso di un periodo di 7 giorni, calcolato come media del periodo di riferimento di cui all'articolo 16, punto 2, a meno che non abbia ottenuto il consenso del lavoratore all'esecuzione di tale lavoro;

— nessun lavoratore possa subire un danno per il fatto che non è disposto ad accettare di effettuare tale lavoro;

— il datore di lavoro tenga registri aggiornati di tutti i lavoratori che effettuano tale lavoro;

— i registri siano messi a disposizione delle autorità competenti che possono vietare o limitare, per ragioni di sicurezza e/o di salute dei lavoratori, la possibilità di superare la durata massima settimanale del lavoro;

— il datore di lavoro, su richiesta delle autorità competenti, dia loro informazioni sui consensi dati dai lavoratori all'esecuzione di un lavoro che superi le 48 ore nel corso di un periodo di 7 giorni, calcolato come media del periodo di riferimento di cui all'articolo 16, punto 2.

(...)".

Normativa nazionale

14. — Il diritto del lavoro tedesco opera una distinzione tra i servizi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft"), i servizi di guardia ("Bereitschaftsdienst") e i servizi di reperibilità ("Rufbereitschaft").

15. — Tali tre nozioni non sono definite dalla normativa nazionale, ma le loro caratteristiche si evincono dalla giurisprudenza.

16. — Il servizio di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") identifica la situazione in cui il lavoratore deve tenersi a disposizione del proprio datore di lavoro sul luogo di lavoro ed è, inoltre, tenuto a restare costantemente vigile per poter intervenire immediatamente in caso di necessità.

17. — Durante il servizio di guardia ("Bereitschaftsdienst") il lavoratore ha l'obbligo di essere presente in un luogo determinato dal datore di lavoro, all'interno o all'esterno della sede di quest'ultimo, e di tenersi pronto a prendere servizio su richiesta del datore di lavoro, ma gli è consentito riposarsi o passare il tempo come vuole quando la sua opera professionale non è richiesta.

18. — Il servizio di reperibilità ("Rufbereitschaft") è caratterizzato dal fatto che il lavoratore non è obbligato a restare in attesa in un luogo indicato dal datore di lavoro, ma basta ch'egli sia raggiungibile in qualunque momento per poter svolgere in breve tempo i suoi compiti professionali su chiamata del datore di lavoro.

19. — Nel diritto del lavoro tedesco, solamente il servizio di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") è considerato, come regola generale, rientrare interamente nell'orario di lavoro. Invece, sia il servizio di guardia ("Bereitschaftsdienst") sia il servizio di reperibilità ("Rufbereitschaft") sono qualificati come riposo, salvo per la parte del servizio in cui il lavoratore ha effettivamente svolto i suoi compiti professionali.

20. — La normativa tedesca sull'orario di lavoro e i periodi di riposo è contenuta nell'Arbeitszeitgesetz (legge sull'orario di lavoro) 6 giugno 1994 (BGBl. 1994 I, pag. 1170; in prosieguo: l'"ArbZG"), adottata allo scopo di recepire la direttiva 93/104 nel diritto interno.

21. — Ai sensi dell'art. 2, n. 1, dell'ArbZG, si intende per orario di lavoro l'arco di tempo compreso tra l'inizio e la fine del lavoro, escluse le pause.

22. — Ai sensi dell'art. 3 dell'ArbZG:

"L'orario di lavoro dei lavoratori non deve superare le otto ore quotidiane. Può essere prolungato fino a dieci ore solo a condizione che non si superino in media otto ore giornaliere nell'arco di sei mesi solari o di 24 settimane".

23. — L'art. 7 dell'ArbZG è del seguente tenore:

"(1) Mediante contratto collettivo o contratto aziendale fondato su un contratto collettivo è possibile:

1. in deroga all'art. 3,

a) prolungare l'orario di lavoro giornaliero oltre le dieci ore, anche senza compensazione, quando nell'orario di lavoro rientrano di regola e in misura rilevante ore di permanenza obbligatoria ('Arbeitsbereitschaft'),

(Omissis)

25. — Il Tarifvertrag über die Arbeitsbedingungen für Angestellte, Arbeiter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes (contratto collettivo sulle condizioni di lavoro degli impiegati, dei lavoratori e degli apprendisti della Croce Rossa tedesca; in prosieguo: il "DRK-TV") prevede in particolare quanto segue:

"Articolo 14 Orario di lavoro normale

(1) L'orario di lavoro normale prevede mediamente 39 ore pause escluse (38 ore e mezzo al 1° aprile 1990) alla settimana. In generale, la media dell'orario di lavoro settimanale normale è calcolata su un periodo di 26 settimane.

Nel caso di lavoro a turni o in alternanza, si può stabilire un periodo più lungo.

(2) L'orario di lavoro normale può essere esteso (...)

a) fino a dieci ore giornaliere (in media 49 ore settimanali) se include di regola una

permanenza obbligatoria (“Arbeitsbereitschaft”) di almeno due ore al giorno in media,

b) fino a undici ore giornaliere (in media 54 ore settimanali) se include di regola una permanenza obbligatoria (“Arbeitsbereitschaft”) di almeno tre ore al giorno in media,

c) fino a dodici ore giornaliere (in media 60 ore settimanali) se il lavoratore deve soltanto essere presente sul luogo di lavoro per svolgere il lavoro richiesto in caso di necessità.

(...)

(5) Il dipendente, su richiesta del datore di lavoro, è obbligato a trattenersi oltre l’orario di lavoro normale in un determinato luogo indicato da quest’ultimo in cui può essere chiamato a prestare servizio in funzione delle necessità [servizio di guardia (“Bereitschaftsdienst”)]. Il datore di lavoro può imporre un servizio di guardia soltanto ove sia prevista una certa mole di lavoro ma, per acquisita esperienza, prevalga il periodo non lavorato.

(...)”.

26. — L’art. 14, n. 2, del DRK-TV è oggetto di una nota redatta nei seguenti termini:

“Nell’ambito di applicazione dell’allegato 2 per i lavoratori nel servizio di soccorso e di trasporto di malati si deve tenere conto della nota protocollare relativa all’art. 14, comma 2, del [DRK-TV]”.

27. — Tale allegato 2 contiene una disciplina collettiva speciale per il personale dei servizi di soccorso e di trasporto degli ammalati. Nella pertinente nota si stabilisce che l’orario massimo di lavoro di 54 ore settimanali menzionato dall’art. 14, comma 2, lett. b), del DRK-TV viene progressivamente diminuito. Conseguentemente, si stabilisce che a partire dal 1° febbraio 1993 l’orario massimo è ridotto da 54 a 49 ore.

Cause principali e questioni pregiudiziali

28. — All’origine delle presenti domande di pronuncia pregiudiziale vi sono sette controversie.

29. — Dai fascicoli a disposizione della Corte risulta che il Deutsches Rotes Kreuz gestisce, tra l’altro, il servizio di soccorso terrestre in parti del Landkreis Waldshut. Esso si occupa dei servizi di soccorso 24 ore su 24 di Waldshut (Germania), di Dettighofen (Germania) e di Bettmaringen (Germania), nonché di quello per 12 ore al giorno di Lauchringen (Germania). L’attività di soccorso terrestre viene eseguita con ambulanze e con veicoli d’intervento medico d’urgenza. L’equipaggio di un’ambulanza comprende due operatori del soccorso/infermieri, mentre quello di un veicolo d’intervento medico d’urgenza comprende un soccorritore e un medico d’urgenza. In caso di allarme tali mezzi si recano sul luogo per prestare cure mediche ai pazienti. Di regola questi vengono poi trasportati in ospedale.

30. — I sigg. Pfeiffer e Nestvogel in passato sono stati al servizio del Deutsches Rotes Kreuz come operatori del soccorso, mentre gli altri ricorrenti nelle cause principali continuavano ad essere al servizio di tale ente al momento della presentazione del ricorso dinanzi al giudice del rinvio.

31. — La controversia tra le parti nelle cause principali verte, in sostanza, sulla necessità di prendere o meno in considerazione, per il calcolo della durata massima set-

timanale dell'orario di lavoro, i periodi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") che i lavoratori interessati sono tenuti o sono stati tenuti ad effettuare nell'ambito del loro rapporto di lavoro al servizio del Deutsches Rotes Kreuz.

32. — I ricorsi presentati dai sigg. Pfeiffer e Nestvogel dinanzi all'Arbeitsgericht Lörrach (pretore del lavoro di Lörrach) hanno ad oggetto un'azione per il pagamento degli straordinari da loro effettuati oltre le 48 ore settimanali. Infatti, sostengono di essere stati ingiustamente costretti a lavorare per più di 48 ore alla settimana in media dal giugno del 2000 al marzo del 2001. Pertanto, chiedono al detto giudice di condannare il Deutsches Rotes Kreuz a versare loro le somme lorde di DEM 4 335,45 (per 156,85 ore in eccedenza alla tariffa di DEM 29,91 lordi) e, rispettivamente, DEM 1 841,88 (per 66,35 ore in eccedenza alla tariffa di DEM 27,76 lordi), maggiorate degli interessi di mora.

33. — Le azioni intentate dagli altri ricorrenti nelle cause principali dinanzi al detto giudice, dal canto loro, sono volte a determinare la durata massima dell'orario di lavoro settimanale che sono tenuti ad effettuare per conto del Deutsches Rotes Kreuz.

34. — Nei diversi contratti di lavoro, le parti nelle cause principali hanno convenuto di applicare il DRK-TV.

35. — L'Arbeitsgericht Lörrach constata che, sulla base di tali norme convenzionali, l'orario di lavoro settimanale medio era di 49 ore per il servizio di soccorso gestito dal Deutsches Rotes Kreuz. Infatti, l'orario di lavoro normale era prolungato in applicazione dell'art. 14, comma 2, lett. b), del DRK-TV, dato l'obbligo degli interessati di effettuare un servizio di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") di almeno tre ore al giorno in media.

36. — I ricorrenti nelle cause principali affermano che le disposizioni adottate dal Deutsches Rotes Kreuz per fissare a 49 ore l'orario settimanale di lavoro sono illegittime. A tal fine, si fondano sulla direttiva 93/104 e sulla sentenza della Corte 3 ottobre 2000, causa C-303/98, Simap (Racc. pag. I-7963). A loro avviso, l'art. 14, comma 2, lett. b), del DRK-TV viola il diritto comunitario prevedendo un orario di lavoro settimanale superiore alle 48 ore. Inoltre, tale disciplina del contratto collettivo non sarebbe giustificata dalla clausola di deroga dell'art. 7, primo comma, n. 1, lett. a), dell'ArbZG. Infatti, i ricorrenti nelle cause principali sostengono che tale legge non traspone correttamente su questo punto il disposto della direttiva 93/104. Pertanto, considerano che la deroga contenuta nell'ArbZG dev'essere interpretata in senso conforme al diritto comunitario, altrimenti è assolutamente inapplicabile.

37. — Il Deutsches Rotes Kreuz chiede invece il rigetto dei ricorsi. In particolare, sostiene che la sua regolamentazione relativa al prolungamento dell'orario di lavoro rispetta la normativa nazionale e i contratti collettivi.

38. — Investito della controversia, l'Arbeitsgericht Lörrach si chiede innanzi tutto se l'attività dei ricorrenti nelle cause principali rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/104.

(Omissis)

41. — Il giudice del rinvio si chiede, poi, se la mancata applicazione dell'orario di lavoro settimanale massimo di 48 ore in media, prevista dall'art. 18, n. 1, lett. b), sub

i), della direttiva 93/104, presupponga il consenso espresso ed univoco del lavoratore interessato ovvero se sia sufficiente un consenso generale del lavoratore sull'applicabilità di un contratto collettivo, giacché questo prevede anche la possibilità di prolungamento dell'orario di lavoro settimanale oltre il limite di 48 ore.

42. — Infine, l'Arbeitsgericht Lörrach si chiede se l'art. 6 della direttiva 93/104 sia incondizionato e sufficientemente preciso affinché un singolo ricorrente possa farlo valere dinanzi ad un giudice nazionale, nel caso in cui lo Stato non abbia trasposto correttamente la direttiva, Infatti, nel diritto tedesco, se la disciplina di cui all'art. 14, n. 2, lett. b), del DRK-TV, applicabile ai contratti di lavoro conclusi tra le parti nelle cause principali, rientra nell'ambito delle possibilità previste dal legislatore all'art. 7, primo comma, n. 1, lett. a), dell'ArbZG, quest'ultima disposizione consentirebbe al datore di lavoro di decidere di prolungare l'orario di lavoro giornaliero senza compensazione, cosicché verrebbe meno la limitazione dell'orario di lavoro settimanale a 48 ore in media, risultante dall'art. 3 dell'ArbZG e dall'art. 6, n. 2, della direttiva 93/104.

43. — Ritenendo, quindi, che la soluzione delle controversie ad esso sottoposte dipendesse dall'interpretazione del diritto comunitario, l'Arbeitsgericht Lörrach ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, formulate in termini identici nelle cause da C-397/01 a C-403/01:

"1) a) Se il rinvio contenuto nell'art. 1, n. 3, della direttiva (...) 93/104 (...), all'art. 2, n. 2, della direttiva (...) 89/391 (...), ai sensi del quale le direttive non si applicano quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche nei servizi di protezione civile vi si oppongono in modo imperativo, debba essere inteso nel senso che l'attività del ricorrente, lavoratore qualificato per prestare servizio di assistenza medica d'urgenza, rientra in tale esclusione.

b) Se la nozione di trasporto stradale di cui all'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104/CE debba essere interpretata nel senso che sono escluse dal campo di applicazione della direttiva solo quelle attività di guida in cui, per la natura dell'attività, vengono percorse ampie distanze e di conseguenza, a causa dell'imprevedibilità di eventuali impedimenti, gli orari di lavoro non possono essere predeterminati, oppure, al contrario, se tale nozione contempli anche il servizio di autoambulanza, che consiste, almeno in parte, nella guida di veicoli di soccorso e nell'accompagnamento dei pazienti durante il tragitto.

2) Se, tenuto conto della sentenza della Corte (…) causa (…) Simap (punti 73 e 74), l'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), della direttiva 93/104/CE debba essere interpretato nel senso che richiede necessariamente il consenso espresso del lavoratore al prolungamento dell'orario di lavoro oltre le 48 ore settimanali, ovvero se sia sufficiente, al riguardo, il fatto che, nel contratto di lavoro, il lavoratore concordi con il datore di lavoro che le condizioni di lavoro vengano disciplinate da un contratto collettivo, il quale, dal canto suo, consente di prolungare l'orario di lavoro settimanale ad una media di oltre 48 ore.

3) Se l'art. 6 della direttiva 93/104 (…) abbia un contenuto sufficientemente preciso e incondizionato perché i singoli possano farlo valere dinanzi ai giudici nazionali qualora lo Stato non abbia correttamente trasposto la direttiva nell'ordinamento interno".

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione, sub a)

47. — Mediante la prima questione, sub a), il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli artt. 2 della direttiva 89/391 e 1, n. 3, della direttiva 93/104 debbano essere interpretati nel senso che l'attività degli operatori del soccorso, esercitata nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali, rientrino nel campo di applicazione delle dette direttive.

48. — Al fine di rispondere a tale questione, si deve ricordare innanzi tutto che l'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104 definisce il campo di applicazione della stessa mediante un riferimento espresso all'art. 2 della direttiva 89/391. Pertanto, prima di stabilire se un'attività come quella degli operatori del soccorso che accompagnano un'ambulanza o un veicolo di intervento medico d'urgenza nell'ambito di un servizio di soccorso organizzato dal Deutsches Rotes Kreuz rientri nel campo di applicazione della direttiva 93/104, si deve verificare se tale attività rientri nel campo di applicazione della direttiva 89/391 (v. sentenza Simap, cit., punti 30 e 31).

49. — Ai sensi dell'art. 2, n. 1 della direttiva 89/391, questa si applica a "tutti i settori d'attività privati o pubblici", tra i quali figurano, in particolare, le attività di servizi in generale.

50. — Tuttavia, come risulta dal n. 2, primo comma, dello stesso articolo, la direttiva non è applicabile quando particolarità inerenti ad alcune attività specifiche, in particolare nei servizi di protezione civile, vi si oppongono in modo imperativo.

51. — È giocoforza constatare, tuttavia, che l'attività di operatori del soccorso che accompagnano un'ambulanza o un veicolo di intervento medico d'urgenza, nell'ambito di un servizio di soccorso ai feriti o ai malati organizzato da un'associazione come il Deutsches Rotes Kreuz, non è tale da rientrare nell'esclusione menzionata al precedente punto.

52. — Infatti, risulta sia dallo scopo della direttiva 89/391, che consiste nella promozione del miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, sia dal tenore letterale dell'art. 2, n. 1, che il campo di applicazione di tale direttiva dev'essere inteso in senso ampio. Ne consegue che le deroghe ad esso, previste al n. 2, primo comma, dello stesso articolo, devono essere interpretate in senso restrittivo (v. sentenza Simap, cit., punti 34 e 35, e ordinanza 3 luglio 2001, causa C-241/99, CIG, Racc. pag. I-5139, punto 29).

53. — Inoltre, l'art. 2, n. 2, primo comma, della direttiva 89/391 esclude dal campo di applicazione della stessa non già i servizi di protezione civile di per sé, bensì solamente "alcune attività specifiche" di tali servizi, le cui particolarità sono tali da ostare imperativamente all'applicazione delle norme enunciate dalla detta direttiva.

54. — Tale deroga al campo di applicazione della direttiva 89/191, definito in maniera ampia, deve quindi ricevere un'interpretazione che limiti la sua portata a ciò che è strettamente necessario alla tutela degli interessi che essa consente agli Stati membri di proteggere.

55. — A questo proposito, l'esclusione di cui all'art. 2, n. 2, primo comma, della direttiva 89/391 è stata adottata al solo fine di garantire il buon funzionamento dei servizi indispensabili alla tutela della sicurezza, della salute e dell'ordine pubblico in circostanze di gravità e ampiezza eccezionali — per esempio una catastrofe — che si caratterizzano per il fatto di non prestarsi, per loro natura, a una pianificazione dell'orario di lavoro delle squadre di intervento e di soccorso.

56. — Tuttavia, i servizi di protezione civile in senso stretto così circoscritto, oggetto della detta disposizione, si distinguono nettamente dall'attività di soccorso alle persone ferite o ammalate di cui si tratta nelle cause principali.

57. — Infatti, benché un servizio come quello considerato dal giudice del rinvio debba affrontare eventi che, per definizione, non sono prevedibili, le attività a cui dà luogo in condizioni normali — e che corrispondono, del resto, esattamente alla missione che è stata impartita a un tale servizio — possono comunque essere organizzate preventivamente, anche per quanto riguarda gli orari di lavoro del personale.

58. — Tale servizio, quindi, non presenta alcuna particolarità che osti in maniera imperativa all'applicazione delle norme comunitarie in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, cosicché non rientra nell'esclusione di cui all'art. 2, n. 2, primo comma, della direttiva 89/391 e, anzi, questa deve applicarsi a un servizio di quel tipo.

59. — Quanto alla direttiva 93/104, risulta dal tenore letterale stesso del suo art. 1, n. 3, che essa si applica a tutti i settori di attività, privati o pubblici, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 89/391, ad eccezione di alcune attività particolari enumerate tassativamente.

60. — Nessuna tra queste attività, tuttavia, risulta pertinente in relazione ad un servizio come quello controverso nelle cause principali. In particolare, è evidente che l'attività degli operatori del soccorso che, nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza, accompagnano i pazienti in un'ambulanza o in un veicolo di intervento medico d'urgenza non può essere assimilata a quella dei medici in formazione, a cui la direttiva 93/104 non è applicabile, ai sensi del suo art. 1, n. 3.

61. — Conseguentemente, un'attività come quella considerata dal giudice del rinvio rientra anche nell'ambito di applicazione della direttiva 93/104.

62. — Come giustamente sottolineato dalla Commissione, tale conclusione è confortata altresì dal fatto che l'art. 17, n. 2, punto 2.1, lett. c), sub iii), della direttiva 93/104 menziona espressamente, in particolare, i servizi di ambulanza. Tale menzione sarebbe infatti priva di qualsiasi utilità se l'attività considerata fosse già esclusa da tutto il campo di applicazione della direttiva 93/104 in virtù dell'art. 1, n. 3, della stessa. Al contrario, tale riferimento dimostra che il legislatore comunitario ha voluto sancire il principio dell'applicabilità della detta direttiva ad attività di quel tipo, pur prevedendo la facoltà, in determinate circostanze, di derogare a talune determinate disposizioni particolari della stessa.

63. — Pertanto, alla prima questione, sub a), si deve rispondere dichiarando che gli artt. 2 della direttiva 89/391 e 1, n. 3, della direttiva 93/104 devono essere interpretati nel senso che l'attività degli operatori del soccorso, esercitata nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali, rientra nella sfera di applicazione delle dette direttive.

Sulla prima questione, sub b)

(Omissis)

71. — Peraltro, si deve ricordare che i servizi di ambulanza sono esplicitamente menzionati all'art. 17, n. 2, punto 2.1, lett. c), sub iii), della direttiva 93/104. Ora, quella menzione, volta a consentire un'eventuale deroga a certe disposizioni specifiche della detta direttiva, sarebbe superflua se tali servizi fossero già esclusi da tutto l'ambito di applicazione della direttiva in virtù del suo art. 1, n. 3.

72. — Conseguentemente, la nozione di "trasporti stradali" di cui all'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104 non comprende un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali.

(Omissis)

Sulla seconda questione

75. — Mediante la seconda questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, della direttiva 93/104 debba essere interpretato nel senso che esso esige un'accettazione esplicitamente e liberamente espressa da parte di ogni singolo lavoratore affinché il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore, previsto all'art. 6 della detta direttiva, sia valido ovvero se basti, sotto questo profilo, che il contratto di lavoro dell'interessato faccia riferimento a un contratto collettivo che permette tale superamento.

76. — Al fine di rispondere alla questione riformulata in tal modo, si deve ricordare, da un lato, che emerge sia dall'art. 118 A del Trattato, che costituisce il fondamento normativo della direttiva 93/104, sia dal primo, quarto, settimo e ottavo 'considerando' della stessa, nonché dal tenore letterale del suo art. 1, n. 1, che il suo scopo è di garantire una migliore protezione della sicurezza della salute dei lavoratori, facendo godere loro di periodi minimi di riposo — in particolare giornaliero e settimanale — e di periodi di pausa adeguati, con la previsione di un limite massimo dell'orario di lavoro settimanale.

77. — D'altro lato, nel sistema instaurato dalla direttiva 93/104, solo alcune delle sue disposizioni enumerate tassativamente possono formare oggetto di deroghe previste dagli Stati membri o dalle parti sociali. Inoltre, l'attuazione di tali deroghe è subordinata a condizioni rigide che assicurano un'efficace protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

78. — Così, l'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), della stessa direttiva stabilisce che gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare l'art. 6 della direttiva, purché rispettino i principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori e soddisfino alcune condizioni cumulative enumerate nella prima delle dette norme.

79. — In particolare, il citato art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, esige che l'orario di lavoro non superi le 48 ore nel corso di un periodo di 7 giorni, calcolato come media del periodo di riferimento di cui all'art. 16, punto 2, della direttiva 93/104, a meno che, tuttavia, il lavoratore non abbia prestato il proprio consenso all'esecuzione

di un lavoro della durata superiore alle 48 ore settimanali.

80. — A questo riguardo, la Corte ha già dichiarato, al punto 73 della sentenza Simap, cit., che, come risulta dal suo stesso tenore letterale, l'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, della direttiva 93/104 richiede il consenso individuale del lavoratore.

81. — Al punto 74 della stessa sentenza, la Corte ne ha dedotto che il consenso espresso dalle parti sindacali nell'ambito di un contratto o di un accordo collettivo non equivale a quello dato dal lavoratore medesimo ai sensi dell'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, della direttiva 93/104.

82. — Tale interpretazione discende dall'obiettivo della direttiva 93/104, che è volta a garantire un'efficace protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, assicurando loro in particolare l'effettivo beneficio di un limite massimo dell'orario settimanale di lavoro e di periodi minimi di riposo. Qualsiasi deroga a queste prescrizioni minime, quindi, dev'essere dotata di tutte le garanzie necessarie affinché il lavoratore interessato, qualora sia spinto a rinunciare a un diritto sociale che gli è stato conferito direttamente da quella direttiva, lo faccia liberamente e in piena cognizione di causa. Tali requisiti sono tanto più importanti in quanto il lavoratore dev'essere considerato come la parte debole nel contratto di lavoro, cosicché è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di influenzare la volontà dell'altro contraente o di imporgli una restrizione dei suoi diritti senza che questi abbia manifestato esplicitamente il suo consenso a tale proposito.

83. — Ebbene, tali considerazioni valgono anche per il caso contemplato dalla seconda questione.

(Omissis)

Sulla terza questione

87. — Mediante la terza questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di trasposizione non corretta della direttiva 93/104, si possa considerare che l'art. 6, punto 2, della stessa ha efficacia diretta.

88. — Come risulta sia dal suo tenore letterale che dal contesto nel quale si inserisce, tale questione comprende due aspetti, il primo relativo all'interpretazione dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104, al fine di consentire al giudice del rinvio di pronunciarsi sulla compatibilità delle pertinenti norme del diritto nazionale con quanto prescritto dal diritto comunitario, mentre il secondo aspetto della questione verte sul problema di stabilire se, qualora lo Stato membro interessato abbia trasposto in maniera non corretta la detta disposizione nell'ordinamento giuridico interno, quest'ultima soddisfi le condizioni perché i singoli possano farla valere dinanzi ai giudici nazionali in circostanze come quelle di cui alle cause principali.

89. — I due aspetti devono pertanto essere esaminati in sequenza.

Sulla portata dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104

90. — In via preliminare, occorre ricordare che l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 obbliga gli Stati membri ad adottare le misure necessarie affinché, in funzione degli imperativi di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, la durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di 7 giorni non superi le 48 ore, comprese

le ore di lavoro straordinario.

91. — Dall'art. 118 A del Trattato, che costituisce il fondamento normativo della direttiva 93/104, dai 'considerando' primo, quarto, settimo e ottavo di tale direttiva, dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nella riunione del Consiglio europeo tenutasi a Strasburgo il 9 dicembre 1989, in particolare dai suoi punti 8 e 19, primo comma, richiamati al quarto 'considerando' della detta direttiva, nonché dalla stessa formulazione dell'art. 1, n. 1, della stessa risulta che essa intende fissare prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori mediante il ravvicinamento delle disposizioni nazionali riguardanti, in particolare, l'orario di lavoro. Tale armonizzazione a livello comunitario in materia di organizzazione dell'orario di lavoro è diretta a garantire una migliore tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, facendo godere questi ultimi di periodi minimi di riposo — in particolare giornaliero e settimanale — e di periodi di pausa adeguati (v. sentenza Jaeger, cit., punti 45-47).

92. — Così, la direttiva 93/104 impone, più in particolare, all'art. 6, punto 2, un limite massimo di 48 ore per la durata media della settimana lavorativa, a proposito del quale si precisa espressamente che vi sono ricompresi gli straordinari.

93. — In tale contesto, la Corte ha già dichiarato che i servizi di guardia ("Bereitschaftsdienst") effettuati da un lavoratore secondo il regime della presenza fisica nel luogo stabilito dal suo datore di lavoro devono essere considerati integralmente periodi lavorativi ai sensi della direttiva 93/104, a prescindere dal fatto che, durante tale guardia, il lavoratore non svolga un'attività lavorativa continuativa (v. sentenza Jaeger, cit., punti 71, 75 e 103).

94. — Ebbene, lo stesso deve valere per i periodi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") garantiti dagli operatori del soccorso nell'ambito del servizio di soccorso che comporta necessariamente fasi di inattività più o meno estese tra gli interventi urgenti.

95. — Tale periodi di permanenza devono conseguentemente essere presi integralmente in considerazione nel momento della determinazione dell'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale.

(Omissis)

100. — Pertanto, si deve concludere che, alla luce sia del tenore letterale dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 sia della finalità e dell'economia della stessa, il limite massimo di 48 ore per quanto riguarda la durata media di lavoro settimanale, compresi gli straordinari, costituisce una norma del diritto sociale comunitario dotata di un'importanza particolare di cui debbono godere tutti i lavoratori in quanto prescrizione minima finalizzata ad assicurare la protezione della loro sicurezza e della loro salute (v., per analogia, sentenza 26 giugno 2001, causa C-173/99, BECTU, Racc. p. I-4881, punti 43 e 47), cosicché non sembra compatibile con quanto prescritto dalla detta disposizione una normativa nazionale, come quella controversa nelle cause principali, che autorizzi periodi di lavoro superiori alle 48 ore settimanali, compresi i servizi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft").

101. — Conseguentemente, si deve rispondere alla terza questione, considerata nel

suo primo aspetto, dichiarando che l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 dev'essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il Deutsches Rotes Kreuz, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione.

Sull'efficacia diretta dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 e sulle conseguenze che ne derivano nelle cause principali

102. — Dal momento che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, la normativa nazionale pertinente non appare conforme a quanto prescritto dalla direttiva 93/104 in relazione all'orario massimo di lavoro settimanale, occorre ancora verificare se l'art. 6, punto 2, della stessa soddisfi le condizioni necessarie perché abbia efficacia diretta.

103. — A questo proposito risulta da una costante giurisprudenza della Corte che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva sia che l'abbia recepita in modo non corretto (v., in particolare, sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, Racc. pag. I-5357, punto 11, e 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer, Racc. pag. I-6325, punto 25).

104. — L'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 risponde a tali criteri, giacché addossa agli Stati membri, in termini non equivoci, un'obbligazione di risultato precisa e assolutamente incondizionata quanto all'applicazione della regola da esso enunciata, che consiste nella previsione di un limite di 48 ore, compresi gli straordinari, per la durata media dell'orario settimanale di lavoro.

105. — Anche se la direttiva 93/104 lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità per l'adozione delle modalità della sua attuazione, in particolare per quanto riguarda il periodo di riferimento che dev'essere fissato per l'applicazione dell'art. 6, e consente loro, inoltre, di derogare alle disposizioni di tale articolo, tali circostanze non incidono sul carattere preciso e incondizionato del punto 2 di quell'articolo. Infatti, da un lato, dai termini dell'art. 17, n. 4, della detta direttiva risulta che il periodo di riferimento non può in alcun caso oltrepassare i dodici mesi e, dall'altro, la facoltà degli Stati membri di non applicare l'art. 6 è subordinata al rispetto di tutte le condizioni enunciate all'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), della detta direttiva. È quindi possibile determinare la tutela minima che deve in ogni caso essere applicata (v., in questo senso, sentenza Simap, cit., punti 68 e 69).

106. — Di conseguenza, l'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 soddisfa tutte le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto.

107. — Restano da determinare le conseguenze giuridiche che un giudice nazionale deve trarre da tale interpretazione in circostanze come quelle di cui alle cause principali, in cui la controversia ha luogo tra privati.

108. — A questo proposito, la Corte ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere

fatta valere in quanto tale nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punto 48; 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori, Racc. pag. I-3325, punto 20, e 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells, Racc. pag. I-0000, punto 56).

109. — Ne consegue che anche una disposizione chiara, precisa ed incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai privati non può essere applicata come tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati.

110. — Tuttavia, conformemente ad una giurisprudenza parimenti costante fin dalla sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e Kamann (Racc. pag. 1891, punto 26), l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere loro imposto dall'art. 10 CE di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing, Racc. pag I-4135, punto 8; Faccini Dori, cit., punto 26; 18 dicembre 1997, causa C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Racc. pag. I-7411, punto 40, e 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari e a., Racc. pag. I-1103, punto 48).

111. — Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia.

112. — Ciò vale a maggior ragione quando la controversia sottoposta al giudice nazionale verte sull'applicazione di norme interne che, come nel caso di specie, sono state introdotte proprio al fine di recepire una direttiva volta a conferire diritti ai singoli. Questo giudice, visto l'art. 249, terzo comma, CE, deve presumere che lo Stato, essendosi avvalso del margine di discrezionalità di cui gode in virtù di tale norma, abbia avuto l'intenzione di adempiere pienamente gli obblighi derivanti dalla direttiva considerata (v. sentenza 16 dicembre 1993, causa C-334/92, Wagner Miret, Racc. pag. I-6911, punto 20).

113. — Così, nell'applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v. in questo senso, segnatamente, citate sentenze Von Colson et Kamann, punto 26; Marleasing, punto 8, e Faccini Dori, punto 26; v. altresì sentenze 23 febbraio 1999, causa C-63/97, BMW, Racc. pag. I-905, punto 22; 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, Racc. pag. I-4941, punto 30, e 23 ottobre 2003, causa C-408/01, Adidas-Salomon e Adidas Benelux, Racc. pag. I-0000, punto 21).

114. — L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v., in questo senso, sentenza 15 maggio 2003, causa C-160/01, Mau, Racc. pag. I-4791, punto 34).

(Omissis)

118. — In questo caso, il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia della direttiva 93/104, al fine di evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato all'art. 6, punto 2, della stessa (v., in questo senso, sentenza Marleasing, cit., punti 7 e 13).

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) a) Gli artt. 2 della direttiva del Consiglio 12 giugno 1989, 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, e 1, n. 3, direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso che l'attività degli operatori del soccorso, esercitata nell'ambito di un servizio di soccorso medico d'urgenza come quello di cui si tratta nelle cause principali, rientra nella sfera di applicazione delle dette direttive.

b) La nozione di "trasporti stradali" ai sensi dell'art. 1, n. 3, della direttiva 93/104 dev'essere interpretata nel senso che essa non riguarda l'attività di un servizio di soccorso medico d'urgenza, anche qualora questa consista, perlomeno in parte, nell'utilizzo di un veicolo e nell'accompagnamento del paziente durante il tragitto verso l'ospedale.

2) L'art. 18, n. 1, lett. b), sub i), primo trattino, della direttiva 93/104 dev'essere interpretato nel senso che esso esige un'accettazione esplicitamente e liberamente espressa da parte di ogni singolo lavoratore affinché il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore, quale previsto all'art. 6 della direttiva, sia valido. A tal fine, non è sufficiente che il contratto di lavoro dell'interessato faccia riferimento a un contratto collettivo che consente tale superamento.

3) — L'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104 dev'essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui alle cause principali, esso osta alla normativa di uno Stato membro che, in relazione ai periodi di permanenza obbligatoria ("Arbeitsbereitschaft") garantiti da operatori del soccorso nell'ambito di un servizio di soccorso medico di urgenza di un organismo quale il Deutsches Rotes Kreuz, ha l'effetto di consentire, eventualmente per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale fondato su tale contratto, un superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore fissato dalla detta disposizione;

— tale disposizione soddisfa tutte le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto;

— il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione confor-

me all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104.

*****

La pronuncia della Corte nel caso *Pfeiffer* interviene in materia di politica sociale e in particolare di orario di lavoro, ribadendo più in generale il principio di interpretazione conforme. In particolare alla Corte di giustizia viene posta da un giudice tedesco una questione interpretativa relativa alla direttiva 93/104, che si riteneva non essere stata correttamente attuata (dir. 93/104 in *GUCE* L 307, p. 18, direttiva modificata dalla dir. 2000/34, in *GUCE* L 195, p. 41; sull'interpretazione di tale direttiva vedi sentenza 3 ottobre 2000, causa C-303/98, *Simap*, in *Racc.* p.I-7963, con commento di J. Fairhurst, *SIMAP-Interpreting the Working Time Directive*, in *Industrial Law Journal*, vol. 30, giugno 2001, p. 236 ss.).

Nel caso di specie alcuni lavoratori che si occupavano di servizi sanitari di emergenza richiedono il pagamento di ore di straordinario in quanto ritengono di aver superato il limite massimo di ore lavorative previsto dalla direttiva (48 ore settimanali). In particolare ci si chiedeva se tale limite potesse essere superato mediante un contratto collettivo, senza l'accordo del singolo lavoratore, nonostante le disposizioni della direttiva non prevedessero tale possibilità. (sulla politica sociale in materia di orario di lavoro vedi Bergamini E., *Il diritto (fondamentale) alle ferie nella giurisprudenza comunitario: il caso BECTU*, su questa *Rivista* n. 2/2002, p.355. Sulla politica sociale in generale vedi Cortese Pinto E., *art. 136*, in Tizzano A., (a cura di) *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 768 e la bibliografia ivi citata. Sugli interventi comunitari in materia sociale e del lavoro vedi Zanobetti Pagnetti A., *Il diritto internazionale del lavoro, norme universali, regionali e comunitarie*, Bologna, 2005, p.119 ss.).

Al fine di risolvere la questione fondamentale posta dal caso Pfeiffer la Corte si trova nuovamente di fronte alla questione degli effetti da riconoscere alle direttive non (correttamente) attuate, il cui termine di attuazione sia scaduto (sul punto vedo Amadeo S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002). Si deve tenere presente che la Corte ha sempre negato la possibilità di procedere all'invocazione delle direttive comunitarie non attuate nei confronti di soggetti privati (cd. effetto orizzontale, sul punto vedi sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.* p. I-3325), riconoscendo la possibilità di avvalersi del testo comunitario solo nei confronti dello Stato in qualità di soggetto al quale non si può consentire di trarre vantaggio dal proprio inadempimento (cd. effetto verticale delle direttive non attuate. Sul punto vedi sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, in *Racc.* p. 723). Ove non fosse possibile riconoscere alcun effetto alla direttiva, la Corte ha ritenuto possibile per il singolo fare valere la responsabilità extracontrattuale dello Stato inadempiente, purché in presenza di determinate condizioni (vedi sentenza 19 novembre 1991, cause riunite nn. C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, p. I-5357 ss.; sul punto vedi Tesauro G., *Responsabilité des*

Etats membres pour violation du droit communautaire, in *Revue du Marché Unique Européen*, n. 3, 1996, p. 15 ss.). Per ovviare, seppure parzialmente, ai problemi derivanti da tale impossibilità di far valere la direttiva non attuata nei rapporti fra i singoli, la Corte ha ritenuto di poter sancire il principio di interpretazione conforme in base al quale il giudice nazionale è tenuto ad interpretare la normativa nazionale, per quanto possibile, alla luce della direttiva non attuata. Tale principio, affermato per la prima volta nel caso *Marleasing*, può essere definito come un'applicazione del principio di leale cooperazione, previsto dall'art. 5 del Trattato, in base al quale gli Stati, e di conseguenza i loro organi interni quali i giudici, si impegnano a cooperare fra di loro al fine di garantire il rispetto del diritto comunitario (sul punto vedi Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003; Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003).

Nel caso *Pfeiffer* le disposizioni della direttiva in esame possiedono tutte le caratteristiche per essere dotate di effetto diretto e pertanto la Corte decreta che l'art. 6 punto 2 della direttiva 93/104 osta a una normativa del tipo di quella tedesca che consenta il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale di 48 ore per mezzo di un contratto collettivo o di un accordo aziendale, come avvenuto da parte del Deutsches Rotes Kreuz. Trattandosi però nel caso di specie di una controversia fra soggetti privati l'importante ruolo di garantire il rispetto degli standard di tutela a favore dei lavoratori previsto dal diritto comunitario viene in quest'ipotesi affidato al giudice nazionale che dovrà basarsi sul principio di interpretazione conforme. (sul livello di tutela garantito, vedi Pennings F., *Introduction to European Social Security Law*, IV edizione, Antewerp, Oxford, New York, 2003).

SENTENZA DELLA CORTE (seduta plenaria)
19 ottobre 2004

"Diritto di soggiorno - Figlio avente la cittadinanza di uno Stato membro, ma che soggiorna in un altro Stato membro - Genitori cittadini di uno Stato terzo - Diritto di soggiorno della madre nell'altro Stato membro".

Nel procedimento C-200/02, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Immigration Appellate Authority (Regno Unito) con ordinanza 27 maggio 2002, pervenuta in cancelleria il 30 maggio 2002, nella causa *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen* contro *Secretary of State for the Home Department*,

(Omissis)

Sentenza

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale in esame riguarda l'interpretazione della direttiva del Consiglio 21 maggio 1973, 73/148/CEE, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi (GU L 172, pag. 14), della direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno (GU L 180, pag. 26), e dell'art. 18 CE.

2. — Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia pendente tra, da un lato, la sig.na Kunqian Catherine Zhu (in prosieguo: "Catherine"), cittadina irlandese, e sua madre, la sig.ra Man Lavette Chen (in prosieguo: la "sig.ra Chen"), cittadina cinese, e, dall'altro, il Secretary of State for the Home Department in merito al rifiuto opposto da quest'ultimo alle domande di Catherine e della sig.ra Chen, dirette ad ottenere un permesso di soggiorno di lunga durata nel Regno Unito.

Ambito normativo

Normativa comunitaria

3. — L'art. 1 della direttiva 73/148 dispone quanto segue:

"1. Gli Stati membri sopprimono, alle condizioni previste dalla presente direttiva, le restrizioni al trasferimento e al soggiorno:

a) dei cittadini di uno Stato membro che si siano stabiliti o che desiderino stabilirsi in un altro Stato membro per esercitarvi un'attività indipendente, o che desiderino effettuarvi una prestazione di servizi;

b) dei cittadini degli Stati membri che desiderino recarsi in un altro Stato membro in

qualità di destinatari di una prestazione di servizi;

c) del coniuge e dei figli d'età inferiore a 21 anni dei cittadini suddetti, qualunque sia la loro cittadinanza;

d) degli ascendenti e discendenti dei cittadini suddetti e del coniuge di tali cittadini che sono a loro carico, qualunque sia la loro cittadinanza.

2. Gli Stati membri favoriscono l'ammissione di qualsiasi altro membro della famiglia dei cittadini di cui al paragrafo 1, lettere a) e b) o del loro coniuge, che sia a loro carico o con loro convivente nel paese di provenienza".

4. — L'art. 4, n. 2, della stessa direttiva recita:

"Per i prestatori e per i destinatari di servizi il diritto di soggiorno corrisponde alla durata della prestazione.

Se la prestazione ha durata superiore a tre mesi, lo Stato membro in cui tale prestazione è effettuata rilascia un permesso di soggiorno per comprovare tale diritto.

Se la prestazione ha durata inferiore o uguale a tre mesi, la carta d'identità o il passaporto in virtù del quale l'interessato è entrato nel territorio dello Stato membro equivale a un documento di soggiorno. Tuttavia lo Stato membro può imporre all'interessato di notificare la sua presenza nel territorio".

5. — Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 90/364:

"1. Gli Stati membri accordano il diritto di soggiorno ai cittadini degli Stati membri che non beneficiano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario nonché ai loro familiari quali sono definiti nel paragrafo 2, a condizione che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Le risorse di cui al primo comma sono sufficienti quando sono superiori al livello di risorse al di sotto del quale un aiuto sociale può essere accordato dallo Stato membro ospitante ai propri cittadini, tenendo conto della situazione personale del richiedente ed eventualmente di quella delle persone ammesse in conformità del paragrafo 2.

Se il secondo comma non può essere applicato in uno Stato membro, le risorse del richiedente vengono considerate sufficienti quando sono superiori al livello della pensione minima di sicurezza sociale versata dallo Stato membro ospitante.

2. Hanno il diritto di installarsi in un altro Stato membro con il titolare del diritto di soggiorno, qualunque sia la loro nazionalità:

a) il coniuge ed i loro discendenti a carico;

b) gli ascendenti del titolare del diritto di soggiorno e del coniuge che sono a carico".

Normativa del Regno Unito

6. — Ai sensi della regola 5 delle Immigration (European Economic Area) Regulations 2000 (regolamento del 2000 relativo all'immigrazione proveniente dallo Spazio economico europeo; in prosieguo: le "EEA Regulations"):

"1. Ai fini della presente disciplina, l'espressione 'persona che può soggiornare nel Regno Unito' riguarda tutti i cittadini del SEE residenti nel Regno Unito in qualità di: a) lavoratore dipendente; b) lavoratore autonomo; c) prestatore di servizi; d) destinata-

rio di una prestazione di servizi; e) persona autosufficiente; f) pensionato; g) studente, ovvero, h) lavoratore autonomo che ha cessato le sue attività o qualsiasi persona a cui si applica il n. 4.

(…)".

Controversia principale e questioni pregiudiziali

7. — Dall'ordinanza di rinvio emerge che la sig.ra Chen e suo marito, cittadini cinesi, lavorano per un'impresa cinese con sede in Cina. Il marito della sig.ra Chen è uno dei direttori di tale impresa e ne detiene una partecipazione maggioritaria. Nell'ambito della sua attività professionale, quest'ultimo svolge frequenti viaggi di lavoro in diversi Stati membri, in particolare nel Regno Unito.

8. — Il primo figlio della coppia è nato in Cina nel 1998. Poiché desiderava dare alla luce un secondo figlio, la sig.ra Chen è entrata nel territorio del Regno Unito nel mese di maggio 2000, incinta di circa sei mesi. Si è recata a Belfast nel mese di luglio dello stesso anno e Catherine vi è nata il 16 settembre seguente. Attualmente la madre e la figlia vivono a Cardiff, nel Galles (Regno Unito).

9. — Conformemente all'art. 6, n. 1, dell'Irish Nationality and Citizenship Act del 1956 (legge del 1956 sulla nazionalità e sulla cittadinanza irlandesi), modificato nel 2001, applicabile retroattivamente a partire dal 2 dicembre 1999, l'Irlanda consente a tutti i nati sull'isola d'Irlanda di acquisire la cittadinanza irlandese. Secondo il n. 3 di tale articolo, una persona nata sull'isola d'Irlanda acquisisce la cittadinanza irlandese alla nascita, se non può ottenere la cittadinanza di un altro paese.

10. — In applicazione di tale normativa, a Catherine è stato rilasciato un passaporto irlandese nel mese di settembre 2000. Secondo quanto riportato nella decisione di rinvio, invece, Catherine non ha il diritto di ottenere la cittadinanza britannica, dato che, con il British Nationality Act 1981 (legge del 1981 sulla cittadinanza britannica), il Regno Unito si è allontanato dallo ius soli, di modo che la nascita sul territorio di tale Stato membro non conferisce più automaticamente la cittadinanza britannica.

11. — È pacifico che il soggiorno sull'isola d'Irlanda era destinato a consentire alla nascitura di acquistare la cittadinanza irlandese e, di conseguenza, alla madre di ottenere il diritto di restare, eventualmente, sul territorio del Regno Unito con sua figlia.

12. — Il giudice del rinvio rileva altresì che l'Irlanda fa parte del Common Travel Area (spazio di circolazione comune) ai sensi degli Immigration Acts (normativa sull'immigrazione), di modo che, poiché i cittadini irlandesi non devono, in via generale, ottenere un'autorizzazione per entrare e soggiornare sul territorio del Regno Unito, Catherine, contrariamente alla sig.ra Chen, può liberamente circolare sul territorio del Regno Unito e dell'Irlanda. Al di fuori del diritto alla libera circolazione limitato ai due Stati membri di cui beneficia Catherine, nessuna delle ricorrenti principali avrebbe il diritto di risiedere nel Regno Unito ai sensi della normativa nazionale.

13. — La decisione di rinvio precisa poi che Catherine dipende tanto affettivamente quanto finanziariamente da sua madre, che quest'ultima è la persona responsabile a titolo principale, che Catherine è destinataria, nel Regno Unito, di servizi medici privati e di servizi di puericultura retribuiti, che ha perso il diritto di acquisire la cittadinan-

za cinese a causa della sua nascita nell'Irlanda del Nord e del consecutivo acquisto della cittadinanza irlandese e, pertanto, che essa ha il diritto di entrare sul territorio cinese solo con un visto di durata massima di 30 giorni per ciascun soggiorno, che le due ricorrenti principali sono autosufficienti grazie all'attività professionale della sig.ra Chen, che non dipendono da risorse pubbliche nel Regno Unito e che non esiste alcuna possibilità ragionevole che lo divengano e, infine, che le interessate dispongono di un'assicurazione malattia.

14. — Il rifiuto del Secretary of State for the Home Department di accordare un permesso di soggiorno di lunga durata alle due ricorrenti principali è motivato dalla circostanza che Catherine, otto mesi di età, non esercita alcun diritto derivante dal Trattato CE tra quelli previsti alla regola 5, n. 1, delle EEA Regulations e che la sig.ra Chen non è una persona che può soggiornare nel Regno Unito ai sensi della normativa citata.

15. — La decisione di rigetto di cui trattasi ha formato oggetto di impugnazione dinanzi all'Immigration Appellate Authority, che ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se, alla luce dei fatti della causa in esame, l'art. 1 della direttiva del Consiglio 73/148/CEE o, in alternativa, l'art. 1 della direttiva del Consiglio 90/364/CEE:

a) conferisca alla prima ricorrente, che è minorenne e cittadina dell'Unione, il diritto di entrare in un altro Stato membro e di soggiornarvi;

b) in caso affermativo, se, conseguentemente, esso conferisca alla seconda ricorrente, cittadina di uno Stato terzo che è anche madre e responsabile principale dell'assistenza della prima ricorrente, il diritto di risiedere con la prima ricorrente

i) in quanto familiare a carico, o

ii) per il fatto di aver vissuto con la prima ricorrente nel paese d'origine di questa, ovvero

iii) per un altro motivo speciale.

2) Ove la prima ricorrente non sia una "cittadina di uno Stato membro" ai fini dell'esercizio dei diritti derivanti dall'ordine giuridico comunitario ai sensi della direttiva del Consiglio 73/148/CEE o dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 90/364/CEE, quali siano i criteri rilevanti per stabilire se un bambino, che è cittadino dell'Unione, sia cittadino di uno Stato membro ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario.

3) Se, date le circostanze della causa in esame, i servizi di puericultura di cui è beneficiaria la prima ricorrente costituiscano servizi ai sensi della direttiva del Consiglio 73/148/CEE.

4) Se, date le circostanze della causa in esame, alla prima ricorrente sia precluso il soggiorno nello Stato ospitante ai sensi dell'art. 1 della direttiva del Consiglio 90/364/CEE in quanto le sue risorse provengono esclusivamente dal genitore che l'accompagna, che è cittadino di uno Stato terzo.

5) Se, sulla base dei fatti particolari della causa in esame, l'art. 18, n. 1, CE conferisca alla prima ricorrente il diritto di entrare nello Stato membro ospitante e di soggiornarvi benché essa non abbia i requisiti per soggiornare nello Stato membro ospitante in base ad altre disposizioni del diritto comunitario.

6) Se, in caso affermativo, la seconda ricorrente abbia conseguentemente il diritto di rimanere con la prima ricorrente durante tale periodo nello Stato membro ospitante.

7) In tale contesto, quale sia l'effetto del principio del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento comunitario, invocati dalle ricorrenti, considerato, in particolare, che esse si fondano sull'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in virtù del quale ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare e del suo domicilio, in combinato disposto con l'art. 14 della stessa Convenzione, dal momento che la prima ricorrente non può vivere in Cina con la seconda ricorrente, il padre e il fratello".

Sulle questioni pregiudiziali

16. — Con tali questioni, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente di sapere se la direttiva 73/148, la direttiva 90/364 o l'art. 18 CE, eventualmente in combinato disposto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), conferiscano, in circostanze come quelle del caso di specie, al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro a carico di un genitore, a sua volta cittadino di uno Stato terzo, il diritto di soggiornare in un altro Stato membro in cui tale minore è destinatario di servizi di puericultura. In caso di soluzione affermativa, il giudice del rinvio vorrebbe sapere se tali stesse disposizioni conferiscano di conseguenza un diritto di soggiorno a favore del genitore di cui trattasi.

17. — Occorre pertanto esaminare le disposizioni del diritto comunitario in materia di diritto di soggiorno relative, anzitutto, alla situazione di un cittadino minorenne come Catherine, e poi a quella del genitore, cittadino di uno Stato terzo, del figlio a carico.

Sul diritto di soggiorno di una persona nella situazione di Catherine

Considerazioni preliminari

18. — Si deve subito respingere la tesi dei governi irlandese e del Regno Unito, secondo cui una persona che si trova nella situazione di Catherine non può far valere il beneficio delle disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione e di soggiorno delle persone per il solo fatto che l'interessata non si è mai spostata da uno Stato membro verso un altro Stato membro.

19. — Infatti, la situazione di un cittadino di uno Stato membro nato nello Stato membro ospitante e che non si è avvalso del diritto alla libera circolazione tra Stati membri non può, soltanto per questo, essere assimilata ad una situazione puramente interna che priva il detto cittadino del beneficio, nello Stato membro ospitante, delle disposizioni del diritto comunitario in materia di libera circolazione e di soggiorno delle persone (v., in tal senso, in particolare, sentenza 2 ottobre 2003, causa C-148/02, Garcia Avello, Racc. pag. I-11613, punti 13 e 27).

20. — Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto dal governo irlandese, un bambino in tenera età può avvalersi dei diritti di libera circolazione e di soggiorno garantiti dal diritto comunitario. L'idoneità di un cittadino di uno Stato membro ad essere titolare dei

diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone non può essere subordinata alla condizione che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, egli stesso, i detti diritti [v. in tal senso, segnatamente, nel contesto del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2), sentenze 15 marzo 1989, cause riunite 389/87 e 390/87, Echternach e Moritz, Racc. pag. 723, punto 21, e 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast e R, Racc. pag. I-7091, punti 52-63, e, per quanto riguarda l'art. 17 CE, sentenza Garcia Avello, cit., punto 21]. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 47-52 delle sue conclusioni, non emerge né dal testo né dalle finalità perseguite dagli artt. 18 CE e 49 CE, nonché dalle direttive 73/148 e 90/364, che la stessa titolarità dei diritti oggetto di tali disposizioni sia subordinata ad una condizione di età minima.

La direttiva 73/148

21. — Il giudice del rinvio vorrebbe anzitutto sapere se una persona nella situazione di Catherine possa far valere le disposizioni della direttiva 73/148 per soggiornare durevolmente nel Regno Unito come destinataria di servizi di puericultura forniti contro retribuzione.

22. — Conformemente alla giurisprudenza della Corte, le disposizioni in materia di libera prestazione dei servizi non riguardano la situazione di un cittadino di uno Stato membro che stabilisce la sua residenza principale sul territorio di un altro Stato membro per beneficiarvi di prestazioni di servizi per una durata indeterminata (v., in tal senso, segnatamente, sentenza 15 ottobre 1988, causa 196/87, Steymann, Racc. pag. 6159). Ora, esattamente di questo si tratta nella causa principale per quanto riguarda i servizi di puericultura menzionati dal giudice del rinvio.

23. — Per quanto attiene ai servizi medici temporaneamente forniti a Catherine, si deve rilevare che, conformemente all'art. 4, n. 2, primo comma, della direttiva 73/148, il diritto di soggiorno di cui beneficia il destinatario di servizi ai sensi della libera prestazione dei servizi corrisponde alla durata delle prestazioni di cui trattasi. Di conseguenza, la detta direttiva non può comunque fondare un diritto di soggiorno a tempo indeterminato come quello oggetto della controversia principale.

L'art. 18 CE e la direttiva 90/364

24. — Poiché Catherine non può far valere la direttiva 73/148 per soggiornare durevolmente nel Regno Unito, il giudice del rinvio vorrebbe sapere se un diritto di soggiorno di lunga durata a favore di Catherine possa essere fondato sull'art. 18 CE e sulla direttiva 90/364, che garantisce, a talune condizioni, un diritto siffatto ai cittadini degli Stati membri ed ai membri delle loro famiglie che non ne beneficiano ai sensi di altre disposizioni del diritto comunitario.

25. — Ai sensi dell'art. 17, n. 1, CE, è cittadino dell'Unione ogni persona avente la nazionalità di uno Stato membro. Lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad

essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., segnatamente, sentenza Baumbast e R, cit., punto 82).

26. — Per quanto attiene al diritto di soggiorno sul territorio degli Stati membri sancito dall'art. 18, n. 1, CE, si deve rilevare che tale diritto è riconosciuto direttamente ad ogni cittadino dell'Unione da una disposizione chiara e precisa del Trattato. Per effetto del solo status di cittadino di uno Stato membro, e quindi di cittadino dell'Unione, Catherine può legittimamente invocare l'art. 18, n. 1, CE. Tale diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione sul territorio di un altro Stato membro è attribuito subordinatamente alle limitazioni e alle condizioni previste dal Trattato nonché dalle relative disposizioni di attuazione (v., segnatamente, sentenza Baumbast e R, cit., punti 84 e 85).

27. — Per quanto riguarda le dette limitazioni e condizioni, l'art. 1, n. 1, della direttiva 90/364 prevede che gli Stati membri possano esigere dai cittadini di uno Stato membro che intendono avvalersi del diritto di soggiorno sul loro territorio che essi dispongano per sé e per i propri familiari di un'assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di risorse sufficienti per evitare che essi diventino durante il soggiorno un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

28. — Dalla decisione di rinvio emerge che Catherine dispone tanto di un'assicurazione malattia quanto di risorse sufficienti, fornite da sua madre, per non divenire un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

29. — È infondata l'obiezione dei governi irlandese e del Regno Unito, secondo cui la condizione relativa all'esistenza di risorse sufficienti significa che l'interessato, contrariamente a quanto avviene nel caso di Catherine, deve disporre egli stesso di tali risorse senza che possa avvalersi, al riguardo, delle risorse di un familiare che, come la sig.ra Chen, l'accompagna.

30. — Secondo lo stesso tenore letterale dell'art. 1, n. 1, della direttiva 90/364, è sufficiente che i cittadini degli Stati membri "dispongano" delle risorse necessarie, senza che tale disposizione contenga la minima esigenza in merito alla provenienza di queste ultime.

31. — Tale interpretazione si impone a maggior ragione in quanto le disposizioni che sanciscono un principio fondamentale come quello della libera circolazione delle persone devono essere interpretate estensivamente.

32. — Inoltre, le limitazioni e le condizioni di cui all'art. 18 CE e previste dalla direttiva 90/364 si ispirano all'idea che l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione può essere subordinato ai legittimi interessi degli Stati membri. Quindi, se è vero che dal quarto 'considerando' della detta direttiva risulta che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono costituire un onere "eccessivo" per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, la Corte ha tuttavia rilevato che l'applicazione di tali limitazioni e condizioni dev'essere operata nel rispetto dei limiti imposti a tal riguardo dal diritto comunitario e in conformità al principio di proporzionalità (v., segnatamente, sentenza Baumbast e R, cit., punti 90 e 91).

33. — Un'interpretazione della condizione relativa al carattere sufficiente delle risorse, ai sensi della direttiva 90/364, come quella suggerita dai governi irlandese e del Regno Unito, aggiungerebbe a tale condizione, come è formulata in tale direttiva, un requisito attinente alla provenienza delle risorse, che rappresenterebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e di soggiorno garantito dall'art. 18 CE, in quanto non necessaria al raggiungimento dell'obiet-

tivo perseguito, cioè la protezione delle finanze pubbliche degli Stati membri.

34. — Il governo del Regno Unito sostiene infine che le ricorrenti nella causa principale non possono avvalersi delle disposizioni comunitarie di cui trattasi, dato che lo spostamento della sig.ra Chen in Irlanda del Nord affinché sua figlia acquistasse la cittadinanza di un altro Stato membro rappresenta un tentativo di avvalersi abusivamente delle norme del diritto comunitario. Gli obiettivi perseguiti da tali disposizioni comunitarie non sarebbero raggiunti nel caso in cui un cittadino di uno Stato terzo che desidera soggiornare in uno Stato membro, senza tuttavia circolare o voler circolare da uno Stato membro all'altro, si organizza per dare alla luce un bambino in una parte del territorio dello Stato membro ospitante in cui un altro Stato membro applica le sue regole di acquisto della cittadinanza fondate sullo ius soli. Secondo una giurisprudenza costante gli Stati membri avrebbero il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'imperio delle leggi nazionali. Tale regola, conforme al principio dell'abuso di diritto, sarebbe stata riaffermata dalla Corte nella sua sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros (Racc. pag. I-1459).

35. — Anche tale argomentazione dev'essere respinta.

36. — Certo, la sig.ra Chen ammette che il suo soggiorno nel Regno Unito mirava a creare le condizioni necessarie per consentire alla sua nascitura di acquisire la cittadinanza di un altro Stato membro, al fine di ottenere in seguito un permesso di soggiorno di lunga durata per sé e per la figlia nel Regno Unito.

37. — Tuttavia, la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che dev'essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario (v., segnatamente, sentenze 7 luglio 1992, causa C-369/90, Micheletti e a., Racc. pag. I-4239, punto 10, e 20 febbraio 2001, causa C-192/99, Kaur, Racc. pag. I-1237, punto 19).

38. — Nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte ha messo in discussione né la legittimità né l'effettività dell'acquisto della cittadinanza irlandese da parte di Catherine.

39. — Inoltre, non spetta ad uno Stato membro limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato (v., segnatamente, citate sentenze Micheletti e a., punto 10, e Garcia Avello, punto 28).

40. — Ora, si tratterebbe esattamente di questo se il Regno Unito avesse il diritto di negare ai cittadini di altri Stati membri come Catherine il godimento di una libertà fondamentale garantita dal diritto comunitario per il solo fatto che l'acquisto della cittadinanza di uno Stato membro mira in realtà a procurare ad un cittadino di uno Stato terzo un diritto di soggiorno ai sensi del diritto comunitario.

41. — Pertanto, occorre dichiarare che, in circostanze come quelle del caso di specie, l'art. 18 CE e la direttiva 90/364 conferiscono al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato.

Sul diritto di soggiorno di una persona nella situazione della sig.ra Chen

42. — L'art. 1, n. 2, lett. b), della direttiva 90/364, che garantisce agli ascendenti del titolare del diritto di soggiorno che "sono a carico" di installarsi in un altro Stato membro con il titolare del diritto di soggiorno, qualunque sia la loro nazionalità, non può conferire un diritto di soggiorno al cittadino di uno Stato terzo che si trova nella situazione della sig.ra Chen, né in considerazione dei legami affettivi esistenti tra la madre e suo figlio, né per il fatto che il diritto di ingresso e di soggiorno della madre nel Regno Unito dipenda dal diritto di soggiorno di tale figlio.

43. — Infatti, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la qualità di familiare "a carico" del titolare risulta da una situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il sostegno materiale del familiare è garantito dal titolare del diritto di soggiorno (v. in tal senso, a proposito dell'art. 10 del regolamento n. 1612/68, la sentenza 18 giugno 1987, causa 316/85, Lebon, Racc. pag. 2811, punti 20-22).

44. — In un caso come quello in esame nella causa principale si verifica precisamente la situazione inversa, dato che il titolare del diritto di soggiorno è a carico del cittadino di uno Stato terzo, che ne ha effettivamente la custodia e che desidera accompagnarlo. In tali circostanze, la sig.ra Chen, per beneficiare di un permesso di soggiorno nel Regno Unito, non può far valere la sua qualità di ascendente "a carico" di Catherine ai sensi della direttiva 90/364.

45. — D'altra parte, il rifiuto di consentire al genitore, cittadino di uno Stato membro o di uno Stato terzo, che effettivamente ha la custodia di un figlio al quale l'art. 18 CE e la direttiva 90/364 riconoscono un diritto di soggiorno di soggiornare con tale figlio nello Stato membro ospitante priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno di quest'ultimo. È chiaro, infatti, che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che tale bimbo abbia il diritto di essere accompagnato dalla persona che ne garantisce effettivamente la custodia e, quindi, che tale persona possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno (v., mutatis mutandis, per quanto riguarda l'art. 12 del regolamento n. 1612/68, sentenza Baumbast e R, cit., punti 71-75).

46. — Per questa sola ragione si deve dichiarare che quando, come nella causa principale, l'art. 18 CE e la direttiva 90/364 conferiscono al cittadino minorenne in tenera età un diritto di soggiorno a tempo indeterminato nello Stato membro ospitante, tali stesse disposizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante.

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (seduta plenaria) dichiara:

In circostanze come quelle della causa principale, l'art. 18 CE e la direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno, conferiscono al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse siano sufficienti affinché il primo non divenga un onere

per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. In un caso siffatto, le stesse disposizioni consentono al genitore che ha effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante.

*****

La sentenza Chen riveste un interesse fondamentale per l'evoluzione del diritto comunitario sotto vari profili, connessi principalmente alla libera circolazione e alla tutela dei diritti fondamentali. La Corte, infatti, giunge a riconoscere l'esistenza di un diritto di soggiorno nel territorio comunitario a un minore, cittadino di uno Stato membro, e di conseguenza al genitore extracomunitario che ne abbia la custodia, sulla base dell'interpretazione del diritto comunitario vigente alla luce del principio di tutela dell'unità familiare.

Nel caso di specie due coniugi cinesi avevano programmato la nascita della figlia nel territorio irlandese al fine di consentirle di ricevere la cittadinanza (comunitaria) di quello Stato. La situazione è resa ancor più complessa dalla politica cinese sulle nascite in quanto, avendo i coniugi Chen già avuto un figlio, alla piccola Catherine non sarebbe consentito risiedere nel Paese di origine dei genitori, se non per un periodo di tempo limitato e dietro rilascio di un permesso.

Sulla base della cittadinanza della figlia, la madre chiede pertanto il diritto di soggiorno per sé e per la piccola nel Regno Unito, permesso che le viene inizialmente rifiutato.

I problemi rilevanti sono due: uno è l'ormai classico problema dell'"abuso del diritto" che la Corte ha già più volte risolto nel senso di dare un'interpretazione molto restrittiva di questa nozione (vedi Carta dei diritti fondamentali, art. 54, e sentenza 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Akrich*, ancora inedita; per un commento a tale pronuncia vedi Zanobetti Pagnetti A., *Il ricongiungimento familiare fra diritto comunitario, norme sull'immigrazione e rispetto della vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 545 ss.).

L'altro è il problema della possibilità di riconoscere un diritto di libera circolazione al soggetto in possesso della cittadinanza di uno Stato membro che non vi eserciti un'attività economica e non rientri nelle previsioni delle direttive del 1990 (direttive del 28 giugno 1990 sulla libertà di soggiorno generale dei cittadini comunitari, degli studenti e di coloro che hanno cessato l'attività lavorativa, nn. 90/364, 90/365 e 90/366 in *GUCE* n. L 180/1990, rispettivamente pp. 26, 28 e 30; per un commento alle direttive e alla giurisprudenza in tema di cittadinanza vedi Rossi L.S., *Cittadini*, in Tizzano A. (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000).

È evidente che una bambina di pochi mesi non svolge alcuna attività economica e non possiede personalmente le risorse tali per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 90/364. Si tratta pertanto di valutare se possa risultare sufficiente che tali risorse le siano fornite dal genitore extracomunitario avente la custodia della minore.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Regno Unito (che riteneva la situazione di abuso del diritto tale da impedire la concessione del diritto di soggiorno), la Corte di giustizia fa proprie le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano (presentate in data

18 maggio 2004) e giunge ad affermare che un minore cittadino comunitario per nascita, che possieda un'assicurazione sanitaria e le necessarie risorse finanziarie gode di un diritto al soggiorno in qualunque Stato membro sulla base dell'applicazione diretta dell'art. 18 del Trattato. Il rifiuto da parte del Regno Unito di riconoscere il diritto di soggiorno a causa delle modalità di acquisto della cittadinanza, rappresenterebbe un'indebita interferenza con la normativa irlandese, unica a poter regolare nel caso di specie l'attribuzione di cittadinanza (su questi aspetti vedi sentenza 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, in *Racc*., p. I-4239).

Di conseguenza, sulla base del principio di necessaria tutela dell'unità familiare lo stesso diritto di soggiorno spetterà anche al genitore affidatario (sul principio di unità familiare vedi art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e art. 7 della Carta dei diritti fondamentali. Per un commento su questi temi vedi De Grazia L., *Il diritto al rispetto della vita familiare nella giurisprudenza degli organi di Strasburgo: alcune considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1069 ss.; Andrini M. C., *La famiglia nella Costituzione europea*, in *Familia*, 2004, pt. 1, p. 551 ss.).

Interessante è notare come la sentenza in questione non abbia mancato di avere effetti rilevanti sull'ordinamento irlandese, che era l'unico ordinamento fra quelli degli Stati membri a prevedere l'attribuzione di cittadinanza in base allo ius soli, a tutti i soggetti nati nell'"isola di Irlanda" (compresa quindi l'Irlanda del Nord). La conseguenza del dibattito sollevato dal caso Chen è stata infatti, sul piano pratico, quella di indurre l'Irlanda a modificare le proprie regole sull'attribuzione di cittadinanza rendendole più rigide, al fine di evitare le ipotesi "limite" come quella verificatasi in questo caso.

Con il referendum del 2004 i cittadini irlandesi hanno deciso di modificare la propria normativa sull'attribuzione di cittadinanza: è stato così inserito il ventisettesimo emendamento alla Costituzione, relativo alla nascita da genitori non cittadini, ai sensi del quale la cittadinanza per nascita sul territorio irlandese è attribuita solo se almeno uno dei due genitori è cittadino irlandese o avente diritto alla cittadinanza.

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

6

NOVEMBRE-DICEMBRE 2004

GIOVANNI COLA

Avvocato INPS

IL CONTENZIOSO IN MATERIA DI PRESTAZIONI ASSISTENZIALI ANCHE ALLA LUCE DEL D.L. 269/2003 (*)

Sommario: La legittimazione passiva. Il ricorso. La notificazione del ricorso. La decadenza. La prova degli elementi costitutivi del diritto. Il regime delle spese. L'esecuzione della sentenza. Il giudicato. Efficacia nel tempo del DL 269/2003.

La legittimazione passiva

Il DL 30 settembre 2003 n. 269, convertito dalla legge 24 novembre 2003 n. 326 (che di seguito sarà indicato D.L. 269/2003) ha introdotto rilevanti novità processuali nella disciplina dei giudizi promossi al fine di ottenere il riconoscimento del diritto soggettivo alle prestazioni assistenziali. L'art. 42 sembra mettere la parola fine a tutti i dubbi che in passato erano sorti sulla legittimazione passiva: dalla lettura del primo comma, (anche se il legislatore si guarda bene dal menzionarlo lasciando all'interprete il compito di intuirlo) si desume senza ombra di dubbio che nei giudizi promossi al fine di ottenere il riconoscimento dell'invalidità civile, la cecità civile, il sordomutismo, l'handicap e la disabilità ai fini del collocamento obbligatorio al lavoro legittimato passivo sia l'Inps o la Regione nel caso in cui l'ente abbia stipulato convenzioni con queste ultime. L'orientamento della Cassazione (1) trova in tal modo riconoscimento legislativo; la novità è rappresentata dalla presenza in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze in veste di litisconsorte necessario. Il legislatore, dunque, si è reso conto che in questi giudizi vi è una stretta connessione tra la fase dell'accertamento e quella dell'erogazione che rende necessaria la presenza del Ministero cui è demandato l'accertamento della riduzione della capacità lavorativa e dell'Inps ente erogatore della prestazione.

Sotto il profilo strettamente processuale la scelta del legislatore appare corretta: l'art. 102 c.p.c. definisce litisconsorte necessario colui nei confronti del quale la deci-

(*) Intervento (rielaborato) alla giornata di studi organizzata a Palermo dal Consiglio superiore della Magistratura e dal Centro studi di diritto del lavoro Domenico Napolitano sezione distrettuale di Palermo sul tema: La nuova disciplina delle invalidità civili.

(1) Cass. 17 giugno 2003 n 9681 in Foro it. 2004, I, 536.

sione deve essere necessariamente pronunciata.; e vi sono due motivi che legittimano la presenza del Ministero in giudizio: perchè è la legge che impone la partecipazione al giudizio (2) e perchè il litisconsorte può spiegare domanda autonoma nei confronti di tutte le parti (3).

La norma risolve in senso negativo la possibilità di proporre azioni di mero accertamento della situazione di fatto consistente in una infermità o menomazione fisica. La Cassazione, già prima dell'entrata in vigore del DL 269/2003, ha ritenuto inammissibili nella materia de qua le azioni di accertamento delle sole condizioni sanitarie (4); la Suprema Corte ha affermato che dopo l'entrata in vigore del D.l.vo 112/1998 l'unico legittimato passivo è l'Inps in quanto il legislatore non distingue tra accertamento e condanna e, dunque l'azione di accertamento può avere ad oggetto il diritto alla singola prestazione assistenziale.

L'ammissibilità di azioni di accertamento riguardante la sola condizione di invalidità è stata esclusa anche perché "sotto altro profilo potrebbe ancora osservarsi che, pur taciuti i limiti sopra indicati, pare tutt'altro che scontato poter ammettere in via generale una tutela di mero accertamento di situazioni giuridiche soggettive complesse (descrittivamente indicate come *status*) avulsa dalla tutela di singole posizioni, al di fuori, è ovvio, dei casi tipici concernenti le tradizionali azioni di stato (5). Una tale possibilità non sembra difatti potersi conciliare con le esigenze di determinatezza della lite espresse dall'avvertimento secondo il quale, qualora lo stesso fatto sia rilevante ai fini di più e diversissimi effetti giuridici, è solo individuando questi che viene definito il bene richiesto dall'attore ed al convenuto garantito il diritto di difesa (6). Anche sotto tale aspetto si rende dunque evidente la difficoltà di configurare l'azione volta all'accertamento di uno status (o preteso tale) come autonoma, distinta ed indipendente dall'esercizio dei diritti che ne derivano (sempreché, beninteso, l'attività di interpretazione e qualificazione della domanda giudiziale non consenta di individuare le specifiche posizioni soggettive in concreto fatte valere (7)". Lo stesso Autore osserva che il volere ammettere l'azione di accertamento "mascheri l'intento di rendere certo non un diritto (esclusivo oggetto della tutela giurisdizionale) ma un fatto (il requisito sanitario) che, in quanto riferibile a distinte pretese giuridiche, è al contempo giuridicamente rilevante per molteplici effetti, ma per sé solo inidoneo a radicare alcuna posizione di diritto soggettivo nel patrimonio dell'istante".

C'è, infine, un ulteriore argomento che osta all'ammissibilità delle azioni di accertamento del solo stato invalidante: la mancanza di interesse ad agire.

L'art. 100 C.p.c. fa parte del titolo IV° del capo IV° dove sono esposti i principi

(2) Cass. 11 aprile 2000 n. 4593 in Foro it. Rep. 2000, voce appello civile, 53.

(3) Cass. 22 febbraio 2000 n. 1963 in Foro it.. Rep. 2000 voce intervento in causa e litisconsorzio, 27.

(4) Cass. 17 giugno 2003 n. 9681, cit..

(5) La cui natura di azioni di mero accertamento è comunque tutt'altro che pacifica; ne sostiene la natura costitutiva: Proto Pisani Appunti sulla tutela del mero accertamento, 666 e 55.

(6) Proto Pisani op. cito 641; Ricci Accertamento giudiziale voce del Digesto, Torino 1987, I, 20 il quale ricondotto lo *status* ad una azione giuridicamente rilevante distinta dal diritto soggettivo, nega che il principio di atipicità della tutela di mero accertamento possa estendersi anche a tali situazioni.

(7) Gallo Nota alla sentenza della Cassazione 6 luglio 1998 n. 6571 in Foro it. 1999, I, 644.

che regolano l'esercizio dell'azione. Esso dispone che per poter agire in giudizio bisogna avervi interesse.

La definizione dell'interesse ad agire è stata elaborata dalla dottrina processualistica ma anche da quella amministrativa (in questo caso si parla di interesse al ricorso). Quest'ultima ha affermato che l'interesse de quo va tenuto distinto dall'interesse protetto sia esso diritto soggettivo o interesse legittimo e che solo la lesione attuale dell'interesse protetto consente l'impugnazione dell'atto amministrativo (8).

La dottrina processualistica ha ribadito la distinzione dell'interesse ad agire dall'interesse sostanziale, distinzione recepita dalla giurisprudenza.

La Cassazione con giurisprudenza consolidata ha affermato: "L'accertamento dell'esistenza dell'interesse ad agire si risolve in un'indagine sull'idoneità astratta della pronuncia richiesta al conseguimento del risultato utile sperato e non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice... L'accertamento va compiuto in via preliminare, prescindendo dall'esame del merito della controversia e dall'ammissibilità della domanda sotto altri profili (9)". La Suprema Corte nella sentenza citata ha precisato: "La valutazione dell'interesse va tenuta distinta dalla valutazione relativa al diritto sostanziale fatto valere in giudizio; nella prima valutazione viene in considerazione la questione dell'utilità dell'effetto giuridico richiesto e considerato con giudizio ipotetico conforme alla norma indicata; nella seconda la questione è quella dell'effettiva conformità alla norma sostanziale dell'effetto giuridico che si chiede al giudice".

In altra sentenza la Cassazione, facendo propria la definizione di autorevole dottrina (Chiovenda il quale ritiene che l'interesse ad agire consista in ciò: senza il processo il ricorrente soffrirebbe un ingiusto danno) ha precisato: "... l'interesse ad agire ... va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto consistente in ciò che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione l'attore soffrirebbe un danno, sicchè esso deve avere necessariamente carattere attuale, poichè solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza e resta invece conseguentemente escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto, in vista di situazioni future o meramente ipotetiche (10)".

Dalla lettura delle sentenze si desume agevolmente che:

a) la valutazione dell'interesse ad agire deve essere tenuta distinta da quella relativa alla fondatezza del diritto fatto valere in giudizio;

b) il ricorrente deve provare la presenza di un fatto lesivo dal quale derivi un danno attuale. Quale possa essere nel caso in esame il fatto lesivo dal quale derivi un danno al ricorrente non sembra chiaro.

Se dubbi sulla possibilità di promuovere azioni di mero accertamento dello status di invalido potevano esserci prima dell'entrata in vigore del DL 269/2003 oggi l'azione di accertamento dello *status* invalidante deve ritenersi inammissibile. Infatti il DL 269/2003 ha abrogato tacitamente le norme già in vigore, DPR 698/1994 incluso, ai

(8) Zanobini Corso di diritto amministrativo Milano 1958, II, 53; Landi Potenza Manuale di diritto amministrativo 1999,644.

(9) Cass. 4 aprile 2001 n. 4984 in Foro it. Rep. 2002, voce prova testimoniale, 18.

(10) Cass. 9 ottobre 1998 n. 10062 in Foro it. Rep. 1999 voce procedimento civile 166..

sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale C.C. per avere regolato la materia già disciplinata dalla legge anteriore. Sul punto di recente la Cassazione ha precisato che "l'incompatibilità tra le nuove disposizioni e quelle precedenti si verifica soltanto quando fra le leggi considerate vi sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione in modo tale che l'applicazione della nuova legge comporta la disapplicazione e/o inosservanza dell'altra (11)". Ed proprio il caso che ne occupa: dal momento che l'Inps è l'unico legittimato passivo la chiamata in giudizio del solo Ministero si pone in contrasto con il DL in esame. Non resta, dunque, che una unica possibilità e cioè che le azioni di mero accertamento dei singoli diritti alle prestazioni di assistenza sociale vengano proposte nei confronti dell'Inps unico soggetto che per legge è obbligato ad erogare la prestazione (12) e del Ministero che è litisconsorte necessario.

Ci sia consentita un'ultima osservazione. Quale effetto può avere nei confronti dell'Inps il giudicato formatosi a seguito di giudizio avente ad oggetto l'accertamento dello status, stante la mancata partecipazione dell'Istituto? A nostro avviso nessuna dal momento che la prestazione può essere erogata solo qualora coesistano tutti gli elementi costitutivi del diritto e, pertanto, l'accertamento di uno solo di essi non è sufficiente per far ritenere sussistente il diritto soggettivo alla prestazione; dunque è assolutamente irrilevante accertare che il ricorrente è invalido a far tempo da una certa data se uno degli altri due elementi costitutivi del diritto è maturato in epoca successiva.

Nè nel caso in esame si può invocare "l'efficacia riflessa del giudicato"; la Cassazione, intervenuta in materia di giudicato formatosi nei giudizi promossi da lavoratori al fine di ottenere il riconoscimento di voci retributive ne ha escluso l'efficacia nei confronti dell'Inps nel giudizio promosso dal lavoratore successivamente per ottenere il riconoscimento delle stesse voci retributive quale retribuzione pensionabile "... Invero la cosiddetta efficacia riflessa del giudicato, come affermazione oggettiva di verità nei confronti di un soggetto rimasto estraneo al relativo giudizio, non può essere invocata quando il terzo sia titolare di diritti autonomi che, cioè, trovano titolo in un rapporto diverso rispetto a quello sul quale si è formato il giudicato medesimo. Pertanto l'Inps, quale titolare del diritto-dovere di provvedere alla liquidazione della pensione secondo legge e come tale riconducibile ad un rapporto previdenziale, non soggiace nella controversia nei suoi confronti promossa dall'*ex* lavoratore per l'inclusione di un determinato compenso fra le voci pensionabili, al giudicato reso nella controversia svoltasi soltanto tra lo stesso soggetto e il datore di lavoro, circa la spettanza di quel compenso nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato tra questi ultimi intercorso (13)". In conclusione: o si ritiene che l'Inps è titolare di un diritto autonomo (di accertare la sussistenza dei requisiti richiesti per l'erogazione della prestazione) ed in tal caso il giudicato non dispiega alcuna efficacia nei suoi confronti; o non è titolare di un diritto autonomo ed allora l'accertamento deve riguardare tutti e tre gli elementi costitutivi del diritto.

(11) Cass. 11 febbraio 2003 n 2051 in Inform. Prev. 2003, 186.

(12) Cass. 17 giugno 2003 n. 9681 in Foro mito Rep. 2003, voce invalidi civili e di guerra 27.

(13) Cass. 9 marzo 1996 n. 1905 in Inform. Prev. 1996, 528; id.8 luglio 1995 n. 7516 ibidem 995, 1213; id. 2 marzo 1992 n. 2540 (non massimata).

Ammettere la possibilità di promuovere azioni di accertamento dello stato invalidante significa accettare la proliferazione dei giudizi; infatti dopo la sentenza di mero accertamento saranno promossi i giudizi al fine di ottenere la prestazione.

Nessun dubbio, invece, che nei giudizi promossi a seguito di revoca della prestazione assistenziale unico legittimato è il Ministero; infatti ai sensi dell'art. 37 della l. 23 dicembre 1998 n. 448, commi 5 e 7, "nei procedimenti giurisdizionali relativi ai verbali di visita medica emessi dalle commissioni mediche di verifica, finalizzati all'accertamento degli stati di invalidità civile, cecità civile e sordomutismo, nonchè ai provvedimenti di revoca emessi dal Ministero del tesoro del bilancio e della programmazione economica nella materia di cui al presente articolo la legittimazione spetta al Ministero medesimo. Gli atti introduttivi dei procedimenti giurisdizionali relativi a controversie a controversie in materia di invalidità civile avverso provvedimenti emanati dal Ministero del Tesoro del bilancio e della programmazione economica, i decreti ingiuntivi, le sentenze ed ogni altro provvedimento reso in detti giudizi devono essere notificati alla predetta amministrazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello stato e presso le commissioni mediche di verifica competenti per territorio. A queste ultime vanno altresì notificati gli eventuali atti di precetto (14)".

Un breve cenno, infine, sulla legittimazione a promuovere il giudizio. Non può esservi dubbio che il ricorrente deve provare la titolarità del diritto soggettivo; e nel caso in cui agisca nella veste di erede deve fornire la prova di tale status. Pertanto ove vi sia stata successione testamentaria è onere del ricorrente produrre copia del testamento; ove vi sia stata successione legittima sarà sufficiente produrre in giudizio un certificato da quale possa desumersi che il ricorrente è uno dei successibili di cui all'art. 565 C.C..

Non costituisce prova della qualità di erede la denuncia di successione presentata al fisco: "In caso di successione legittima non è necessario altro titolo, per la vocazione ereditaria, che la qualità di erede legittimo da provarsi in forma documentale mediante gli atti di stato civile, mentre l'accettazione anche tacita dell'eredità, che può risultare dalla stessa proposizione dell'azione in veste di erede, è titolo necessario e sufficiente per la proponibilità di azioni fondate su tale qualità, restando priva di rilievo, allo stesso fine, la mancata produzione della denuncia di successione, che è atto prettamente fiscale, e restando a carico del convenuto la prova di fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto esercitato dagli attori (15)".

Il ricorso

La materia dell'invalidità civile prevede diverse prestazioni; di seguito e molto sommariamente si prendono in esame quelle principali (e più ricorrenti).

(14) Cass. 14 gennaio 2003 n. 446 in Foro it. Rep. 2003, voce invalidi civili e di guerra, 6.
(15) Cass. 4 maggio 1999 n. 4414 in Foro it. Rep. 2000, voce successione ereditaria, 68.

a) Assegno mensile di invalidità (art. 13 l. 118/71)

I requisiti richiesti dalla legge oltre la riduzione della capacità lavorativa nella misura non inferiore al 74% sono:

a) requisito reddituale:

anno 2003 € 3.846,05;

anno 2004 € 3.942,12.

Requisito di incollocabilità.

L'art. 13 della legge 118/71 subordina l'erogazione dell'assegno di invalidità parziale al requisito della incollocabilità al lavoro e lo limita al tempo in cui tale requisito permanga.

L'assegno mensile di invalidità dal gennaio 1982 è incompatibile con la titolarità di pensioni dirette di invalidità erogate dalla gestione lavoratori dipendenti o dalla gestione degli autonomi e coltivatori diretti e, comunque, di qualsiasi trattamento pensionistico erogato a titolo di invalidità concesso per causa di guerra, di lavoro e di servizio (art. 14 septies l. 29 dicembre 1980 n. 33 e 3 l. 29 dicembre 1990 n. 407).

Al compimento del 65° anno di età l'assegno mensile si trasforma in assegno sociale art. 19 l. 118/71; quest'ultimo è una prestazione assistenziale concessa ai cittadini ultrasessantacinquenni residenti effettivamente ed abitualmente nel territorio nazionale (art. 3, 6° e 7° comma l. 335/95 che ha dato una nuova denominazione alla pensione sociale prevista dall'art.26 l. 153/69).

b) Indennità di accompagnamento (art. 18 l. 18/80)

L'indennità di accompagnamento compete agli invalidi civili totalmente inabili per affezioni fisiche o psichiche incapaci di compiere gli atti quotidiani della vita; con tale espressione si fa riferimento a "chiunque non sia in grado di provvedere alla propria persona o ai bisogni della vita quotidiana ossia non possa sopravvivere senza l'aiuto del prossimo (16)"; la Cassazione ha ulteriormente precisato che il presupposto del diritto allo accompagnamento è costituito dall'impossibilità di deambulare senza l'aiuto permanente di un accompagnatore e dal bisogno di assistenza continua in cui versa colui che non è in grado di compiere gli atti quotidiani della vita. "... questo secondo aspetto (il non essere in grado, di natura funzionale) può essere presente in coloro che hanno un deterioramento delle facoltà psichiche (i quali in tale ipotesi hanno diritto all'indennità di accompagnamento (17)". La prestazione viene erogata indipendentemente dal reddito posseduto e dall'età dell'invalido. L'indennità non è corrisposta durante i periodi di ricovero in reparti di lungodegenza o per fini riabilitativi o durante i periodi di allontanamento per periodi inferiori ad un mese dai detti reparti.

Non è erogata, invece, nei periodi di ricovero per terapie contingenti per la durata richiesta dal decorso della malattia; il non ricovero costituisce requisito di esigibiltà e, quindi, provabile in fase di liquidazione della prestazione.

(16) Cass. 7 marzo 2001 n. 3299 in Foro it. Rep. 2001, voce invalidi civili e di guerra, 69.

(17) Cass. 27 marzo 2001 n. 4389 in Foro it. Rep. 2001 voce invalidi civili e di guerra, 70.

c) Pensione di inabilità (art. 12 l. 118/71)

La pensione di inabilità è concessa ai soggetti di età compresa tra 18 e 65 anni totalmente inabili; i requisiti richiesti sono: la totale inabilità e il requisito reddituale. È inabile chi versa in uno stato di totale incapacità lavorativa e che sia nelle condizioni economiche stabilite dall'art. 26 l. n. 153 del 196.

Il requisito reddituale vien determinato anno per anno:
anno 2003 € 13.103,20;
anno 2004 € 13.430,78.

d) Prestazioni per i sordomuti (l. 508/88)

Ai sordomuti di età compresa tra i 18 e i 65 anni con ipoacusia pari o superiore a 75 decibel è riconosciuto il diritto alla pensione; è previsto il requisito reddituale. Al compimento del 65° anno la pensione si trasforma in assegno sociale.

e) Ciechi civili. (l. 508/88)

Ai ciechi assoluti e, cioè con deficit visivo pari al 100% spetta la pensione; il diritto può essere riconosciuto ai ciechi con reddito pari o inferiore a € 13.103,20 per l'anno 2003 e € 13.430,78 per l'anno 2004.

Ai ciechi parziali può essere riconosciuto il diritto alla pensione se presentino un residuo visivo superiore a 1/20; non vi sono limiti di età. Il requisito reddituale è eguale a quello previsto per i ciechi assoluti. Ai ciechi con residuo visivo compreso tra 1/20 e 1/10 in entrambi gli occhi spetta l'assegno mensile. Per i ciechi non è previsto il requisito dell'incollocabilità (art. 1 l. 508/88).

f) Indennità mensile di frequenza (art. 24 l. 118/71)

I beneficiari sono i minori dei anni diciotto che presentano difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni delle propria età ed i minori ipoacusici con perdita uditiva superiore a 60 decibel nell'orecchio meno menomato nelle frequenze di 500, 1000, 2000 hertz. La Corte Costituzionale (18) ha dichiarato l'illegittimità dell'art 1, comma 3, l. 11 ottobre 1990 n. 289 in parte de qua non prevede il diritto alla prestazione economica dei minori fino a tre anni che frequentano asili nidi. I requisiti richiesti per ottenere il riconoscimento della prestazione in esame sono due: frequenza della scuola da parte dei minori con difficoltà a svolgere i compiti e le funzioni nonché il ricorso continuo o periodico a trattamenti riabilitativi o terapeutici. La Cassazione (19) ha affermato che il diritto può essere riconosciuto anche se sussista uno solo dei due elementi.

(18) Corte Costituzionale 22 novembre 2002 n. 467 in Foro it. Rep. 2003, voce invalidi civili e di guerra, 3.

(19) Cass. 17 agosto 2001 n. 11159 in Foro it. Rep. 2001, voce invalidi civili e di guerra, 114.

g) Ricorsi per il riconoscimento degli interessi legali

Nella materia de qua l'Inps, è subentrato ai Ministeri condannati al pagamento della prestazione assistenziale; come è intuibile si tratta di tutti quei giudizi nei quali, i ricorrenti avendo ottenuto il riconoscimento del diritto alla prestazione in un giudizio promosso contro Ministero, chiedono il pagamento degli interessi. Appare superfluo rilevare che in tale ipotesi si ha uno sconvolgimento del noto principio che regola gli effetti del giudicato e secondo il quale il giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi o aventi causa (art. 2909 C.C.): eppure l' effetto del giudicato viene fatto valere nei confronti dell'Inps rimasto estraneo al giudizio.

Inoltre manca anche la domanda amministrativa presentata all'Inps al fine di ottenere il pagamento dei detti interessi; per tale motivo la domanda è sicuramente inammissibile per non essere stata proposta domanda amministrativa (20). Ma c'è di più: non può ritenersi adempiuto l'*iter* amministrativo essendo stato il ricorso amministrativo promosso nei confronti del Ministero degli interni e non essendovi stata tra il predetto Ministero e l'Inps successione. E lascia molto perplessi il principio affermato dalla Cassazione secondo il quale è sufficiente il ricorso amministrativo proposto avverso il diniego, *rectius* silenzio, del Ministero. Il legislatore sembra essersi reso conto di tale grave situazione e si comprende, quindi, la disposizione contenuta nell'art. 44 DL 269/2003 comma 4, secondo la quale l'azione giudiziaria promossa al fine di ottenere il pagamento degli interessi può essere proposta solo dopo che siano decorsi 120 giorni da quello in cui l'interessato abbia fatto richiesta all'Inps a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento contenente i dati anagrafici, la residenza ed il codice fiscale e tutti i dati necessari per l'identificazione del credito. Il legislatore non dice quale sia la conseguenza del mancato rispetto della norma; sembrerebbe che la richiesta in via amministrativa sia condizione di ammissibilità della domanda.

Soggetti portatori di handicap

Restano, infine, da esaminare i ricorsi coi quali si chiede il riconoscimento di soggetto portatore di handicap.

Ai sensi dell'art. 3 l. 104/92 "è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"; "... la condizione soggettiva di persona handicappata che determina l'applicabilità delle disposizioni di favore previste dalla stessa legge, non si identifica con lo stato invalidante che dà titolo alla corresponsione delle prestazioni assistenziali e previdenziali, quali la pensione di invalidità e l'indennità di accompagnamento, ma presuppone una situazione più complessa caratterizzata dalla compresenza di patologie o di altri fattori idonei a menomare le condizioni di vita del soggetto (21)".

(20) Cass. SS.UU. 5 agosto 1994 n. 7269 in Foro it. 1994, I, 2661.

(21) Cons. Stato, VI, 10 febbraio 1996 n. 185, in Foro it. Rep. 1996, voce invalidi civili e di guerra, 37.

Tutte le prestazioni concesse agli invalidi civili non sono reversibili, stante la loro natura assistenziale; agli eredi spettanto i ratei maturati ma non riscossi.

La notificazione del ricorso

L'art. 42 DL 269/2003 disciplina espressamente la notificazione dei ricorsi introduttivi di giudizi promossi al fine di ottenere il riconoscimento del diritto a prestazioni assistenziali precisando le forme da seguire nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze; nulla dice sulla notificazione nei confronti dell'Inps. Tale silenzio può interpretarsi come volontà di non apportare modifiche alla precedente disciplina: i ricorsi, pertanto, debbono essere notificati nella sede legale dell'ente. Ma continuando la lettura del DL in esame la certezza lascia posto al dubbio.

Infatti l'art. 44 comma 3, lettera b, dispone testualmente: Il comma 1-bis è sostituito dal seguente: "1-*bis* Gli atti introduttivi del giudizio di cognizione, gli atti di precetto nonchè gli atti di pignoramento e sequestro devono essere notificati a pena di nullità presso la struttura territoriale dell'Ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati e contenere i dati anagrafici dell'interessato, il codice fiscale ed il domicilio...".

Da una prima lettura sembrerebbe che il comma 3 riguardi esclusivamente il processo di esecuzione dal momento che il D.L. 31 dicembre 1996 n. 669, convertito nella legge 28 febbraio 1997 n. 30 disciplina l'esecuzione forzata nei confronti della pubblica amministrazione. Gli atti di cognizione cui fa riferimento la norma potrebbero essere quelli di opposizione all'esecuzione che, pare appena il caso di rilevare, introducono un giudizio di cognizione.

L'opposizione può essere proposta prima o dopo che sia iniziata l'esecuzione. Nel primo caso essa è preceduta dalla notificazione del precetto nel quale la parte istante ha eletto domicilio presso il procuratore, domicilio presso il quale deve effettuarsi la notificazione di tutti gli atti.

Lo stesso può ripetersi per la seconda ipotesi e, cioè, quando l'opposizione viene promossa dopo che sia iniziata l'esecuzione; non resta che concludere che questa interpretazione sia errata. Potrebbe allora ritenersi che il legislatore abbia previsto la doppia notifica degli atti indicati nella norma; il tenore letterale lascia perplessi: manca la congiunzione "anche" a meno che tale fatto non si addebiti ad una distrazione. Forse il legislatore ha voluto far riferimento all'atto introduttivo del giudizio col quale si chiede il riconoscimento del diritto alla prestazione e se così è non c'è dubbio che la norma sia stata collocata nel posto sbagliato in quanto era più corretto inserirla nell'art. 42 (naturalmente per la parte che concerne il giudizio di cognizione).

C'è un altro elemento che induce a ritenere che questa sia l'interpretazione corretta: la disposizione in esame prevede che gli atti introduttivi del giudizio di cognizione debbono contenere al pari del precetto e del pignoramento i dati anagrafici il codice fiscale ed il domicilio del ricorrente. Con tale disposizione il legislatore ha recepito una esigenza della p.a. e cioè, di conoscere tutti gli elementi che consentono di identi-

ficare con assoluta certezza i beneficiari della prestazione allorchè debba procedere all'erogazione ed evitare errori causati da omonimie. Se è questo l'intendimento del legislatore allora non si comprende perchè la detta disposizione debba valere solo per il processo di cognizione instauratosi a seguito di opposizione all'esecuzione. Anzi sarebbe auspicabile che anche le sentenze contenessero almeno la data di nascita del ricorrente.

Accogliere l'una di queste possibili interpretazioni della norma non è cosa di poco conto dal momento che la mancata osservanza delle disposizioni in essa contenute comporta la nullità del ricorso.

Resta da chiarire quali siano le strutture territoriali dell'Inps presso le quali debbono essere notificati i ricorsi. L'Inps ha dato le indicazioni con propria circolare n. 31 del 13 febbraio 2004 chiarendo che per strutture territoriali debbono intendersi le direzioni provinciali e sub provinciali e tutte le agenzie site in località sede di Tribunale o di sezione del Tribunale.

Nessun dubbio, invece, che il ricorso introduttivo del giudizio col quale si chiede il riconoscimento del diritto della prestazione assistenziale deve essere notificato al Ministero dell'Economia e delle finanze e all'Avvocatura dello stato e alle "competenti direzioni provinciali dei servizi vari del Ministero".

La decadenza

L'art. 42 D.L. 269/2003, comma 3, introduce uno speciale regime di decadenza dall'esercizio dell'azione giudiziaria: essa deve essere proposta entro il termine di sei mesi decorrenti dalla data di comunicazione del provvedimento col quale è stata rigettata la domanda amministrativa.

La disposizione lascia non poco perplessi per tanti motivi.

Innanzi tutto essa abroga l'art. 443 C.p.c. il quale pone la rilevanza del procedimento amministrativo disponendo che il mancato compimento dell'*iter* amministrativo comporta l'improcedibilità della domanda giudiziale. La *ratio* della norma è stata ravvisata da un canto nella opportunità data alla p.a. di riesaminare le domande amministrative in modo da evitare inutili giudizi e dall'altro nella possibilità data al cittadino di potere integrare la documentazione, di spiegare più compiutamente i fatti, di far conoscere i fatti sopravvenuti. Questa esigenza sembra essere venuta meno nei giudizi promossi al fine di ottenere le prestazioni assistenziali.

Le perplessità aumentano se si fa un raffronto con la decadenza in materia di invalidità pensionabile.

L'art. 4 comma 1° del DL 19 settembre 1992, convertito nella legge 14 novembre 1992 n. 438 ha dettato l'interpretazione autentica dell'art. 47 D.P.R. 639/70, il quale statuisce che per le controversie in materia di trattamenti pensionistici l'azione giudiziaria può essere proposta, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni decorrenti dalle data:

a) di comunicazione della decisione del ricorso pronunziata dai competenti orga-

ni dell'Istituto, nel caso di presentazione del ricorso e decisione dello stesso nel rispetto dei termini di cui all'art. 46 della l. 88/89;

b) di scadenza del termine stabilito per la pronuncia della predetta decisione, nel caso di presentazione del ricorso nei termini e silenzio rifiuto sul ricorso da parte dei predetti organi;

c) quella di scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo, nel caso di silenzio rifiuto sulla richiesta di prestazione, termini decorrenti dalla predetta richiesta.

Al termine in questione, pertanto, il legislatore riconosce espressamente la natura di decadenza sostanziale (22).

Come è facile rilevare il legislatore ha sempre tenuto in considerazione l'esaurimento del procedimento amministrativo, ritenendo quest'ultimo di grande importanza nella materia de qua.

La norma non trova applicazione per tutto l'anno 2004: l'art. 23, comma 2, del DL 24 dicembre 2003 n. 355, pubblicato nella G.U. del 29 dicembre 2003 n. 300, ha differito l'efficacia delle disposizioni contenute nell'art. 42, comma 3, l. 24 novembre 2003 n. 326, a tutto il dicembre 2004; dunque fino a tale data potranno continuare ad essere proposti i ricorsi amministrativi (naturalmente se il decreto sarà convertito in legge). Si rileva, però, che poiché il DL 269 è entrato in vigore il 2 ottobre 2003 ed il successivo DL è entrato in vigore il 29 dicembre 2003 c'è un periodo nel quale la proroga non trova applicazione; sarebbe auspicabile un intervento legislativo per colmare la lacuna.

La prova degli elementi costitutivi del diritto

Giova premettere che l'azione giudiziaria promossa al fine di ottenere prestazioni previdenziali e assistenziali non costituisce impugnativa dell'atto amministrativo ma ha per oggetto l'accertamento del diritto soggettivo a godere della prestazione stessa (23). Giusta le disposizioni contenute nell'art. 2697 C.C. è onere del ricorrente fornire la prova dei fatti che costituiscono il fondamento del diritto fatto valere in giudizio.

Gli elementi costitutivi del diritto alla prestazione sono: la capacità lavorativa, l'incollocazione al lavoro ed il requisito economico e reddituale; la loro mancanza può essere dedotta o rilevata d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio (24).

Il Giudice al fine di accertare della riduzione della capacità lavorativa sotto la soglia prevista dalla legge si avvale di un consulente tecnico, preferibilmente specializzato in medicina legale e delle assicurazioni. L'art. 42 Dl 369/2003 dispone che allo svolgimento degli accertamenti peritali assiste "un componente delle commissioni

(22) Corte Costituzionale 3 giugno 1992 n. 246 in Foro it. 1992, I, 2602..

(23) Cass. 9 aprile 2001 n. 5744 in Foro it. Rep. 2001, voce previdenza sociale, 707.

(24) Cass. 13 aprile 1995 n. 4217 in Foro it. Rep. 1996 voce invalidi civili e di guerra, 24; id. 1 settembre 1995 n. 9245; ibidem 1995, stessa voce, 28; id. 23 dicembre 1991 n. 13872, ibidem 1991, voce prova civile in genere, 6.

mediche di verifica indicato dal direttore della direzione provinciale; la richiesta di partecipazione deve essere formulata a pena di nullità dal consulente tecnico nominato dal G.L.; dunque in caso di inosservanza di tale disposizione la relazione di consulenza è nulla e, poiché *quod nullum est nullum producit effectum* è *tamquam non esset*. Stanti le disposizioni contenute nell'art. 157 C.p.c. non può pronunciarsi la nullità di un atto se non ad istanza di parte tranne che la legge non preveda che sia pronunciata d'ufficio. Nel caso in esame non vi è alcuna previsione di rilevabilità d'ufficio e, pertanto, in mancanza di istanza di parte il giudice non può pronunciare la nullità della consulenza tecnica. Dunque solo le parti possono rilevare la nullità della consulenza; riteniamo sia onere del ricorrente chiedere il richiamo del consulente affinchè gli venga conferito un nuovo incarico oppure la nomina di un altro consulente".

In caso di inerzia della parte può il G.L. esercitare il "potere officioso" conferito dall'art. 421 C.p.c.? La risposta a nostro avviso è positiva; infatti la consulenza tecnica non costituisce un mezzo di prova traducendosi in un esame dei dati specialistici (25). Pertanto non si tratta ammissione di prova suppletiva o integrativa a supporto della domanda; la finalità della consulenza tecnica è quella di aiutare il giudice "nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze (26)".

Quanto agli aggravamenti verificatisi sia nel corso del procedimento amministrativo sia nel corso del giudizio la Cassazione ha affermato che la disposizione contenuta nell'art. 149 disp. Att. C.p.c. che "impone di valutare anche gli aggravamenti incidenti sul complesso invalidante verificatesi nel corso del procedimento amministrativo e giudiziario, trova applicazione — quale espressione di un principio generale di economia processuale, nonchè in base al canone interpretativo desunto dal precetto costituzionale di razionalità e di uguaglianza oltre che per il riconoscimento del diritto alle prestazioni assistenziali dovute ai mutilati ed invalidi civili ai sensi della l. 30 marzo 1971 n. 118, di conversione del d.l. 30 gennaio 1971 n.5, anche per la particolare prestazione assistenziale dovuta agli invalidi non autosufficienti rappresentata dall'indennità di accompagnamento di cui alla l. n. 18 del 1980 (27)".

Il giudice quando aderisce alle conclusioni alle quali è pervenuto il consulente tecnico non ha obbligo di motivare la sentenza; solo nel caso in cui disattenda le risultanze della consulenza ha l'obbligo di far conoscere i motivi del dissenso (28). Possono formare motivo di ricorso per Cassazione gli errori e le lacune della consulenza qualora costituiscano carenze e deficienze diagnostiche, affermazioni illogiche o scientificamente errate (29). Quanto alla decorrenza della prestazione la Cassazione ha affermato: "In materia di invalidità pensionabile, di norma il momento di insorgenza dello stato invalidante — che rileva ai fini della decorrenza della prestazione previdenziale — non coincide con quello degli accertamenti tecnici, dato che è in questione uno stato o un

(25) Cass. 15 settembre 1997 n. 9175 in Foro it. 1997, voce consulente tecnico, 4, e per tale motivo sfugge al divieto contenuto nell'art. 437 C.p.c. che vieta l'ammissione di nuovi mezzi di prova nel giudizio di appello.

(26) Cass. 7 marzo 2001 n. 3343 in Foro it. Rep. 2001, voce competenza civile 148.

(27) Cass. 5 gennaio 2001 n. 94 in Foro it. Rep. 2001, voce invalidi civili, 78.

(28) Cass. 13 settembre 2000 n. 12080 in Foro it. Rep. 2000, voce consulente tecnico, 22.

(29) Cass. 30 gennaio 2002 n. 1258.

processo esteso nel tempo, rispetto al quale è improbabile che l'accertamento tecnico intervenga nella fase iniziale; tale momento va quindi acclarato dal giudice di merito con la massima precisione, attraverso un'accurata valutazione di tutte le risultanze di causa e mediante l'esercizio di tutti i più idonei poteri di indagine, e tenendo presente che per diversi processi evolutivi lo stadio raggiunto permette di risalire alla presumibile epoca di insorgenza anteriore; peraltro, in via d'eccezione, il superamento della soglia di invalidità può essere correttamente riferito al momento degli accertamenti, ovvero ad epoca ragionevolmente ed immediatamente precedente, quando difettino elementi utili per far risalire la patologia ad un tempo determinato diverso (30)".

Il secondo elemento costitutivo del diritto alla prestazione assistenziale è costituito dalla incollocazione al lavoro.

Sulla definizione di incollocazione è sorto un conflitto all'interno della Cassazione; secondo un indirizzo la prova può essere fornita con qualsiasi mezzo; in altre sentenze, invece, è stato affermato che la prova deve essere data con mezzi qualificati (31).

Si è reso necessario l'intervento delle sezioni unite per dirimere il contrasto; è stato, così, precisato che "l'invalido può ritenersi incollocato al lavoro non per effetto di mero stato di disoccupazione o non occupazione nel quale versi, ma solo quando essendo iscritto (o avendo presentato domanda di iscrizione) nelle speciali liste degli aventi diritto al collocamento obbligatorio non abbia conseguito un'occupazione in mansioni compatibili (32)". La prova dello stato di incollocazione deve essere data "con certificazione dei competenti organi pubblici e precisamente con attestazione da parte dell'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione dell'iscrizione o della richiesta di iscrizione nelle liste speciali di collocamento di cui all'art. 19 l. 482/68 (33)".

Ai sensi dell'art. 2 l. 118/71 il collocamento dei ciechi civili e dei sordomuti è previsto da leggi speciali.

L'art. 1, comma 2, l. 482/1968 dispone che non sono ammessi al collocamento obbligatorio i soggetti ultracinquantacinquenni ed i soggetti che a causa della loro invalidità possono arrecare danno alla salute dei compagni di lavoro ed alla sicurezza degli impianti; sul punto la Cassazione ha affermato: "In materia di diritto all'assegno di invalidità civile, poiché, a norma dell'art. 1, 2º comma, l. n. 482 del 1968, non sono ammessi al collocamento obbligatorio i soggetti che, a causa della loro invalidità, possano riuscire di danno alla salute e all'incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti, deve ritenersi che nei confronti del soggetto affetto da minorazione psichica di grado e natura tale da precludere, in base a tale criterio, l'iscrizione negli elenchi del collocamento obbligatorio, lo stato di incollocamento al lavoro possa essere liberamente dimostrato, anche mediante presunzioni, senza che sia necessaria l'iscrizione negli elenchi del collocamento obbligatorio e o la presentazione della relativa richiesta (34)".

Gli ultracinquantacinquenni ma infrasessantacinquenni (limite preclusivo alla attrib-

(30) Cass. 5 febbraio 2002 n. 1475 in Inform prev. 2002, 1254.

(31) Cass. 16 marzo 1988 n. 2467 in Foro it. Mass. 1988; id. 20 giugno 1990 n. 6178 in Foro it. Rep. 1990 voce invalidi civili e di guerra 21.

(32) Cass. SS.UU. 10 gennaio 1992 n. 203 in Foro it. 1992, I, 49.

(33) Cass. 20 giugno 1990 n. 6178 in Foro it. Rep. Voce invalidi civili e di guerra,19.

(34) 12 agosto 2000 n. 10765 in Foro it. Rep. 2000 voce invalidi civili e di guerra, 31; id. 21 febbraio 2001 n. 2564 ibidem 2001, stessa voce, 20.

buibilità dell'assegno mensile di assistenza) non hanno diritto all'iscrizione nelle liste speciali di collocamento obbligatorio (art 1 comma 2° l. 482/68); per questi soggetti l'espressione di incollocato al lavoro nel senso "di stato di effettiva disoccupazione ricollegato ad una riduzione della capacità di lavoro che di detto stato è causa e che non consente il reperimento di una occupazione adatta alla ridotta capacità lavorativa di invalido (35)".

L'erogazione della prestazione è sospesa qualora la Direzione provinciale del lavoro segnali che il beneficiario rifiuti di accedere a posti di lavoro adatti alle sue condizioni fisiche.

Resta da esaminare l'ultimo elemento costitutivo del diritto alla prestazione; e se non sono sorte difficoltà per la prova degli altri due elementi grandi incertezze, lo stesso non può ripetersi per la prova del reddito.

Intanto non possono esservi dubbi che la prova del fatto costitutivo del diritto fatto valere in giudizio incombe sul ricorrente anche se la deduzione riguarda un fatto negativo (36).

La Cassazione ha precisato che il principio posto dall'art. 2697 C.C. "non subisce deroga allorchè concerne fatti negativi; questi che non possono essere provati direttamente, possono essere dimostrati con presunzioni: le quali, a loro volta, se di regola sono basate sulla prova di fatti positivi contrari al fatto negativo, possono fondarsi anche su fatti positivi che, per quanto non esattamente contrari a quello negativo, siano purtattavia idonei, a norma dell'art. 2729 C.C. a desumere il fatto negativo (37)".

Detto questo ogni dubbio sembrerebbe eliminato; ma le cose non stanno così e lo dimostrano le vicende giudiziarie

Le difficoltà sono sorte dopo che la Cassazione è intervenuta per ben due volte a sezioni unite (38) ed ha affermato in modo chiaro ed inequivocabile che le dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà non hanno alcun valore neppure indiziario nell'ambito del giudizio civile. Dunque tutte le dichiarazioni provenienti dalla parte in quanto tali non hanno efficacia di prova. Come ha rilevato una autorevole dottrina (39) in un sol caso il giudizio viene definito con la dichiarazione di una parte: si tratta del giuramento decisorio, il quale è estraneo alla prova.

Alla luce di quanto detto non possono costituire prova le denunce dei redditi che, come è noto, sono dichiarazioni di scienza e di giudizio ed in quanto tali sono revocabili e modificabili al fine di eliminare errori o omissioni commessi (40). Non assume valore

(35) Cass. 21 gennaio 2001 n. 2554 in Foro it. Rep. 2001 voce invalidi civili e di guerra 32.

(36) Cass. 13 febbraio 1998 n.1557 in Giur. it. 1998, I, 2261; id. 20 maggio 1993 n. 5744 in Giust. Civile 1993, I, 2668; 23 dicembre 1991 n. 13872 in Foro it. Rep. 1999, voce prova civile in genere, 6; id.15 giugno 1982 n. 3644 ibidem 1982, stessa voce; intervento alla giornata di studi organizzata a Palermo dal Consiglio superiore della Magistratura e dal Centro studi di diritto del lavoro Domenico Napolitano sezione distrettuale di Palermo sul tema: La nuova disciplina delle invalidità civili.

(37) Cass. 1557/98 cit..

(38) Cass. SS.UU.3 aprile 2003 n. 5167; id. 19 ottobre 1998 n. 153.

(39) Satta Commentario al codice di procedura civile Milano 1966 sub art. 233.

(40) Cass. SS.UU. 25 ottobre 2002 n. 15063 in Foro it. 2003, I, 831. Le sezioni unite intervengono per dirimere un contrasto sorto all'interno della Corte. Secondo un orientamento la dichiarazione dei redditi ha valore confessorio o costitutivo del debito di imposta e, come tale irretrattabile; secondo l'orientamento seguito dalle sezioni unite la dichiarazione dei redditi non ha natura di atto negoziale e dispositivo; essa è una mera esternazione di scienza e di giudizio modificabile.

di prova neppure la sola certificazione rilasciata dall'Ufficio delle entrate con la quale si attesta che il ricorrente non ha presentato denuncia dei redditi: infatti gli importi di reddito al di sotto dei quali la denuncia dei redditi non è obbligatoria sono nettamente superiori a quelli previsti per la fruizione dell'assegno mensile di invalidità.

Né può trovare applicazione la l. 127/97 (c.d. legge Bassanini) in quanto essa come si legge nell'intestazione ha il fine di snellire l'attività amministrativa e, come prova ulteriormente la lettura dell'art. 1 lettera b, si prefigge l'eliminazione o la riduzione dei certificati o delle certificazioni richieste per l'adozione di provvedimenti amministrativi. La detta legge nulla ha modificato (nè poteva farlo) circa il regime dell'onere della prova.

Come già detto le difficoltà di fornire la prova del requisito reddituale sono costituite, in massima parte, dal fatto che non esiste un documento che sia in grado da solo di provare il possesso di un reddito di importo non superiore a quello previsto dalla legge, essendo, invece, necessaria la produzione di più documenti; ma quali?

Per poter dare una risposta, a nostro aviso, è necessario prendere in esame le norme di diritto tributario che disciplinano la tassazione dei redditi delle persone fisiche. Le dette norme sottopongono a tassazione diretta i redditi (DPR 22 dicembre 1986 n. 917):

da lavoro dipendente ed autonomo che, ai sensi dell'art. 49 DPR 917/86 sono quelli che derivano dall'esercizio di arti e professioni:

da fabbricati e terreni;

di capitali, elencati nell'art. 41 DPR 917/1986;

di impresa, ossia i redditi che derivano dall'esercizio di imprese commerciali.

Il ricorrente, dunque, deve provare di non essere in possesso di redditi rientranti tra quelli elencati o comunque di importo compatibile con quello previsto dalla legge per la fruizione della prestazione assistenziale.

Nè può farsi un elenco tassativo; deve trattarsi di documenti che, considerati nel loro insieme, possono concorrere a costituire una presunzione grave, precisa e concordante, così come il legislatore vuole che siano le presunzioni- che il giudice, col suo prudente apprezzamento, può ammettere (art. 2729 C.C.).

La presunzione semplice consiste nel ragionamento del giudice il quale dalla conoscenza di un fatto secondario deduce l'esistenza del fatto principale; è necessario che i fatti sui quali essa si fonda debbono fare apparire il fatto ignoto come conseguenza del fatto noto già accertato in giudizio (41). Come già detto le presunzioni debbono possedere tre requisiti: la gravità, la precisione e la concordanza.

Per soddisfare il requisito della gravità non si richiede la certezza assoluta del fatto ignoto, essendo sufficiente una ragionevole certezza (42).

Il requisito della precisione esige che i fatti noti siano ben determinati (43).

Il requisito della concordanza richiede che la prova si fondi su una pluralità di elementi convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto (44).

---

(41) Cass 14 settembre 1999 n. 9782 in Foro it. Mass. 1999.

(42) Cass. 22 marzo 2001 n. 4168 in Foro it. Rep. Voce presunzione, 2.

(43) Cass. 4168/2001 cit.

(44) Cass. 4168/2001 cit.

Si rileva, infine, che sia l'apprezzamento del merito del ricorso al detto mezzo di prova sia la valutazione della sussistenza dei requisiti della presunzione si sottraggono al sindacato di legittimità a meno che non possa ravvisarsi un difetto di motivazione (45).

L'accertamento successivamente alla definizione del giudizio della falsità di una delle prove legittima il ricorso per revocazione della sentenza in quanto essa è fondata su prove dichiarate o riconosciute false (art. 395 n. 2 C.p.c.).

Appare superfluo rilevare che la sussistenza del diritto può essere riconosciuta solo dal momento in cui tutti i requisiti richiesti concorrono.

Il regime delle spese

L'art. 42 comma, 11°, modifica l'art. 152 disp. att. C.p.c..

Tale norma dispone che il lavoratore rimasto soccombente nei giudizi promossi al fine di ottenere prestazioni previdenziali non può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio a favore degli istituti gerenti le assicurazioni e la previdenza obbligatorie salvo il caso in cui la lite appaia palesemente infondata e temeraria. Il disposto di tale norma è stato esteso anche alle controversie in materia di assistenza obbligatoria che è noto che non sono giudizi in materia di prestazioni previdenziali. La ratio della norma è stata ravvisata in ragioni di politica sociale: lo stato deve assicurare a tutti i non abbienti la tutela giudiziale dei loro diritti (46). L'art. 4, comma 2°, del DL 19 settembre 1992 n. 384, convertito nella l. 14 novembre 1992 n. 438 ha abrogato l'art. 152 in esame; la Corte Costituzionale (47) lo ha dichiarato costituzionalmente illegittimo perchè il legislatore ha disatteso "le precise indicazioni sui limiti di una possibile revisione riduttiva della disciplina dell'esonero". Le precise indicazioni alle quali fa riferimento la Corte si leggono nella sentenza 135/87: non si può continuare a non tenere conto delle condizioni dei lavoratori ed in particolare dei lavoratori abbienti; dunque, prosegue la Corte, si rende opportuna una revisione della norma e di una previsione più restrittiva; la determinazione della situazione di abbiente è una scelta discrezionale che compete al legislatore. Con la disposizione in esame il legislatore è intervenuto nel senso indicato dalla Corte prevedendo un limite di reddito superato il quale il lavoratore può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio; per tale motivo non sembra allo scrivente che la norma possa essere sospettata di illegittimità costituzionale.

Qualche perplessità potrebbe destare la prova che il ricorrente deve fornire al fine di non essere assoggettato al pagamento delle spese del giudizio; questi deve formulare una apposita dichiarazione sostitutiva di certificazione nelle conclusioni del ricorso ed impegnarsi a comunicare fino a quando il giudizio non sia definito eventuali variazioni dell'im-

(45) *Ex plurimis*: Cass. 19 marzo 2002 n. 3974 in iForo it. Rep. 2002, voce presunzione, 5.

(46) Corte Costituzionale 16 aprile 1987 n. 135 in Foro it. Rep. 1994, voce lavoro e previdenza (controversie) 595.

(47) Corte Costituzionale 13 aprile 1994 n. 134 in Foro it. Rep. 1994, voce lavoro e previdenza (controversie), 276.

porto del reddito; la disposizione, infatti, sembrerebbe in contrasto col principio enunciato dalla Cassazione secondo il quale le dichiarazioni provenienti dalla parte non hanno efficacia probatoria (si veda sub la prova); se, però, si rileva che la norma ha solo effetti processuali e non anche sostanziali ci si rende conto che il contrasto è solo apparente.

Il reddito da prendere in considerazione è esclusivamente quello posseduto dal soggetto che richiede la prestazione assistenziale e, a nostro avviso, non ha alcun rilievo il fatto che agiscono o subentrino in giudizio gli eredi del ricorrente. Giova sottolineare che le prestazioni assistenziali non sono reversibili e, pertanto, gli eredi non agiscono per far valere un diritto proprio ma per ottenere il pagamento dei ratei di prestazione il cui diritto è stato riconosciuto al de cuius.

Già prima dell'entrata in vigore del DL 269/2003 la Cassazione ha precisato che l'esonero del lavoratore dal pagamento delle spese processuali riguarda solo le controversie previdenziali strictu sensu e, cioè quelle promosso contro gli istituti previdenziali ed assistenziali al fine di ottenere le prestazioni da essi erogate e non anche le controversie "che hanno ad oggetto l'accertamento, nei confronti del datore di lavoro, di diritti del prestatore con riflessi previdenziali come la causa promossa per ottenere il riconoscimento di spettanze di lavoro soggette a contribuzione e che possono rivelarsi utili ai fini pensionistici (48)".

Fin qui si è genericamente fatto riferimento alle spese del giudizio e non c'è dubbio che tali sono i diritti e l'onorario; ma qualora sia stata espletata consulenza tecnica d'ufficio le spese di quest'ultima, già anticipate dall'ente previdenziale vanno poste a carico del lavoratore soccombente? La Cassazione, con giurisprudenza costante, ha affermato che le spese al pagamento delle quali il lavoratore soccombente nei giudizi promossi per ottenere prestazioni previdenziali comprendono anche quelle della consulenza tecnica d'ufficio (49). Applicando il principio enunciato dalla Cassazione al caso della soccombenza si desume che le spese di consulenza debbono essere poste a carico del ricorrente.

Si è detto che il lavoratore può, in ogni caso, essere condannato al pagamento delle spese del giudizio qualora la lite appaia palesemente infondata e temeraria.

La domanda è palesemente infondata quando appaia priva di alcun fondamento giuridico; la temerarietà si ravvisa allorchè la parte ponga in essere un comportamento processuale contrario ai doveri di lealtà e probità processuale (50).

L'esecuzione della sentenza

L'art. 14 del DL 31 dicembre 1996 n. 669, convertito dalla legge 28 febbraio 1997 n. 30, così come modificato dall'art. 147 della l. 23 dicembre 2000 n. 388, 1° comma, dispone che le amministrazioni dello stato e degli enti pubblici non economici

(48) Cass. 20 maggio 1997 n. 4485 in Foro it. Rep., voce lavoro e previdenza (controversie), 215.

(49) Cass. 24 febbraio 1998 n. 1952 in Foro it. Rep. 1998, voce lavoro e previdenza (controversie), 387.

(50) Cass. 30 luglio 1999 n. 8307 in Foro it. Rep. 1998, voce lavoro e previdenza (controversie) 268.

completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti pagamenti di somme di denaro entro il termine di centoventi giorni decorrenti dalla data di notificazione della sentenza. Il comma successivo dispone che prima di tale termine il creditore non ha diritto di procedere ad esecuzione forzata nè possono essere posti in essere atti esecutivi.

Dal combinato disposto dei due commi si desume che la norma prevede il termine di adempimento della prestazione di cui all'art. 1184 e ss. C.C., termine posto a favore del debitore. L'art. 1185 del C.C. dispone testualmente: "Il creditore non può esigere la prestazione prima della scadenza". Dunque in pendenza del termine il creditore non può porre in essere alcun atto che abbia il fine di sollecitare l'adempimento; per tale motivo il creditore non può pretendere l'adempimento della prestazione prima della scadenza dei centoventi giorni nè, conseguentemente, intimare precetto. Il legislatore prevede la decadenza dal termine nell'art. 1186 C.C; solo nelle ipotesi previste dal citato articolo il creditore può esigere immediatamente l'adempimento della prestazione.

D'altra parte dalla lettura dell'art. 616 C.p.c. si desume che il precetto non può essere notificato se manca il diritto di procedere ad esecuzione. Nè vale obiettare che il precetto è atto estraneo all'esecuzione perchè non può esservi dubbio che tra il precetto e l'esecuzione intercorre una stretta relazione biunivoca; infatti se non è concepibile azione esecutiva senza precetto è del pari impossibile configurare un diritto ad intimare mediante precetto il pagamento di una somma senza che vi sia diritto attuale a procedere ad esecuzione forzata.

La giurisprudenza di merito si è espressa nel senso esposto (51); il legislatore ha recepito l'interpretazione data alla norma dai giudici di merito eliminando, in tal modo ogni dubbio.

Ma l'art. 44, comma 3, del DL 269/2003 contiene una innovazione relativamente agli atti di pignoramento sia per quanto riguarda il contenuto sia per quanto concerne la notifica; la norma si applica solo agli enti ed istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatori organizzati su base territoriale.

Gli atti di pignoramento, così come quelli di precetto, debbono contenere i dati anagrafici del creditore procedente, il codice fiscale e il domicilio. Essi debbono essere notificati, a pena di nullità, "presso la struttura territoriale dell'Ente pubblico nella cui circoscrizione risiedono i soggetti privati interessati... Il pignoramento di crediti di cui all'art. 543 del codice di procedura civile promosso nei confronti di Enti ed Istituti esercenti forme di previdenza ed assistenza obbligatoria organizzati su base territoriale deve essere instaurato, a pena di improcedibilità rilevabile d'ufficio, esclusivamente innanzi al giudice dell'esecuzione della sede principale del Tribunale nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio giudiziario che ha emesso il provvedimento in forza del quale la procedura esecutiva è promossa".

Con questo intervento viene colmata una lacuna contenuta nel C.p.c.; infatti non vi era alcuna norma che vietava al creditore che, ad esempio, avesse ottenuto una sentenza di condanna davanti al Tribunale di Palermo di promuovere l'esecuzione davanti al Tribunale di Milano ove c'è una struttura territoriale dell'ente pubblico. Tale fatto ha

(51) P. Perugia 17 febbraio 1999 n. 705 in Inform. Prev. 2000, 1476; P. Vibo Valentia 10 ottobre 1997 n. 506; P. Rossano 21 maggio 1998 n. 453; P. Taranto 8 aprile 1998 in Intranet/Inps/Avvocatura.

causato non pochi disagi alla p.a. nel controllo delle procedure esecutive e, soprattutto, dell'avvenuto pagamento delle somme dovute col pericolo di duplicazioni dei pagamenti stessi.

La violazione del precetto normativo comporta l'improcedibilità dell'azione esecutiva, improcedibilità rilevabile d'ufficio.

Il giudicato

Non pochi contrasti sono sorti in giurisprudenza sull'efficacia temporale del giudicato formatosi a seguito di giudizi promossi al fine di ottenere il riconoscimento al diritto a prestazioni previdenziali. La Cassazione intervenuta per dirimere un contrasto insorto all'interno della sezione lavoro della stessa Suprema Corte (52) ha affermato: "La pronuncia emessa a conclusione del giudizio, quindi, è destinata a produrre i suoi effetti anche per l'avvenire, nel senso che, per il principio dell'intangibilità del giudicato, a situazione di fatto e di diritto immutata, quella pronuncia, con la valutazione che dal giudice è stata effettuata sui fatti della causa, deve rimanere ferma. Per converso, una pronuncia di segno contrario può essere emessa non già mediante una diversa valutazione dello stato di fatto preso in considerazione nel precedente giudizio, ma a seguito di una modificazione di quello stato di fatto. E con ciò non si intende certamente affermare che la pronuncia, con la quale viene accolta la domanda di pensione dell'assicurato, è diretta ad accertare l'esistenza di un diritto stipite, comprendente il diritto ai singoli ratei e, quindi, distinto da questi, ma si vuole invece sostenere che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato attiene non solo alla debenza dei singoli ratei della pensione, ma anche alla esistenza di tutti gli elementi voluti dalla legge per la configurazione del rapporto, ivi compreso, oltre al requisito assicurativo e a quello contributivo, lo stato invalidante (che limita, se sussiste la percentuale stabilita dalla legge, la capacità di guadagno o di lavoro a seconda che il periodo considerato sia precedente o successivo all'entrata in vigore della legge n. 222 del 1984)". In base al principio affermato dalla Cassazione perché possa emanarsi una sentenza di contenuto diverso di quella passata in giudicato è necessario un mutamento delle condizioni di fatto e di diritto accertate nel precedente giudizio "il giudicato costituendo un vero e proprio ostacolo alla soppressione della prestazione previdenziale".

Efficacia nel tempo del DL 269/2003

A conclusione di questo esame delle disposizioni contenute nel DL 269/2003 resta da chiarire il dies a quo della loro efficacia: il DL si applica solo ai ricorsi presen-

(52) Cass. SS.UU. 7 luglio 1999 n. 383.

tati dopo il 2 ottobre 2003, giorno di entrata in vigore oppure spiega efficacia anche sui processi in corso? Per quanto riguarda la decadenza abbiamo già visto che è intervenuto il legislatore per spostare al gennaio 2005 il nuovo regime.

Per tutte le altre norme bisogna applicare il principio contenuto nell'art. 11 c.c. disposizione sulla legge in generale così come è stato interpretato dalla Cassazione (53): il principio della irretroattività non trova applicazione per le norme processuali; dunque lo ius superveniens si applica anche ai giudizi in corso, fatta eccezione, come già detto, per la decadenza.

Qualche perplessità sulla immediata applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 44 comma 4 che prevede l'improcedibiltà dell'azione giudiziaria promossa la fine di ottenere il pagamento degli accessori del credito senza che vi sia stata una richiesta di pagamento all'Inps, ente tenuto all'erogazione; in mancanza di una norma transitoria sembra che la nuova disciplina si applichi ai giudizi promossi dopo l'entrata in vigore del DL (54).

(53) Cass. 7 febbraio 1981 n. 779; id. 19 maggio 1979 n. 2879 in Foro it. Rep., voce previdenza sociale, 577.

(54) La Corte d'Appello di Palermo con sentenza del 4 maggio 2004 n. 719 ha affermato che l'art. 152 disp. att. C.p.c., come modificato dalla DL. 269/2003, si applica ai giudizi promossi successivamente all'entrata in vigore del Dl 269/2003, pur riconoscendo che le norme processuali, quale è quella in esame, sono di immediata applicazione; ciò si desumerebbe dal tenore della disposizione la quale indica il ricorso introduttivo "come unico atto nel quale deve essere inserita la dichiarazione sostitutiva".

MARIA PIA BELLINI

Avvocato

COMMENTO ALLA L. 15/2005 DI MODIFICA DELLA L. 241/1990

Introduzione

La legge n.241/90 ha subito modifiche ed integrazioni piuttosto significative ad opera della L. n. 15/05, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.42 del 21 febbraio 2005, e concernente "norme generali sull'azione amministrativa".

L'*iter* legislativo per arrivare all'approvazione della nuova legge ha avuto una lunga gestazione, ed un ampio dibattito si è aperto su quelli che apparivano, da subito, come i punti nodali dell'intervento riformatore.

Il disegno di legge Berlusconi, Frattini e altri, poi approdato nella legge che si commenta, trae origine da un precedente lavoro, culminato nella proposta di legge Cerulli Irelli, che fu approvata, con voto quasi unanime, dalla Camera dei Deputati nell'anno 2000, nel corso della XIII^ legislatura, ma poi decadde a seguito della fine della legislatura stessa. Durante la XIV legislatura una Commissione fu, poi, incaricata di esaminare il progetto di legge dell'on. Cerulli Irelli, ed altri progetti di minore consistenza ed ampiezza.

Già dall'esame della vicenda che ha condotto all'approvazione dell'attuale testo, perciò, nonché dall'accesa discussione in sede di lavori preparatori, s'intuisce come la L. n. 15/05 non si ponga come un ennesimo ritocco alla L. n. 241/90, bensì come un *restyling* piuttosto consistente, che, se da un lato non fa che recepire orientamenti giurisprudenziali pressoché consolidati, traducendoli in *"ius conditum"*, dall'altro detta una maxi riforma che innova a tutto campo, rivisitando la normativa di cui alla L. n. 241/90 alla luce del nuovo titolo V della Carta Costituzionale, nonchè adattandola alle disposizioni intervenute in modo incisivo, successivamente al 1990, rispetto a materie di forte intersezione, come, ad esempio, il codice sulla *privacy*.

Il contesto normativo in cui operò, alla fine degli anni 80, la Commissione Mario Nigro (quando si giunse all'approvazione della L. n. 241/90, nel suo testo originario) era profondamente diverso da quello attuale. La Commissione diede, per la prima volta, veste normativa alla procedimentalizzazione dell'attività amministrativa, oggi assioma indiscusso, mutuando il concetto dall'apporto di un copioso e lunghissimo lavoro giurisprudenziale.

La valorizzazione dell'attività endoprocedimentale, fino a quel momento relegata a mera attività interna, appariva, nel 1990, come una breccia di efficacia dirompente, che si apriva in una branca del diritto pubblico, quello amministrativo, dove, fino ad

allora, tutto era incentrato sull'atto, piuttosto che sull'*iter* istruttorio, sul provvedimento, piuttosto che sul processo volto a prepararlo, provvedimento della cui legittimità formale principalmente ci si doveva preoccupare.

Come è noto, a partire dagli anni 90, si è avviato un processo che ha condotto ad un radicale rinnovamento dell'intera macchina amministrativa, un processo in cui, tra l'altro, si è passati dalla centralità del provvedimento, nell'azione amministrativa, all'ottica del risultato, mutuando il concetto dal mondo dell'impresa privata; e lo spostamento dell'attenzione dalla legittimità dell'atto al conseguimento dell'obiettivo, ha orientato la P.A. verso l'utente, il cittadino, il cliente, cioè colui che chiede: non più soggetto passivo sul quale incombe l'efficacia del provvedimento autoritativo, ma soggetto attivo che partecipa alla produzione del risultato stesso.

In questo quadro di trasformazioni la L.n.241/90 non poteva restare immutata, avendo già pienamente assolto, e, però, esaurito, il suo iniziale ruolo di dirompente innovazione. La c.d. "legge sulla trasparenza" andava, come già detto, reinserita nel nuovo contesto amministrativo, cui essa stessa aveva contribuito a dar vita.

Ed è proprio dalla sentita esigenza di adeguamento normativo che nasce la L. n. 15/05, entrata in vigore l'8 marzo di quest'anno, la quale, con la tecnica della novella, riscrive, in larga parte, i contenuti della L. n. 241/90.

Sarà, poi, il lavoro esegetico della giurisprudenza ad approfondire le principali innovazioni, ed a guidare il cambiamento, nella concreta applicazione della normativa, pronunciandosi sulle questioni più delicate e controverse, che hanno visto innestarsi significativi mutamenti su un impianto ormai ben consolidato, seppur non più attuale.

Capo I - Principi

Art. 1 - I principi che fondano l'azione amministrativa e l'applicazione delle norme di diritto privato come regola generale per l'attività della P.A.

Nel nuovo testo dell'art.1 della L.n.241/90 vale la pena di esaminare, tra le modifiche apportate, soprattutto due innovazioni: 1) un'aggiunta, oltre ai criteri di economicità ed efficacia, come pilastri portanti dell'attività amministrativa, dei criteri di pubblicità e trasparenza; e poi l'introduzione, tra i principi che regolano le modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, dei "principi dell'ordinamento comunitario", accanto alla stessa L.n.241/90 ed alle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti. 2) l'utilizzo degli strumenti di diritto privato da parte della P.A., come regola generale, sempre che non si debbano adottare atti di natura autoritativa; e ciò vale in tutti i casi, salvo che la legge disponga diversamente. Di portata particolarmente significativa appare soprattutto la seconda delle innovazioni elencate.

1) Quanto ai principi fondanti l'azione amministrativa, il primo comma dell'articolo in esame (sotto tale aspetto rimasto immutato) fissa l'esigenza che la P.A., nel perseguimento dell'interesse pubblico, impronti la sua azione al criterio dell'economi-

cità, con ciò ribadendo quanto già emerge in sede costituzionale, ed è altresì ricavabile dall'intero quadro normativo di riferimento: la P.A., cioè, deve cercare di ottenere il risultato con l'impiego del "minimo mezzo", ovvero con il minor dispendio possibile di energie e di risorse, umane e strumentali, e, diciamo anche, con il minor sacrificio possibile di eventuali interessi privati di tipo oppositivo.

L'azione amministrativa, inoltre, continua il comma 1, anche sotto tale aspetto immutato, dev'essere improntata al criterio dell'efficacia, deve, cioè, raggiungere l'obiettivo. Il lavoro, efficiente, deve portare ad un risultato concreto, tangibile, efficace appunto, rispetto alla programmazione inizialmente fissata.

Infine l'azione amministrativa deve seguire i criteri della pubblicità e della trasparenza. Trattasi di una modifica alla formulazione originaria dell'art. 1, che, però, in realtà, ben poco aggiunge all'impianto normativo complessivamente considerato, perché, seppur mai specificamente codificati, tali due principi permeano, da tempo, l'agire amministrativo, essendo ricavabili dal sistema.

Il primo comma dell'art.1 integra, poi, i principi generali dell'azione amministrativa con quelli di fonte comunitaria che, in quanto tali, e cioè in quanto appartenenti ad un ordinamento "terzo", non sarebbero direttamente applicabili nel nostro sistema normativo, ove non vi fosse l'esplicito riferimento dell'art. 1.

A ben vedere, però, i principi comunitari altro non sono se non l'elaborazione, in chiave europea, dei principi fondanti il nostro ordinamento nazionale, e, perciò, risultano pacificamente acquisiti nel nostro sistema normativo, perché si radicano sulle tradizioni giuridiche comuni ai Paesi dell'Unione.

Quindi, sotto questo profilo, la portata innovativa dell'art.1 non appare di notevole rilievo, se non in relazione ad alcuni specifici principi comunitari (come, ad esempio, il "principio di precauzione") che, forse non ancora sufficientemente assorbiti dall'ordinamento italiano, certamente s'impongono, invece, a livello comunitario, prescrivendo, ad esempio, nell'emanazione di provvedimenti discrezionali, l'adozione di misure di protezione di alcuni diritti fondamentali, come il diritto alla salute, anche laddove non siano sufficientemente provati, da un punto di vista scientifico, i rischi di pregiudizio che tali diritti corrono.

Infine l'art. 1, al comma 1 ter, stabilisce che anche i soggetti privati, preposti all'esercizio di attività amministrative, devono assicurare il rispetto dei principi che il comma 1 pone come fondanti l'azione della P.A. La norma assume grande importanza in questo periodo storico, in cui allo smantellamento di apparati amministrativi tradizionali fa seguito la costituzione di S.p.A., di fondazioni ecc., per l'esercizio di attività amministrative.

2) Di portata ben maggiore appare l'innovazione operata dalla L.n.15/05 con l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art.1 della L. n. 241/90.

Ribaltando i principi valevoli fino ad oggi, la regola diventa l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, con la conseguente cognizione del giudice ordinario, e con effetti notevoli, applicando il consueto riparto della giurisdizione tra g.a. e g.o., poiché risulta chiaramente spostato l'asse nell'assegnazione delle controversie, ed alleggerito il peso gravante sul magistrato amministrativo, che è il giudice naturale "dell'atto", e di fronte al quale, perciò, s'instaura, normalmente, soltanto un processo di tipo impugnatorio.

Al di fuori dell'attività autoritativa, che sarà limitata al necessario, la P.A. viene chiamata, quindi, ad applicare le norme di diritto privato, e cioè quelle norme che i comuni cittadini applicano nei rapporti tra loro; ciò viene stabilito perché il legislatore non mostra di ravvisare nella P.A., al di fuori della sua veste pubblica, che si manifesta nel momento autoritativo, particolarità tali da giustificare una regolamentazione della sua azione in modo diverso da quella dei privati.

Il punto chiave, allora, diventa la definizione del concetto di "atto autoritativo", perché dalla estensione, più o meno ampia, che si darà ad esso, dipenderà il maggiore, o minore "smantellamento" di tutti quegli strumenti pubblicistici che, fino ad oggi, sono stati le pietre fondanti del nostro diritto amministrativo.

È fuor di luogo, comunque, dare un'estensione troppo ampia all'atto autoritativo, la cui caratteristica peculiare, come è noto, è la coercibilità (seppur soltanto nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, come recita l'odierno art.21-*ter* L. 241/90), la sua capacità di produrre effetti nella sfera giuridica dei singoli al di là della loro volontà e del loro consenso, ed anche in contrasto con gli stessi (in un'ottica, quindi, tutt'altro che partecipativa).

Del resto la formulazione attuale della norma, che parla esplicitamente di "atti autoritativi", non lascia un grande spazio all'interpretazione, anche considerando che essa è il frutto di un voluto ripensamento, rispetto a come era stata originariamente scritta la modifica in esame: ed infatti il disegno di legge dell'on. Cerulli Irelli voleva sottrarre all'applicazione delle norme di diritto privato tutti i "poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti", e non soltanto "gli atti autoritativi", così lasciando uno spazio di diritto pubblico all'azione amministrativa non autoritativa, con la conseguente produzione di effetti imperativi (che l'utilizzo degli strumenti privatistici non consente) anche al di fuori degli atti autoritativi (ma sempre nell'ambito degli atti amministrativi).

L'attuale testo della L. n. 241/90 impone alla P.A. di agire, normalmente, applicando quegli stessi strumenti che sono approntati dal diritto privato per consentire ai singoli di tutelare i loro interessi personali. E con tali strumenti la P.A. viene chiamata a tutelare l'interesse pubblico. Ci si chiede se tali strumenti siano davvero sufficienti a garantire ai pubblici poteri di perseguire i propri scopi in modo pieno, poiché la pubblica amministrazione ed il privato sono soggetti diversi, proprio in ragione dei fini pubblici che solo l'amministrazione deve perseguire.

Per fare un esempio, in tema di conferimento di contributi, l'art. 12 della L. n. 241/90 sancisce la necessità di predeterminare i criteri con i quali i benefici saranno conferiti. Diventa dubbio se tale predeterminazione vada operata, oggi, con atto amministrativo, mentre è evidente che la successiva erogazione del singolo contributo non necessariamente avverrà con determinazione dirigenziale, ben potendo avvenire con un contratto.

È di evidenza planare il beneficio, in termini di snellimento dell'azione amministrativa, ma ci si chiede quale diventi, (ed in che misura sia possibile) la tutela dell'interesse pubblico primario in tale rinnovato contesto.

Un'ultima annotazione va fatta con riferimento alla motivazione dell'atto. Come è noto la parte motivazionale del provvedimento amministrativo vincola il giudice ad esaminare esclusivamente il percorso logico ivi descritto, mentre in diritto privato la motivazione è ricavabile anche, ad esempio, da comportamenti tenuti dal soggetto agente, ben al di là del dato testuale.

È chiaro che l'azione della P.A., iure privatorum, avrà, come conseguenza, anche quella di dover desumere da molteplici circostanze la motivazione dell'atto posto in essere, e ciò va posto in relazione a quanto stabilito dall'art. 3 della L. n. 241/90, rubricato: "motivazione del provvedimento".

Art. 2 – Il silenzio-inadempimento della P.A., come violazione dell'obbligo di provvedere, diventa silenzio significativo senza l'obbligo della messa in mora

All'art. 2 della L. n. 241/90 è aggiunto dalla L.n.15/05 il comma 4 *bis*, che modifica la disciplina sostanziale del c.d. silenzio-inadempimento.

Come è noto al comportamento inerte della P.A. può essere attribuito dalla legge lo specifico significato di provvedimento negativo (c.d. silenzio-rifiuto) ovvero di provvedimento positivo (c.d. silenzio assenso - art. 20 della L. n. 241/90) che, come tali, costituiscono esercizio del potere da parte dell'amministrazione, impedendo, così, ad esempio, la riproposizione della medesima istanza per l'ottenimento di ciò su cui la P.A. risulta essersi già pronunciata, seppur attraverso il suo silenzio.

Dal silenzio va, poi, distinto il c.d. atto implicito, che risulta da un altro provvedimento, oppure da un comportamento della P.A., e dove vi è pur sempre un atto, una manifestazione di volontà, e questa viene anche esternata, seppure in forma "indiretta".

Nell'ipotesi, invece, di silenzio, ed ove non sia previsto un silenzio significativo, come sopra descritto (il che è la regola, stante l'art. 2, comma 1, della L. n. 241/90), allora l'inerzia della P.A. oltre il termine fissato per la conclusione del procedimento costituisce inadempimento del suo obbligo generalizzato di provvedere in modo espresso; e tale dovere incombe su di essa, *ex* art. 2 c.1, dal momento stesso in cui il procedimento è attivato, e si giunge alla data indicata dalla P.A. come quella entro cui lo stesso deve concludersi (comma 2), oppure scadono i trenta giorni di cui al comma 3.

La fattispecie del silenzio-inadempimento, prima dell'approvazione della L. n. 15/05, era costruita sulla base di una norma specifica relativa alla responsabilità per illecito disciplinare dei dipendenti civili dello Stato (art. 25 del T.U. n. 3/1957).

La procedura prevista da tale norma era stata generalizzata, ancor prima che fosse codificato il generalizzato obbligo di provvedere incombente sulla P.A. *ex* art. 2 della L. n. 241/90, con cui porre in relazione la procedura stessa.

Il testo unico degli impiegati civili dello Stato prevedeva che si dovesse diffidare l'amministrazione ad esprimersi, assegnandole un congruo termine, non inferiore a trenta giorni, scaduto il quale la perdurante inerzia poteva essere impugnata dinanzi al g.a. La fattispecie era costruita come quella penale di omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p..

Oggi, invece, la legge n. 241/90, come modificata dalla l. n. 15/05, prevede che, decorsi i termini indicati dalla P.A. per la conclusione del procedimento, o, in mancanza, decorsi trenta giorni dall'inizio del procedimento, il ricorso avverso il silenzio "può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente, fin tanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno" dalla scadenza dei

termini per provvedere (che diventa un anno e 45 giorni, in applicazione dell'istituto della sospensione feriale dei termini). Si attiva, così, il giudizio *ex* art. 21 *bis* della L. n. 1034/1971, istitutiva dei T.A.R., come modificata dalla L. n. 205/2000, e richiamata dall'art. 2 della L. n. 241/90, ponendo un'eccezione di notevole rilievo all'abituale termine di 60 giorni previsto per impugnare i provvedimenti dinanzi al magistrato amministrativo, sotto il profilo della loro legittimità, e quindi denunciando un'incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere.

Quanto alla rilevanza, in sede penale, dell'obbligo di provvedere da parte della P.A., occorre che si concretizzi la fattispecie criminosa di cui al già citato art. 328 c.p.. Prima dell'introduzione del comma 4 *bis* nell'art. 2 della L. n. 241/90 la diffida ad adempiere costituiva momento chave anche nella scelta del legislatore amministrativo. Attualmente, venuto meno l'obbligo della messa in mora della P.A., per dar luogo ad un silenzio-inadempimento, sembra, comunque, preferibile ritenere che sia in ogni caso necessario diffidare l'amministrazione ad adempiere, perché possa dirsi commesso il reato di omissione d'atti d'ufficio, stante, se non altro, il tenore testuale dell'art. 328 c.p., e la ben nota tipicità delle figure criminose, che trova fondamento anche costituzionale.

Come si è già detto, il comportamento inerte della P.A. non costituisce, normalmente, esercizio del potere (il potere va esercitato con un atto espresso, *ex* art. 2, c. 1, L. n. 241/90, o, nei casi previsti dalla legge, anche con un comportamento inerte che assume il significato di atto espresso, di diniego o di assenso). Il silenzio è un semplice fatto di inadempimento, e ciò comporta la possibilità di esercitare successivamente il potere, di cui non si è determinata la consumazione, e di esercitarlo anche in pendenza di giudizio, nel qual caso l'atto espresso di diniego sarà autonomamente impugnabile nei termini decorrenti a far data dalla sua emanazione.

Inoltre, ovviamente, come conseguenza del mancato esercizio del potere, si avrà la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento, ove ne ricorrano i presupposti, come specificato, in chiusura, dal comma 4 *bis* dell'art. 2.

Ove, poi, la P.A. si determini a provvedere spirato il termine da lei stessa fissato, oppure stabilito dalla legge per la conclusione del procedimento, ed emani un atto tardivamente, si pone il problema di stabilire se sia dovuto all'interessato un danno da ritardo, e cioè si pone il problema di capire quali strumenti sanzionatori l'ordinamento appronti per la violazione dell'obbligo di provvedere nei termini, pur in mancanza di perentorietà degli stessi.

Capo II - Responsabile del procedimento

Art. 6 - I compiti del responsabile del procedimento

Come è noto, nell'ambito degli Enti Locali, l'art. 107 del D.lgs n. 267/2000, assegna la totalità delle competenze gestionali in campo amministrativo alla dirigenza, esemplificando, ma non esaustivamente, con l'elencazione di una serie di atti che il

dirigente è chiamato ad emanare.

Avviatosi, negli anni 90, il processo di separazione dei ruoli fra la parte politica e la struttura burocratica, in tutti i comparti della pubblica amministrazione, fino ad una sua piena definizione con le c.d. "leggi Bassanini", e conferita al dirigente anche la rappresentanza esterna dell'ente, prima attribuita agli organi politici (oggi ben connotati come organi di indirizzo e di controllo circa il perseguimento del programma politico, tradotto in obiettivi nel PEG), si è venuta a determinare la centralità del procedimento, rispetto all'atto finale che lo conclude, con una netta valorizzazione del momento istruttorio.

Responsabile del procedimento è il dirigente (o il funzionario preposto all'unità organizzativa), *ex* art. 5, comma 2, L. n. 241/90 (legge che ne ha istituito la figura), ed è il solo responsabile, fino a quando non assegni (comma 1) la responsabilità dell'istruttoria, e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento (nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale) ad altro dipendente addetto all'unità organizzativa che dirige.

Il responsabile del procedimento deve guidare l'attività amministrativa dall'atto d'impulso al provvedimento finale, ed ha rilevanza anche esterna, stante l'obbligo di comunicazione, tra l'altro, del suo nominativo, *ex* art. 7 L. n. 241/90, nel momento in cui egli stesso rende noto l'avvio del procedimento ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, ed a quelli che per legge debbono intervenirvi. Naturalmente il responsabile del procedimento non dovrà materialmente e concretamente operare, ove tale compito sia affidato a collaboratori, ed in tal caso dovrà sovrintendere sul loro operato. L'art. 6 della L. n. 241/90 elenca una serie di compiti di sua spettanza, tra cui grande importanza ha, senz'altro, il potere di proporre l'indizione, o di indire, le conferenze di servizi, così decidendo in merito al rilievo degli interessi pubblici coinvolti nel procedimento.

La L. n. 241/90 non contiene una caratterizzazione tecnico-professionale del responsabile del procedimento (in assenza di una norma generale, valevole in tutti i casi, vi sono, però, normative di settore che richiedono specifici requisiti, come ad esempio, in materia di appalti pubblici, l'art. 7 della c.d. L. Merloni - L. n. 109/94 e s.m.i.). La L. n. 241/90 richiede esclusivamente che il responsabile del procedimento sia un dipendente della unità organizzativa competente per il procedimento stesso, circostanza, questa, che sembra offrire una qualche garanzia, se non altro in ordine ad una specifica esperienza nella materia.

La L. n. 15/05 innova, rispetto all'originario testo della L. n. 241, all'art. 6, lett. e), per il caso in cui, nel momento conclusivo del procedimento, cioè quello dell'adozione dell'atto finale, competente all'emanazione dell'atto non sia il responsabile del procedimento, che è stato investito dal dirigente soltanto della responsabilità istruttoria, bensì il dirigente stesso, o altro organo. In tal caso, dice la legge, il soggetto deputato all'adozione del provvedimento "non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale". Ciò significa che servirà una relazione scritta, esplicativa delle risultanze istruttorie, per discostarsi dalle quali bisognerà motivare espressamente, e ciò conferisce una dignità particolare al lavoro del responsabile del procedimento, che, a questo punto, sembra differenziarsi da un dirigente quasi soltanto perché non gli

viene richiesto di possedere capacità manageriale. Per converso, il responsabile del procedimento diventa, in modo chiaro ed esplicito, lo specifico centro d'imputazione delle valutazioni, assai delicate, che compie, oltre ad esserlo il dirigente che le ha fatte proprie nel momento provvedimentale.

Questo meccanismo, che introduce nella parte motivazionale dell'atto amministrativo un contenuto del tutto nuovo, da inserire ove ci si voglia discostare dalle risultanze istruttorie, è destinato ad incidere anche sui rapporti tra la parte politica e la struttura gestionale, nel caso, ad esempio, di una delibera di competenza dell'organo assembleare, oppure della giunta, in cui il dirigente, o il funzionario, responsabile del procedimento, abbia approntato la proposta di deliberazione.

Dovrà farsi una "proposta di provvedimento" anche ove il procedimento si svolga all'interno di una stessa unità organizzativa, e sia stato nominato dal dirigente un responsabile del procedimento. Colui che riveste questo ruolo, nel caso non abbia anche la competenza ad emanare l'atto finale, per essersela riservata il dirigente, dovrà fare una relazione scritta. È vero che ciò arrugginisce un po' la struttura, ma è altrettanto vero che i rapporti tra dirigente e funzionario, in relazione a tale quadro, non potranno più snodarsi sull'esclusivo piano gerarchico.

Capo III - Partecipazione al procedimento amministrativo

Art. 8 - L'obbligo generalizzato della comunicazione di avvio del procedimento e l'aggravio dei suoi contenuti

Il legislatore del 2005 lascia immutato l'art. 7 della L. n. 241/90, il quale indica quali siano i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento (oltre a far salvo il potere di adottare provvedimenti cautelari, anche anteriori); modifica, invece, l'art. 8, introducendo nella comunicazione ulteriori elementi e dati.

La comunicazione di avvio del procedimento deve contenere la data entro la quale esso deve concludersi, sia essa fissata dall'amministrazione procedente, *ex* art. 2, c. 2, o, invece, stabilita dalla legge, in applicazione dello stesso art. 2, c. 3; deve, inoltre, indicare i rimedi esperibili in caso d'inerzia dell'amministrazione (art.8, lett. c. *bis*), e, perciò, almeno citare l'art. 2, c. 4 *bis*, che prevede l'applicazione dell'art. 21 *bis* della L. T.A.R.; poi, nei procedimenti ad iniziativa di parte, deve contenere la data di presentazione della relativa istanza (art. 8, lett. c. *ter*), che sarà quella della sua protocollazione da parte della P.A. ricevente.

Tali elementi si aggiungono a quelli previsti dal legislatore del 1990, che sono: l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento promosso, l'ufficio e la persona responsabile del procedimento e l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti (art. 8, lett. a)-b)-c)-d)).

L'aggravio contenutistico della comunicazione di avvio del procedimento, imposto in un'ottica partecipativa di democratizzazione dell'attività dei pubblici poteri,

sembra, in realtà, contraddire il senso stesso dell'azione amministrativa, oramai tutta tesa al risultato, al raggiungimento dell'obiettivo, e non più incentrata sul rigore formale dell'atto.

Ed infatti, ci si deve porre il quesito di quali siano le conseguenze del mancato rispetto di tale aggravio istruttorio, e se esso incida sulla validità del provvedimento finale, viziandone il contenuto.

L'art. 21 *octies* della l. n. 241/90, introdotto dalla L. n. 15/05 in tema di annullabilità del provvedimento, impedisce che un'eventuale impugnazione abbia esito favorevole, nel caso di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, qualora l'amministrazione assolva in giudizio all'onere probatorio di dimostrare che "il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Esistono, pertanto, dei casi in cui la mancata partecipazione degli interessati all'iter procedimentale, dovuta all'ignoranza dell'esistenza del procedimento stesso, non influisce minimamente sulla conduzione dell'istruttoria, e, conseguentemente, sul provvedimento finale. E l'ipotesi descritta non si riferisce ai provvedimenti vincolati, per i quali parrebbe evidente l'esiguità dello spazio partecipativo possibile (l'art. 21 *octies* disciplina in modo specifico i casi di non annullabilità dei provvedimenti vincolati) ma si riferisce a fattispecie in cui viene esercitato il potere discrezionale. Da ciò si può trarre la conclusione che l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento sussiste solo quando comporta, o può comunque comportare, un arricchimento partecipativo che si concreta in un'utilità per l'azione amministrativa.

Altrimenti ritenendo si arriverebbe all'assurdo di ammettere che il T.A.R. potrebbe annullare l'atto viziato, e la P.A. emanarne un altro del tutto identico, ma esente dal vizio, perché preceduto, questa volta, dalla comunicazione di inizio del nuovo iter procedimentale.

Del resto la giurisprudenza maggioritaria, nel vigore del vecchio testo normativo di cui alla L. n. 241/90, era da tempo approdata ad analoghe conclusioni, negando, in una serie di casi, l'invalidazione del provvedimento, a causa della mancata comunicazione di avvio dell'iter procedimentale, nell'ottica dello snellimento dell'attività amministrativa, della sua semplificazione e dell'adeguamento ai parametri costituzionali di efficienza ed efficacia.

In particolare la giurisprudenza prevalente, in assenza di una specifica previsione normativa, negava la necessità della comunicazione in argomento per il procedimento iniziato ad istanza di parte, fondando la sua tesi sulla considerazione che l'avvio ad impulso dell'interessato era, già in sé, espressione della conosciuta potenzialità partecipativa dell'istruttoria. La L. n. 15/05, in antitesi con l'orientamento giurisprudenziale citato, ha stabilito, invece, che l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento sussiste anche nei procedimenti iniziati ad istanza di parte, tant'è che all'interessato va partecipata anche "la data di presentazione dell'istanza".

Certamente una comunicazione proveniente dalla P.A. dobbiamo immaginare che arricchisca di contenuti il quadro che il quisque de populo è capace di prospettarsi, se non altro in merito alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa, ma c'è da chiedersi quale sia il prezzo da pagare, in termini di aggravio e di formalizzazione della fase istruttoria, per produrre questa sintesi esplicativa di dati, per lo più già conosciuti o conoscibili, perché in larga parte contenuti in disposizioni legislative o, comunque, in norme giuridiche.

Art. 10 bis - L'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza

L'art. 9 della L. n. 241/90 prevede la possibilità di intervenire nel procedimento per i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché per i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento.

Le modalità partecipative sono descritte dall'art. 10 della legge il quale, alla lett. b) prevede la possibilità di presentare memorie scritte e documenti, la cui mancata valutazione, ove pertinenti all'oggetto del procedimento, dà luogo al vizio di eccesso di potere. Ciò significa che del mancato accoglimento di tali memorie andrà data contezza nella motivazione del provvedimento finale, che, altrimenti, sarà impugnabile sotto questo profilo.

La L. n. 15/05 ha introdotto, nella legge n. 241/90, l'art. 10 *bis*, il quale impone un aggravio istruttorio ove ricorrano due condizioni: 1) si tratti di un procedimento ad istanza di parte 2) la P.A. sia intenzionata a prendere una decisione sfavorevole all'interessato.

L'art. 10 *bis* stabilisce, con riferimento, appunto, ai procedimenti ad istanza di parte, che, prima della formale adozione del provvedimento negativo, il responsabile del procedimento dovrà comunicare tempestivamente agli interessati i motivi che ostano all'accoglimento della domanda, le ragioni per le quali ci si è determinati a negare l'atto, e dovrà concedere agli istanti un termine (perentorio, di 10 giorni) per la presentazione di osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, il cui dies a quo è il ricevimento della comunicazione.

La comunicazione interrompe i termini per concludere il procedimento. Essi iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle memorie o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 giorni dal ricevimento della comunicazione, da parte degli interessati, circa le ragioni dell'emanando diniego.

Di questa nuova fase istruttoria pre-decisionale dovrà darsi contezza nella motivazione del provvedimento finale, pena l'illegittimità dello stesso.

Il descritto aggravio procedimentale, che impone, a cura del responsabile del procedimento, una forte sollecitazione partecipativa a chi sta per ricevere un diniego, si inserisce nell'ottica della democratizzazione dell'azione amministrativa, e, quindi, della tutela del cittadino, e, dalla parte della P.A., si pone nell'ottica di consentirle una scelta maggiormente ponderata, ed un nuovo bilanciamento degli interessi in campo, frutto di una più ampia riflessione, in linea con ben noti i parametri costituzionali di "buona amministrazione".

Si vuole arrivare, in sostanza, ad un atto "condiviso", pur nel suo contenuto sfavorevole, attraverso una comunicazione che si pone anche come strumento deflativo del contenzioso.

Si evidenzia, tra l'altro, che, venuta meno la conformazione piramidale dell'apparato pubblico, e, con essa, la possibilità di attivare un ricorso amministrativo gerarchico, spetta oramai soltanto al giudice (a parte i casi di ricorso straordinario al Capo dello Stato) il sindacato sulla legittimità delle determinazioni dirigenziali, che si pon-

gono, a tutti gli effetti, come atti definitivi, e cioè come espressione della definitiva volontà della P.A. che li ha emanati, senza che un'autorità di rango superiore possa aggiustare il tiro.

È evidente che, in un quadro come questo, solo un'ottica collaborativa può facilitare che si eviti il ricorso al magistrato. Sarà, però, soltanto la prassi applicativa a dirci se proprio lo strumento approntato dal legislatore del 2005 fornirà le soluzioni cercate, rivelandosi idoneo allo scopo; o se, al contrario, esso non finirà per arrugginire l'azione amministrativa, minandone la snellezza con un'inutile fase pre-decisoria, dai contenuti quasi sempre identici all'atto sfavorevole finale.

Ci si chiede, cioè, se veramente l'interessato ha bisogno, sempre, di una specifica comunicazione, e di uno specifico spazio pre-diniego, per arricchire il proprio intervento istruttorio, o non sono, forse, da questo punto di vista, già sufficienti, il più delle volte, le previsioni degli art. 9 e 10 L. n. 241/90.

Sarà, probabilmente, la giurisprudenza ad aggiustare, in via ermeneutica, la potenziale farraginosità dell'impianto, se applicato in via generale, escludendone l'uso qualora ricorrano, ad esempio, le circostanze di cui all'art. 21 *octies*, e tutte le volte in cui risulti evidente che la comunicazione preventiva dei motivi che ostano all'accoglimento della domanda non possa portare ad alcun arricchimento del quadro.

Per concludere sul punto, va detto che l'aggravio istruttorio non si applica alle procedure concorsuali (verosimilmente per il numero di interessati da coinvolgere), e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale, sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali (stante la specificità del settore, e l'esercizio, in tali casi, di attività per lo più vincolata).

Art. 11 - Gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento

L'art. 11 della L. n. 241/90, così come riformulato dalla L. n. 15/05, conferisce una generale facoltà, all'amministrazione, di procedere per accordi, integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo, purchè in forma scritta, prescritta *"ad substantiam"*, salvo che la legge disponga altrimenti (per esempio prescrivendo la forma scritta soltanto *"ad probationem"*).

La norma si collega alla previsione di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, L. n. 241/90, in base al quale la P.A. agisce, normalmente, utilizzando gli strumenti approntati dal diritto privato.

L'accordo può inserirsi nel procedimento per concorrere allo svolgimento dell'istruttoria, e si parla, in tal caso, di "accordi procedimentali", che costituiscono una modalità di svolgimento dell'attività amministrativa in via generale, oppure può integrare il contenuto del provvedimento, o sostituirlo del tutto, e si hanno, in tale ipotesi, i c.d. "accordi sostitutivi".

Quest'ultima tipologia di accordi era possibile, nel vigore del vecchio testo dell'art. 11, soltanto nei casi previsti dalla legge, ponendosi una riserva relativa di normazione primaria, mentre l'odierna riformulazione dell'art. 11 generalizza la possibilità di

avvalersi dello strumento negoziale, anche come sostitutivo, ad ogni effetto, del provvedimento. E ciò in linea, appunto, con il ribaltamento del principio secondo cui il diritto pubblico era la regola, e quello privato l'eccezione.

Coerentemente l'art. 11, comma 2, prevede che agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento si applichino, in quanto compatibili, "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti".

Gli accordi, che rappresentano una semplificazione amministrativa, e sono stati salutati come l'apoteosi della modalità partecipativa, e della democratizzazione dell'attività amministrativa, hanno avuto scarsissima applicazione fino alla c.d. L. Bassanini bis, la L. n. 127/97, mentre, successivamente a tale data, se ne è registrata una discreta fioritura.

Un esempio è l'acquisto bonario di un bene immobile da parte della P.A., in luogo di un procedimento espropriativo, oppure un accordo in cui il bene stesso viene donato all'amministrazione, in cambio del permesso di costruire su un'altra area di proprietà della P.A..

La legge n. 15/05, introducendo il comma 4 *bis* all'art. 11 della L. n. 241/90, formalizza un obbligo, quasi per contrappasso alla "liberalizzazione" dello strumento negoziale: far precedere l'accordo da una determinazione dell'organo che "sarebbe" competente per l'adozione del provvedimento (ove il condizionale significa, presumibilmente, che la determinazione necessita solo nel caso degli accordi sostitutivi); evidentemente la determinazione serve per esplicitare i motivi che spingono l'amministrazione a concludere l'accordo stesso. Tale determinazione, che ha natura autorizzatoria rispetto al successivo iter privatistico, ricorda la "determinazione a contrarre", che, in ambito di Enti Locali, era già prevista dall'art. 192 del D.lgs. n. 267/00, mutuata dalla vecchia "deliberazione a contrarre", la quale innestava una procedura di "evidenza pubblica" in un contesto tipicamente negoziale; trattasi di un provvedimento amministrativo contenente la ponderazione degli interessi pubblici, e gli elementi essenziali del contratto.

Si sostituisce, allora, con un accordo, il provvedimento amministrativo conclusivo dell'iter procedimentale, ma, comunque, la tanto vituperata fase pubblicistica, cacciata dalla porta, rientra, per così dire, dalla finestra, sotto la forma della iniziale determinazione a stipulare l'accordo.

Ci si chiede se, in un'ottica semplificativa, possa evitarsi un autonomo atto amministrativo, inserendo la determinazione in parola in premessa nel testo dell'accordo (ciò, naturalmente, solo nelle ipotesi in cui la competenza alla stipula dell'accordo non appartenga ad organo diverso da quello competente per la determinazione a contrarre). Occorre riflettere sulle conseguenze di tale tesi in tema di tutela giurisdizionale, poiché l'eventuale impugnazione, da parte dei terzi controinteressati, della determinazione che precede l'accordo, verrebbe, così, a coincidere con l'impugnazione dell'accordo stesso, nel quale la determinazione è contenuta. In proposito si sottolinea che per le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi vi è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 11, u.c.).

Naturalmente, rispetto alla determinazione iniziale, alcuni punti possono essere poi modificati, nel corso della negoziazione, che, altrimenti, non avrebbe senso intraprendere; ma quid iuris ove la P.A. stipuli un accordo, e poi, illegittimamente, non si

attenga al suo contenuto, nel provvedimento che emana, o con i suoi comportamenti (nel caso di accordo di tipo "sostitutivo)? Ci si chiede se, in tal caso, il cittadino abbia una posizione giuridica attiva sostanziale di diritto soggettivo, ovvero di interesse legittimo; con la conseguenza che, se si accede alla prima tesi, tra gli strumenti civilistici approntati per la tutela del privato, vi sarebbe anche quello previsto all'art. 2932 c.c.: la ben nota "sentenza sostitutiva dell'adempimento" dei cui limiti di applicabilità, relativamente ai poteri esercitati dalla P.A., tanto si è discusso, e si discute ancora, in dottrina ed in giurisprudenza.

Si sottolinea, in ogni modo, che vi sono casi in cui la P.A. del tutto legittimamente non si attiene all'accordo stipulato, perchè il comma 4 dell'art. 11, rimasto invariato rispetto all'iniziale formulazione della L. n. 241/90, le conferisce (e soltanto alla P.A., non anche al privato) la possibilità di "recesso unilaterale dall'accordo", "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse", con ciò volutamente sbilanciando le posizioni delle due parti contraenti; poi prescrive, però, a carico della P.A. recedente, "l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato". I pregiudizi sono eventuali, e vanno, perciò, dimostrati, ma, una volta accertati, devono essere senz'altro dar luogo ad un ristoro economico. La norma si collega al nuovo art. 21 *quinquies*, in materia di revoca del provvedimento amministrativo non più rispondente all'interesse pubblico.

Capo IV - Semplificazione dell'azione amministrativa

Artt. 14, 14-bis, *14*-ter, *14*-quater *e 14*-quinquies - *La conferenza di servizi, lo svolgimento dei suoi lavori e gli effetti del dissenso in essa espresso. La conferenza di servizi in materia di project financing*

La materia in esame si presenta di tale importanza e complessità da richiedere, per un'esaustiva disamina, una trattazione monografica; in questa sede, quindi, non si potrà che procedere per brevi accenni, tentando di mettere in luce le tematiche sottese alle innovazioni maggiormente significative.

Come è noto la conferenza di servizi è un modulo procedimentale di semplificazione amministrativa disciplinato, in via generale, dagli artt. 14 e seguenti della L. n. 241/90, ma già utilizzato, fin dagli anni 80, dal legislatore di alcune discipline settoriali.

Si tratta della riunione di persone fisiche, in rappresentanza delle amministrazioni di appartenenza, decisa dal responsabile del procedimento, e volta ad ottenere l'acquisizione, all'interno del procedimento stesso, dei diversi interessi pubblici nella specie rilevanti, di cui le amministrazioni partecipanti siano portatrici; attraverso la conferenza si opera un esame congiunto del rilievo che tali interessi assumono nel procedimento, e se ne stabilisce l'assetto, che viene fissato in un successivo atto provvedimentale.

Detto in altri termini, l'amministrazione procedente si trova, spesso, a dover ponderare l'interesse pubblico primario, di cui risulta titolare in base alla norma attributiva

del potere, bilanciandolo con interessi pubblici diversi, la cui cura è istituzionalmente affidata ad altri soggetti pubblici, e può scegliere di operare tale ponderazione (o, in alcuni casi, deve) con l'indizione di una Conferenza di Servizi.

In tal modo si ottiene la semplificazione procedimentale di considerare sincronicamente, in un unico contesto, tutti gli interessi rilevanti nel caso di specie, di cui le P.A. coinvolte siano portatrici.

Va specificato che questo contesto unificante potrebbe essere anche soltanto virtuale, stante l'aggiunta di un comma 5-*bis* all'art. 14 L. n. 241/90, con cui la legge spinge per l'informatica: si prevede, infatti, che, previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, la Conferenza di Servizi possa essere convocata e svolta anche avvalendosi degli strumenti informatici disponibili.

Si distinguono, tradizionalmente, due tipi di conferenze di servizi. La prima è la c.d. conferenza "istruttoria", in cui la decisione si chiama "monostrutturata", perché compete ad un'unica amministrazione, che acquisisce i punti di vista delle altre P.A., portatrici degli interessi pubblici coinvolti, attraverso il modulo procedimentale della conferenza (art. 14, c. 1); la seconda è la c.d. conferenza "decisoria", in cui la decisione si dice "polistrutturata", perché necessita l'assenso di più amministrazioni per l'adozione del provvedimento finale (art. 14, c. 2).

Si distinguono, poi, una conferenza "facoltativa" ed una "obbligatoria".

Nel caso della conferenza istruttoria l'uso dello strumento della conferenza di servizi è facoltativo; nell'ipotesi, invece, della conferenza decisoria, si deve obbligatoriamente convocare la conferenza, ove l'amministrazione procedente debba "acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche" e le P.A. interpellate non rispondano "entro 30 giorni dalla ricezione … della relativa richiesta". Rispetto al testo previgente si registra, qui, un aumento (da 15 a 30 giorni) del termine entro il quale, se l'amministrazione procedente non riceve una risposta, ha l'obbligo di convocare la conferenza; inoltre il dies a quo, nel testo pre-riforma, era l'inizio del procedimento, mentre, nella legge riformata, è la ricezione della richiesta.

Anche nel caso di conferenza decisoria, però, l'indizione torna ad essere facoltativa ove giungano dissensi; dice, infatti, la legge che la conferenza "può" essere convocata nei 30 giorni dalla richiesta se "è intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate".

Il comma 3 dell'art. 14 disciplina un ulteriore caso di conferenza facoltativa, quello della conferenza di servizi "interprocedimentale", che si ha quando più procedimenti connessi, imputati ad amministrazioni diverse, riguardino "medesimi attività o risultati". Sul punto non si registra alcuna innovazione, per cui, in tal caso, la conferenza continua a poter essere convocata da una delle amministrazioni coinvolte, che curi l'interesse pubblico considerato prevalente.

La L. n. 15/05 innova, invece, in materia di affidamento di concessione di lavori pubblici (art. 14, comma 5) perché la conferenza può essere convocata, oggi, oltre che dal concedente, anche dal concessionario, previo consenso del concedente e "quando la conferenza è convocata ad istanza del concessionario, spetta in ogni caso al concedente il diritto di voto".

Quanto al settore dei lavori pubblici la L. n. 15/05 elimina il richiamo all'art. 7 della c.d. Legge Merloni (L. n. 109/94 e s.m.i.), contenuto nel vecchio testo dell'art.

14, comma 3, della L. n. 241/90, per cui la disciplina della conferenza di servizi prevista dalla L. n. 241/90 appare oggi estensibile anche ai lavori pubblici.

La L. n. 15/05, inoltre, detta una serie di modifiche con riferimento alla disciplina della conferenza di servizi "preliminare", così chiamata perché precede la presentazione di un'istanza, o l'adozione di un progetto definitivo. Tale tipo di conferenza, introdotta dalla L. n. 340/2000, riguardava soltanto "progetti di particolare complessità", nel testo previgente della L. n. 241/90, mentre oggi, con la L. n. 15/05, il modulo procedimentale si applica anche al caso di "insediamenti produttivi di beni e servizi, su motivata richiesta dell'interessato" documentata anche soltanto da uno studio di fattibilità, ove non vi sia già un progetto preliminare.

La conferenza qui serve a verificare quali siano le condizioni per il futuro ottenimento dei necessari atti di consenso.

Tra le innovazioni del legislatore del 2005 in materia di conferenza di servizi preliminare (ma non solo preliminare) va menzionata anche l'introduzione della tutela della "pubblica incolumità" nel novero dei c.d. "interessi sensibili" (art.14-*bis*, comma 2); quegli interessi, cioè, curati da amministrazioni dal cui dissenso non si può prescindere, in sede di conferenza di servizi (si parla, perciò, di dissenso qualificato). La pubblica incolumità è un concetto molto ampio, che comprende tutte le situazioni di pericolo in cui le persone possono trovarsi, sia derivanti da calamità naturali, sia causate dall'azione umana. Perciò si dilata la nozione di dissenso qualificato, comprendendovi i pareri negativi di un numero di P.A. assai vasto (protezione civile, forze dell'ordine, ecc.).

Gli altri interessi indicati dalla legge come sensibili sono: la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, e della salute.

Il comma 3-*bis* dell'art. 14-*bis*, in tema di conferenza preliminare, disciplina *ex novo* gli effetti del dissenso espresso da una P.A. preposta alla tutela di uno degli interessi sopra menzionati, e sottopone tale dissenso alla stessa disciplina che vige quando la conferenza non è caratterizzata dalla preliminarietà (viene richiamato, infatti, l'art. 14-*quater*, comma 3).

Quanto ai lavori della conferenza di servizi, l'art. 14-*ter*, così come riformulato, prevede che la prima riunione della conferenza sia convocata entro 15 giorni (ovvero, in caso di particolare complessità dell'istruttoria, entro 30 giorni) dalla data di indizione. Inoltre l'avviso di convocazione della prima riunione deve pervenire alle amministrazioni interessate almeno 5 giorni prima della data in cui la riunione stessa è fissata (il termine è stato ridotto, dalla L. n. 15/05, da 10 a 5 giorni). Nella prima riunione le P.A. partecipanti alla conferenza devono fissare il termine per l'adozione della determinazione conclusiva, ed i lavori non possono durare più di 90 giorni, scaduti i quali l'amministrazione procedente adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento, "valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse".

Prima delle modifiche di cui alla L. n. 15/05 la L. n. 241/90 stabiliva che nelle conferenze si dovesse procedere a maggioranza delle P.A. presenti, per cui valeva la regola che ad ogni P.A. era attribuito un voto. Oggi, invece, bisogna tener conto delle "posizioni prevalenti" (art. 14-*ter*, c. 6-*bis*), quindi, il peso di ogni singola P.A. verrà ad essere determinato dall'interesse che essa sta tutelando, ed infine chi decide, e provvede, è la P.A. che ha convocato la conferenza, una volta assolto all'obbligo di coin-

volgere, invitandole, tutte le P.A. competenti.

Ciò vale, però, soltanto ove non vi sia il motivato dissenso espresso da una P.A. che tutela interessi sensibili, nel qual caso la decisione va rimessa ad altro e superiore livello di governo (art. 14-*quater*, c. 3).

Il principio maggioritario è, invece, riconfermato con riferimento alle determinazioni relative all'organizzazione dei lavori (art.14-*ter*, c. 1).

Quanto agli effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi, vale la pena di ricordare che la riforma del Titolo V della Costituzione ha inciso sulle competenze dei vari liveli istituzionali, anche nella materia che qui ci occupa, relativa alla rimessione della decisione, da parte dell'amministrazione procedente, ad altra qualificata sede.

Ed infatti, nell'ipotesi che nel procedimento siano coinvolti interessi sensibili, e vi sia il motivato dissenso di una P.A. che li tutela, la decisione è oggi rimessa al Consiglio dei Ministri solo se il dissenso è tra P.A. statali, mentre prima tale organo era deputato a decidere anche in caso fossero coinvolte Regioni o Enti Locali; e ciò perché oggi il Consiglio dei Ministri non opera più come organo della Repubblica, ma soltanto come organo dello Stato. Se il dissenso, quindi, è tra P.A. statali e Regioni, o tra più amministrazioni regionali, la decisione, oggi, va rimessa alla Conferenza Stato-Regioni; mentre se il dissenso è tra P.A. statale o regionale ed Ente locale, o tra più Enti locali, la competenza a decidere spetta alla Conferenza Unificata di cui all'art. 8 del D.lgs. n. 281/97 (art. 14-*quater*, c. 3).

Ove, poi, si verta in materia di competenza costituzionalmente affidata alla Regione (ed a prescindere dal coinvolgimento o meno di interessi sensibili nel procedimento) ed il motivato dissenso sia espresso da una Regione, o da una Provincia autonoma, la determinazione sostitutiva è rimessa dall'amministrazione procedente alla Conferenza Stato-Regioni, se il dissenso è tra un'amministrazione statale ed una regionale o tra amministrazioni regionali, ed, invece, alla Conferenza Unificata, in caso di dissenso tra una Regione o provincia autonoma e un Ente locale (art. 14-*quater*, c. 3-*bis*).

Se poi le Conferenze non provvedono, sia nell'ipotesi sub comma 3, che in quella sub comma 3-*bis*, è previsto un intervento sostitutivo del Consiglio dei Ministri, ovvero della Giunta regionale, quando la materia non sia costituzionalmente attribuita alla competenza statale, e, solo se anche la Giunta non provvede, è prevista una rimessione al Consiglio dei Ministri, ma con la partecipazione dei Presidenti delle Regioni interessate (art. 14-*quater*, c. 3-*ter*).

In caso di dissenso tra amministrazioni regionali, però, l'impianto normativo descritto può non dover operare, perché è fatta salva l'autonomia normativa ed organizzativa costituzionalmente riconosciuta alle Regioni (art. 117, c. 8, Cost.). Esse, quindi, ben possono aver ratificato, con propria legge, intese per la composizione del dissenso, stabilendo meccanismi diversi di soluzione del problema, "anche attraverso l'individuazione di organi comuni competenti in via generale ad assumere la determinazione sostitutiva in caso di dissenso".

Con questo macchinoso disegno, volto a disciplinare la composizione di interessi pubblici facenti capo a diversi livelli di governo, è stato risolto il problema della costituzionalità della L. n. 241/90, relativamente alla sua compatibilità con il nuovo quadro costituzionalmente delineato dal modificato Titolo V, ma non è stato sciolto un altro nodo: l'organo a cui si fa appello perché emani la determinazione sostitutiva è rimasto

un giudice politico, non tecnico.

Tornando allo svolgimento dei lavori della conferenza di servizi, va aggiunto che, nel caso vi sia bisogno di acquisire una valutazione d'impatto ambientale (V.I.A.) il termine perché essa sia resa è di 90 giorni, e, fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale, resta sospeso il termine per la conclusione della conferenza, con la conseguenza che, nel caso sia richiesta una V.I.A., si dilatano i tempi massimi di conclusione della conferenza stessa, fino a 180 giorni.

Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva della conferenza sostituisce, ad ogni effetto, autorizzazioni, concessioni, nulla-osta o atti di assenso comunque denominati, delle P.A. partecipanti, o invitate alla conferenza ma assenti (art. 14-*ter*, c. 9).

Infine, in materia di conferenza di servizi, occorre accennare ad un'ipotesi introdotta dalla L. n. 15/90: la conferenza di servizi in materia di finanza di progetto.

Si è voluta in qualche modo dare, con la previsione di tale ipotesi, nuova vita all'istituto del project financing, che stenta a decollare nel nostro paese, e le cui procedure sono disciplinate dagli artt. 37-*bis* e seguenti della L. n. 109/94 e s.m.i.

La L. n. 15/05, con l'aggiunta dell'art. 14-*quinquies* alla L. n. 241/90, prescrive che "sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura" della finanza di progetto, "ovvero le società di progetto" di cui alla c.d. Legge Merloni.

Capo IV-*bis* - Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, revoca e recesso

Premessa

La L. n. 15/90 introduce un nuovo Capo nel testo della L. n. 241/90: il Capo IV-*bis*, che si compone degli articoli dal 21-*bis* al 21-*nonies*, e detta, per la prima volta, una disciplina sostanziale della validità e dell'efficacia del provvedimento amministrativo.

Nella stessa legge in cui, in apertura, s'impone come regola l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, da parte dei pubblici poteri (art. 1, c. 1-*bis*), viene inserito, poi, un intero Capo dedicato alla disciplina dell'atto provvedimentale, tradizionale esplicazione dell'attività di tipo pubblicistico, anche se non sempre di natura autoritativa, ed oggi relegato, quindi, proprio dalla L. n. 15/05, ad un uso marginale, ogni volta che possa essere sostituito dallo strumento privatistico (a meno che non si voglia parlare, invece, di una "privatizzazione dell'atto amministrativo" e cioè di un'applicazione generalizzata delle regole privatistiche proprio all'atto amministrativo, ma in tal caso sarebbe poi da discutere se non ne risulterebbe snaturata l'essenza).

Il provvedimento amministrativo, nella tradizionale definizione condivisa dalla dottrina prevalente, è un atto di disposizione unilaterale in ordine all'interesse pubblico, emanato dalla P.A. cui è attribuito dalla norma il potere di curare quell'interesse, e

preordinato alla produzione di effetti giuridici in capo a terzi, di natura favorevole (c.d. provvedimenti ampliativi) o sfavorevole (c.d. provvedimenti ablatori).

Esso si caratterizza per la "tipicità", che consiste nella definizione normativa del tipo di vicenda giuridica prodotta dall'esercizio del potere (e, quindi, ad esempio, l'indicazione del diritto soggettivo del destinatario dell'atto passibile di compressione tramite quello specifico provvedimento, o passibile di affievolimento ad interesse legittimo, per dirla con i sostenitori della c.d. teoria dei diritti affievoliti). Il provvedimento amministrativo soggiace, inoltre, al c.d. principio di "nominatività", in base al quale la P.A., per ottenere gli effetti tipici, può servirsi soltanto di quegli atti che la legge descrive, schematizzandone i tratti.

Quanto alla veste dell'atto, al suo modo di presentarsi agli operatori ed ai destinatari, va ricordato che, nell'ottica dello snellimento dell'azione amministrativa, già la prima Legge Bassanini (L. n. 59/97) aveva previsto la piena ammissibilità dell'ausilio delle tecnologie informatiche, e la validità e rilevanza, a tutti gli effetti di legge, dell'atto amministrativo informatico prodotto attraverso tali tecnologie. Oggi il documento informatico è disciplinato dal D.P.R. n. 445/2000, recante il Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (e modificato con D.lgs. n. 10/02), ed è disciplinata anche la c.d. firma digitale.

Tornando alla nuova regolamentazione dell'atto provvedimentale di cui alla L. n. 15/05, si deve notare che il legislatore del 2005 soltanto in parte ha recepito le conclusioni cui era approdata la giurisprudenza più attenta, traducendo in "ius conditum" un annoso lavoro interpretativo; in larga misura, invece, egli ha innovato totalmente, ed in modo particolarmente significativo in materia di invalidità del provvedimento.

Negli articoli in esame colpisce, innanzi tutto, il ripetuto ed imperioso richiamo al principio di legalità, attraverso incisi che circoscrivono l'applicazione degli istituti maggiormente lesivi della sfera giuridica privata ai "soli casi previsti dalla legge" e "con le modalità" da questa "fissate"; o altri incisi che limitano ai soli casi in cui "sia diversamente stabilito dalla legge" le ipotesi derogatorie a discipline garantiste, poste in via generare, oppure circoscrivono l'assegnazione di competenze ad altro organo, rispetto a quello che ha emanato il provvedimento, solo ai casi in cui il diverso organo sia all'uopo "previsto dalla legge".

È appena il caso di ricordare, infine, che le riserve di legge esaminate sono da intendersi come riserve all'atto legislativo in senso tecnico, che è l'atto di normazione primaria caratterizzato dalla forza ed efficacia di legge, e, perciò, anche l'atto emanato in applicazione degli artt.76 o 77 Cost., nonché l'atto legislativo regionale.

Art. 21-bis - *Il provvedimento limitativo della sfera giuridica del privato come atto recettizio*

Il provvedimento amministrativo si dice "perfetto" nel momento in cui è integrata la fattispecie tipica costitutiva dello stesso. Quando, cioè, ricorrono tutti gli elementi che il legislatore ha previsto perché possa dirsi esistente un atto di quel tipo.

Normalmente i provvedimenti amministrativi perfetti diventano subito efficaci, e possono essere immediatamente eseguiti, a meno che la legge, o lo stesso provvedimento, non ne differiscano l'esecuzione ad un momento successivo (art. 21-*quater*).

In casi specifici, però, è richiesta la presenza di ulteriori elementi, detti elementi "integrativi dell'efficacia" dell'atto, senza i quali il provvedimento perfetto non può produrre gli effetti giuridici che gli sono propri.

Nei provvedimenti c.d. recettizi elemento integrativo dell'efficacia dell'atto è la sua comunicazione al destinatario.

È pacifico che i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati siano atti recettizi, come insegna da tempo la giurisprudenza costante, nonché la dottrina pressoché unanime; essi, pur perfezionandosi in un momento precedente, acquistano, però, "efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso", ripete oggi la legge.

La comunicazione può avvenire anche applicando le regole stabilite dal codice di procedura civile per la notifica ai soggetti irreperibili. Inoltre, per l'ipotesi in cui il numero cospicuo dei destinatari renda impossibile la comunicazione personale, valgono le regole che sono dettate dall'art. 8, c. 3 in materia di comunicazione di avvio del procedimento (forme di pubblicità idonee potranno allora essere, anche qui, comunicati stampa, manifesti sui muri ecc.).

Gli atti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente costituiscono, per così dire, un'eccezione dell'eccezione, difettando della recettizietà, che caratterizza, invece, come si è già detto, tutti i provvedimenti appartenenti alla tipologia ablatoria.

Quindi "i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci", senza che necessiti alcun elemento "integrativo dell'efficacia", come la comunicazione ai destinatari. Si noti che il legislatore ha usato una congiunzione, e non una particella disgiuntiva, per cui l'atto andrà motivato sia in ordine al suo carattere cautelare, sia in relazione all'urgenza.

Infine la P.A. che emana un atto ablatorio, ove esso non abbia carattere sanzionatorio, può renderlo immediatamente efficace inserendovi una motivata clausola in tal senso.

Per la verità non risulta molto chiaro quale sia lo spazio applicativo di questa deroga facoltativa alla recettizietà degli atti ablatori, perché, al di là dell'urgenza e della natura cautelare dell'atto, non vengono in mente altre ragioni da inserire nella parte motivazionale dell'atto a tale scopo.

Vale appena il caso di ricordare, infine, che trattandosi di disciplina derogatoria, essa va interpretata in senso restrittivo.

Artt. 21-ter *e 21*-quater - *Esecutorietà, efficacia ed esecutività del provvedimento amministrativo*

Per molto tempo l'esecutorietà (cioè, in sostanza, la capacità dell'atto di produrre i suoi effetti a precindere dalla volontà del destinatario, e senza l'intervento di un giu-

dice) è stata ritenuta una caratteristica precipua del provvedimento amministrativo, quasi che la posizione di supremazia dell'amministrazione nei confronti dei privati fosse una posizione di tipo istituzionale, per cui qualsiasi atto promanasse dal pubblico potere era, per ciò stesso, rivestito di autoritatività, e, quindi, esecutorio, a prescindere dai suoi contenuti. Per fortuna la giurisprudenza più sensibile, soprattutto in considerazione del parametro costituzionale che prescrive la riserva di legge relativamente alle prestazioni personali e patrimoniali imposte (art. 23 Cost.), ha superato questo vecchio orientamento, accreditando il principio secondo cui "le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti" soltanto "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge", con ciò fortemente limitando l'esercitabilità della c.d. "autotutela" da parte della P.A.. La L. n. 15/05 ha recepito il dettato giurisprudenziale garantista, stabilendo, tra l'altro, che l'esecuzione coattiva possa avvenire soltanto ove ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: 1) si tratti, come già detto, di caso previsto dalla legge, e si seguano le modalità dalla stessa prescritte 2) nel provvedimento costitutivo dell'obbligo siano indicati "il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato" 3) l'interessato non adempia 4) venga diffidato dalla P.A., ma ancora non ottemperi.

La legge n. 15/05 parla di obblighi "nei confronti della P.A.", nel senso che l'obbligo è sempre destinato a soddisfare l'interesse pubblico che la P.A. tutela, anche se a volte i concreti beneficiari dell'atto sono altri, come, ad esempio, la collettività in generale.

Quanto alla tipologia degli obblighi (positivi) nei confronti della P.A., si distinguono, tradizionalmente, obblighi di "fare" e di "dare", e, tra questi ultimi, è consuetudine annoverare come esempio tipico di prestazione fungibile le "obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro", oggi regolate dal secondo comma dell'art. 21-*ter*. La fungibilità della prestazione obbligatoria comporta la possibilità che dall'esecuzione coattiva, anche d'ufficio, la P.A. tragga il medesimo risultato pratico che si prefiggeva con il provvedimento amministrativo impositivo dell'obbligo. Soltanto la coercizione diretta ad un "facere" infungibile, invece, ove ammissibile, garantisce alla P.A. tale risultato, mentre un'esecuzione coattiva d'ufficio in tal caso non servirebbe allo scopo.

L'art. 21-*quater*, come già detto, stabilisce la regola generale secondo cui i provvedimenti efficaci sono eseguiti immediatamente, sia che l'efficacia abbia coinciso con il momento della perfezione dell'atto, sia, invece, che sia stata necessaria la comunicazione ai destinatari, o altro elemento integrativo dell'efficacia. È fatta salva una diversa previsione legislativa, di non immediata eseguibilità, o un'analoga clausola (ovviamente motivata) nello stesso provvedimento.

Dalla lettura della norma si evince che perfezione, efficacia ed esecuzione, (che sono, come è noto, tre concetti distinti) normalmente coincidono da un punto di vista temporale.

Il secondo comma dell'art. 21-*quater* prevede la sospensione come istituto derogatorio. Distingue la sospensione dell'efficacia (degli effetti giuridici) dalla sospensione dell'esecuzione (dell'attività materiale). Perché possa sospendersi un provvedimento devono ricorrere gravi ragioni, e la sospensione deve durare il tempo strettamente necessario. Competente a disporla è l'autorità che ha emanato l'atto (a meno che non sia la legge a prevedere la competenza di un altro organo). Il termine della sospensione

dev'essere espressamente indicato nel provvedimento che la dispone, che è un provvedimento di secondo grado, e va motivato.

Si noti che la sospensione può riguardare sia provvedimenti ad efficacia istantanea, che si esaurisce nel momento in cui il provvedimento è eseguito, sia ad efficacia continuata, protratta per un certo lasso di tempo, perché in entrambi i casi quello che viene differito è il *"dies a quo"* della produzione degli effetti, per nulla rilevando che nei provvedimenti ad efficacia istantanea il momento iniziale di produzione degli effetti coincide con il *"dies ad quem"*. Se invece si operasse sul termine finale dell'efficacia, protraendolo, si avrebbe una proroga, possibile solo per i provvedimenti ad efficacia durevole.

Art. 21-**quinquies** - *La revoca del provvedimento*

La revoca è un provvedimento amministrativo di secondo grado, adeguatamente motivato, che fa venir meno la vigenza degli atti ad efficacia durevole. Essa non è retroattiva, ed ha perciò effetto *ex nunc*, nel senso che determina la cessazione degli effetti dell'atto, facendo salvi quelli già prodottisi. Così testualmente recita l'art. 21-*quinquies*: "la revoca determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti".

La dottrina tradizionale distingue tra revoca ed annullamento proprio sulla base della retroattività, che sarebbe propria soltanto di quest'ultimo, il quale, perciò, annullerebbe, cancellandoli, gli effetti prodottisi (efficacia *ex tunc* dell'annullamento).

Altra distinzione che tradizionalmente viene fatta tra i due istituti consiste nel fatto che l'annullamento opererebbe nel caso di provvedimenti di primo grado affetti da vizio di legittimità (incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere), mentre il ricorso alla revoca sarebbe possibile solo nell'ipotesi di provvedimento viziato nel merito.

In realtà varie e diverse sono le distinzioni che la fantasia della dottrina più recente ha saputo trovare in relazione a questi due tipi di atti, così come molteplici sono i *"nomina iuris"* assegnati alle singole fattispecie concrete di provvedimento di secondo grado, anche abbinando più nomi (rimozione, ritiro, decadenza, abrogazione, o, ancora, la c.d. revoca-sanzione, che farebbe venir meno, per esempio, la concessione, e perciò un diritto soggettivo, in caso di violazione di un obbligo imposto nel contratto a carico del concessionario, ecc. ecc.).

Stando così le cose, senza addentraci nei meandri di una enucleazione del concetto di revoca attraverso la sua differenziazione da figure giuridiche ritenute affini, l'attenzione prioritaria sembra dover essere data non tanto, e non più, alla efficacia *ex nunc* della revoca, o all'eventuale vizio di merito sotteso, quanto, piuttosto invece, al rapporto che il provvedimento durevole crea tra i suoi destinatari e la P.A., rapporto che deve essere sempre rispondente all'interesse pubblico.

Perciò, in linea con la giurisprudenza, il legislatore ha previsto che possa essere sottoposto a verifica il permanere della rispondenza all'interesse pubblico tutelato, da

parte del provvedimento amministrativo, o meglio, dei suoi effetti durevoli.

L'art. 21-*quinquies* prevede, infatti, la possibilità di revoca in tre ipotesi: 1) c.d. revoca per sopravvenienza, ovvero per mutamento della situazione di fatto che era alla base del provvedimento di primo grado, costituendone, appunto, una delle c.d."premesse in fatto" 2) mutamento dovuto alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico che non erano stati valutati nel provvedimento di primo grado, perché allora inesistenti, e che rendono non più rispondente all'interesse pubblico, nella sua rinnovata consistenza, l'assetto del rapporto contenuto nel provvedimento da revocare 3) esercizio dello "ius poenitendi". Qui la situazione fattuale resta immutata, ed anche l'interesse pubblico originario rimane lo stesso, ma ne viene compiuta una diversa valutazione, del tutto nuova, all'esito della quale gli effetti del provvedimento di primo grado non appaiono più in linea con l'interesse pubblico. La P.A. ha cambiato idea, anche se la realtà oggettiva è rimasta immutata.

Alcuni provvedimenti sono irrevocabili, perché in relazione ai loro effetti non è possibile una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico (per es. le decisioni sui ricorsi amministrativi, che, avendo carattere giustiziale, sono pronunce che, una volta rese, devono restare tali).

L'art. 21-*quinquies* prevede che la revoca possa comportare pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati e, ove ciò accada, introduce un meccanismo d'indennizzo a favore dei soggetti pregiudicati dalla revoca. Vi è differenza tra indennizzo e risarcimento: quest'ultimo dev'essere pieno, mentre l'indennizzo è soltanto un serio ristoro. Inoltre la mera "possibilità" circa la produzione del pregiudizio, stabilita dal legislatore, circoscrive le ipotesi d'indennizzo ai soli casi in cui sia provata l'esistenza di un danno, in cui, cioè, sia provato che la mancata produzione di ulteriori effetti da parte del provvedimento di primo grado lede un diritto del cittadino.

Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Art. 21-**sexies** - *Il recesso unilaterale dai contratti da parte della P.A.*

La legge ammette una prerogativa speciale a favore della pubblica amministrazione, sacrificando l'interesse privato all'interesse pubblico: il recesso unilaterale dai contratti. Pone, in proposito, una riserva di legge; oppure deve essere inserita nel contratto una clausola contenente tale facoltà. Diversamente la P.A. non può recedere unilateralmente.

Quindi il recesso unilaterale è disciplinato in modo tale che il contraente privato sia edotto dell'esistenza di tale facoltà, o perché esiste in tal senso una legge che non può scusabilmente ignorare, oppure perché la prevede il testo contrattuale che firma.

Il circoscrivere la facoltà di recesso unilaterale dal contratto, da parte della P.A., entro i confini descritti risponde al principio secondo il quale: *"pacta sunt servanda"*, valevole anche per l'attività negoziale della pubblica amministrazione; altrimenti verrebbe meno la tutela dell'affidamento che i terzi fanno sul contraente pubblico.

Quanto ad un eventuale indennizzo il legislatore nulla dice.

Art. 21*-septies - *La nullità del provvedimento amministrativo

Il provvedimento amministrativo si compone di elementi c.d. essenziali, ed, eventualmente, di elementi c.d. accidentali.

Gli elementi facoltativi del provvedimento sono la condizione ed il termine, mutuati dalla disciplina privatistica del codice civile.

La condizione è un avvenimento futuro ed incerto dal quale si fa dipendere l'inizio della produzione degli effetti di un atto (condizione sospensiva) o la loro cessazione. Qualora si verifichi, può esserne anche fissata la data *(certus quando)*, purchè rimanga incerto l'*"an"* (per fare un esempio di attualità: in caso di disordini alla partita di calcio del giorno x, scatteranno le misure d'urgenza previste). Poiché la condizione sospensiva costituisce una condizione di efficacia dell'atto, si applica la regola di cui all'art. 21-*quater*, secondo la quale l'atto, verificatasi la condizione, e con ciò divenuto efficace, è eseguito immediatamente.

Il termine serve a differire il prodursi degli effetti di un provvedimento amministrativo (termine iniziale) a data diversa, anche non definibile, ma comunque di sicura verificazione (ad es. il giorno della morte dei capi bovini; si parla, in tal caso, di termine *"certus an, sed incertus quando"*), oppure serve a far cessare l'efficacia di un provvedimento alla sua scadenza (termine finale). Si evidenzia che il provvedimento ad efficacia durevole, in pendenza del termine finale, o della condizione risolutiva, è revocabile, adeguatamente motivando, ove il rapporto creatosi tra la P.A. ed i suoi destinatari non sia più rispondente all'interesse pubblico.

L'altro elemento accidentale proprio del negozio giuridico, il *"modus"*, non si attaglia all'atto pubblico, in quanto l'onere modale è un peso apposto ad una liberalità, allo scopo di limitarla, mentre nel provvedimento amministrativo difetta, certamente, lo spirito liberale.

La tendenza giurisprudenziale è nel senso dell'applicazione del principio di conservazione degli atti per cui, se viene apposta una clausola illegittima, si considera *"tamquam non esset"*, ed è fatto salvo l'atto. La tendenza, cioè, fin dove possibile, è quella di espungere dal testo del provvedimento la clausola invalida, che *"vitiatur sed non vitiat"*.

Così come si parla di mera irregolarità tutte le volte che siano violate norme procedimentali di scarso rilievo, o, comunque, di carattere solo formale (illegittimità formale), e si tende, anche qui, come vedremo, a conservare l'atto.

Ben diversa è la rilevanza del vizio afferente gli elementi essenziali dell'atto amministrativo. L'art. 21-*septies* testualmente recita, in apertura: "È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali…". Tali elementi sono: 1) il soggetto pubblico, che la norma di organizzazione dei pubblici poteri individua, e che dev'essere dotato di personalità giuridica, perché sia centro d'imputazione di atti amministrativi 2) la volontà, che è volontà spersonalizzata dell'atto, e non intento psicologico del funzionario agente, le cui ragioni personali, motivazioni, e via dicendo, non hanno alcun rilievo ai fini che qui interessano 3) l'oggetto, che è la produzione dell'effetto, la vicenda giuridica che si determina con quell'atto, e che dev'essere lecito, possibile, determinato e determinabile, così come previsto in materia privatistica dall'art. 1346

c.c. per l'oggetto del contratto 4) la causa, che è la cura dell'interesse pubblico che la P.A. è chiamata a tutelare, la ragione per la quale la norma attributiva del potere le conferisce il compito di emanare quell'atto 5) la forma, che è la modalità di esternazione dell'atto. In diritto privato vige il principio di libertà delle forme, ma il provvedimento amministrativo riveste, per lo più, la forma scritta, anche ove ciò non sia espressamente richiesto dalla norma, per evidenti ragioni di certezza, nonché di agevole individuazione della provenienza e del contenuto dell'atto, anche a distanza di tempo.

L'art. 21-*septies* prosegue assoggettando al regime della nullità il provvedimento amministrativo "…che è viziato da difetto assoluto di attribuzione …". Trattasi dell'ipotesi di c.d. incompetenza assoluta, mentre nel caso d'incompetenza relativa l'atto è annullabile. Si tratta, cioè, della rara ed abnorme fattispecie in cui la P.A. invade la sfera di un altro potere, ad esempio quello giudiziario, emanando atti che competono ad esso, con ciò violando la norma attributiva del potere, e non soltanto le norme che ne disciplinano l'esercizio (c.d. norme di azione).

Infine l'art. 21-*septies* definisce nullo il provvedimento amministrativo "…che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato". Poiché oggi, sia nell'ipotesi di violazione, sia in quella di elusione del giudicato, la conseguenza normativamente prevista è la nullità dell'atto, sembra inutile attardarsi sulle differenziazioni tra "violazione" ed "elusione", che la giurisprudenza più sensibile aveva colto per circoscrivere, nel sistema previgente, i casi di nullità.

Le ipotesi di nullità descritte dall'art. 21-*septies* sono tassative, stante il regime del vizio.

La nullità, infatti, non è soggetta a prescrizione, ed è perciò rilevabile in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, ed anche d'ufficio dal giudice, senza che una parte processuale abbia sollevato la relativa istanza di declaratoria; è insanabile, restando alla P.A. l'unica possibilità di convertire l'atto nullo in un altro, diverso e valido; ha efficacia retroattiva, nel senso che eventuali effetti prodotti dall'atto nullo vanno vanificati. Nelle ipotesi di maggior gravità la dottrina parla addirittura di inesistenza dell'atto, ma si tratta di ipotesi di scuola, il cui verificarsi appare assolutamente improbabile.

Quanto all'attività giurisdizionale sul punto, vale la nota regola di riparto della competenza tra giudice amministrativo e giudice ordinario, per cui al g.a. spetterà la cognizione sugli interessi legittimi, mentre si adirà il g.o. vertendosi in tema di diritti soggettivi. L'art. 21-*septies*, comma 2, pone, però, un'eccezione a questa regola: "le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi" quando si tratti di "violazione o elusione del giudicato" "sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

*Artt. 21-***octies** *e 21-***nonies** *- I vizi di legittimità dell'atto amministrativo. I casi di non annullabilità del provvedimento viziato. L'annullamento d'ufficio e la convalida*

L'annullabilità dell'atto si fa tradizionalmente derivare dalla presenza dei c.d. "vizi di legittimità", che, come tali, si distinguono dai vizi di merito (in via generale

non sindacabili, questi ultimi, dall'autorità giurisdizionale, perché attinenti alla sfera della scelta discrezionale della P.A.).

Altrettanto tradizionalmente si pone una tripartizione dei vizi di legittimità, che sono: l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

L'incompetenza è da intendersi come "incompetenza relativa"; trattasi del caso in cui la P.A. agente sconfina nella sfera di attribuzione di un altro organo, che però appartiene allo stesso settore amministrativo.

La violazione di legge è la contravvenzione a qualsiasi norma, di rango primario o secondario, statale, ma anche regionale, e pure di fonte comunitaria. Non si tratta, perciò, della sola violazione delle norme c.d."imperative", cioè inderogabili, 'ché altrimenti il legislatore avrebbe inserito nell'art. 21-*octies* tale specificazione, così come la contiene l'art. 1418 del codice civile, laddove fa discendere (si badi) la nullità (e non l'annullabilità) del contratto dalla sua contrarietà a norme imperative.

L'eccesso di potere è un vizio tipico dell'atto amministrativo, nato dalla tradizione giuridico-amministrativa francese come *"detournement dé pouvoir"*, fin dall'epoca del Codice Napoleonico, e successivamente importato nel nostro paese, dove, a partire dallo "sviamento di potere", è stata enucleata una serie di figure c.d. sintomatiche di eccesso di potere (disparità di trattamento, carenza motivazionale, illogicità manifesta ecc.).

L'annullabilità può esser fatta valere soltanto dagli interessati, ed è soggetta a termine prescrizionale, è inoltre sanabile, attraverso l'applicazione dell'istituto della convalida.

La P.A. può determinarsi a lasciare in piedi il provvedimento annullabile, fintanto che non venga impugnato, ed attendere lo spirare del termine prescrizionale, sperando che non lo sia; farà ciò, naturalmente, soltanto se ritiene che quel provvedimento, pur viziato, corrisponde, comunque, all'interesse pubblico da tutelare; oppure la P.A. può convalidare il provvedimento annullabile (art. 21-*nonies*, c. 2), "sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole". La giurisprudenza maggioritaria sostiene che il provvedimento illegittimo già impugnato davanti al g.a., non possa essere più convalidato.

Infine la P.A. può esercitare la potestà di autotutela, che le compete in via generale, come pacificamente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, e decidere discrezionalmente di annullare d'ufficio il provvedimento viziato (art. 21-*nonies*, c. 1), purchè ricorrano le seguenti condizioni: 1) sussistano ragioni d'interesse pubblico all'annullamento 2) la P.A. agisca in un termine ragionevole 3) tenga conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Normalmente la potestà di autotutela compete all'autorità che ha emanato l'atto annullabile, ma è anche possibile un'autotutela "gerarchica", ove la legge preveda la competenza all'annullamento d'ufficio da parte di un organo superiore.

Vi sono, poi, dei casi in cui il provvedimento, pur viziato, non è affatto annullabile (art. 21-*octies*, c. 2). Ciò sia in ragione della venialità del vizio che inficia l'atto (mera irregolarità), sia, invece, in considerazione del fatto che, comunque, manca l'incidenza del vizio sul contenuto del provvedimento finale, a prescindere dalla sua gravità (dall'entità della norma violata, o dalla importanza dell'errore commesso).

Il secondo comma dell'art. 21-*octies* distingue due ipotesi di provvedimento viziato, ma non annullabile.

Il primo caso riguarda i provvedimenti vincolati, ove manca, cioè, l'esercizio del potere discrezionale. Qui il legislatore afferma che si debba prescindere dalla violazione di norme procedimentali, o sulla forma degli atti, qualora sia palese che il contenuto dispositivo dell'atto "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". È da ritenere che l'onere della prova sull'impossibilità di dare un altro contenuto all'atto non incomba sulla parte pubblica, poiché il legislatore non lo specifica, come fa, invece, nella seconda ipotesi di non annullabilità che prevede. Del resto non dovrebbe trattarsi di un onere probatorio particolarmente gravoso, poiché la fattispecie si applica soltanto ove "sia palese" l'univocità del contenuto dispositivo dell'atto.

Il secondo caso di non annullabilità vale sia per i provvedimenti amministrativi vincolati, sia per quelli discrezionali, ed attiene alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, così come prevista dagli artt. 7 e 8 della L. n. 241/90, nuovo testo. Il vizio non rileva qualora la P.A. adempia all'onere probatorio, su di lei incombente, di dimostrare in giudizio "che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Dal quadro descritto emerge sicuramente la volontà legislativa di impedire l'efficacia del provvedimento viziato in modo abnorme. Emerge, però, d'altro canto, anche l'intento di applicare, per quanto possibile, il principio di conservazione degli atti, per cui di ogni vizio andrà valutata l'incidenza sul contenuto del provvedimento finale, per negare l'invalidazione dell'atto ove tale incidenza manchi.

Capo V - Accesso ai documenti amministrativi

Artt. 22, 23, 24, 25 e 27 - Il nuovo vocabolario della trasparenza. L'ambito di applicazione del diritto d'accesso ed i casi di esclusione, le modalità di esercizio, i ricorsi e la rivitalizzazione della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi

Il legislatore del 2005 riscrive completamente l'art. 22 della L. n. 241/90, rubricato: "Definizioni e principi in materia di accesso". La tecnica della c.d. "normazione per definizioni" è stata importata nell'ordinamento italiano dalla sede comunitaria. Si tratta di norme giuridiche che regolamentano singoli istituti, in modo innovativo, attraverso la ridefinizione puntuale dell'istituto stesso, dei soggetti cui si applica, dell'oggetto su cui verte, e via dicendo.

L'art. 22 precisa che il diritto d'accesso comprende sia la visione dei documenti amministrativi, sia l'estrazione di copia. Inserisce, tra i soggetti (gli interessati, dice testualmente il legislatore) che possono chiedere l'accesso agli atti, i soggetti portatori di interessi pubblici o diffusi, così portando a conclusione positiva un'annosa questione, quella della c.d. "emersione dell'interesse diffuso", che per lunghi anni ha occupa-

to la nostra giurisprudenza più attenta, nel tentativo, prima, di dargli rilievo, e poi di ampliarne via via la tutela come posizione differenziata e qualificante.

Devono ricorrere le seguenti condizioni: a) gli interessati devono avere un interesse diretto, concreto ed attuale, cioè sussistente nel momento in cui chiedono di visionare gli atti b) tale interesse deve corrispondere ad una posizione giuridicamente tutelata, ad una situazione che assuma dignità per l'ordinamento giuridico, anche se non si concreta in una situazione soggettiva attiva (quindi può trattarsi di un interesse legittimo, di un diritto soggettivo, ma anche soltanto di un'aspettativa, oppure di un interesse c.d. strumentale) c) tale situazione dev'essere collegata al documento del quale è richiesto l'accesso. La norma appare più restrittiva, rispetto alla vecchia formulazione, che offriva l'accesso a: "chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti".

Controinteressati sono coloro che "dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza" (tale figura è emersa in sede di contenzioso, ed il legislatore l'ha, perciò, mutuata dalla giurisprudenza). In sede di ricorso il controinteressato è parte necessaria del giudizio amministrativo.

Il diritto d'accesso non può avere ad oggetto informazioni di cui la pubblica amministrazione sia in possesso, che non siano contenute in documenti amministrativi. Il documento amministrativo viene definito come la rappresentazione del contenuto di atti, di qualunque specie essa sia. Può trattarsi anche di atti interni, o non relativi ad uno specifico procedimento, e si deve prescindere dalla disciplina sostanziale che li regola, che ben potrebbe essere privatistica. Oggetto dell'accesso possono essere anche informazioni (in particolare dati personali) nel caso di applicazione del Codice della *privacy*, che impone di consentire sempre l'accesso alla persona cui i dati si riferiscono.

Sono inseriti, tra i soggetti obbligati alla trasparenza (pubblica amministrazione, dice la norma), anche i soggetti di diritto privato, relativamente alla loro attività "di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario"; perciò il riferimento non è soltanto all'attività amministrativa.

Il secondo comma dell'art. 22 della L. n. 241/90, nel testo riformato dalla L. n. 15/05, definisce il diritto d'accesso principio generale dell'attività amministrativa. Il diritto d'accesso è, infatti, un'esplicazione del principio di pubblicità, inserito dalla L. n. 15/05 nell'art. 1, L. n. 241/90 come principio dell'azione amministrativa. L'art. 22, c. 2, richiama testualmente l'art. 117, c. 2, lett. m) Cost., come riformulato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha riscritto il Titolo V della Costituzione, recependo le istanze di modifica dei rapporti istituzionali tra i vari livelli di governo e definisce il diritto d'accesso come attinente "ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"; con ciò, lo indica come materia di competenza legislativa statale esclusiva. Fa salva la facoltà delle Regioni e degli Enti locali di garantire livelli ulteriori di tutela, nell'ambito delle rispettive competenze.

L'art. 29, poi, impone alle Regioni e agli Enti locali, nel regolare le materie di propria competenza, disciplinate dalla L. n. 241/90, di rispettare il sistema costituzionale, nonché le garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa definite dai principi stabiliti dalla stessa L. n. 241/90.

Dal combinato disposto dei due articoli esaminati si evince che si applica, anche

nel dettaglio, la L. n. 241/90, ogni qual volta vengano in considerazione i diritti civili e sociali dei cittadini, e si tratti di garantire il livello essenziale di prestazione occorrente per tutelarli. Mentre in tutti gli altri casi dovranno essere rispettati dalle Regioni legiferanti, e dagli Enti locali, soltanto i principi della L. n. 241/90 in ordine alle garanzie da offrire al cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa.

La L. n. 241/90, all'art. 24, comma 1, ridefinisce le ipotesi di esclusione del diritto d'accesso: segreto di stato, procedimenti tributari, atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione; nei procedimenti selettivi, è negato l'accesso nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi.

La sottrazione all'accesso dei documenti concernenti procedimenti normativi e generali deve intendersi posta perchè, normalmente, tali atti non sono direttamente lesivi della sfera giuridica degli interessati. Nella specie, perciò, verrebbe meno il requisito soggettivo dell'interesse concreto ed attuale all'accesso.

Un cenno va fatto al soggetto che può opporre il diniego, in via definitiva, per esempio di fronte alla richiesta di visionare un certificato medico, o temporanea, per es. di fronte all'istanza di accesso agli atti di gara, prima della sua conclusione. Oggi tale soggetto è identificato nel responsabile del procedimento, ma il vecchio testo della L. n. 241/90 nulla diceva. La L. n. 142/90, invece, in materia di Enti locali, assegnava la competenza al Sindaco. L'attuale T.U.EE.LL. (D.lgs. n. 267/2000), all'art. 107, lett. i), affida al dirigente il compito di negare l'accesso.

Il secondo comma dell'art. 24 pone alle singole pubbliche amministrazioni l'obbligo di aggiornare i regolamenti emanati in tema di esclusione dal diritto di accesso, individuando "le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1".

Non sono ammissibili istanze d'accesso generalizzate, volte a controllare l'operato della P.A. Il controllo democratico sulle istituzioni si esercita con il voto, e non con l'accesso! Così vengono tutelati anche i cittadini, non solo la snellezza dell'azione amministrativa, perché una P.A. ingolfata non serve ad alcuno.

L'art. 24, c. 6, demanda ad un Regolamento del Governo la possibilità di prevedere ulteriori casi di sottrazione all'accesso di documenti, per tutelare interessi considerati preminenti, che l'accesso potrebbe pregiudicare: per ragioni di sicurezza e difesa nazionale, di politica monetaria e valutaria, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità, riservatezza e *privacy*, contratti collettivi di lavoro.

L'art. 24, u.c., precisa che deve essere comunque garantito ai richiedenti l'accesso "ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici". "Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari", continua la norma, "l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti" dal Codice della *privacy* "in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

Quanto agli strumenti di tutela del diritto d'accesso, la L. n. 15/05 ha introdotto un ricorso di tipo giustiziale, facoltativo. La legge distingue tra due ipotesi: quella in cui sia stato negato l'accesso ad atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, ed il caso, invece, del diniego di visionare atti delle ammnistrazioni centrali

e periferiche dello Stato. Nella prima ipotesi l'art. 25, c. 4, assegna la competenza per il gravame al difensore civico, facendo di costui il soggetto principe del controllo interno, mentre nel secondo caso affida la richiesta di riesame alla Commissione nazionale per l'accesso di cui all'art. 27, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Lo strumento giustiziale si presenta come alternativo, in prima battuta, al ricorso giurisdizionale.

La legge disciplina il silenzio della P.A. sull'istanza di accesso come un'ipotesi di silenzio significativo nella forma del silenzio-rifiuto, e stabilisce che, decorsi inutilmente 30 giorni dalla richiesta, questa s'intende respinta. Si può richiedere che il diniego, anche tacito, sia riesaminato dalla Commissione per l'accesso, ovvero dal difensore civico territorialmente competente, ove costituito (se non costituito ci si rivolge al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore). Oppure si può presentare direttamente ricorso al T.A.R, che decide in camera di consiglio, ed il g.a., sussistendone i presupposti, ordina l'esibizione dei documenti amministrativi (art. 25, c. 6). Il gravame può aver ad oggetto anche il semplice differimento del diritto d'accesso.

Un'altra ipotesi di silenzio significativo, anch'essa rientrante nella tipologia del silenzio rigetto, è prevista in sede di gravame, per il caso che il difensore civico, o la Commissione per l'accesso, non si pronuncino entro 30 giorni, decorrenti dalla presentazione dell'istanza. "Scaduto infruttuosamente tale termine" recita la norma "il ricorso s'intende respinto".

Se il difensore civico, o la Commissione per l'accesso, accertano l'illegittimità del diniego, o del differimento, ne informano l'amministrazione che aveva reso tale diniego, nonché l'interessato. L'autorità disponente, a questo punto, può decidere di consentire subito l'accesso, convinta dalle motivazioni dell'organo "d'appello", oppure, nei successivi 30 giorni, può confermare il provvedimento negativo, adeguatamente motivando. La legge parla di provvedimento "confermativo", quindi, relativamente alla decorrenza dei termini per impugnare, non avendo il provvedimento natura di atto autonomo, non vi è alcuna riapertura dei termini, connessa alla sua emanazione. Del resto l'art. 25 ben chiarisce quale sia il dies a quo per il ricorso al T.A.R., nel caso che il cittadino si sia rivolto al difensore civico, o alla Commissione per l'accesso: la data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito dell'istanza che ha rivolto all'organo "d'appello" (quindi sono sospesi i termini per il ricorso giurisdizionale in caso di esperimento del procedimento giustiziale). La legge pone, poi, una terza ipotesi di silenzio significativo, questa volta nella forma del silenzio-assenso. Ed infatti, se la P.A. non emana il provvedimento confermativo del diniego, o del differimento, entro i 30 giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, o della Commissione per l'accesso, l'accesso è consentito.

Se vi sono problemi di *privacy* è previsto l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali.

Nel comma 5 dell'art. 25 è introdotta una semplificazione per il caso in cui penda un giudizio dinanzi al T.A.R., (il cui *petitum*, è ovvio, non riguardi l'accesso). Se durante il giudizio, e nel suo ambito, emerge la necessità di accedere a documenti amministrativi, e l'istanza d'accesso rivolta alla P.A. ha esito negativo, non occorre proporre un nuovo ricorso al T.A.R., ma si può presentare un'istanza al Presidente del

Collegio giudicante, depositandola presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica alla P.A. ed ai controinteressati, e la decisione in merito all'accesso verrà presa con ordinanza istruttoria, in camera di consiglio, inserendosi nel rapporto processuale in corso.

La legge n. 15/05 conferma quanto già previsto dalla L. n. 205/2000: nei giudizi in materia d'accesso le parti possono stare in giudizio personalmente, senza l'assistenza tecnica di un difensore. L'amministrazione potrà stare in giudizio nella persona di un dirigente (quello incardinato nella struttura che ha negato o differito l'accesso, ed, in particolare, preposto all'unità organizzativa che ha agito). Costui dev'essere autorizzato dal rappresentante legale dell'Ente (per gli Enti locali vige l'art. 107 T.U.EE.LL.).

COSIMO NICOLA PUNZI

Avvocato INPS

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE FRA DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E TRASPARENZA

L'evoluzione e l'orientamento

Nel 1881 veniva formulata, per la prima volta in termini giuridici, una nuova esigenza di libertà personale, che era sconosciuta alle età precedenti, ed era emersa come esigenza della società contemporanea: *il right to privacy*. Questa espressione fece la sua apparizione come titolo di un articolo pubblicato sulla Harvard Law Review nel 1881 da Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis e designava, nell'intenzione dei suoi due autori, "il diritto di starsene soli" *(to be let alone)*. Tale esigenza già allora si era sviluppata per effetto delle intrusioni che sovente avvenivano nella sfera della vita privata, persino nell'ambito della più gelosa intimità personale, in una società dominata dal bisogno delle informazioni e sottoposta al controllo dei mezzi di comunicazione di massa. A oltre centoventi anni di distanza il problema sollevato dai due studiosi in termini paradossali, quasi che si trattasse di assicurare all'individuo il diritto di farsi Robinson (1) nel cuore stesso del tessuto sociale ha accresciuto la sua attualità e la validità del suo nucleo concettuale per via dello sviluppo dei mezzi di comunicazione di massa che dai giornali è passato alla radio, alla televisione ed ai computer. La possibilità di accumulare informazioni in quantità illimitata, di confrontarle, di aggregarle fra loro, di reperirle immediatamente, di oggettivarle e trasmetterle come una merce, consente al detentore un nuovo potere di dominio sociale sugli individui. In questo quadro di civiltà tecnologica, il diritto alla riservatezza si configura come una nuova forma di libertà personale, che non è più il diritto negativo di rifiutare o di vietare l'uso di informazioni sulla propria persona, ma è divenuta la libertà positiva di esercitare un diritto di controllo sui dati riferiti alla propria persona, quando siano già usciti dalla sfera della riservatezza per diventare elementi di un archivio automatizzato pubblico o privato. È proprio questo diritto di autotutela della propria identità informatica che è stato disciplinato dalla legislazione che dal 1996 in poi si è sviluppata in Italia, in un contesto nel quale l'informazione ha assunto la natura di bene della vita avente, quindi,

(1) Vittorio FROSINI, S.T. MASUCCI, Tutela della riservatezza e obblighi di rispetto dei soggetti pubblici, in R. PARDOLESI (a cura di), Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali, Diritto dell'Informatica (collana diretta dall G. ALPA), n. 18, p. 561 e seg.; G. BUTTARELLI, Banche dati e tutela della riservatezza, Milano, 1998, p. 382 e seg. con specifico riguardo all'art. 22, comma 3.

valore economico. Le informazioni, a seconda che vengano acquisite nei rapporti interprivati o nei rapporti pubblicistici, postulano regimi diversi, soprattutto quando le informazioni riguardano persone fisiche o giuridiche. Per informazione deve intendersi il dato rappresentativo della realtà che viene conservato da un soggetto oppure che viene comunicato da un soggetto ad un altro. Se ci si trova nell'ambito di un rapporto tra privati gli istituti che vengono in rilievo sono sicuramente quelli civilistici di natura contrattuale (il dolo nella configurazione del dolo omissivo, la tutela dell'affidamento), ma nel campo del diritto pubblico la situazione è ancora più complessa, poiché il diritto alla riservatezza è mutato notevolmente per effetto dapprima della legge n.675/1996 e poi del nuovo "codice" sulla *privacy*.

La riservatezza, come già aveva con lungimiranza evidenziato Frosini, non indica più solo una posizione sostanzialmente passiva della persona, che si sostanzia nell'intolleranza da ingerenze esterne, ma è qualcosa di più. Grazie al decreto legislativo n. 196 del 2003 (2) e, quindi, con la codificazione del diritto all'autodeterminazione informativa, ciascuno di noi può proteggere i propri dati personali, avendo ciascuno il diritto di proporsi agli altri negli esatti termini in cui vuole che ciò accada, decidendo in anticipo quali informazioni personali è disposto a dare agli altri soggetti. Il diritto positivo ha ormai proposto una concezione dinamica del concetto di riservatezza e di identità personale: ed in questo consiste il grande mutamento.

Il sistema pubblico, tuttavia, pone un ulteriore *"vulnus"* alla riservatezza, con la previsione del diritto di accesso. In questo contesto, articolato e complesso, emerge, inevitabilmente, la contrapposizione tra due ***principi*** nettamente distinti, destinati a realizzare, in alcuni casi che vedremo, una discrasia, un contrasto di non semplice composizione: da una parte, il criterio portante della ***trasparenza amministrativa***, attuato, con forza, dalle leggi ordinamentali amministrative (legge n. 241/1990; decreto legislativo n. 29/1993; testo unico degli enti locali n. 267/2000 ed oggi anche la legge n. 15/2005), e direttamente correlato al valore costituzionale dell'***imparzialità*** e del ***buon andamento***; dall'altra, il canone della ***protezione della riservatezza***, anch'esso presente nella normativa primaria ed espressivo di regole di rango costituzionale, attinenti alla salvaguardia dei diritti inviolabili personali.

È opportuno osservare che i due principi dell'accesso e della riservatezza operano su piani distinti; la riservatezza si fonda sui dati personali mentre il diritto di accesso si fonda sul documento amministrativo. Ma quando il dato personale è inserito in un documento amministrativo, allora ci si interroga su quale sia la disciplina applicabile. e solo allora sorge il delicato problema di come conciliare l'interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa con i diritti della personalità di terzi, — specie allorquando il documento contenga dati sensibili relativi della sfera più intima della privacy —.

Per quanto riguarda la disciplina applicabile, l'interferenza tra i due principi pone diversi problemi applicativi, derivanti da molteplici fattori, cui l'ordinamento non suggerisce soluzioni univoche e di carattere generale. Del resto, sarebbe stato impensabile riuscire a trovare un equilibrio stabile fra due interessi e due discipline che si presentano

(2) Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, "Codice in materia di protezione dei dati personali" pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 29 luglio 2003 - Supplemento Ordinario n. 123; Cfr. G. ARENA,Trasparenza amministrativa, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1995, ad vocem.

entrambi nuovi ed estranei alla tradizione culturale e giuridica italiana. La conferma viene dal ***quadro normativo***, pur ricco e variegato, e dalle ***prassi amministrative*** che risultano ancora molto incerte, anche in relazione alla definizione dell'assetto regolamentare dei singoli settori. In questo ambito, gli stessi interventi del ***Garante*** non forniscono indicazioni interpretative del tutto appaganti, oscillando tra l'affermazione di una assoluta prevalenza del valore della riservatezza (anche con riferimento ai dati sensibili) (3), e la persistente operatività del sistema della trasparenza amministrativa (con riguardo specifico alla disciplina dell'accesso ai documenti (4) (7 clarich). Infine, la ***giurisprudenza*** che dai primissimi anni '90 ha avuto un moto ondivago che ha visto ora il diritto di accesso sopravanzare le esigenze di tutela dei dati personali ed ora queste ultime relegare il diritto di accesso in un ambito ristretto. Tali articolati e non sufficientemente consolidati atteggiamenti, benché riguardanti un'ampia casistica, possono classificarsi seguendo quanto suggerito dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1882/2001, che ha suddiviso l'evoluzione interpretativa di quattro fasi (4), (per il vero in tre fasi, ma la quarta introdotta dall'autore, viene in evidenza per l'entrata in vigore del codice della *privacy*, dal 1 gennaio 2004, successivo alla pubblicazione della detta sentenza).

La prima fase, risalente ai primissimi anni '90, caratterizzata dall'entrata in vigore della legge n. 241/1990, è tutta volta alla trasparenza. Del resto nella prima fase di applicazione della legge n. 241 del 1990 la giurisprudenza amministrativa ha dovuto respingere i tentativi di alcune pubbliche amministrazioni di riscoprire ed enfatizzare le esigenze di tutela della riservatezza in modo per così dire sviato (5), cioè non allo scopo di dar adeguata protezione a un interesse di rango costituzionale qual è quello alla riservatezza, bensì a quello di limitare al minimo l'ambito applicativo del diritto di accesso. La tutela della riservatezza poteva, in definitiva, fungere da succedaneo del principio tradizionale del segreto d'ufficio ormai in via di tendenziale superamento proprio per effetto della legge n. 241 del 1990 (6). La sentenza più rappresentativa di

(3) Marco LIPARI, L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza, nel sito Giustizia Amministrativa.it; M. CLARICH, Diritto di accesso e tutela della riservatezza: regole sostanziali e tutela procesuale, in Dir. proc. amm., 1996, p. 430 e seg.

(4) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 30-03-2001, n. 1882, Inail c. Soc. La Paravia elevators service, in extenso in Mass. giur. lav., 2001, 912, n. BARBIERI; Cons. Stato, 2001, I, 806; Guida al dir., 2001, fasc. 18, 99, n. GIUNTA; Foro amm., 2001, 652.

(5) Quasi subito il neoistituito Garante è intervenuto per precisare che la legge n. 675 del 1996 non ha pregiudicato in alcun modo il diritto di accesso ai documenti amministrativi disciplinato dalla legge n. 241 del 1990: cfr. provvedimento del 16 settembre 1997, in Boll., 1997, n. 2, e in Foro amm., 1997, III, p. 557 con nota di F. CARINGELLA; risposta a quesito in data 22 ottobre 1997, in Boll., 1997, n. 2.

(6) Non a caso l'art. 28 della legge n. 241 del 1990 ha riformulato l'art. 15 del T.U. sugli impiegati civili dello Stato approvato con Dpr 10 gennaio 1957 n. 3 in tema di segreto d'ufficio, il cui ambito ha ormai una valenza per così dire residuale, essendo definito in negativo in relazione ai limiti soggettivi e oggettivi del diritto di accesso. Sul segreto d'ufficio cfr. G. ARENA, Il segreto amministrativo. Profili teorici, Padova, 1984., tanto più nel momento in cui all'attività amministrativa deve applicarsi la nozione di trasparenza, la quale evoca la nota immagine, cara a Filippo Turati, della pubblica amministrazione "casa di vetro", all'interno della quale cioè tutto è sempre e costantemente visibile. In una visione democratica dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione la piena visibilità tende infatti a promuovere un controllo dell'attività amministrativa capillare dal basso, tale da garantire il massimo grado di correttezza e di imparzialità.

questa fase è costituita senz'altro dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 febbraio 1997 n. 5 (7) che ha risolto il problema se il generico diritto alla riservatezza dei terzi costituisca, o meno, un ostacolo invalicabile all'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, stabilendo la prevalenza del principio di pubblicità rispetto a quello della tutela della riservatezza quando l'accesso stesso sia esercitato per la difesa di un interesse giuridico, e nei limiti in cui esso è necessario alla difesa di quell'interesse e sia pure nella modalità della mera visione del documento, senza possibilità di richiederne copia. Seguendo il medesimo ragionamento, l'adunanza Plenaria del 1999 (8) ha qualificato il diritto di accesso come interesse legittimo che in caso di diniego illegittimo ed ingiustificato da luogo a colpa grave del funzionario responsabile del procedimento e, quindi, consente la sua risarcibilità, secondo quanto stabilito dal d. lgs. n. 80/1998 e chiarito dalla nota sentenza n. 500/1999. In questo caso, la giurisprudenza ha stabilito che vi è la giurisdizione contabile per il danno cagionato dal dipendente all'Amministrazione.

La seconda fase è stata caratterizzata dalla legge 675/1996, legge teleologicamente volta a garantire il diritto alla riservatezza che, secondo un primo orientamento aveva la prevalenza sul diritto alla trasparenza. La legge 675 nel far salve le norme in tema di accesso ai documenti amministrativi (art. 43, 2° comma) ha stabilito che, comunque, *"la comunicazione e la diffusione di dati personali da parte dei soggetti pubblici a privati o a enti pubblici economici sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento"* (art. 27, terzo comma). Specifica, per il trattamento dei dati cosiddetti sensibili, che esso *"è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge nella quale siano specificati i dati che possono essere trattati, le operazioni eseguibili e le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite"* (art. 22, terzo comma).

Come già accennato, sull'impatto delle nuove disposizioni legislative si è aperta una discussione che ha visto proporre sia interpretazioni che negavano mutamenti significativi in tema di rapporti tra diritto di accesso e tutela della riservatezza rispetto al regime giuridico previgente, sia interpretazioni volte a riconoscere una portata addirittura dirompente alla nuova disciplina.

In sede giurisprudenziale si è ritenuto che la legge n. 241 del 1990 nell'individuare come limite oggettivo al diritto di accesso la tutela della riservatezza "non fornisce alcuna idonea descrizione normativa del contenuto di detto limite, per cui appare del tutto logico che tale carenza possa essere colmata dalla precisa indicazione dei dati personali nei limiti in cui essi sono disciplinati dalla legge n. 675 del 1996"; pertanto, nel caso di dati sensibili, *"il diritto alla difesa prevale su quello alla riservatezza solo se una disposizione di legge espressamente consente al soggetto pubblico di comunicare a privati i dati oggetto della richiesta* (9)".

Un siffatto orientamento giurisprudenziale ha, dunque, aperto la via a quello che è stato definito come "un regime a doppio binario": se la domanda di accesso riguarda documenti contenenti dati personali non sensibili, trova applicazione l'art. 24, secondo

(7) In extenso in Foro it. 1997, III, 199; e la successiva giurisprudenza del Cons Stato, vedi ex multis, IV Sez. 24 marzo 1998, n.498; V Sez. 22 giugno 1998, n.923.

(8) Vedi Adunanza Plenaria, decisione 22-04-1999, n. 4 in Cons. Stato, 1999, I, 557.

(9) Cfr. Cons. St., VI Sez., 26 gennaio 1999, n. 59.

comma, lett. d) della legge n. 241 del 1990 e il contrasto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza trova composizione secondo i principi posti dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 1997 prima citata; se la domanda riguarda invece dati sensibili, in assenza di una legge che specificamente consenta l'accesso, l'esigenza di tutela della riservatezza prevale in modo rigido e assoluto anche sul diritto alla difesa in giudizio garantito dall'art. 24 della Costituzione. Questo schema interpretativo, forse un po' troppo rigido e meccanico (10), ha trovato un aggiustamento in seguito all'emanazione del D.lgs. 11 maggio 1999, n. 135, testo normativo poi recepito con poche modificazioni nel Codice della *Privacy*. Con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 135/1999, che ha meglio chiarito il concetto di dati sensibili e ha indicato i limiti della tutela ad essi accordata, si può collocare la terza fase interpretativa. L'art. 16 del D.lgs. n. 135, infatti, per un verso ha qualificato come "di rilevante interesse pubblico" i trattamenti di dati "effettuati in conformità alle leggi e ai regolamenti per l'applicazione della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi" (primo comma lett. c)); per altro verso, ha chiarito che quando il trattamento concerne alcune categorie di dati sensibili, cioè quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale "il trattamento è consentito se il diritto da far valere o difendere, di cui alla lettera b) del comma 1 (diritto di difesa in sede amministrativa o giudiziaria) è di rango almeno pari a quello dell'interessato" (secondo comma).

Anche quest'ultima disposizione ha dato origine a contrasti interpretativi. Si è ritenuto in particolare che il secondo comma sopra citato non riguardi in realtà il diritto di accesso che continuerebbe a essere assoggettato alla disciplina originaria della legge n. 241. La giurisprudenza amministrativa si è invece orientata nel senso che il comma in questione, applicato alla materia dell'accesso ai documenti amministrativi, rimette all'amministrazione e al giudice la ponderazione comparativa tra il diritto alla riservatezza dei dati riguardanti la salute o la sfera sessuale e l'interesse sotteso alla domanda di accesso. Una siffatta valutazione non va effettuata in astratto, bensì in concreto in modo tale da "evitare il rischio di soluzioni precostituite poggianti su una astratta scala gerarchica dei diritti in contesa, non sempre, tuttavia, idonea a tener conto delle specifiche circostanze di fatto destinate a connotare il singolo caso concreto (11)".

La quarta ed ultima fase è caratterizzata dalla pubblicazione del codice della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) che per la quasi interezza è entrato in vigore da oltre un anno, il 1 gennaio 2004, che ha regolamentato compiutamente il diritto di accesso ai dati personali ed il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

L'art. 59 del d. lgs. n. 196 precisa che "*i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso*".

(10) Sul punto vedi Lipari, cit.; il Decreto Legislativo 11 maggio 1999, n. 135 "Disposizioni integrative della legge 31 dicembre 1996, n. 675, sul trattamento di dati sensibili da parte dei soggetti pubblici" è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 113 del 17 maggio 1999.

(11) Cfr. Cons. di Stato, VI Sez. 30 marzo 2001, n. 1882 cit. in nota 4.

L'art. 59 sancisce in buona sostanza la prevalenza del diritto di accesso, nei limiti tracciati dalla legge n. 241 del 1990 e dalle altre leggi speciali, rispetto alle esigenze di tutela dei dati personali, anche qualora si tratti di dati sensibili.

Vi è però un'eccezione legislativa importante relativa ai dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale. L'art. 60 del Codice prevede infatti che il trattamento di questo tipo di dati è consentito solo "se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile (12)".

L'art. 60 dunque seleziona all'interno della categoria dei dati sensibili due tipi di dati in relazione ai quali il diritto di accesso può essere esercitato solo se, in seguito a una delicata operazione di bilanciamento di interessi, la situazione giuridica rilevante sottesa al diritto di accesso viene considerata di rango almeno pari al diritto alla riservatezza riferito alla sfera della salute e della vita sessuale dell'interessato.

Non è chiaro peraltro se l'art. 60 richieda un bilanciamento in astratto sulla base di una ricostruzione delle norme costituzionali e legislative o se, come sembra preferibile, deve procedersi ad una valutazione caso per caso tenendo conto, oltre che degli indici normativi, di tutte le circostanze di fatto (13).

Tutte le considerazioni che precedono confermano che il problema di quale disciplina sia applicabile in ipotesi di contrasto fra *privacy* ed accesso ai documenti amministrativi non può essere risolto in astratto, ma deve essere risolto caso per caso, proprio sul presupposto che nel nostro sistema non è chiaro dove finisca il diritto alla riservatezza e fin dove si possa estendere il diritto di accesso (14).

La dottrina e la giurisprudenza, con particolare riferimento al trattamento di dati personali da parte delle pubbliche amministrazioni, hanno evidenziato che il sistema delineato dal d. lgs. n. 196 non è punto innovativo rispetto alla disciplina del 1996 (15). Quest'ultimo ha, infatti, mantenuto un sistema che si rimette interamente alla disciplina preesistente (si vedano, infatti, gli artt. 59 e 60 del d.lgs. n.196/2003, che dispongono negli stessi sensi dell'art. 43, della l. n.675 del 1996). Sicchè, avendo il legislatore posteriore salvaguardato la normativa preesistente, risulta che c'è una assoluta prevalen-

(12) La disposizione riprende con alcune specificazioni l'art. 16, secondo comma, del decreto legislativo n. 135 del 1999. L'art. 92, secondo comma, lett. b) del Codice riproduce la formulazione dell'art. 60 con riguardo alla richiesta di accesso alle cartelle cliniche.

(13) Su questa seconda tesi, cfr. N. LUGARESI, Il trattamento dei dati nella pubblica amministrazione, cit., p. 242-245 secondo il quale "il confronto tra diritti non sempre (o meglio, quasi mai) può essere fatto in astratto, una volta per tutte".

(14) Per un quadro più completo della giurisprudenza e della dottrina formatasi prima della legge n. 675, cfr. F. CARINGELLA, Riservatezza ed accesso. I rapporti tra la legge n. 241/1990 e legge n. 675/1996, in tema di tutela dei dati personali, in F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, L'accesso ad i documenti amministrativi, Milano, 1999; S. T. MASUCCI, Tutela della riservatezza e obblighi di rispetto, cit., p. 630 e seg.

(15) L'accesso è sempre difensivo, perché esso è difensivo non solo quando il processo è gia iniziato, ma anche quando è finalizzato a valutare se è necessario iniziare un giudizio, proponendo una domanda giudiziale.

za dell'accessibilità rispetto alle riservatezza. Infatti l'interpretazione data all'unica norma generale che disciplina il punto — ossia l'art.24, 2° comma lett. d) l.n.241 del 1990 — è stata nel senso che l'accesso è possibile in ogni caso nell'ipotesi in cui esso serva per curare un interesse meritevole.

In questo quadro si inserisce l'ulteriore problema **della modalità di accesso**: sono note le oscillazioni giurisprudenziali sul punto, ossia se esse si debbano limitare alla sola presa visione del documento o se invece si possa in ogni caso pretendere la estrazione della copia. Il sistema faticosamente costruito dalla giurisprudenza in questi anni, ivi compresa quella del Garante dei dati personali e della Commissione sull'accesso può così descriversi: in via preliminare l'amministrazione deve verificare la ragione posta a fondamento della domanda di accesso ad un documento amministrativo contenente informazioni che riguardino terzi soggetti. In altri termini, è necessario valutare la consistenza della situazione giuridica, ossia se una richiesta è presentata a scopo puramente esplorativo, ossia per mera curiosità, oppure se sussista un interesse reale e concreto. Su questo aspetto fondamentale si è espressa la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, che ha consigliato alle amministrazioni di invitare il cittadino ad indicare nell'istanza la ragione specifica per la quale si chiede quel documento e di valutare se sia effettivamente necessario ottenere la copia del documento per ottenere quello che si intende conseguire. Successivamente, proprio per seguire il sistema delineato dal Consiglio di Stato, nella nota sentenza n. 5 del '97, — il quale funziona solo laddove non sussista una disciplina specifica — va verificata la esistenza, in concreto, di una disciplina dell'accesso più restrittiva, nel qual caso in applicazione della normativa specifica, più restrittiva o più liberale, e sempre in presenza di un interesse concreto e attuale, si ostende il documento nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, ossia con la semplice presa visione oppure con l'estrazione della copia del documento. In conclusione, le amministrazioni quando si vedono proporre una domanda di accesso ad un documento amministrativo contenente un dato personale di una terza persona devono applicare contemporaneamente la legge generale sul procedimento amministrativo, il codice sulla *privacy* e, ove esistente, la disciplina di settore specifica.

Per ridurre il contenzioso in materia, evitando i rischi di responsabilità incrociate dei pubblici dipendenti responsabili dei procedimenti di accesso, sarebbe auspicabile comunicare, senza indugio, la richiesta di accesso al soggetto i cui dati personali potranno essere resi pubblici, aprendosi, così, una fase subprocedimentale nella quale ciascuna delle parti enuncia le ragioni a sostegno della pretesa di accesso e di quella alla riservatezza. In mancanza di una soluzione concordata, l'eventuale accoglimento della richiesta di accesso è formalmente comunicato al titolare del dato personale. Ma l'esecuzione della determinazione di accoglimento è differita alla scadenza del termine per la proposizione del ricorso davanti al TAR. In caso di ricorso, l'accesso viene comunque differito fino alla decisione del Tribunale (16). (È questa la soluzione utilizzata dall'INAIL).

(16) Vedi deliberazione del C.A. del 13.01.2000, n. 5.

I soggetti

Le regole generali sul trattamento dei dati sono contenute nel Titolo III del Codice che include anche il Capo II contenente "Regole ulteriori per i soggetti pubblici".

Queste valgono per "tutti i soggetti pubblici, esclusi gli enti pubblici economici" (art. 18, primo comma), cioè per una cerchia di soggetti più ristretta dei soggetti che sono sottoposti alla disciplina del diritto di accesso. Quest'ultimo si esercita invece "nei confronti delle amministrazioni dello Stato, ivi compresi le aziende autonome, gli enti pubblici ed i gestori di pubblici servizi" (art. 23 della legge n. 241 del 1990). La giurisprudenza amministrativa (17) ha ritenuto che un Ente conservi la natura pubblicistica anche a seguito della trasformazione in s.p.a., perché le società derivate dalla trasformazione degli enti pubbblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica e continuano ad essere affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici, la cui tutela non può essere soppressa *tout court* solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e, quindi, la specifica connotazione pubblicistica. Per il vero, la considerazione della natura pubblicistica di questi "organismi di pubblico" non è stata così immediata: in dottrina ed in giurisprudenza si è sviluppato un evidente contrasto fra i fautori della natura privatistica delle società per azioni a partecipazione pubblica (cfr. *ex multis*, Cass. S.U. n. 4989/1995) (18) e quelli della tesi pubblicistica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 498/1995) (19). La tesi pubblicistica — sebbene al fine di giustificare la permanenza del controllo della Corte dei Conti sulle società per azioni soggette a privatizzazioni solo formali ed al controllo maggioritario da parte dello Stato — è stata accolta anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 466/1993 (20), la quale ha osservato come la netta bipartizione tra ente pubblico e società di diritto privato sia andata nel tempo stemperandosi tanto in sede normativa quanto in sede giurisdizionale, in conseguenza da una parte dell'impiego crescente dello strumento della spa per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico (cfr. le l. 5.03.1982, n. 63; l. 19.12.1983, n. 700; l. 22.12.1984, n. 887, art. 18, 9° comma, l. 8.06.1990, n. 142, art. 22) e dall'altro degli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di soggetto pubblico. Se così è, sono tenuti al rispetto della normativa del trattamento dei dati e sul diritto di accesso anche, ad es. i gestori di servizi pubblici aventi natura privata, i quali, per quanto detto sono considerati soggetti pubblici ai fini dell'applicazione delle regole speciali poste dal Codice della *Privacy*. Non vi è, quindi, asimmetria, nonostante, per un verso, il valore della trasparenza, al quale si ricollega il diritto di accesso, si estende necessariamente anche

(17) Vedi Consiglio Di Stato; sezione VI; decisione, 02-03-2001, n. 1206, in Foro it., 2002, III, 425, n. PAOLA ed in particolare con riferimento al diritto di accesso Cons. Stato, sez. VI, 5.03.2002, n. 1303.

(18) Cass., sez. un., 06-05-1995, n. 4989 in Foro it., 1996, I, 1363, n. CARINGELLA.

(19) C. Stato, sez. VI, 20-05-1995, n. 498; Ferr. Stato c. Soc. impr. costruz. edili ferr. S. Ventura; in Foro amm., 1995, 1010; Cons. Stato, 1995, I, 843; Giust. civ., 1995, I, 2271; Giornale dir. amm., 1995, 1134, n. CASSESE.

(20) Corte cost., 28-12-1993, n. 466; Corte conti c. Pres. Cons. in extenso in Foro it., 1994, I, 325.

al di là delle pubbliche amministrazioni in senso stretto, sino a ricoprire tutto il campo dell'attività amministrativa rientrante nel raggio di azione dei principi di imparzialità e di non discriminazione, ai quali si accompagnano usualmente garanzie procedurali e di pubblicità non richieste dalle attività puramente private. Per altro verso, le regole speciali, volte a favorire il trattamento e la circolazione dei dati personali all'interno dell'amministrazione, possono aver senso esclusivamente per le amministrazioni e gli enti pubblici che esercitano funzioni propriamente amministrative. Viceversa, l'esplicita esclusione dall'applicazione del codice della *privacy* degli enti pubblici economici — categoria peraltro ormai in fase recessiva per effetto delle politiche di privatizzazione formale e sostanziale perseguite da oltre un decennio, che include soggetti pubblici che operano assai spesso in contesti liberalizzati e in concorrenza con imprese private (21) — non consente di derogare al regime comune del Codice in materia di protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda il trattamento dei dati personali non sensibili, vale per i soggetti pubblici anzitutto il principio che esso è consentito solo per lo svolgimento delle funzioni istituzionali (22).

Inoltre non è necessaria una norma di legge o di regolamento che espressamente preveda il trattamento e non è richiesto il consenso dell'interessato (artt. 18 e 19). La comunicazione dei dati da un soggetto pubblico ad altri soggetti pubblici, ove non sia ammessa da una norma di legge o di regolamento, è assoggettata a un regime di comunicazione preventiva al Garante in relazione al quale è previsto una sorta di silenzio-assenso che opera decorso un termine di 45 giorni (artt. 19 e 39). Il trattamento dei dati personali sensibili, così come definiti dall'art. 4, primo comma, lett. d) del Codice, da parte dei soggetti pubblici, è invece consentito solo se è autorizzato da una disposizione di legge "nella quale sono specificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite" (art. 20, primo comma). Se manca una previsione legislativa espressa, i soggetti pubblici devono chiedere l'autorizzazione al trattamento al Garante, autorizzazione assoggettata a un regime di silenzio rigetto decorsi 45 giorni dalla richiesta (artt. 20, terzo comma, e art. 26, secondo comma). Complessivamente, la disciplina del Codice sinteticamente richiamata contiene una serie di deroghe e adattamenti al regime generale in modo tale da agevolare per quanto possibile i trattamenti da parte dei soggetti pubblici che per lo svolgimento delle proprie attività istituzionali necessitano di raccogliere e organizzare un gran numero di dati personali. Accanto all'interesse alla tutela della riservatezza vi è, infatti, anche quello alla più ampia circolazione dei dati all'interno delle pubbliche amministrazioni, per realizzare quella intercomunicabilità e interscambiabilità dei dati per migliorare l'azione amministrativa. Solo in questo modo il bagaglio di informazioni acquisite ed elaborate da ciascuna amministrazione può accrescere la base conoscitiva, necessaria per meglio deliberare, dell'intero sistema amministrativo che, con il moltiplicarsi dei livelli di governo e la costituzione di nuovi apparati semi autonomi

(21) Cfr., per tutti, G. DI GASPARE, Privatizzazione delle imprese pubbliche, in Enc. Giur., Vol. XXIV, Roma, 1995, p. 1 e seg.

(22) Su tale nozione cfr. la decisione del Garante per la protezione dei dati personali del 19 aprile 2001 in Bollettino, n. 19, pag. 8.

(secondo il modello delle agenzie), diventa sempre più composito. Ciò non significa certamente che le banche dati interne alle amministrazioni siano ad accesso libero da parte di tutti gli uffici, ma che i flussi delle informazioni essenziali non devono essere interrotti o ingiustificatamente ostacolati.

Del resto lo scambio di informazioni all'interno degli apparati pubblici costituisce un preciso interesse del cittadino che trova ora un riconoscimento nella stessa legge n. 241 del 1990. L'art. 18, infatti, pone in capo al responsabile del procedimento l'onere di acquisire d'ufficio da altre amministrazioni informazioni relative a fatti, stati e qualità che in passato il cittadino doveva certificare attivandosi direttamente a reperire la documentazione all'uopo necessaria.

Il riparto di giurisdizione nella contrapposizione fra pretesa all'accesso e tutela della riservatezza

Il dato normativo non esprime con assoluta chiarezza l'opzione legislativa. Il problema di giurisdizione nel conflitto fra l'art 25 l. 241 e l'art.29 della legge 675 (ripreso dal codice della *privacy* d. lgs. n. 196/2003) si pone, perché l'accesso deve tutelarsi innanzi al giudice amministrativo mentre la riservatezza deve tutelarsi innanzi al giudice ordinario. Tenendo sempre presente che il problema si pone solo quando il dato personale è inserito in un documento amministrativo, - perché solo allora sorge il delicato problema di come conciliare l'interesse pubblico alla trasparenza dell'attività amministrativa con i diritti della personalità di terzi - la giurisprudenza ha conciliato le due discipline con **la conferma della prevalenza dell'art. 25**, ossia con l'opzione dell'accesso e della giurisdizione amministrativa (23) (vedi quale giurisprudenza). Secondo l'art. 29, comma 8, della legge n. 675/1996, *"tutte le controversie, ivi comprese quelle inerenti al rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 22, comma 1, o che riguardano, comunque, l'applicazione della presente legge, sono di competenza* ***dell'autorità giudiziaria ordinaria****"*. Secondo l'articolo 25, comma 5, della legge n. 241/1990, invece, *"contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso e nei casi previsti dal comma 4 è dato ricorso, nel termine di trenta giorni, al* ***tribunale amministrativo regionale****"*. Nonostante alcune perplessità emerse nella dottrina, la soluzione della giurisprudenza è costantemente nel senso della giurisdizione amministrativa, tanto nel contesto precedente l'entrata in vigore della legge n. 675/1996, quanto nell'assetto conseguente alla nuova disciplina in tema di *privacy*.

Per il vero il Consiglio di Stato (24) (sentenza 17 settembre 2002, n. 4711), molto pragmaticamente, ha osservato che il problema non si pone, prendendo le mosse da quanto aveva stabilito l'Adunanza Plenaria n. 4/1999 cit. secondo la quale la normativa sull'accesso ha il medesimo ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. e riguarda, quindi,

(23) Cons. Stato, ad. plen. 4.02.1997, n. 5; C. Stato, IV, 24 marzo 1998, n. 498.

(24) Consiglio di Stato, sez. VI, 17-09-2002, n. 4711, Soc. Enel.it c. Soc. Megabyte in Foro it., 2003, III, 205.

gli atti dell'Amministrazione in quanto tali, non rilevando, ai fini dell'accesso, la loro disciplina sostanziale pubblicistica o privatistica e neppure se, nel caso di controversia, vi sia la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa, sia essa di legittimità, esclusiva o di merito. In conseguenza *"…non è prospettabile una questione di giurisdizione in ordine ad una domanda di accesso fondata sull'art. 25 della legge n. 241/1990, in quanto o i documenti richiesti non sono sottoposti alla disciplina dell'accesso ed allora la domanda sarà infondata, o sono soggetti a tale normativa ed allora la giurisdizione del giudice amministrativo non trova limiti, non dovendo essere verificata ..."* l'ulteriore questione di giurisdizione concernente il contenuto degli atti richiesti.

L'indirizzo si collega strettamente all'interpretazione prevalente secondo cui l'articolo 25 della legge n. 241/1990 prevede un'ipotesi di ***giurisdizione esclusiva amministrativa***, relativa alla valutazione della legittimità della determinazione amministrativa sulla richiesta di accesso, a nulla rilevando la consistenza delle posizioni giuridiche coinvolte, o comunque poste alla base degli interessi fatti valere in giudizio. In questo senso, si afferma che sussiste la competenza del giudice amministrativo sulle controversie in tema di accesso agli atti amministrativi *ex* art. 25, l. 7 agosto 1990 n. 241, anche nel caso in cui il relativo giudizio sia promosso nei riguardi di un ente che, per perseguire le proprie finalità istituzionali, svolge in tutto o in parte un'attività *"iure privatorum"* (25). L'istituto dell'accesso, che è escluso nei soli casi espressamente stabiliti dalla legge e puo' esser escluso solo nei confronti di chi, senza alcun interesse, intende ingerirsi nella sfera delle libere valutazioni della p.a. — in ordine alla convenienza delle scelte da adottare —, ha finalità deflattive, perché intende consentire una piu' diffusa conoscenza dei processi decisionali, per favorire la partecipazione e il controllo sui comportamenti dei soggetti che agiscono per conto della p.a. ed evitare il contenzioso (26). Si tratta di un indirizzo che, in termini generali, è condiviso anche dalla Cassazione, secondo la quale, il diritto di accesso ai documenti amministrativi spetta a chiunque vi abbia un interesse personale e concreto per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, che ricorrono, per espressa previsione di legge, nell'ipotesi in cui la conoscenza di documenti sia necessaria ai singoli per "curare o difendere i loro interessi". La distinzione fra "conoscenza del documento" e "difesa degli interessi del privato" e il nesso di strumentalità tra l'una e l'altra rende palese che la pendenza di un procedimento giurisdizionale (nel quale siano rilevanti i documenti in questione) non è di per sé preclusivo della sperimentabilità del procedimento speciale previsto dall'art. 25 della l. n. 241 del 1990 e riservato alla giurisdizione speciale del giudice ammini-

(25) Consiglio Stato sez. III, 9 giugno 1998, n. 32, Cons. Stato 1999, I, 1049; *ad clorandum* si aggiunge sul piano processuale che la tesi che ascrive veste di vero e proprio diritto soggettivo all'accesso e natura esclusiva alla giurisdizione *ex* art. 25, l. n. 241/90 implica, quale immediato precipitato di carattere processuale, l'applicazione delle regole processualcivilistiche di cui all'art. 102 c.p.c., riguardante l'istituto del litisconsorzio necessario, con conseguente integrazione del contraddittorio ad opera del Giudice, l'indirizzo propenso a ravvisare un interesse legittimo nella posizione di colui che richiede l'ostensione risolve la specifica questione facendo applicazione degli schemi classici del processo amministrativo, così inferendone l'inammissibilità del ricorso non notificato al controinteressato: orientamento, quest'ultimo, fatto proprio dall'Adunanza Plenaria e recentemente seguito da questa Sezione: cfr. Ad. Plen. 24 giugno 1999, n. 16; sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 257.

(26) Vedi Consiglio Stato sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1248, Foro amm. 1999, 2066 e Consiglio Stato sez. IV, 3 agosto 1995, n. 589, Giur. it. 1996, III, 1, 147.

strativo. In tal caso, infatti, non si pone una questione di giurisdizione in senso tecnico, ma una questione di merito relativa all'esistenza o meno del diritto di accesso (Cassazione civile sez. un., 28 maggio 1998, n. 5292 (27). Il carattere esclusivo della giurisdizione, poi, conduce ad affermare che le doglianze in tema di accesso ai documenti amministrativi non possono essere fatte valere in sede di ricorso straordinario al presidente della Repubblica, in quanto la legge prevede un apposito ed esclusivo procedimento attivabile dinanzi al giudice amministrativo (28). Detto indirizzo che ha l'indubbio pregio di semplificare notevolmente una questione non risolta dal legislatore, è suffragato dall'argomento testuale secondo cui l'articolo 43 della legge n. 675/1996 ha espressamente fatto salva la precedente normativa in materia di accesso ai documenti, comprendendo, implicitamente, anche la disciplina relativa alla tutela processuale.

Casistica

Occorre partire da alcuni principi fondamentali enunciati in materia dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 4 del 22 aprile 1999, più volte citata. Secondo tale autorevole consesso tutte le tipologie di attività delle pubbliche Amministrazioni (ora anche dei meri gestori di pubblici servizi *ex* art. 4 L. 3.8.1999 n. 265, che ha sostituito l'art. 23 L. 241/1990), e, quindi, anche gli atti disciplinati dal diritto privato sono suscettibili di **accesso** *ex* art. 22 L. n. 241/90. Ma il principio va esaminato alla luce della successiva elaborazione giurisprudenziale che ha precisato che *"per quanto concerne gli atti provenienti dai privati intervenuti nel relativo procedimento, l'accesso in tanto è consentito in quanto si tratti di atti utilizzati ed in qualche modo rilevanti nell'iter del procedimento, ai sensi dell'art. 22, 2° comma, L. n. 241/90, e non solo occasionalmente detenuti dall'Amministrazione* (29)". Nell'ambito degli atti privati utilizzati ai fini dell'attività amministrativa occorre distinguere quelli che sono gli atti di soggetti terzi e quelli che sono gli atti propri del soggetto richiedente l'accesso (o del suo mandante). Per questi ultimi l'accesso deve essere negato, altrimenti l'Amministrazione verrebbe a sopperire a negligenze e disfunzioni che sono imputabili esclusivamente al privato, che consegna l'atto da lui formato senza curarsi di farsene un duplicato. Invero, non bisogna dimenticare che l'accesso ai documenti amministrativi in tanto ha senso in quanto si tratta di documenti nella disponibilità esclusiva dell'Amministrazione (30). Applicando il principio di confronto caso per caso delle posizioni soggettive attive in relazione ai principi testè enun-

(27) Cass., sez. un., 28-05-1998, n. 5292; Min. fin. c. Sabato in Giur. it., 1998, 2170.

(28) Si tratta della fattispecie relativa al diniego di accesso opposto ad un appuntato in congedo della Guardia di finanza circa il carteggio inerente alla proposta applicazione nei suoi confronti di una sanzione disciplinare di stato, cfr. Consiglio Stato sez. III, 9 giugno 1998, n. 32, Cons. Stato 1999, I, 1049.

(29) Consiglio di Stato, sez. VI, n. 191 del 22.1.2001.

(30) Consiglio di Stato, sez. V, n. 1448 dell' 11.3.2002.

ciati, la giurisprudenza ha risolto alcune questioni dando prevalenza al principio dell'accesso, sia pure nella più attenuata modalità della semplice visione.

In particolare, molto ampia è l'elaborazione giurisprudenziale in materia di accesso e tutela della riservatezza commerciale nelle gare d'appalto. Il prevalente indirizzo interpretativo ammette l'accesso ai documenti, secondo le indicazioni elaborate dall'Adunanza Plenaria.

La **ditta esclusa** da una procedura concorsuale puo' richiedere gli atti del procedimento di gara senza che possano esserle opposti **motivi di riservatezza**, atteso che, tra l'altro, una volta ***conclusasi la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna*** (31). Nella specie, la ricorrente, avendo proposto ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta, aveva richiesto, ai fini della propria tutela giurisdizionale, copia della documentazione di gara presentata dalle altre ditte concorrenti. In sostanza, la giurisprudenza sembra affermare il principio secondo cui la riservatezza potrebbe giustificare, al massimo, soltanto il differimento dell'accesso.

Questa soluzione è in linea con un parere formulato dalla Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi (CADA), secondo cui "è ingiustificata la sottrazione all'accesso a tempo indeterminato dei documenti relativi a procedure di aggiudicazione o affidamento di lavori e forniture di beni e servizi, sotto il profilo della tutela della riservatezza delle ditte o imprese, essendo sufficiente il differimento fino all'esaurimento della procedura (32)".

Un'altra pronuncia (33) afferma, in modo ancora più perentorio, la prevalenza, pressoché assoluta, del diritto di accesso.

È illegittimo il diniego di accesso ai documenti concernenti una gara di appalto di analogo oggetto affidato ad altro soggetto, al fine di salvaguardare il diritto alla riservatezza di quest'ultimo, in quanto la **natura pubblica di uno dei contraenti rende il contratto e gli atti preparatori di per sé suscettibili di interessi che travalicano quelli dei contraenti** e, rientrando nell'attività tipica dell'amministrazione, sono suscettibili di divenire di dominio pubblico. La richiesta di accedere ai progetti di gestione presentati a corredo delle offerte delle imprese partecipanti ad una gara, coinvolgendo gli interessi imprenditoriali delle stesse, comporta l'applicazione del principio secondo il quale, quando la documentazione amministrativa cui sia richiesto l'accesso riguardi soggetti terzi, implicandone il diritto alla riservatezza con riferimento agli interessi epistolari, sanitari, professionali, finanziari, industriali e commerciali (per il quale spetta all'amministrazione l'apprezzamento di adeguate misure di tutela), i soggetti predetti sono controinteressati nei giudizi instaurati ai sensi dell'art. 25 l. 7 agosto 1990 n. 241 (34) Il Consiglio di Stato sez. IV, n. 4078/2002 (35) ha confermato la pre-

(31) Cfr. T.A.R. Lombardia sez. III, Milano, 27 settembre 1996, n. 1448 Giust. civ. 1997, I, 556 Riv. giur. edilizia 1997, I, 145.

(32) Pronuncia p95349R della Commissione per l'Accesso ai Documenti Amministrativi (CADA).

(33) T.A.R. Sardegna 24 ottobre 1995, n. 1683 T.A.R. 1995, I, 5057.

(34) Consiglio di Stato sez. V, 5 maggio 1999, n. 518.

(35) Consiglio di Stato, sez. IV, 30-07-2002, n. 4078; Soc. Perkinelmer ltd. c. Min. fin. In Cons. Stato, 2002, I, 1629.

valenza del diritto di accesso sul diritto alla riservatezza dei segreti industriali, consentendo la mera visione delle offerte tecniche dell'impresa aggiudicataria. In particolare in presenza di una esigenza specifica e normativamente qualificata, com'è indubbiamente quella di mantenere la segretezza delle caratteristiche tecniche di produzione e di funzionamento di prodotti di imprese partecipanti ad una pubblica gara, ha ritenuto meritevole di tutela l'impresa non aggiudicataria che ha diritto ad accedere agli elaborati di quella aggiudicataria in vista della tutela dei propri interessi giuridici. Argomenta il Consiglio di Stato che la partecipazione ad una gara comporta, tra l'altro, che l'offerta tecnico-progettuale presentata fuoriesca dalla sfera di dominio riservato dell'impresa per porsi sul piano della valutazione comparativa rispetto alle offerte presentate da altri concorrenti, con la conseguenza che la società non aggiudicataria ha interesse ad accedere alla documentazione afferente le offerte presentate in vista della tutela dei propri interessi giuridici. In altri termini, in presenza di una offerta vincente perché economicamente più bassa ed a costi molto contenuti, non può negarsi all'impresa esclusa l'accesso a quegli atti necessari alle finalità di controllo di quei requisiti tecnici e di tutte le altre caratteristiche del prodotto, oggetto della fornitura, che non necessariamente devono disvelare il segreto industriale. Che viene reso accessibile nei procedimenti antitrust (36) (cfr. sentenze sez. VI n. 652/2001). Proprio in relazione ai procedimenti antitrust sulla scorta della normativa e dell'ampio sviluppo della giurisprudenza (37) si è sviluppato in materia il c.d. principio di parità delle armi (38) il quale non comporta che il diritto di accesso prevalga in ogni caso sul diritto alla riservatezza, ma implica che venga consentito alle imprese di conoscere il contenuto dell'intero fascicolo, con indicazione degli atti segretati e del relativo contenuto e che, in relazioni ai documenti costituenti elementi di prova a carico o comunque richiesti dalle imprese per l'utilizzo difensivo a discarico, la segretazione sia strettamente limitata alla c.d. parti sensibili del documento. L'individuazione di tali parti da segretare deve avvenire nell'ambito di un giudizio comparativo di bilanciamento di confliggenti interessi, all'esito del quale deve comunque essere assicurata alle imprese la conoscenza dell'intero fascicolo (attraverso procedure analoghe a quelle indicate) e l'effettiva conoscenza degli elementi di prova dell'infrazione o degli elementi essenziali per la difesa (l'eventuale visione parziale non deve quindi ostacolare l'esercizio dei diritti difensivi).

Si tratta peraltro di principi contenuti anche nella comunicazione della Commissione Ce sul diritto di accesso del 23.1.1997.

In altra decisione del Consiglio di Stato (39) si è fatta la questione circa la ostensibilità della relazione del medico dell'INAIL sulla base della quale non era stata rico-

(36) Consiglio di Stato, sez. VI, 12-02-2001, n. 652; Soc. Universal Music Italia c. Autorità garante concorrenza e mercato in Cons. Stato, 2001, I, 248.

(37) "Diritto ad essere sentito, previsto dall'art.19, par. 1, del Reg. CEE n.17/62 e dell'art.2 del Reg. CEE n.99/63"; cfr. Corte Giust. CE, C- 56 e 58/64, 13.7.66, Consten - Grundig; cfr., Corte Giust. CE, C - 85/76, 13.2.79, Hoffman - La Roche; Corte Giust. CE, C - 107/82-83, AEG - Telefunken, 25.10.83; Trib. Ce, T - 65/89, Plasterboard, 1.4.93).

(38) Un definitivo riconoscimento del principio della "parità delle armi" tra accusa e difesa si è avuto con la giurisprudenza c.d. "carbonato di sodio", (cfr. Trib. CE, T - 30/91, 29.6.95, Solvay e Trib. CE, T - 36/91, 29.6.95, I.C.I.).

(39) Cfr. C. Stato, sez. VI, 30-03-2001, n. 1882, cit. nota n. 11.

nosciuta la natura professionale della malattia contratta da un assicurato. Si parla, nella fattispecie, della ostensione di dati sensibili, ossia di informazioni attinenti alla salute o alla sfera sessuale del terzo controinteressato, per le quali l'art. 26, comma 5° del d. lgs. 196/2003 esclude la diffusione ma che se il diritto da far valere o difendere è di rango pari a quello dell'interessato, il trattamento e, quindi, la diffusione è consentita, sebbene nella versione limitata alla mera visione.

Altra questione di particolare rilevanza nella questione che si esamina riguarda l'istanza di accesso di una società datrice di lavoro sugli atti di un procedimento di accertamento di illecito amministrativo a carico della società stessa. Il Consiglio di Stato (40) ha esaminato due questioni distinte: la prima relativa alla ostensibilità degli atti facenti parte dell'accertamento amministrativo, per il quale l'art. 2, comma 2°, lett. c, del D.M. Lavoro 4.11.1994, n. 757 sottrae all'accesso gli atti contenenti notizie acquisite durante attività ispettive solo se dalla loro divulgazione possano derivare azioni discriminatorie o indebite pressioni o pregiudizi a carico di lavoratori o di terzi. Sul punto la giurisprudenza conclude per l'ostensibilità di detti atti del procedimento, in applicazione dell'art. 24 della legge n. 241 che riconosce la prevalenza del diritto di difesa sulla riservatezza, che in quanto sancito da una norma primaria, impone di disapplicare le norme regolamentari in contrasto (C. Stato, IV, 24 marzo 1998, n. 498). Tale disapplicazione è consentita, vertendosi in tema di diritti soggettivi.

Sotto tale profilo, pertanto, l'amministrazione deve consentire l'accesso pieno alle dichiarazioni degli eventuali ex dipendenti, e l'accesso mediante sola visione alle dichiarazioni dei dipendenti ancora in forze, per attenuare eventuali ritorsioni del datore di lavoro.

Il CdS, nella medesima sentenza ha pure esaminato la questione dell'ostensibilità delle denunzie di reato presentate dalla pubblica amministrazione all'autorità giudiziaria inquirente, poiché l'atto coperto dal segreto istruttorio penale sarebbe sottratto all'accesso per effetto dell'art. 329 c.p.p. in relazione all'art. 24, 1° comma, della l. n. 241/1990. Il problema va risolto nel senso della non ostensibilità della denuncia quando la stessa venga presentata non nell'esercizio della propria istituzionale attività amministrativa, ma nell'esercizio di funzioni di polizia giudiziaria specificamente attribuite dall'ordinamento, nel qual caso si è in presenza di atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria, che, come tali, sono soggetti a segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 c.p.p. e conseguentemente sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 24, L. n. 241/1990 (in termini v. C. Stato, IV, 13 luglio 1998, n. 1091). In caso contrario, le denunce sono ostensibili.

(40) Consiglio Di Stato; sezione VI; decisione, 07-10-2003, n. 5928; Autorità garante concorrenza e mercato c. Soc. poste it. In Foro it., 2004, III, 207, n. FAELLA; nello stesso senso Cons di Stato, sez. VI, 3.05.2002, n. 2366.

NOTE A SENTENZA

***Contributi* - Retribuzione imponibile - Minimale contributivo - Distinzioni.**

Corte di Cassazione - 7.12.2004, n. 22921 - Pres. Senese - Rel. La Terza - P.M. Nardi (Conf.) - INPS (Avv. ti Sgroi, Fonzo) - LOFRA S.P.A., Lovato (Avv. ti Barillari, Zuin).

Le disposizioni sull'imponibile previdenziale (art. 12, legge n. 153 del 1969) e quelle sul minimale (d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, conv. in l. 7 dicembre 1989 n. 389) operano su piani diversi e richiedono operazioni distinte: a) con la prima si determina quali voci della retribuzione erogata devono essere sottoposte a contribuzione, quali cioè entrano nella base imponibile a cui si applica l'aliquota, e quali invece ne sono esenti; b) con le disposizioni sul cosiddetto minimale si prescrive che — qualunque sia la retribuzione erogata o dovuta al lavoratore — la retribuzione valida ai fini contributivi, ossia l'imponibile su cui applicare l'aliquota di pertinenza, non può essere inferiore ad un certo ammontare, che la legge determina richiamando la contrattazione collettiva (Nella specie, la Corte Cass., pur affermando, per incidens, non esservi questione di "minimale", ha confermato la decisione del giudice di merito che, decidendo sull'opposizione avverso ordinanza ingiunzione con cui l'Inps aveva ordinato di pagare una sanzione amministrativa per omissione contributiva relativa al mancato computo del premio denominato T.Q.P. — traguardo, qualità, premio — nella tredicesima mensilità, istituito con accordo sindacale aziendale nel 1989, aveva ritenuto il premio costituire un trattamento aggiuntivo, e non sostitutivo, rispetto a quello previsto dal c.c.n.l. conseguendone il diritto del datore di lavoro alla fiscalizzazione degli oneri sociali).

FATTO — Con ricorso al Pretore del lavoro di Padova dell'11 luglio 1996 Lovato Bianca e la S.p.a. Lofra proponevano opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione del 25 giugno 1996 con cui l'Inps aveva loro ordinato di pagare la somma di lire 7.280.000 a titolo di sanzione amministrativa per l'omissione contributiva relativa al mancato computo del premio denominato T.Q.P. (Traguardo, qualità, premio) nella tredicesima mensilità, premio istituito con accordo sindacale aziendale del 1989; assumevano gli opponenti che la clausola sul premio era stata autenticamente interpretata nel 1995 da successivo accordo aziendale nel senso che — in quanto aggiuntivo rispetto agli emolumenti dovuti in forza della contrattazione nazionale — il premio medesimo era comprensivo di

ogni istituto di legge e/o contratto, indipendentemente dalla sua concreta erogazione; gli opponenti affermavano quindi l'inesistenza della omissione contributiva.

Costituitosi l'Inps, che chiedeva il rigetto dell'opposizione, si procedeva alla riunione con l'altra causa concernente l'opposizione proposta dai medesimi soggetti al decreto ingiuntivo, chiesto e ottenuto dall'Inps per il pagamento di lire 548.315.395 per i contributi omessi. Il Pretore, con sentenza del 17 settembre 1999, accoglieva integralmente le opposizioni e sull'appello dell'Istituto previdenziale, la statuizione veniva confermata dal locale Tribunale con sentenza dell'11 aprile 2002.

Il Tribunale escludeva l'obbligatorietà del computo del premio nella tredicesima mensilità richiamando l'inesistenza del principio di onnicomprensività della retribuzione, ed il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione della retribuzione dovuta. Questo orientamento giurisprudenziale era stato ratificato dal legislatore con l'art. 3 del DL 318/96, convertito con la legge 402/96, a norma del quale la retribuzione dovuta in base agli accordi collettivi, non può essere individuata in difformità dalle obbligazioni, modalità e tempi definiti negli stessi accordi dalle parti stipulanti, regola valida anche agli effetti delle prestazioni previdenziali. La disposizione, pur non avendo efficacia, offriva comunque un criterio valido anche per la regolamentazione delle fattispecie precedenti. Soggiungeva il Tribunale che le parti stipulanti l'accordo aziendale istitutivo del premio nulla avevano stabilito con riferimento alla tredicesima mensilità, ma l'esclusione era implicita, potendo essere desunta dalle regole di interpretazione dei contratti, in particolare dal comportamento delle parti successivo alla conclusione, in cui non vi era stata alcuna rivendicazione dalle organizzazioni sindacali né dai lavoratori. Il premio peraltro risultava costituito da due parti fisse, gradualmente aumentate nei primi tre anni, e da una parte variabile da determinarsi a fine anno in relazione all'andamento del fatturato, per cui non poteva essere ulteriormente incrementato, come avvalorato anche dalle dichiarazioni rese dai rappresentanti sindacali ai sensi dell'art. 421 cod. proc. civ. e dalle prove testimoniali, secondo cui con l'accordo interpretativo era stato ribadito che il premio non aveva incidenza sulla tredicesima mensilità. Il Tribunale osservava infine che il premio costituiva un trattamento aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quello previsto dal CCNL, per cui il datore aveva diritto alla fiscalizzazione degli oneri sociali.

Avverso detta sentenza l'Inps propone ricorso affidato ad un unico complesso motivo.

La Lovato e la S.p.a. Lofra resistono con controricorso illustrato da memoria.

DIRITTO — Con l'unico motivo si denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153, dell'art. 1 del DL 338/89 convertito in legge 389/89 nonché difetto di motivazione. Premesso che la questione da decidere attiene alla computabilità o meno dell'imponibile previdenziale del premio T.Q.P., composto da una parte fissa di 60.000 lire e da una parte variabile dell'importo massimo di 55.000 lire erogato dal 1° dicembre 1989 al 31 dicembre 1994, premio che veniva utilizzato come base di computo di tutti gli altri istituti contrattuali, assume l'Istituto che i Giudici di merito avrebbero confuso tra retribuzione spettante ai lavoratori e retribuzione da utilizzare come base per il calcolo dei contributi: mentre la prima non è onni-

comprensiva, la seconda lo è, dovendo, secondo la giurisprudenza ricomprendere, ai sensi dell'art. 12 della legge 153/69, tutte le erogazioni che trovano giustificazione nel rapporto di lavoro, escluse quelle tassativamente indicate nella medesima disposizione e nelle altre successivamente previste; pertanto, mentre la contrattazione collettiva può legittimamente disporre del diritto alla retribuzione, non può invece disporre in ordine alla retribuzione imponibile ai fini contributivi. Inoltre l'Istituto richiama il disposto dell'art. 1 della legge 389/89 in tema di minimale contributivo ancorandolo alla contrattazione collettiva nazionale, di talché l'accordo interpretativo non avrebbe alcuna efficacia in quanto derogatorio in peius della contrattazione collettiva.

Il ricorso è infondato ancorché la motivazione della sentenza impugnata meriti delle correzioni in diritto.

1) Erra infatti la Corte territoriale quando richiama, direttamente, e senza alcun passaggio intermedio logico, a fondamento della decisione, la esclusione affermata dalla giurisprudenza ormai consolidata di legittimità (a partire dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 1081 del 13 febbraio 1994), di un principio di onnicomprensività della retribuzione, giacché quel principio è stato applicato ed opera sul versante retributivo in relazione al rapporto di lavoro, per determinare cioè la retribuzione dovuta al dipendente. Si è infatti affermato che "Non esiste nel nostro ordinamento, neanche allo stato tendenziale, un principio generale ed inderogabile di onnicomprensività della retribuzione, ma nel disciplinare la base di calcolo degli istituti retributivi contrattualmente previsti, alcune disposizioni di legge richiamano nozioni di retribuzione normale onnicomprensiva, inderogabili dalla contrattazione collettiva, mentre altre disposizioni si limitano a richiamare, puramente e semplicemente, la generica nozione di retribuzione, riservandone la determinazione alla competenza istituzionale dell'autonomia collettiva". Pertanto ove non sia la legge a prescriverne espressamente la onnicomprensività, la misura degli istituti contrattuali indiretti viene regolata esclusivamente ed esaustivamente dalla contrattazione collettiva.

2) Diverso è invece il concetto di retribuzione "utile" ai fini contributivi, con cui si determina quale e quanta parte della retribuzione debba essere sottoposta al prelievo contributivo, il cd. imponibile contributivo. Questa disciplina non può che essere dettata dalla legge, e non già dalla contrattazione collettiva che non può certo disporre del diritto dell'ente assicuratore.

Tra le due categorie esistono però delle connessioni che saranno esaminate in seguito.

3) La disciplina della retribuzione imponibile ai fini contributivi si trovava nell'art. 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153, che è stata per molti anni la norma cardine del sistema, la quale tendenzialmente sottoponeva a contribuzione "tutto" quanto veniva erogato per compensare la prestazione lavorativa, disponeva infatti che "Per la determinazione della base imponibile par il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura". La medesima disposizione escludeva dalla sottoposizione a contribuzione alcune voci, tassativamente indicate, come il 50% dell'indennità di trasferta, l'indennità di cassa ed altro. Ulteriori episodiche disposizioni furono poi emanate per eliminare dall'imponibile contributivo altre voci, come i corrispettivi dei servizi

di mensa e trasporto (art. 17 dec. leg. 30 dicembre 1992 n. 503) e le indennità spettanti ai cd trasfertisti (art. 9 ter legge n. 166 del 1° giugno 1991, di conversione del d.l. 29 marzo 1991).

È noto altresì che il sistema è stato poi completamente innovato ad opera del decreto legislativo 3 settembre 1997, n. 314 (legge delega emanata con l'art. 3 comma 19 della legge 23 dicembre 1969, n. 662).

4) Poiché l'art. 12 citato determina la base per il computo dei contributi a quanto il lavoratore "riceve" in ragione del rapporto di lavoro, alcuni interpreti ebbero ad affermare che la disposizione alludesse ad un dato di "effettività" e non al contenuto astratto di un obbligo, per cui ritennero che, per determinare l'ammontare dei contributi, la percentuale di legge dovesse applicarsi sulla retribuzione concretamente erogata e non a quella dovuta. La consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 6434 del 26 giugno 1990, n. 9540 del 12 settembre 1991, n. 677 del 20 gennaio 1993, n. 5547 del 15 maggio 1993, n. 3630 del 13 aprile 1999) disattese questo indirizzo, affermando che "alla base del calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dall'art. 12 della legge n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile ("tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...") va intesa nel senso di "tutto ciò che ha diritto di ricevere", ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati in tutto o in parte soddisfatti".

5) Nella specie l'Inps rivendica una differenza di contributi sulla tredicesima mensilità, sostenendo che i medesimi sono stati versati su una base imponibile inferiore a quella esatta, perché la tredicesima sarebbe maggiore dovendo comprendere il premio T.Q.P., donde il correlato incremento dei contributi.

Per verificare la fondatezza della pretesa, va in primo luogo rilevato essere pacifico in causa che i lavoratori "non" ricevono la tredicesima comprensiva del premio, ma al netto dello stesso. Il che non è sufficiente a rigettare la richiesta dell'Istituto, dovendosi ancora accertare se la mensilità aggiuntiva "dovuta" ai lavoratori dovesse essere effettivamente comprensiva del premio, posto che come già detto al n. 4), la base contributiva si determina sul "dovuto" e non sull'effettivamente erogato.

Il Tribunale ha correttamente negato, interpretando l'accordo aziendale, che l'ammontare della tredicesima "dovuto" comprendesse il premio, onde la base imponibile non era superiore a quella su cui i contributi erano stati versati, e non è configurabile la dedotta omissione contributiva.

6) Tanto è sufficiente per rigettare il ricorso. Tuttavia, vale la pena di rilevare, stante il copioso contenzioso in materia, che la giurisprudenza di legittimità — la quale afferma che la base di calcolo dei contributi si determina sul "dovuto" — è stata spesso equivocata, essendosi in molti casi proceduto, da parte dell'Ente previdenziale, alla contestazione di omissioni contributive soprattutto nei casi in cui la contrattazione col-

lettiva provinciale o aziendale istituiva nuove voci retributive, escludendone però — espressamente o implicitamente — il computo ai fini degli istituti indiretti: mensilità aggiuntive, retribuzione feriale, ecc. Tali clausole di esclusione sono state talvolta ritenute inapplicabili, dall'Inps, ai fini di determinare la retribuzione da assoggettare a contribuzione, in quanto asseritamene contrastanti con la disciplina di cui all'art. 12 della legge 153/69, che come detto, reca una disciplina dell'imponibile in senso tendenzialmente onnicomprensivo, onde la pretesa di commisurare i contributi computando nella base degli istituti indiretti "tutte le voci retributive". Ed è poi quanto si sostiene in ricorso, e cioè che — mentre ai fini del rapporto di lavoro gli istituti indiretti non avrebbero carattere onnicomprensivo — viceversa per il computo dei contributi, la legge imporrebbe la onnicomprensività.

Ma fermo restando che si tratterebbe di sottoporre a contribuzione somme che il lavoratore non percepisce, perché, nella specie, come già detto, la tredicesima erogata non comprende il premio, la tesi è infondata, perché se la retribuzione da assoggettare a contribuzione è quella "dovuta" al lavoratore, e se questa, a norma di contratto nazionale, non è onnicomprensiva, anche la base di calcolo non potrà essere onnicomprensiva. Nello stesso senso segue che, ove a livello di contrattazione aziendale o provinciale vengano previste indennità ulteriori rispetto a quanto previsto nel contratto nazionale, anche in tal caso occorre necessariamente interpretare il contratto, per accertare se una voce retributiva debba essere inclusa negli istituti indiretti, perché solo così si determina il "dovuto" spettante al lavoratore e di conseguenza la base di calcolo dei contributi.

7) Vi è da aggiungere che la tesi sulla onnicomprensività propugnata dall'Inps, che è già da disattendere alla luce dei principi sopra illustrati, è stata espressamente ripudiata dal legislatore con una norma non applicabile *ratione temporis*, destinata proprio a dissipare equivoci. Si tratta della disposizione richiamata dalla sentenza impugnata e cioè dell'art. 3 del DL 14 giugno 1996 n. 318, convertito nella legge 29 luglio 1996, n. 402, la quale dispone appunto che "La retribuzione dovuta in base ad accordi collettivi di qualsiasi livello non può essere individuata in difformità dalle obbligazioni, modalità e tempi di adempimento come definiti negli accordi stessi dalle parti stipulanti, in riferimento alle clausole di non commutabilità nella base di calcolo di istituti contrattuali e di emolumenti erogati a vario titolo, diversi da quelli di legge, ovvero sulla quantificazione di tali emolumenti comprensiva dell'incidenza sugli istituti diretti o indiretti. Allo stesso fine valgono le clausole per la limitazione di tale incidenza relativamente ad istituti retributivi introdotti da accordi integrativi aziendali, in aggiunta a quelli previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro. Le predette disposizioni operano anche agli effetti delle prestazioni previdenziali".

8) Quanto alle disposizioni sul cd. minimale, che l'Istituto ricorrente richiama a supporto delle sue ragioni, esse sono completamente fuori luogo nella fattispecie. Va brevemente rammentato in punto "minimale" che le Sezioni unite di questa Corte n. 11199 del 29 luglio 2002, nel risolvere un contrasto di giurisprudenza hanno affermato che "l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che sarebbe dovuta, ai lavoratori di un determinato settore, in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle

associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale; si tratta del cd "minimale contributivo" secondo il riferimento ad essi operato, con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale, dall'art. 1 del DL 9 ottobre 1989 n. 338, convertito nella legge 7 dicembre 1989 n. 389".

La legge del 1989 determina quindi un imponibile "minimo" da sottoporre a contribuzione, al di sotto del quale non è possibile scendere, ancorché la retribuzione "dovuta" al lavoratore sia inferiore. È pertanto la fonte collettiva che funge da parametro per la determinazione dell'obbligo contributivo minimo e per scelta legislativa questo parametro viene ritenuto il più idoneo ad adempiere alla funzione di tutela assicurativa, nonché a garantire (equilibrio finanziario della gestione. Con la legge del 1989 si è dunque posto un limite minimo "incomprimibile" di retribuzione valevole esclusivamente ai fini previdenziali, al di sotto del quale non si può scendere, con la precisazione che resta ferma la piena operatività degli accordi collettivi diversi da quelli stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (ad es. gli accordi aziendali), ovvero gli accordi individuali, quando determinino una retribuzione "dovuta" superiore al minimale.

9) Le disposizioni sull'imponibile previdenziale e quelle sul minimale operano su piani diversi e richiedono operazioni distinte: a) con la prima si determina quali voci della retribuzione erogata devono essere sottoposte a contribuzione, quali cioè entrano nella base imponibile a cui si applica l'aliquota, e quali invece ne sono esenti; b) con le disposizioni sul cd. "minimale", si prescrive che — qualunque sia la retribuzione erogata o dovuta al lavoratore — la retribuzione valida ai fini contributivi, ossia l'imponibile su cui applicare l'aliquota di pertinenza, non può essere inferiore ad un certo ammontare, che la legge determina richiamando la contrattazione collettiva. Nella presente causa non si è mai fatto questione di "minimale", e cioè che l'imponibile sulla cui base la società aveva versato i contributi fosse inferiore al minimale, ossia a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva stipulata dalle associazioni sindacati comparativamente più rappresentative, onde il richiamo alla relativa tematica sembra del tutto fuori incongruo.

10) Conclusivamente il ricorso va rigettato. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

RETRIBUZIONE DOVUTA AL LAVORATORE, RETRIBUZIONE IMPONIBILE E MINIMALI CONTRIBUTIVI: L'EVOLUZIONE DELLA FATTISPECIE; IL RUOLO DEL CCNL E DEGLI ACCORDI AZIENDALI STIPULATI DALLE ORGANIZZAZIONI SINDACALI COMPARATIVAMENTE PIÙ RAPPRESENTATIVE

1. — La fattispecie concreta

Il giudizio definito con la sentenza che si annota aveva originariamente ad oggetto un'opposizione avverso ordinanza ingiunzione emessa dall'INPS per la contestata omissione contributiva relativa al mancato computo di un premio — istituito con clausola contenuta in accordo sindacale aziendale — denominato T.Q.P. (Traguardo, qualità premio) nella tredicesima mensilità. Tale clausola costituiva successivamente oggetto di ulteriore accordo aziendale interpretativo, in forza del quale veniva chiarito che — in quanto aggiuntivo rispetto agli emolumenti dovuti in forza della contrattazione nazionale — il premio medesimo era comprensivo di ogni istituto di legge e/o contratto, indipendentemente dalla sua concreta erogazione. Vi veniva poi riunito altro giudizio concernente l'opposizione proposta dai medesimi soggetti al decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto dall'INPS per il pagamento dei contributi omessi e dei relativi accessori.

Il Pretore adito in 1° grado accoglieva entrambe le opposizioni con sentenza confermata in 2° grado. Il Giudice d'Appello, in particolare, escludeva l'obbligatorietà del computo del premio nella tredicesima mensilità richiamando l'inesistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione, ed il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione della retribuzione dovuta, ritenendo che tale orientamento fosse stato ratificato dal legislatore con l'art. 3 del d.l. 318/96, convertito con la legge 402/96, a norma del quale la retribuzione dovuta in base agli accordi collettivi, non può essere individuata in difformità dalle obbligazioni, modalità e tempi definiti negli stessi accordi dalle parti stipulanti, regola valida anche agli effetti delle prestazioni previdenziali.

Riteneva poi il tribunale che tale disposizione, pur non avendo efficacia retroattiva, offrisse comunque un criterio valido anche per la regolamentazione delle fattispecie precedenti.

All'esito di un accertamento in fatto fondato sulla interpretazione del comportamento delle parti successivo alla conclusione dell'accordo; sulle osservazioni formulate dalle organizzazioni sindacali; sulla struttura stessa del premio e sugli accordi interpretativi successivamente conclusi tra le parti, riteneva il Tribunale che il premio non avesse incidenza sulla tredicesima e che viceversa costituisse un trattamento aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quello previsto dal CCNL, per cui il datore aveva diritto anche alla fiscalizzazione degli oneri sociali.

Giunta all'esame della Suprema Corte su ricorso proposto dall'INPS, la sentenza veniva confermata sia pure con motivazione parzialmente corretta.

*2. — L'*iter *argomentativo*

La sentenza che si annota, confermata la decisione del giudice di appello, ne correggeva però la motivazione sul punto relativo alla determinazione della retribuzione dovuta ai lavoratori precisando i rispettivi confini dei principi e delle norme vigenti rispettivamente in ambito lavoristico ed in ambito previdenziale.

In particolare la Corte di legittimità distingue dapprima il piano della determinazione della retribuzione dovuta al lavoratore da quello della retribuzione *utile ai fini contributivi, con cui si determina quale e quanta parte della retribuzione debba essere sottoposta al prelievo contributivo*, per poi procedere alla verifica dei punti di intersezione dei due diversi piani, in riferimento alla efficacia delle determinazioni assunte dalle parti in occasione della stipulazione dei CCNL e degli accordi aziendali.

I passaggi logici della motivazione attraverso i quali si perviene al rigetto del ricorso sono i seguenti:

a) Sul piano del rapporto di lavoro — nel quale un ruolo preminente deve essere attribuito alla contrattazione collettiva — non opera il principio di omnicomprensività della retribuzione;

b) la disciplina della retribuzione imponibile, viceversa, è dettata dalla legge e precisamente dall'art. 12 della l. 153/69, come successivamente più volte modificato, e come da ultimo completamente innovato ad opera del d. lgs. 314/97;

c) l'imponibile contributivo si determina sul dovuto e non sull'effettivamente erogato;

d) *ove a livello di contrattazione aziendale o provinciale vengano previste indennità ulteriori rispetto a quanto previsto nel contratto nazionale*, per la determinazione della retribuzione dovuta - e di conseguenza per la determinazione della base di calcolo dei contributi - si dovrà necessariamente interpretare il contratto per accertare se una voce retributiva debba essere inclusa negli istituti indiretti;

e) a valle di tutte le operazioni sopra descritte si dovrà infine verificare se la retribuzione imponibile sia o meno inferiore ai minimali contributivi previsti dall'ordinamento.

3. — Le questioni affrontate

Ripercorso l'iter argomentativo seguito dalla Corte, le molteplici questioni giuridiche affrontate si collocano dunque sui rapporti intercorrenti tra la retribuzione dovuta al lavoratore, la retribuzione rilevante ai fini previdenziali ed il raffronto della stessa

con i minimali contributivi; il tutto attraverso la cartina di tornasole dei rispettivi ruoli attribuiti alla contrattazione collettiva e alla legge.

3.1. — La determinazione della retribuzione dovuta al lavoratore

La prima questione affrontata, per la verità pacifica tra le parti in causa, si risolve nell'affermazione dell'esclusione della vigenza di un principio di omnicomprensività della retribuzione dovuta al lavoratore. Al contrario, richiamando un consolidato orientamento della giurisprudenza apertosi con la pronuncia n. 1081/84 delle SS.UU. (1), la Corte rammenta che *Non esiste nel nostro ordinamento, neanche allo stato tendenziale, un principio generale ed inderogabile di onnicomprensività della retribuzione né, comunque, una nozione unitaria di retribuzione, ma, nel disciplinare la base di calcolo degli istituti retributivi contestualmente previsti, alcune disposizioni di legge evocano nozioni di retribuzione normale onnicomprensiva, inderogabili dalla contrattazione collettiva, mentre altre disposizioni si limitano a richiamare, puramente e semplicemente, la generica nozione di retribuzione, riservandone la determinazione alla competenza istituzionale dell'autonomia collettiva*.

Precisa poi la coeva SS.UU. n. 1069/84 che *compete istituzionalmente all'autonomia collettiva, nei limiti inderogabilmente imposti dall'art. 36 cost., la determinazione della retribuzione in tutti i casi in cui disposizioni di legge, ai fini dell'istituto da esse regolato, non impongano di calcolare elementi della retribuzione specificamente indicati, ma si limitano a rinviare, puramente e semplicemente, alla generica nozione di retribuzione* (2).

Occorre pertanto di volta in volta in prima battuta ricercare la sussistenza di una espressa norma di legge che individui i parametri di riferimento dei singoli istituti retributivi, e solo in difetto si potrà e si dovrà fare ricorso alla disciplina offerta dalla contrattazione collettiva (3).

Nel caso di specie, pertanto, la prima operazione compiuta dalla Corte consiste nel verificare la refluenza della erogazione del premio T.Q.P (rectius, per quanto più avanti sarà precisato, dell'obbligo di erogare il premio) sulla tredicesima mensilità.

In coerenza con le premesse la Corte, escludendo la sussistenza di una specifica norma di legge e non censurando l'interpretazione dell'accordo aziendale Istitutivo del

(1) In Dir. lav., 1984, II, 397, n. MARTINENGO; Giur. it., 1984, I, 1, 1557, n. PERSIANI; Riv. giur. lav., 1984, II, 41, n. PETROCELLI, ZANELLO.

(2) Pur'essa in Dir. lav., 1984, II, 390, n. MARTINENGO; Giur. it., 1984, I, 1, 1557, n. PERSIANI; ma anche in Risparmio, 1984, 469, n. BUONCRISTIANO.

(3) Per una più completa analisi delle argomentazioni che portano ad escludere sul piano del rapporto di lavoro la sussistenza del principio di omnicomprensività della retribuzione, si veda in dottrina — anche per ulteriori riferimenti bibliografici — MORTILLARO, - voce retribuzione (rapporto di lavoro privato), in Encicl. giur. Treccani, Roma, 1991, vol. XXVII, 6 e ss..

premio — **oltretutto aggiuntivo non essendo previsto dal CCNL** (4) — accolta dai giudici di merito e fondata prevalentemente sul comportamento delle parti successivo alla stipulazione dell'accordo (intesa interpretativa dell'accordo nei termini della mancata refluenza sulla 13a; erogazione di fatto della tredicesima con esclusione del premio dalla sua base di calcolo; mancata richiesta da parte dei lavoratori delle differenze sulla tredicesima (5)), perviene alla conclusione della irrilevanza del suddetto premio ai fini del calcolo della 13a dovuta al lavoratore (6).

---

(4) La sentenza non affronta la problematica — che non vede allo stato orientamenti certi — inerente alla individuazione della retribuzione dovuta al lavoratore da un lato in considerazione delle interferenze dei vari livelli di contrattazione, e dall'altro nell'ipotesi in cui vi siano separati accordi collettivi. Su tale ultimo punto, specialmente per ciò che concerne la individuazione del sindacato comparativamente più rappresentativo, torneremo in seguito quando tratteremo dei minimali contributivi.

(5) A proposito dei canoni di interpretazione del contratto di lavoro non sussiste un univoco orientamento in giurisprudenza: Cass., 13392/2004, (in Foro It., DVD, sentenze integrali, n. 2, 2004), da ultimo afferma che essi *sono governati da un principio di gerarchia (art. 1362-1371 c.c.) in forza del quale quelli strettamente interpretativi (art. 1362-1365 c.c.) prevalgono su quelli interpretativi-integrativi (art. 1366-1371 c.c.), quale va considerato anche il principio dell'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.); nell'ambito dei criteri interpretativi risulta prioritario il canone fondato sul significato letterale delle parole, conseguendone che, ove quest'ultimo canone risulti sufficiente, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente conclusa; solo all'esito della corretta applicazione dei canoni interpretativi e letterali, compete al giudice di merito ogni opzione ermeneutica, l'accertamento in ordine all'insufficienza dei canoni perdetti e la necessità di ricorrere, in via sussidiaria, agli altri (art. 1362, 2º comma, 1365, 1366-1371 c.c.) per identificare la comune intenzione delle parti* (nello stesso senso: Cass. 12054/2003. (In Foro It. DVD, cit. D'ora innanzi per tutte le sentenze ivi reperite non sarà più indicata la fonte). Diversamente Cass. 3091/2002, ritiene che *Nella contrattazione collettiva la comune intenzione delle parti non sempre è ricostruibile attraverso il mero riferimento al "senso letterale delle parole", atteso che la natura di detta contrattazione, sovente articolata su diversi livelli (nazionale, provinciale, aziendale etc.), la vastità e la complessità della materia trattata in ragione della interdipendenza dei molteplici profili della posizione lavorativa (che sovente consigliano alle parti sociali il ricorso a strumenti sconosciuti alla negoziazione tra parti private come preamboli, premesse, note a verbale etc.), il particolare linguaggio in uso nel settore delle relazioni industriali, non necessariamente coincidente con quello comune, e, da ultimo, il carattere vincolante che non di rado assumono nell'azienda l'uso e la prassi, costituiscono elementi che rendono indispensabile nella materia una utilizzazione dei generali criteri ermeneutici che tenga conto di detta specificità, con conseguente assegnazione di un preminente rilievo al canone interpretativo dettato dall'art. 1363 c.c. (prevedente l'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali)* (nello stesso senso Cass. 15767/2001). In sintonia con i giudici del merito, Cass. 4611/1990, valorizza il criterio della *determinazione della comune intenzione delle parti alla stregua del comportamento complessivo delle medesime, anche posteriore alla conclusione del contratto*.

(6) Sulle modalità di calcolo delle singole voci retributive si segnalano: Cass. 1823/2004, ai fini del calcolo della retribuzione feriale dei lavoratori subordinati e, sulla computabilità della maggiorazione per lavoro notturno Cass. 16510/2002 e Cass. 9206/2000, in materia di compenso per le festività infrasettimanali; Cass. 15767/2001, sulla esclusione del valore del servizio mensa, o la relativa indennità sostitutiva, dalla retribuzione ai fini del calcolo degli istituti di retribuzione indiretta o differita, quale la tredicesima mensilità, salvo che ciò non sia espressamente previsto dalle disposizioni dei contratti collettivi, anche aziendali, in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 6 d.l. 11 luglio 1992 n. 333 (convertito nella l. 8 agosto 1992 n. 359); Cass. 215/2004, in tema di indennità risarcitoria di cui all'art. 18, 4º comma, l. 20 maggio 1970 n. 300, come sostituito dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108; Cass. 16852/2003, a proposito della commutabilità del compenso per lavoro straordinario, in presenza del riferimento da parte della contrattazione collettiva alla retribuzione globale di fatto, ai fini delle mensilità aggiuntive.

3.2. — La determinazione dell'imponibile contributivo

Al fine di fugare ogni possibile equivoco derivante dalla erogazione di fatto della tredicesima con esclusione del premio dalla sua base di calcolo, la Corte ha cura di ribadire il principio già consolidatosi in giurisprudenza, secondo cui *Alla base del calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dall'art. 12 l. n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile ("tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...") va intesa nel senso di "tutto ciò che ha diritto di ricevere", ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'istaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati in tutto o in parte soddisfatti* (7). Ai fini della sussistenza dell'obbligazione contributiva, pertanto, non rileva il principio della effettività della erogazione della retribuzione, ma, piuttosto, la sussistenza dell'obbligo di retribuire il lavoratore.

Ciò posto, avendo condiviso l'interpretazione dell'accordo aziendale accolta ai giudici di merito, ed avendo per l'effetto ritenuto corretta l'erogazione della 13a al netto della quota riferibile al T.Q.P., il giudice della nomofilachia — come dal medesimo esattamente rilevato — non avrebbe avuto alcun bisogno di spingersi oltre per supportare adeguatamente la decisione di rigetto del ricorso proposto dall'INPS.

Viceversa, al dichiarato fine di orientare l'esito del copioso contenzioso esistente in materia, la Corte prosegue nella ricostruzione della nozione di retribuzione imponibile offerta dall'art. 12, l. 153/69, come reiteratamente modificato.

Per una migliore comprensione delle diverse ricostruzioni della norma in parola, riteniamo utile, sia pur brevemente, ripercorrere le tappe attraverso cui si è articolato il percorso normativo prima di giungere, attraverso reiterate successive novelle, all'odierno assetto.

Il punto di partenza può essere individuato dall'art. 13 r.d.l. 1048/1937, poi trasfuso nell'art. 27 del Testo Unico delle norme sugli assegni familiari — approvato con d. lgs. 797/55, secondo cui *Il contributo per gli assegni familiari è dovuto in relazione all'ammontare della retribuzione lorda di ciascun prestatore di lavoro.*

Agli effetti del calcolo del contributo, per retribuzione si intende tutto ciò che il lavoratore riceve, in denaro o in natura, direttamente dal datore di lavoro per compen-

(7) Così Cass. 3630/1999. Per una visione critica di tale orientamento, quanto meno per il periodo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 1 d.l. 338/89, conv. in l. 389/89, si veda NICOLINI e MASTRANGELI in La Contribuzione Previdenziale, Dottrina e Giurisprudenza Sistematica di Diritto della Previdenza Sociale, diretta da M. Cinelli, To, 1997, pagg. 73-76.

so dell'opera prestata, al lordo di qualsiasi ritenuta (8).

Tale nozione di retribuzione imponibile è quindi improntata al carattere della sinallagmaticità: è retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve corrispettivamente al dispendio delle proprie energie lavorative, mentre non lo è tutto ciò che il datore eroga in assenza della prestazione di lavoro (si pensi alle somme erogate per malattia, gravidanza, permessi sindacali ecc..). A ben vedere, pertanto, è del tutto pleonastica

(8) Riproduciamo in nota l'intero testo del suddetto art. 27, al fine di consentire la comparazione con le norme successivamente entrate in vigore, anche per ciò che concerne l'individuazione delle voci escluse: *Il contributo per gli assegni familiari è dovuto in relazione all'ammontare della retribuzione lorda di ciascun prestatore di lavoro.*

Agli effetti del calcolo del contributo, per retribuzione si intende tutto ciò che il lavoratore riceve, in denaro o in natura, direttamente dal datore di lavoro per compenso dell'opera prestata, al lordo di qualsiasi ritenuta.

Pertanto, nella determinazione della retribuzione, in aggiunta al salario e allo stipendio:

A) debbono computarsi tutte le somme corrisposte al lavoratore a titolo:

1) di compenso per lavoro straordinario, qualunque ne sia la natura o la durata, per lavoro notturno, per lavoro festivo;

2) di provvigione, di cointeressenza, di partecipazione agli utili o al prodotto, di percentuali di servizio, di assegno di carica o grado;

3) di premio, di indennità o di assegno particolare che il datore di lavoro ordinariamente corrisponde ai lavoratori occupati in determinate condizioni di lavoro, di tempo e di località, come gli assegni variabili e le competenze accessorie, le indennità chilometriche a tempo determinato, i premi per economia di combustibile e per ricupero di ritardi e simili per il personale delle imprese di trasporto, le indennità di linea, di varo, di supertonnellaggio e simili per il personale della navigazione, le indennità similari dovute al personale di volo della navigazione aerea, le indennità di residenza, di località disagiata, di sottosuolo, di montagna, di zona malarica, di lavori pericolosi o dannosi e simili;

4) di gratificazione annuale o periodica quali le mensilità e le settimane eccedenti le normali, come la 13ª e la doppia mensilità e la 53ª settimana, escluse le gratificazioni e le elargizioni concesse una volta tanto dal datore di lavoro;

5) di diaria o di indennità di trasferta in cifra fissa, limitatamente al 40% del loro ammontare, esclusi sempre i rimborsi a piè di lista come ogni altro compenso o somma qualsiasi che abbia carattere di rimborso di spese sostenute dal lavoratore per l'esecuzione o in occasione del lavoro;

6) di compenso per ferie o festività nazionali godute;

7) di assegno temporaneo di guerra;

8) di indennità agli ex combattenti;

9) di indennità di panatica in ragione del 40% della somma per tale titolo corrisposta ai marittimi a terra in sostituzione del trattamento di bordo;

10) di indennità di famiglia;

11) di indennità di presenza, di premio di assiduità, operosità e simili e di carovita, comunque denominati, anche se esclusi da disposizioni di legge o di contratto.

B) Non debbono computarsi le somme corrisposte al lavoratore a titolo:

1) di prestazioni a carico di gestioni previdenziali e mutualistiche quali gli assegni familiari, gli assegni di malattia, di integrazione guadagni, di congedo matrimoniale, di nuzialità e natalità e di trattamento di richiamo alle armi;

2) di compenso per ferie o festività nazionali non godute;

3) di mancia;

4) di indennità sostitutiva del preavviso e di anzianità;

5) di indennità di cassa, di rappresentanza e di sfollamento;

6) di indennità vestiario;

7) di indennità per rischio di guerra.

l'indicazione di cui ai nn. 1) - 4), lett. B), art. 27 cit. (9), essendo l'esclusione delle suddette voci dalla nozione di retribuzione imponibile necessaria conseguenza della richiesta presenza dello svolgimento dell'attività lavorativa in forza del precedente comma 2.

Successivamente, all'esito del consolidarsi di una giurisprudenza sensibile alle istanze di natura economico-sociale attente alla necessità di garantire effettiva e concreta attuazione ad un sistema di sicurezza sociale fondato sulla erogazione di prestazioni adeguate alle esigenze di vita dei lavoratori al verificarsi degli eventi protetti di cui all'art. 38 Cost. (10), l'ordinamento accoglie una nozione di retribuzione imponibile tendenzialmente omnicomprensiva, in quanto tale sempre più sganciata dal nesso di corrispettività con la prestazione eseguita dal lavoratore e viceversa espressione di un principio solidaristico, in forza del quale il datore di lavoro, in quanto soggetto che trae comunque beneficio dalla disponibilità delle energie lavorative, è chiamato a contribuire al finanziamento del sistema di sicurezza sociale anche laddove il lavoratore non svolga in concreto la prestazione per cause che l'ordinamento ritiene ingiusto far gravare sul lavoratore medesimo.

La necessità di implementare il finanziamento del sistema di previdenza sociale nasce altresì dalla scelta di politica del diritto di abbandonare il sistema a capitalizzazione in favore di quello a ripartizione, nonché dall'adozione generalizzata del sistema retributivo per il calcolo delle prestazioni pensionistiche (11).

La seconda rilevante tappa del nostro percorso è costituita dalla emanazione dell'art. 12, l. 153/69 che abbandona il concetto di corrispettività, prevedendo invece — nella sua originaria formulazione — che: *"Per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro"* (12).

---

(9) Si veda il testo nella precedente nota 8.

(10) Per una panoramica della giurisprudenza formatasi sotto la vigenza del Testo Unico, si veda ROMA, la retribuzione, TO, 1993, pagg. 98 e ss.

(11) Sulla evoluzione del sistema previdenziale italiano si veda: PERSIANI, Diritto della Previdenza Sociale, PD, 2003, 3 e ss.; CINELLI, Diritto della Previdenza Sociale, TO, 2003, cap. II,. 24 e ss.

(12) Anche qui, per le medesime ragioni indicate in nota 8, si riporta l'intero testo della norma: Per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro.

Sono escluse dalla retribuzione imponibile le somme corrisposte al lavoratore a titolo:

1) di diaria o d'indennità di trasferta in cifra fissa, limitatamente al 50 per cento del loro ammontare;

2) di rimborsi a piè di lista che costituiscano rimborso di spese sostenute dal lavoratore per l'esecuzione o in occasione del lavoro;

3) di indennità di anzianità;

4) di indennità di cassa;

5) di idennità di panatica per i marittimi a terra, in sostituzione del trattamento di bordo, limitatamente al 60 per cento del suo ammontare;

6) di gratificazione o elargizione concessa una tantum a titolo di liberalità, per eventi eccezionali e non ricorrenti, purchè non collegate, anche indirettamente, al rendimento dei lavoratori e all'andamento aziendale.

L'inclusione nella retribuzione imponibile di tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto di lavoro, senza la necessità che costituisca il corrispettivo della prestazione stessa, determina un incontrovertibile allargamento dell'imponibile contributivo, dovendosi includere anche tutte le voci sopra citate (erogazioni alla presenza di malattia, gravidanza, permesso sindacale ecc.), viceversa escluse nella vigenza della precedente disposizione. Non viene però ancora abbandonata la corrispettività soggettiva, essendo pur sempre ancora richiesto che ciò che riceve il lavoratore, per essere assoggettabile a prelievo contributivo, debba in ogni caso provenire dal datore di lavoro (13).

La giurisprudenza precisa poi che *una utilità è assoggettabile a contribuzione quando essa corrisponde ad un costo per chi la eroga e non soltanto quando chi la riceva paghi di meno del prezzo corrente* (14).

Valorizzando il dato letterale dell'art. 12 laddove ritiene rilevanti le erogazioni effettuate *in dipendenza del rapporto di lavoro,* all'indomani della sua entrata in vigore, certa giurisprudenza *sostituendo il requisito della dipendenza dal rapporto di lavoro, voluto dal legislatore, con il più semplicistico criterio della coincidenza temporale con quel rapporto, aveva finito per ritenere assoggettabile a contribuzione previdenziale qualsiasi erogazione che, indipendentemente dalla sua natura e funzione dal titolo dal*

(segue nota 12) L'art. 74 del testo unico delle norme concernenti gli assegni familiari, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797, è abrogato. Per i produttori di assicurazione, tuttavia, resta esclusa dalla retribuzione imponibile la quota dei compensi provvigionali attribuibile a rimborso di spese, nel limite massimo del 50 per cento dell'importo lordo dei compensi stessi.

L'elencazione degli dementi esclusi dal calcolo della retribuzione imponibile ha carattere tassativo.

La retribuzione come sopra determinata è presa, altresì, "a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e di assistenza sociale interessate".

Per l'interpretazione giurisprudenziale della norma si vedano — anche per ulteriori richiami —, *ex multis*: Cass. 16313/2004; 14845/2004 (anche per ciò che concerne le voci escluse).

(13) Viceversa, ai fini dell'imponibilità non è necessario che l'obbligo di corrispondere le somme in dipendenza del rapporto sussista originariamente nei confronti del solo lavoratore, essendo altresì rilevante anche l'obbligo sorto direttamente nei confronti dei suoi aventi causa: si veda, in tema di indennità di mancato preavviso per il caso di morte del lavoratore, Cass. 2931/2004, secondo cui *Ai sensi dell'art. 12 l. n. 153 del 1969 (…) è da considerare retribuzione, agli stessi fini anzidetti, anche l'indennità sostituiva del preavviso corrisposta nonostante la mancata prestazione lavorativa per il periodo corrispondente; né tale indennità, non compresa tra le tassative eccezioni elencate da detta norma, muta la sua natura di erogazione dipendente dal rapporto di lavoro, ancorché pregresso, anche quando sia corrisposta, anziché al lavoratore, ai superstiti indicati dal 1º comma dell'art. 2122 c.c., o, in mancanza, agli eredi legittimi di cui al 3º comma dello stesso articolo, nel testo risultante dalla parziale dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 8 del 1972*.

Devono altresì essere assoggettate a contribuzione anche le utilità ricevute dai familiari del lavoratore, purché, in dipendenza del rapporto di lavoro (così Cass. 12088/2003). Per la assoggettabilità a contribuzione degli importi erogati a titolo di borse di studio in favore dei familiari del lavoratore si veda: Cass. n. 3937/1988, in Foro it., 1989, I, 150.

A proposito della assoggetabilità delle mance corrisposte ai camerieri dai clienti si veda però Cass. 9995/2001.

(14) Per l'affermazione di tale principio in controversia avente ad oggetto la assoggettabilità a contribuzione della differenza tra tasso di mercato applicato ai mutui bancari e tasso praticato ai dipendenti di un istituto di credito, si veda Cass. 15954/2004, e, in precedenza, Cass. n. 4262/2001.

quale derivava, avvenisse durante *il rapporto di lavoro e avesse, nell'esistenza di tale rapporto, la ragione, anche soltanto indiretta, della sua erogazione* (15).

Stante il principio di tassatività delle voci escluse formulato dalla medesima norma, e stante l'orientamento giurisprudenziale sopra ricordato, il legislatore, questa volta attento ad esigenze di politica economica di tipo diverso rispetto a quelle sopra ricordate (16), con successivi interventi integrativi aggiungeva una serie di voci escluse dall'imponibile contributivo — talvolta pacificamente aventi natura retributiva e talaltra aventi natura risarcitoria (17) —, al fine di ridurre il costo del lavoro e di incentivare per l'effetto l'assunzione di manodopera, ovvero l'emersione del lavoro irregolare.

Tra i vari interventi legislativi merita di essere ricordato l'art. 3 del d.l. 318/96, convertito con la legge 402/96 (rubricato *Determinazione contrattuale di elementi della retribuzione da considerarsi agli effetti previdenziali; accertamenti ispettivi; regolamentazione rateale dei debiti per contributi)*, secondo cui: 1. *La retribuzione dovuta in base agli accordi collettivi di qualsiasi livello non può essere individuata in difformità dalle obbligazioni, modalità e tempi di adempimento come definiti negli accordi stessi dalle parti stipulanti, in riferimento alle clausole sulla non computabilità nella base di calcolo di istituti contrattuali e di emolumenti erogati a vario titolo, diversi da quelli di legge, ovvero sulla quantificazione di tali emolumenti comprensiva dell'incidenza sugli istituti retributivi diretti o indiretti. Allo stesso fine valgono le clausole per la limitazione di tale incidenza relativamente ad istituti retributivi introdotti da accordi integrativi aziendali in aggiunta a quelli previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro. Le predette disposizioni operano anche agli effetti delle prestazioni previdenziali*.

L'importanza di tale disposizione consiste nella consacrazione del principio di separazione tra il rapporto previdenziale ed il rapporto di lavoro, per cui la determinazione dell'imponibile contributivo risulta mediata dalla previsione negoziale.

È l'accordo collettivo infatti (sia esso nazionale, sia esso periferico) a regolare l'efficacia sugli istituti indiretti delle voci contrattuali aggiuntive rispetto a quelle legislativamente disciplinate.

---

(15) Così PERSIANI, Problematiche generali relative all'obbligo contributivo: 1) la retribuzione imponibile *ex* dlgs n. 314 del 2 settembre 1997; 2) il minimale contributivo e il contratto collettivo; 3) la disciplina dei contratti di riallineamento retributivo, in Inf. Prev., 2002, n. 6, 1358. Tra le varie pronunce della Cassazione che hanno ricostruito le ragioni anche extragiuridiche che hanno portato alla formulazione dell'art. 12, si segnala Cass. 3759/1987, in Giur. It. 1987, I, 249,con nota di MASTRANGELI, *I premi per polizze assicurative ed il concetto di retribuzione imponibile ai fini previdenziali*. In senso critico sulla interpretazione espansiva dell'art. 12 accolta dalla giurisprudenza, si veda D'AVOSSA, *Una nozione di retribuzione ai fini contributivi*, in Mass. Giur. Lav., 1988, 555.

(16) Si rinvia in proposito alle indicazioni offerte da NICOLINI e MASTRANGELI, Op. Cit., 71-73.

(17) Per una ricognizione degli interventi normativi successivi all'entrata in vigore della l. 153/69 si rinvia a: PERSIANI, Op. Ult. Cit., ivi; CINELLI, Diritto della Previdenza Sociale, cit., 206, nota 19. Tale ultimo autore, inoltre, non manca di far notare come all'esito dei richiamati interventi integrativi, la nozione di retribuzione imponibile risulti, da un lato, distinta rispetto alla corrispondente nozione valevole sul piano del rapporto di lavoro, e dall'altro, ormai viziata da una certa incoerenza sistematica interna, essendo il frutto di contrapposte spinte di politica economica e del diritto (si vedano in particolare le pagg. 206 e 207); nello stesso senso PICCHIAMI, La retribuzione assoggettabile a contribuzione tra vecchia e nuova disciplina (nota a Cass. 2571/2001), in Giur. It, 2001, 12, 2277.

La norma prevede altresì che gli accordi aziendali possano disporre l'attribuzione di voci aggiuntive determinate nel loro importo anche ai fini degli istituti indiretti disciplinati *ex lege*, con la conseguenza — puntualmente rilevata nella fattispecie che oggi ci impegna — che in riferimento ad esse nessun ulteriore prelievo contributivo potrà essere applicato.

Addirittura il Collegio di 2° grado, pur negando efficacia retroattiva alla disposizione, ha ritenuto tuttavia che *essa certamente offre un criterio valido anche per la regolamentazione di fattispecie precedenti* alla sua entrata in vigore.

Cass. 2387/2004, con motivazione certamente condivisibile, chiarisce però il senso e i limiti della possibilità di applicare (in senso atecnico) i principi espressi dalla norma anche a fattispecie realizzatesi anteriormente alla sua entrata in vigore, precisando che gli accordi che limitano l'efficacia di talune attribuzioni ai lavoratori, stipulati alla data di entrata in vigore del DL 318/96, *saranno passibili di applicazione solo in relazione ai contributi da versare "dopo" l'entrata in vigore della legge, non potendosi determinare i contributi sulla base di una disposizione che non era vigente al momento di maturazione dell'obbligo* (18).

L'evoluzione normativa intorno alla nozione di retribuzione imponibile segna l'ultima significativa tappa con l'esercizio della delega contenuta nell'art. 3, comma 19 della l. 662/1996 ad opera del d.lgs. 314/97.

La norma delegante prevede infatti che: *Il Governo è delegato ad emanare, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi volti ad armonizzare, razionalizzare e semplificare le disposizioni fiscali e previdenziali concernenti i redditi di lavoro dipendente e i relativi adempimenti da parte dei datori di lavoro, secondo i seguenti principi e criteri direttivi:*

a) revisione della definizione di reddito di lavoro dipendente ai fini fiscali e previdenziali, per prevederne la completa equiparazione, ove possibile;

b) revisione, razionalizzazione e armonizzazione, ai fini fiscali e previdenziali, delle ipotesi di esclusione dal reddito di lavoro dipendente (omissis).

Salta subito all'occhio come il legislatore delegante abbia abbandonato la nozione di retribuzione imponibile in favore di quella di reddito di lavoro rilevante ai fini previdenziali.

Trova quindi un riconoscimento normativo la separazione della nozione di retribuzione rilevante sul piano del rapporto di lavoro, rispetto a quella rilevante sul piano previdenziale.

Sensibile alle esigenze di certezza invocate da parte datoriale, ed anche al fine di rendere più razionali gli accertamenti compiuti dai soggetti accertatori (19), il legislatore auspica — pur nella consapevolezza della diversità esistente tra prelievo fiscale e prelievo contributivo — la completa equiparazione delle nozioni rilevanti agli effetti di entrambi i prelievi (20).

---

(18) In www.inps.it.

(19) Così DONDI, Novità in tema di imponibile contributivo, in Cester, Riforma del sistema previdenziale, Torino, 1996, 159.

(20) Sulle differenze esistenti tra i due diversi prelievi si veda Corte Cost. 178/2000; INTORCIA, La configurazione giuridica della "etribuzione imponibile", ai fini previdenziali, dopo il Decreto legislativo n. 314/97, in Inf. Prev., 1997, 34 e ss.; TODARO, Sconto di azienda e retribuzione imponibile (nota a Cassazione civile, sez. Lavoro, 7/01/1994, n. 105), in Giust. civ. 1995, 3, 815.

Il Governo esercita la delega conferita, procedendo — attraverso un rinvio agli artt. 46 e 48 del T.U.I.R. (d.p.r. n. 917 del 1986) — ad una riscrittura dell'art. 12 l. n. 153/69, per effetto dell'art. 6 del d.lgs. n.314/97, rubricato *Determinazione del reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi*, di cui appresso si trascrive il testo che sostituisce i primi tre commi dell'art. 12, rinviando in nota per il resto:

1. Gli articoli 1 e 2 del decreto-legge 1° agosto 1945, n. 692, recepiti negli articoli 27 e 28 del testo unico delle norme sugli assegni familiari, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1955, n. 797, e l'art. 29 del testo unico delle disposizioni contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, come sostituiti dall'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153 e successive modificazioni e integrazioni, sono sostituiti dal seguente:

"Art. 12 (Determinazione del reddito da lavoro dipendente ai fini contributivi). - 1. Costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui all'art. 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'art. 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'art. 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 art. 48 (21)".

(21) *4. Sono esclusi dalla base imponibile:*

a) le somme corrisposte a titolo di trattamento di fine rapporto;

b) le somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto di lavoro al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori, nonchè quelle la cui erogazione trae origine dalla predetta cessazione, fatta salva l'imponibilità dell'indennità sostitutiva del preavviso;

c) i proventi e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento danni;

d) le somme poste a carico di gestioni assistenziali e previdenziali obbligatorie per legge; le somme e le provvidenze erogate da casse, fondi e gestioni di cui al successivo punto f) e quelle erogate dalle Casse edili di cui al comma 4; i proventi derivanti da polizze assicurative; i compensi erogati per conto di terzi non aventi attinenza con la prestazione lavorativa;

e) nei limiti ed alle condizioni stabilite dall'art. 2 del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, le erogazioni previste dai contratti collettivi aziendali, ovvero di secondo livello, delle quali sono incerti la corresponsione o l'ammontare e la cui struttura sia correlata dal contratto collettivo medesimo alla misurazione di incrementi di produttività, qualità ed altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati;

All'esito di tale operazione sostitutoria (22), in dottrina non si è mancato di evidenziare come, per effetto della tecnica utilizzata dal legislatore, la nozione di imponibile previdenziale sia stata incorporata in quella di imponibile fiscale (23).

È questa la ricostruzione della norma accolta dalla giurisprudenza e dalla quasi una-

---

(segue nota 21) f) i contributi e le somme a carico del datore di lavoro, versate o accantonate, sotto qualsiasi forma, a finanziamento delle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 e successive modificazioni e integrazioni, e a casse, fondi, gestioni previste da contratti collettivi o da accordi o da regolamenti aziendali, al fine di erogare prestazioni integrative previdenziali o assistenziali a favore del lavoratore e suoi familiari nel corso del rapporto o dopo la sua cessazione. I contributi e le somme predetti, diverse dalle quote di accantonamento al TFR, sono assoggettati al contributo di solidarietà del 10 per cento di cui all'art. 9- bis del decreto-legge 29 marzo 1991, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° giugno 1991, n. 166, e al citato decreto legislativo n. 124 del 1993 e successive modificazioni e integrazioni, a carico del datore di lavoro e devoluto alle gestioni pensionistiche di legge cui sono iscritti i lavoratori. Resta fermo l'assoggettamento a contribuzione ordinaria nel regime obbligatorio di appartenenza delle quote ed elementi retributivi a carico del lavoratore destinati al finanziamento delle forme pensionistiche complementari e alle casse, fondi e gestioni predetti. Resta fermo, altresì, il contributo di solidarietà a carico del lavoratore nella misura del 2 per cento di cui all'art. 1, comma 5, lettera b), del decreto legislativo 14 dicembre 1995, n. 579;

g) i trattamenti di famiglia di cui all'art. 3, comma 3, lettera d) del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

5. L'elencazione degli elementi esclusi dalla base imponibile è tassativa.

6. Le somme versate alle casse edili per ferie, gratifica natalizia e riposi annui sono soggette a contribuzione di previdenza e assistenza per il loro intero ammontare. Le somme a carico del datore di lavoro e del lavoratore versate alle predette casse ad altro titolo sono soggette a contribuzione di previdenza e assistenza nella misura pari al 15 per cento del loro ammontare.

7. Per la determinazione della base imponibile ai fini del calcolo delle contribuzioni dovute per i soci di cooperative di lavoro si applicano le norme del presente articolo.

8. Sono confermate le disposizioni in materia di retribuzione imponibile di cui all'art. 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389 e successive modificazioni e integrazioni, nonchè ogni altra disposizione in materia di retribuzione minima o massima imponibile, quelle in materia di retribuzioni convenzionali previste per determinate categorie di lavoratori e quelle in materia di retribuzioni imponibili non rientranti tra i redditi di cui all'art. 46 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

9. Le gratificazioni annuali e periodiche, i conguagli di retribuzione spettanti a seguito di norma di legge o di contratto aventi effetto retroattivo e i premi di produzione sono in ogni caso assoggettati a contribuzione nel mese di corresponsione.

10. La retribuzione imponibile, è presa a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e di assistenza sociale interessate.

2. All'art. 1, comma 6, ultimo periodo, della legge 8 agosto 1995, n. 335, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: "nonchè l'ammontare dei redditi di lavoro dipendente e delle relative ritenute indicati nelle dichiarazioni dei sostituti d'imposta".

3. Per il 1998, ai fini del calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale, non concorrono a formare la base imponibile contributiva le indennità di cassa e di maneggio di denaro.

(22) Si veda sul punto CORETTI e SGROI, Retribuzione imponibile *ex* d. lg.vo n. 314 del 2 settembre 1997, in Inf. Prev., 2002, 1423.

(23) In questo senso si veda ancora PICCHIAMI, cit., anche per ulteriori citazioni.

nime dottrina (24).

L'ambito di estensione dell'imponibile contributivo, nelle diverse interpretazioni prospettate è dunque strettamente condizionato dall'esatta portata del rinvio al T.U.I.R. effettuato dall'art. 12.

Come sopra detto, infatti, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che, definita la nozione di reddito da lavoro rilevante ai fini fiscali dall'art. 46 T.U.I.R., il calcolo dei contributi dovuti agli enti previdenziali debba essere effettuato in applicazione dei criteri offerti dal successivo art. 48.

Viceversa, i citati autori ritengono che la nozione di imponibile contributivo coincida con quella di reddito da lavoro offerta dall' art. 46, mentre il successivo art. 48 provveda unicamente ad offrire un ulteriore criterio per l'esclusione di voci aggiuntive dall'area dell'imponibile contributivo, nonché a precisare i criteri per il calcolo del valore delle attribuzioni in natura (25).

È stato giustamente osservato che sebbene *il testo legislativo si presenta certamente scoordinato e disordinato nei suoi richiami a catena (..) è possibile restituirlo ad un ordine rispettoso dei criteri dell'interpretazione sistematica.*

L'art. 6 del D.Lgs 314/97 richiama i redditi di cui al primo comma dell'art. 46 TUIR mentre l'art. 3 dello stesso D.Lgs determina il reddito da lavoro dipendente sostituendo l'art. 48 dei TUIR.

La dottrina contraria alla tesi accolta *sembra sostenere che l'art. 3 (che formalmente ha sostituito solo l'art. 48 TUIR e non l'art. 46 TUIR) consenta la sopravvivenza nel sistema della nozione di reddito da lavoro dipendente ancora basata sul nesso di causalità tra prestazione e reddito contenuta nell'art. 46 (con rubrica: Definizione dei redditi da lavoro dipendente).*

In realtà non è possibile operare una distinzione di oggetto tra l'art. 46 e l'art. 48 dei TUIR in quanto tra definizione di reddito (rubrica dell'art. 46) e determinazione di reddito (rubrica dell'art, 48) non vi è alcuna specifica differenza normativa solo che si consideri che in entrambi gli articoli è contenuto un elemento generale unificante (reddito come compenso in dipendenza del rapporto di lavoro).

L'art. 46 va dunque letto come facente parte di una più generale disposizione comprendente anche l'art. 48 sicché la sostituzione (testualmente prevista dall'art. 3 del D.Lgs 314/97) dell'art. 48 dei TUIR comporta sostituzione anche dell'art. 46 TUIR a favore della nuova definizione di cui all'art. 3 del D.Lgs 314/97.

Tale conclusione è confermata dalla stretta connessione che l'art. 6 del D.Lgs conti-

(24) Si veda, anche per ulteriori citazioni, MARINELLI, Inclusione ed esclusione delle liberalità del datore di lavoro rispetto alla base imponibile per il calcolo della contribuzione previdenziale (Nota a Cass. n. 8470/2003), in Riv. it. dir. lav. 2004, 1, 199); INTORCIA, op. cit., 35. Contra: PERSIANI, Diritto della previdenza sociale, cit., 97.

In giurisprudenza, secondo la tesi prevalente: Cass. 2571/2001, cit.; Appello Milano 69/2002, in Inf. Prev., 2002, 682, e in Riv. dir. trib., 2003, II, 416, con nota critica di BEGHIN.

(25) Per un maggiore dettaglio sugli argomenti a supporto di tale tesi, si rinvia a Persiani, Diritto della previdenza sociale, Cit., 98. In giurisprudenza, sia pure a livello di *obiter dictum*, sembrerebbe accettare tale tesi Cass. 4262/2001, cit..

nua a mantenere tra art. 45 e art. 48 TUIR (vd comma II dell'art. 6) e dalla Relazione governativa al D.Lgs. 314/97.

Quest'ultima se da un lato ribadisce più volte e senza equivoci che la finalità generali del decreto delegato sono quelle di unificare la base imponibile fiscale e previdenziale (vd in particolare il cpv 111) dall'altro contiene indicazioni sulla materia delle mance che — a parte il valore normativo specifico — hanno una valenza interpretativa dell'intero sistema (26).

Le maggiori perplessità manifestate nei confronti di tale interpretazione muovono dalla asserita imprevedibilità per il datore di lavoro del concreto costo degli oneri previdenziali, laddove — venuto meno anche il sinallagma soggettivo — possano considerarsi percepite *in relazione* al rapporto di lavoro anche somme corrisposte in realtà da terzi, come accaduto nella fattispecie di cui alla sentenza della Corte di Appello di Milano appena citata.

Tali critiche non appaiono cogliere nel segno, ove si consideri che pacificamente anche voci variabili della retribuzione (incerte tanto nell'*an* che nel *quantum*), costituiscono parte integrante dell'imponibile contributivo (27).

È altresì vero che ciò non si traduce in un costo eccessivo per il datore di lavoro, atteso che nelle dinamiche contrattuali ai fini della quantificazione degli importi fissi corrisposti da questo al lavoratore, le parti trattano avendo ben presenti gli ulteriori introiti garantiti ai lavoratori per effetto delle attribuzioni economicamente riferibili a terzi.

3.3. — Il minimale contributivo

Si è detto in precedenza che l'imponibile contributivo è costituito da ciò che è dovuto al lavoratore a prescindere dalla effettiva erogazione.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.l. 338/89, conv. in l. 389/89, rubricato *Retribuzione imponibile, accreditamento della contribuzione settimanale e limite minimo di retribuzione imponibile, La retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, ovvero da accordi collettivi o contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dal contratto collettivo*.

(26) Così Appello Milano, cit..

(27) Ma si vedano in senso contrario le varie disposizioni introdotte con dd.ll. poi decaduti (ma i cui effetti sono stati fatti salvi dalle ll. 608/96, 135/97 e 144/99) che hanno autorizzato la parziale decontribuzione dei cc.dd. salari di produttività e/o premi di risultato introdotti dalla contrattazione di secondo livello. Per una disamina di talune fattispecie di decontribuzione si veda INTORCIA, op. cit., 38-39.

3.3.1. — L'ambito di applicazione dell'art. 1

All'indomani della sua entrata in vigore si è subito creato un contrasto giurisprudenziale in ordine alla efficacia della norma anche per la determinazione dell'imponibile per i soggetti non sindacalizzati (28), contrasto ricomposto dalle SS.UU. con sentenza n. 11199/02, la quale ha affermato che *L'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (c.d. "minimale contributivo"), secondo il riferimento ad essi fatto — con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale — dall'art. 1 d.l. 9 ottobre 1989 n. 338 (conv. in l. 7 dicembre 1989 n. 389), senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 cost. (c.d. "minimo retributivo costituzionale"), che sono rilevanti solo quando a detti contratti si ricorre — con incidenza sul distinto rapporto di lavoro — ai fini della determinazione della giusta retribuzione*. Il suddetto principio è stato confermato dalla giurisprudenza successiva anche in riferimento ai compensi erogati ai soci di Cooperative (29).

Le sentenze citate hanno avuto cura di confutare le argomentazioni poste a sostegno delle tesi contrarie fondate sulla asserita violazione dell'art. 39 Cost. in conseguenza della affermata efficacia erga omnes del CCNL ai fini previdenziali.

Si è rilevato infatti che nella specie non si assiste ad alcuna efficacia erga omnes del CCNL, bensì si procede alla individuazione sul diverso piano del rapporto previdenziale di un parametro unico di determinazione dell'obbligazione contributiva, necessario per l'equilibrio finanziario del sistema pensionistico, fondato sul principio di ripartizione (30).

---

(28) Per la tesi della applicabilità del solo art. 36 Cost. ai soggetti non sindacalizzati si vedano Cass. 12 agosto n. 8620/1999; 5002/1999; 1898/1997. Per i precedenti conformi alle SS.UU. si vedano invece Cass. 6024/2000; 1767/2000; 12122/1999.

(29) Si vedano: Cass. 3491/2003, e Cass. 1865/2003, in Inf. Prev., 2003, 191.

(30) Riportiamo in nota i passi salienti della motivazione delle SS.UU.: *È bensì vero che si profila la configurabilità di una divaricazione tra retribuzione rilevante nel concreto rapporto di lavoro e retribuzione virtuale, assunta come parametro ai fini contributivi, ma (…) la possibile divaricazione a vantaggio del rapporto previdenziale consente il tendenziale conseguimento di una migliore tutela assicurativa dei lavoratori, di un equilibrio finanziario della gestione previdenziale e della parità delle condizioni tra le imprese, a prescindere dalla loro adesione alle organizzazioni sindacali più rappresentative.*

Nè si può condividere l'autorevole dottrina che, nel manifestare particolare preoccupazione a causa di questa divaricazione, ritiene che la nozione di retribuzione di cui all'art. 1 dovrebbe ricavarsi, in forza dell'interpretazione dei contratti collettivi ivi indicati, alla stregua dell'art. 36 Cost., posto che detto articolo uno, anzitutto, non ha abrogato l'art. 12 sopra citato, e, poi, esso stesso ben può qualificarsi innovativo, nel senso che ha aggiunto al principio d'onnicomprensività, ai fini contributivi, di cui al medesimo art. 12, il criterio del minimale contributivo, sicché, in definitiva, deve affermarsi che la necessità di rendere possibile un confronto tra retribuzioni "concretamente" rilevanti nel rapporto di lavoro e retribuzioni "virtualmente" rilevanti, ai fini contributivi, nel rapporto previdenziale, impone che tutto quanto rileva, in denaro e in natura, secondo l'art. 12, del pari rilevi secondo le fonti di cui all'art. 1.

Altro problema soltanto sfiorato dalla sentenza che si annota, riguarda l'interazione tra contrattazione periferica e CCNL.

Anche in questo caso occorre distinguere il rapporto di lavoro da quello previdenziale.

Rispetto al primo appare ormai prevalere la tesi della possibilità di deroga in pejus da parte della contrattazione periferica (31), mentre in riferimento al secondo, lo stesso art. 1, l. 389/89, ammette la deroga del CCNL soltanto in *melius*.

Di qui la precisazione nel corpo della motivazione che il contestato T.Q.P. costituiva un trattamento aggiuntivo previsto dall'accordo aziendale e non sostitutivo di alcuna voce del CCNL.

La precisazione risulta quanto mai opportuna, dovendo il giudice in caso di contrattazione periferica derogatoria di quella nazionale, procedere ad una verifica del tratta-

---

(segue nota 30) D'altra parte, la denunciata, possibile divaricazione non solo emerge, per quanto si è detto, dalla stessa legge (art. 1), ma ha superato altresì il vaglio della Corte Costituzionale. Invero, l'art. 28 DPR 27 aprile 1968 n. 488, nel settore dell'agricoltura, determinava la retribuzione utile ai fini contributivi sulla base delle retribuzioni di cui ai contratti collettivi vigenti annualmente per ogni provincia, con possibile divaricazione dalla retribuzione spettante. Orbene, detto sistema, che non consentiva di tener conto di usi normativi che stabilivano una giornata lavorativa di durata inferiore a quella fissata dalla contrattazione collettiva di settore, è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 342 del 1992, testualmente "in combinato disposto con l'art. 1, primo comma, DL n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989", osservandosi che esso consente di effettuare un bilanciamento d'interessi, assicurato dall'utilizzazione di contratti collettivi come modelli generali o parametri validi per la generalità dei datori di lavoro, senza peraltro conferire ai contratti collettivi medesimi efficacia "erga omnes" *per quanto attiene al rapporto di lavoro, essendo questo del tutto distinto da quello previdenziale".*

È, infine, opportuno rilevare (come peraltro già in Cass. 28 ottobre 1999 n. 12122) che l'obbligatorietà del minimo contributivo non risulta condizionata all'applicazione delle fonti di cui al più volte citato art. 1, a differenza di quanto enunciato in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali dell'art. 6, comma nono, della stessa legge n. 389 del 1989, che prevede l'operatività del beneficio solo quando vengano corrisposte in concreto le retribuzioni determinate da dette fonti. Al riguardo, si distinguono appunto, rispettivamente, un obbligo, per quanto attiene al rapporto previdenziale, a prescindere dal contenuto del rapporto di lavoro, ed un onere, per quanto attiene alla predetta operatività.

Dalle considerazioni che precedono discende, in particolare, che il principio di cui ora devesi fare applicazione non è più soltanto quello per cui l'imponibile si determina sul "dovuto" e non su quanto "di fatto erogato" (art. 12 legge n. 153 del 1969).

Invero, quando, dopo la legge n. 389 del 1989, alle regole sull'imponibile contributivo si aggiunge il nuovo ed ulteriore criterio del "minimale" contributivo dell'art. 1 legge n. 389 del 1989, la retribuzione "dovuta" in sinallagma nel rapporto di lavoro risulta rilevante solo se "è superiore" ai minimi previsti dal contratto collettivo, mentre in caso contrario non rileva e vale la misura minima determinata dal contratto collettivo. In altre parole, secondo la norma in esame, gli accordi collettivi diversi da quelli stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (ad es. gli accordi aziendali o provinciali), ovvero gli accordi individuali, hanno rilevanza ai fini contributivi solo quando determinino una retribuzione superiore al minimale, mentre, in caso contrario, restano irrilevanti e la contribuzione va parametrata al minimale.

Si veda anche la precedente C. Cost. 342/92, in Cons. Stato, 1992, II, 1067.

(31) Così riferisce PERSIANI, Autonomia collettiva e retribuzione imponibile, in Mass. Giur. Lav., 1996, 671.

mento complessivamente assicurato al lavoratore al fine accertare la natura (in *meliu* o in *pejus*) della deroga effettuata.

Al fine di individuare l'imponibile contributivo non si potrà in tali casi combinare le attribuzioni assicurate da entrambi i livelli di contrattazione, ma si dovrà piuttosto applicare l'accordo (nazionale o periferico) che assicura il trattamento complessivamente più elevato.

Precisati i ruoli e le modalità di interazione con il CCNL, una questione che ha animato dottrina e giurisprudenza riguarda la natura e conseguentemente la efficacia dei cc.dd. usi aziendali.

In proposito sembra ormai pacifica la possibilità di qualificare *l'uso aziendale* (come) *fonte di un obbligo unilaterale di carattere collettivo che agisce sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale in quanto comportamento concludente relativo alla stipulazione di un accordo collettivo aziendale* (32).

4. — Questioni aperte

Altre problematiche viceversa non affrontate dalla sentenza in epigrafe riguardano l'esatta individuazione del contratto applicabile laddove o non esista contrattazione di settore, ovvero esistano più contratti conclusi da sigle sindacali diverse.

Mentre per quanto riguarda il primo problema la Suprema Corte ritiene applicabile il contratto regolatore del settore maggiormente affine (33), di più difficile soluzione appare il secondo problema, in relazione al quale, in questa sede, può solo farsi qualche accenno al vivace dibattito che anima gli operatori del diritto in ordine alla verifica della rappresentatività sindacale, anche laddove, come nel caso di specie, per effetto dell'art. 2, comma 25, l. 549/95 (34), sia richiesto che il contratto di riferimento sia quello stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più

(32) Così si esprime Trib. Venezia 104/03, in inf. Prev., 2003, 635, richiamando anche Cass. 13294/99, cui si rinvia anche per ulteriori richiami. In dottrina, *ex multis*, si vedano le seguenti note a Cass 9690/96: LIEBMAN, in Mass. giur. lav., 1997, 7, e in Giust. civ., 1997, I, 1343; CASTELVETRI, in Orient. giur. lav., 1997, I, 5.

(33) Così Cass. 8177/01, con nota di SGROI, Fiscalizzazione degli oneri sociali, sgravi contributivi e rispetto della contrattazione collettiva da parte di impresa appartenente a un settore privo di contrattazione collettiva, in www.inps.it. La Suprema Corte afferma poi il principio secondo cui è sottratta alla libera disponibilità delle parti la possibilità di applicare un CCNL di settore diverso da quello di appartenenza, ove ne derivi un trattamento peggiorativo per i lavoratori: così Cass. 16246/2002.

(34) *L'articolo 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389, si interpreta nel senso che, in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria.*

rappresentative.

Prima di procedere oltre è tuttavia necessario premettere che la norma sul minimale richiede il confronto con la parte retributiva del CCNL e non anche di quella normativa. Ove pertanto il datore di lavoro, pur non applicando alcune voci del CCNL, corrisponda in fatto al lavoratore importi più elevati rispetto ai minimi contrattuali, non si configura alcuna ipotesi di evasione contributiva (35).

Ciò detto, al fine di riempire di contenuto il requisito della maggiore rappresentatività comparata, occorre prendere le mosse dallo scopo perseguito dal legislatore nel richiedere una selettività nell'individuazione del contratto da assumere quale criterio di comparazione.

La scelta di escludere la rilevanza di qualsivoglia accordo sindacale privo di ulteriore qualificazione è dettata dall'esigenza di evitare il fenomeno dei sindacati di comodo e dei cc.dd. contratti pirata (36).

Si vuole quindi evitare che il datore di lavoro possa opporre all'Istituto previdenziale la intervenuta conclusione di un accordo con un sindacato compiacente, appositamente costituito al fine di assicurare ai lavoratori un trattamento deteriore rispetto a quello previsto dal CCNL stipulato dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (37).

Affinché il contratto collettivo possa assolvere alla funzione di determinare il parametro contributivo per tutti i datori di lavoro, è dunque necessario preliminarmente verificare la credibilità delle OO.SS. stipulanti.

Stabilito lo scopo, rimane però da sciogliere il nodo essenziale della determinazione dei criteri da applicare per la misura della rappresentatività.

Il punto di partenza può essere individuato nella sentenza della Corte Cost. n. 975/88 (38), secondo cui da un lato la legge non può individuare "a priori", una volta per tutte, una o più determinate organizzazioni come maggiormente rappresentative, ma si dovrà volta per volta, valutare comparativamente il rispettivo grado di rappresentatività delle associazioni sindacali esistenti, e dall'altro precisa che fra gli indici di rappresentatività il dato quantitativo, costituito dal grado di adesione formale al sindacato, ha un'importanza primaria, ma non possono essere trascurati altri indici, quali ad esempio l'equilibrata distribuzione territoriale degli iscritti.

La sentenza citata però, al pari della giurisprudenza avente ad oggetto l'abrogata lett. A) dell'art. 19, Statuto dei Lavoratori, si è formata sulla individuazione del sinda-

(35) Così Cass. 9169/2003; 6817/2003; 3906/2003, SS.UU. 486/1999, in Mass. giur. lav., 1999, 1220, n. NICOLINI.

(36) Così BELLAVISTA, Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d. lgs. N. 276/2003, in Riv. Giur. Lav., 2004, 189, cui si rinvia per un maggiore approfondimento delle tematiche trattate, alla luce del sistema di relazioni sindacali previsto dal suddetto d. lgs. 276/2003.

(37) In applicazione degli ordinari principi che regolano la distribuzione dell'onere probatorio tra le parti del giudizio, deve ritenersi che, una volta contestata al datore l'applicazione di trattamenti retributivi inferiori a quelli richiesti dal cit. art. 1, questo debba provare l'applicazione di un contratto collettivo, mentre l'Istituto previdenziale deve provare la eventuale carenza di rappresentatività dell'organizzazione sindacale stipulante.

(38) In Giur. it., 1989, I, 1, 1460, n. COLAPIETRO.

cato "maggiormente rappresentativo", e non del sindacato "comparativamente più rappresentativo".

Pertanto, potendosi concordare con il Persiani in ordine alla equivalenza dell'avverbio *maggiormente* con il termine *più* adoperato dall'art. 1 (39) cit., il nocciolo del problema consiste nell'attribuire l'esatto significato al termine *comparativamente* contenuto in tale norma.

Nella vigenza di più contratti stipulati da associazioni tutte fornite del requisito della maggiore rappresentatività, non pare possa riconoscersi prevalenza a quel contratto che possa considerarsi più vantaggioso per il lavoratore e più oneroso per l'impresa, non trovando alcun riscontro nella lettera delle leggi in materia, e neppure nei principi in esse rinvenibili (40).

Qualche autore ritiene preferibile adoperare criteri di tipo negativo, che riecheggiano il divieto dei sindacati di comodo sostanzialmente formulato dall'art. 17 Statuto dei Lavoratori (41).

In assenza della previsione normativa di un parametro certo attraverso il quale misurare la rappresentatività comparata, piuttosto che abbandonare ogni intento (42), riteniamo preferibile, pur nella consapevolezza della difficoltà di pervenire a risultati incontrovertibili, la valutazione di molteplici indici sintomatici certamente non elencabili a priori, ma in qualche modo discendenti anche dal contenuto dell'accordo e dalla natura dei soggetti stipulanti.

Cercando di essere più chiari rileviamo pertanto che possa essere considerato un indice da valutare, la natura di piccola impresa ove esista un sindacato che più di altri rappresenti appunto le piccole imprese, anche se con un numero di iscritti inferiore a quello di altre sigle sindacali rappresentative di medie e grandi imprese (43).

In considerazione della uniformità sul piano nazionale della determinazione dell'imponibile contributivo, appare certo potersi escludere ogni valutazione della rappresentatività sul piano di ambiti territoriali più ristretti rispetto a quello statale.

L'autore citato in nota precedente, muovendo dal presupposto che il *concetto di rappresentatività comparata implica logicamente che i soggetti sindacali stipulanti (di entrambe le parti) siano almeno quelli più rappresentativi, sulla base di una comparazione (e cioè di una misurazione), tra tutti quelli che, nell'area di applica-*

(39) PERSIANI, Autonomia collettiva, cit., 671.

(40) Si veda in materia di sgravi contributivi, per la scelta del contratto tra quelli stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, Cass. 382/1996, in Riv. it. dir. lav., 1996, II, 886, n. AVIO.

(41) Così PERSIANI, Op. Ult. Cit., 672.

(42) In senso pessimistico sulla possibilità di pervenire a risultati accettabili si veda LIEBMAN, Il nodo della rappresentanza e della rappresentatività, in Dir. Relaz. Ind., 2003, 1, 40.

(43) Per un caso riguardane la rappresentatività in ambito comunitario e per la individuazione degli indici rilevanti in quella sede, si veda BELLAVISTA, Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente, in in Dir. Relaz. Ind., 1999, 309. L'autore non manca di far notare la necessità di un accertamento caso per caso, in ossequio alla logica democratica, pur nella consapevolezza del *rischio che siffatto accertamento non sia governato da regole tendenzialmente generali e da valutazioni ponderate*.

zione del contratto, avrebbero astratto titolo a partecipare alla negoziazione, ritiene preminente il criterio costituito dalla rappresentatività quanto meno della *maggioranza dei lavoratori appartenenti all'area di applicazione del medesimo contratto* (44).

Aggiungiamo noi che ove tale requisito non venga raggiunto da nessuna delle OO.SS. stipulanti in sede separata (45), si potrà fare ricorso, con tutte le riserve già espresse, ai criteri sussidiari sopra evidenziati.

Gino Madonia
Avvocato INPS

(44) Bellavista, Le prospettive, cit., *passim*.

(45) Fenomeno prevedibilmente sempre più rilevante proprio in considerazione del sistema delineato con il d. lgs. 276/03, nonché delle tensioni esistenti tra le sigle della triplice.

CORTE DI CASSAZIONE
Sezioni Civili

***Pensioni* - Gestione separata di cui all'articolo 2, commi 26 e seguenti della legge 8 agosto 1995, n. 335 - Cumulo di periodi contributivi maturati presso l' a.g.o. - Condizioni - Articolo 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282 - Rinvio alle condizioni previste dall'art. 1 comma 23 della legge 8 agosto 1995, n. 335 ai fini dell'opzione per il sistema contributivo di calcolo della pensione - Illegittimità - Sussiste.**

Corte di Cassazione - 30.12.2004, n. 24201 - Pres. Mileo - Rel. De Luca - P. M. Nardi (Diff.) - INPS (Avv.ti Riccio, Sotgia, Valente) - La Placa (Avv.ti Remoli, Greco, Vecchi).

L'articolo 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996 n. 282 recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione del rapporto assicurativo di cui all'art. 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è illegittimo, e va disapplicato, nella parte in cui subordina il computo — nell'ambito della suddetta gestione — di periodi contributivi maturati presso l' a.g.o. alle medesime condizioni previste dall'art. 1 comma 23 della legge 8 agosto 1995, n. 335 ai fini dell'opzione per il sistema contributivo di calcolo della pensione.

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Firenze confermava la sentenza del Tribunale di Pistoia n. 588/2000, che aveva accolto la domanda proposta da Luciano La Placa contro l'INPS per ottenere l'assegno ordinario di invalidità - ritenendone integrato il requisito contributivo (tre anni di contributi, pari a 156 settimane, nel quinquennio) in dipendenza del computo, nell'ambito della gestione separata (di cui all'articolo 2, commi 26 ss. della legge 8 agosto 1995, n. 335), di periodi contributivi presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti — essenzialmente in base al rilievo che andava *disapplicata*, perché *illegittima*, la *normativa secondaria* (articolo 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, *Regolamento recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione e del rapporto assicurativo di cui all'art. 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335)* — che subordina il prospettato *cumulo* di periodi contributivi alle *condizioni* previste (dall'art. 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995) ai fini dell' opzione per il sistema contributivo dì calcolo della pensione (cioè quindici anni di contribuzione complessiva, di cui almeno cinque nella gestione separata) — in quanto si pone in contrasto con la *ratio* della legge (art. 2 della legge 8 ago-

sto 1995, n. 335, cit), *"intesa esplicitamente alla armonizzazione della tutela ed alla estensione dell' a. g. o. per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti ai lavoratori autonomi, senza porre alcuna condizione che restringa i presupposti per il riconoscimento del diritto"*, con la conseguenza che quanto previsto dal decreto ministeriale si pone in contrasto, tra l'altro, *"con i principi costituzionali, di cui agli articoli 3 e 35 della costituzione, in un contesto, oltretutto, di irragionevolezza"*.

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

L'intimato Luciano La Placa resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335, 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — l'INPS censura la sentenza impugnata per avere ritenuto *illegittima* la disposizione (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) — che subordina il computo, nell'ambito della gestione separata (di cui all'articolo 2, commi 26 ss. della legge 8 agosto 1995, n. 335), di periodi contributivi presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, alle *condizioni* previste (dall'art 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995) ai fini dell'opzione per il sistema contributivo di calcolo della pensione (quindici anni di contribuzione complessiva, di cui almeno cinque nella gestione separata) — sebbene si tratti di *regolamento autorizzato* — come tale, *"dotato sia di potere innovativo sia di potere derogatorio (...) alla legge, nei limiti fissati dalla delega"* — senza che ne risultino violati principi costituzionali e, peraltro, *"mancando una specifica previsione in tal senso"*, non era, comunque, possibile pervenire al prospettato *cumulo* di periodi contributivi.

Il ricorso non è fondato.

2. — Invero — con riferimento alla *gestione separata* (istituita dall'articolo 2, commi 26 e seguenti, della legge 8 agosto 1995, n. 335, *Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), "finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti"*, tra gli altri, ai *"titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa"* (per quel che qui interessa) - la disposizione (comma 32 dello stesso articolo 2 della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit), applicabile (ed applicata) alla dedotta fattispecie, sancisce testualmente:

"Con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro, l'assetto organizzativo e funzionale della Gestione e del rapporto assicurativo di cui ai commi 26 e seguenti è definito, per quanto non diversamente disposto dai medesimi commi, in base alla legge 9 marzo 1989, n. 88, al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479, e alla legge 2 agosto 1990, n. 233 e successive modificazioni ed integrazioni, secondo criteri di adeguamento alla specifica disciplina, anche in riferimento alla fase di prima applicazione. Sono abrogate, a decorrere dal 1° gennaio 1994, le disposizioni di cui ai commi 11, 12, 13, 14 e 15 dell'art. 11 della legge 24 dicembre 1993, n. 537".

Nell'esercizio della *delega* che ne risulta conferita, il *decreto ministeriale delegato* (decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, *Regolamento recante la disciplina dell'assetto organizzativo e funzionale della gestione e del rapporto assicurativo di cui all'art. 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335)* — nella parte che qui interessa (articolo 3) — sancisce, a sua volta, testualmente:

"Gli iscritti alla gestione separata che possono far valere periodi contributivi presso l'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, le forme esclusive e sostitutive della medesima, le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla legge n. 233 del 1990 hanno facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi, ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995".

3. — 0ra la disposizione *regolamentare* in esame (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) — laddove prevede la *utilizzabilità* (una sorta di *ricongiunzione gratuita*), ai fini dell'accesso a prestazioni a carico della *gestione separata* (di cui all'articolo 2, commi 26 e seguenti, della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.), di *periodi contributivi* presso altre gestioni previdenziali *(assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, forme esclusive e sostitutive della medesima, gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla legge n. 233 del 1990)* — non eccede l'oggetto della *delega* — in quanto questa risulta conferita per *definire*, tra l'altro, *"l'assetto organizzativo e funzionale (...) del rapporto assicurativo"* — nè pare investita da altre contestazioni.

La declaratoria di *illegittimità* e la conseguente *disapplicazione* — investita dal ricorso — si riferisce, infatti, soltanto alla subordinazione del *cumulo* di periodi contributivi prospettato *"alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995"*.

4. Si tratta delle *condizioni* che — al fine della prevista *opzione*, per il *sistema contributivo* di calcolo della pensione, da parte dei lavoratori soggetti al *sistema misto* oppure al *sistema retributivo* (perché in possesso di anzianità contributiva inferiore oppure, rispettivamente, superiore a diciotto anni, alla data del 31 dicembre 1995: art. 1, commi 12 e 13, della legge n. 335 del 1995, cit.) — la disposizione richiamata (art. 1, comma 23, della stessa legge n. 335 del 1995) identifica, appunto, nella *"condizione che abbiano maturato un'anzianità contributiva pari o superiore a quindici anni di cui almeno cinque nel sistema medesimo"*.

Anche a voler prescindere dalla arbitrarietà del prospettato adattamento a *computo nell'ambito della gestione separata*, che qui interessa, di *periodi contributivi* presso altre gestioni previdenziali *(assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, forme esclusive e sostitutive della medesima, gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla legge n. 233 del 1990)* — nel senso che, a tali fini, sarebbe, bensì, parimenti necessaria una *anzianità contributiva* non inferiore a *quindici anni*, ma di questi *almeno cinque*, tuttavia, nell'ambito della *gestione separata* (di cui all'articolo 2, commi 26 e seguenti, della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) — la *condizione* stessa, tuttavia, è stata ritenuta *illegittima*

e, come tale *disapplicata* — dalla sentenza impugnata — senza che ne risulti inficiata la contestuale previsione del *cumulo* di periodi contributivi *(vitiatur sed non vitiat).*

Nè tale statuizione merita, ad avviso della Corte, le censure che le vengono mosse dall'Istituto ricorrente.

5. — È ben vero, infatti, che il regolamento *delegato* (denominato anche *autorizzato*) — quale il regolamento che qui interessa (decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) — è dotato di potere *innovativo e derogatorio*, rispetto alla legge, e può recare, perciò, norme secondarie non solo *infra legem*, ma anche *extra o praeter legem* — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 10124 delle sezioni unite, n. 2872/68 di sezione semplice) e del Consiglio di stato (vedine, per tutte, la decisione della sez. V, 20 ottobre 1988, n. 595) — purché risultino rispettati, tuttavia, limiti, principi e criteri direttivi stabiliti dalla *delega.*

Senza eccedere l'oggetto della *delega* (la *definizione*, appunto, *dell'assetto organizzativo e funzionale del rapporto assicurativo*) — per quanto si è detto — la *disposizione regolamentare* (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) — che disciplina la dedotta fattispecie — viola, tuttavia, limiti, principi e criteri direttivi - imposti dalla stessa *delega* — laddove subordina il previsto *cumulo* di periodi contributivi alla prospettata *condizione* (di cui alla disposizione, richiamata contestualmente, dell'articolo 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995, cit.).

6. La delega — per la *definizione*, appunto, *dell'assetto organizzativo e funzionale del rapporto assicurativo* — risulta, infatti, conferita (dall'articolo 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) *"per quanto non diversamente disposto dai medesimi commi* (26 e seguenti dello stesso articolo 2, che istituiscono la gestione separata)", nonché *"in base alla legge 9 marzo 1989, n. 88, al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479, e alla legge 2 agosto 1990, n. 233 e successive modificazioni ed integrazioni"*.

La disposizione in esame del *regolamento delegato* (art 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) si discosta, tuttavia, dalla *delega*, proprio laddove subordina il previsto *cumulo* di periodi contributivi a *condizione* prevista — per fini affatto diversi, che incidono soltanto sul *sistema di calcolo* della pensione — da disposizione di legge (articolo 1, comma 23, della legge n. 335 del 1995, cit.), affatto diversa da quelle esplicitamente — quanto tassativamente — richiamate dalla stessa delega (commi 26 e seguenti dello stesso articolo 2, legge 9 marzo 1989, n. 88, decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 479, e legge 2 agosto 1990, n. 233 e successive modificazioni ed integrazioni, cit., appunto) per stabilirne limiti, principi e criteri direttivi.

Contestualmente, la stessa *disposizione regolamentare* (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) trascura, invece, una disposizione di legge (articolo 16, intitolato *Cumulo dei periodi assicurativi*, della legge 2 agosto 1990, n. 233, *Riforma dei trattamenti pensionistici dei lavoratori autonomi*, che — oltre ad essere esplicitamente menzionata nella *delega* — reca la disciplina — nella stessa materia del *cumulo di periodi assicurativi e* con riferimento a *categoria* (dei *lavoratori autonomi*, appunto) quantomeno contigua a quella dei collaboratori coordinati e continuativi - nei termini testuali seguenti:

"1. — Per i lavoratori che liquidano la pensione in una delle gestioni speciali dei

lavoratori autonomi con il cumulo dei contributi versati nelle medesime gestioni o nell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, l'importo della pensione è determinato dalla somma:

a) della quota di pensione calcolata, ai sensi degli articoli 5 e 8, sulla base dei periodi di iscrizione alle rispettive gestioni;

b) della quota di pensione calcolata, con le norme dell'assicurazione generale obbligatoria, sulla base dei periodi di iscrizione alla medesima dei lavoratori dipendenti.

2. — Gli oneri relativi alle quote di pensione di cui al comma 1 sono a carico delle rispettive gestioni assicurative.

3. — Resta ferma per l'assicurato la facoltà di avvalersi delle disposizioni di cui alla legge 7 febbraio 1979, n. 29. (Ricongiunzione dei periodi assicurativi dei lavoratori ai fini previdenziali)".

Ne può sfuggire la perfetta corrispondenza a tale disposizione di legge (articolo 16 della legge 2 agosto 1990, n. 233, cit.) — in materia, appunto, di *cumulo di periodi assicurativi* — della *disciplina regolamentare* in esame nella stessa materia (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.), ove ne sia espunta la previsione contestuale della *condizione,* alla quale risulta subordinato — per quanto si è detto — lo stesso *cumulo.*

Tanto basta per rigettare il ricorso.

7. — È ben vero, infatti, che *ricongiunzione e totalizzazione,* istituti del nostro ordinamento previdenziale (ma con riscontri nel diritto dell'Unione europea, nonché nel diritto internazionale e nel panorama comparatistico) diretti ad agevolare l'utilizzazione integrale delle contribuzioni versate, presso gestioni previdenziali diverse, in favore del medesimo lavoratore — mediante trasferimento di tutte le contribuzioni presso la gestione destinata ad erogare la pensione in base al proprio regime *(ricongiunzione) e,* rispettivamente, mediante *cumulo* di tutte le contribuzioni, ai soli fini del diritto e della misura della pensione, restando a carico di ciascuna gestione il *pro quota* della pensione, liquidato in base al regime rispettivo ed in proporzione dei contributi a ciascuna versati *(totalizzazione)* — non sono, tuttavia, principi generali del nostro ordinamento giuridico, ma rappresentano, al contrario, *eccezioni* — sia pure diffuse — rispetto alla *regola,* che impone la utilizzazione dei contributi presso la gestione previdenziale alle quali sono versati, con la conseguenza che — secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (vedine le sentenze n. 61/99, 198/2002 (1), 325/2003) e di questa Corte (vedine le sentenze n. 6637/2004 (2), 13273/2003 (3), ordinanza n. 3386/03 (4)) — *regimi speciali* diversi — in materia di *ricongiunzione* oppure di *totalizzazione* — trovano applicazione soltanto ai casi — per i quali sono specificamente previsti — e non sono suscettibili di interpretazione analogica od estensiva — senza che ne risulti, almeno di regola, alcuna violazione della costituzione (in senso contrario, per una ipotesi affatto peculiare, vedi, tuttavia, Corte Cost. n. 61/99, cit.) — ne sono reciprocamente comparabili, ai fini del sindacato di costituzionalità.

Tuttavia il *cumulo di periodi assicurativi* risulta, nella specie, espressamente previsto e compiutamene disciplinato dalla esaminata disposizione in materia di *regolamento delegato* (art. 3 del decreto ministeriale 2 maggio 1996, n. 282, cit.) — nella parte

non inficiata, per quanto si è detto, da illegittimità — in perfetta coerenza, peraltro, con disposizione di legge (articolo 16 della legge 2 agosto 1990, n. 233, cit.), alla quale rinvia la stessa *delega* (articolo 2, comma 32, della legge 8 agosto 1995, n. 335, cit.) per stabilirne limiti, principi e criteri direttivi.

8. Il ricorso, pertanto, deve essere rigettato, sia pure *correggendo* — nel senso prospettato — la *motivazione in diritto* della sentenza impugnata (articolo 384, secondo comma, c.p.c.).

Sussistono, tuttavia, *giusti motivi* (art. 92 c.p.c.) — quali, in particolare, la novità delle questioni trattate e la cosiddetta *presunzione di legittimità* del regolamento delegato che disciplina la dedotta fattispecie — per compensare integralmente tra le parti le spese del presente giudizio di cassazione.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2003, p. 756
(2) *Idem*, 2004, p. 1149
(3) *Idem, idem*, p. 875
(4) *Idem*, 2003, p. 551

***Processo civile* - Onere prova - Opposizione a verbale ispettivo - Fatto negativo - Incidenza sull'onere della prova - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 13.12.2004, n. 23229 - Pres. Mattone - Rel. La Terza -P.M. Abbritti (Conf.) - Catelli (Avv. De Notariis) - INPS (Avv.ti Correra, Fonzo).

L'onere probatorio gravante , a norma dell'art 2697 c. c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. Tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (Fattispecie relativa all'onere della prova della insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato in un giudizio di opposizione a verbale ispettivo).

FATTO — Con sentenza del 13 maggio 2002 la Corte d'appello di Campobasso confermava la statuizione resa dal locale Tribunale il 7 maggio 2001, con cui era stata respinta la domanda proposta da Catelli Antonella nei confronti dell'INPS e del Ministero del lavoro, per l'accertamento dell'inesistenza del rapporto di lavoro subordinato con Andolfi Rosa e Russo Maria Grazia, di cui al verbale ispettivo del 2 ottobre 2000, in cui le era stata contestata l'omissione contributiva per lire 88.190.556.

La Corte — nel rigettare il primo motivo d'appello proposto dalla Catelli — affermava che la prova del fatto negativo, ossia dell'inesistenza dei rapporti di lavoro subordinato, era pur sempre a carico di chi intendeva far valere in giudizio il proprio diritto di accertamento, prova che non può che essere fornita con la dimostrazione di specifici fatti contrari, che nella specie non erano emersi, essendo viceversa emersa l'esistenza di detti rapporti di lavoro attraverso i verbali ispettivi, i quali, pur facendo piena prova solo dei fatti che i funzionari attestino avvenuti in loro presenza, erano per il resto liberamente valutabili dal giudice e considerabili prova sufficiente con il concorso di altri elementi, come nella specie, in cui dai verbali medesimi risultava la prova della subordinazione, stante il vincolo gerarchico, il rispetto dell'orario di lavoro e la corresponsione periodica e costante della retribuzione. La Corte disattendeva anche il secondo motivo d'appello, affermando che la Catelli ben avrebbe potuto articolare le prove essendo a conoscenza di tutte le risultanze emergenti dal verbale ispettivo del 2 ottobre 2000, che le era stato ritualmente notificato unitamente ai successivi atti integrativi. La Corte territoriale rigettava anche l'ulteriore eccezione sulla mancanza di legittimazione passiva, poiché il lavoro sarebbe stato prestato a favore della madre e della nonna della Catelli, sul rilievo che il datore può ben essere persona diversa dal beneficiario delle prestazioni e d'altra parte la questione era stata sollevata solo in appello e non era supportata da alcun elemento di prova. La Corte affermava inoltre l'ammissibilità delle dichiarazioni rese agli ispettori dalle due lavoratrici per dimostrare l'omissione contributiva, stante l'autonomia del rapporto di lavoro dal rapporto contributivo intercorrente tra datore e Istituto previdenziale.

Avverso detta sentenza la Catelli propone ricorso affidato a quattro motivi, illustrati da memoria.

Resiste l'INPS con controricorso, mentre il Ministero del lavoro è rimasto intimato.

DIRITTO — Con il primo motivo si denunzia violazione degli artt 2697 e 2700 c.c., 246 c.p.c.. difetto di motivazione, per avere la sentenza impugnata affermato l'inversione dell'onere della prova, attribuendo una presunzione di veridicità del verbale ispettivo, il quale invece ne era sfornito, considerando soprattutto che il medesimo riportava dichiarazioni fatte da soggetti interessati, come le lavoratrici, a rappresentare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in vista del conseguimento di benefici previdenziali. Costoro infatti, essendo incapaci di testimoniare *ex* art. 246 c.p.c., ancor meno potrebbero rendere dichiarazioni in sede di indagine ispettiva, mentre dette dichiarazioni erano state assunte a prova da parte dei Giudici di merito

Con il secondo motivo si censura la sentenza per violazione del diritto di difesa, falsa

applicazione dell'art. 416 c.p.c. e difetto di motivazione, per avere la Corte territoriale rigettato l'istanza di deposito dell'intera indagine ispettiva svolta, essendo stato depositato solo il verbale ispettivo contenente solo i risultati dell'indagine e non anche tutti i riscontri effettuati. Parimenti illegittimo sarebbe il rigetto della istanza di ammissione della prova contraria a quella degli accertamenti, perché i testi erano stati indicati, mentre la capitolazione veniva riservata all'esito dell'acquisizione di tutte le indagini.

Con il terzo motivo si eccepisce l'esistenza dei medesimi difetti perché la Corte territoriale aveva rigettato l'eccezione di carenza di legittimazione passiva, che era stata sollevata già in primo grado.

Con il quarto ed ultimo motivo si denunzia violazione dell'art. 246 c.p.c. e difetto di motivazione per avere la Corte affermato l'ammissibilità delle deposizioni delle lavoratrici, le quali, contrariamente a quanto affermato in sentenza, avevano interesse alla tutela della propria posizione previdenziale.

Il ricorso non è fondato.

Il principio che l'art. 2697 c.c. pone in ordine al regime probatorio È chiaro: "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si È modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda".

La norma non prevede eccezioni e pertanto non soffre deroga nel caso in cui, secondo il principio in essa fissato, il fatto che si ha l'onere di provare sia negativo, e cioè allorché si assuma che esso non sia avvenuto.

Va pertanto disattesa la censura relativa all'inversione dell'onere della prova stante la costante giurisprudenza, tra le tante, Cass. n. 5427 del 15 aprile 2002, a 18487 (1) del 3 dicembre 2003, per cui *"L'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo"*.

La regola si giustifica, osserva la dottrina, sulla base del principio generale sopra ricordato, per cui chi afferma qualcosa deve provarne il fondamento, dato che pretende di immutare in qualche modo la situazione preesistente: nella specie, si tende ad ottenere un accertamento sulla inesistenza dei rapporti di lavoro subordinato per i quali l' Istituto richiede i contributi.

In dottrina si è osservato altresì che l'attore, nell'azione di accertamento negativo, si verrebbe a trovare in una posizione eccessivamente difficoltosa, dovendo provare l'inesistenza di tutti i possibili fatti costitutivi del diritto vantato dal convenuto, il quale verrebbe ad ottenere una sentenza favorevole pur senza avere provato alcun fatto costitutivo.

In realtà, osservano alcuni autori, sotto la formula "prova del fatto negativo" si nascondono fattispecie diverse. In alcune ipotesi infatti il fatto negativo comporta un'antitesi immediata sotto forma di una proposizione positiva contraria, ad esempio si può provare di non essere stati presenti in un certo luogo in una certa ora,

dimostrando che nel medesimo momento ci si trovava in un luogo diverso. Si tratta quindi di provare, alla stregua della giurisprudenza sopra ricordata, il fatto specifico positivo contrario.

In altri casi, invece, il fatto negativo che si invoca non comporta un'antitesi, per cui si parla di proposizione negativa indefinita, perché ad essa corrisponde un numero indefinito di proposizioni affermative. In queste evenienze il fatto negativo, che non si può provare con la sussistenza dell'antitetico fatto positivo, può essere dimostrato con presunzioni. Dovendosi fare ricorso ad un ragionamento presuntivo, l'oggetto della prova si sposta su alcuni fatti diversi, positivi, che, rendendo probabile il fatto negativo, possono determinare il convincimento del giudice (nello stesso senso Cass. 20 maggio 1993 n. 5744).

Nella specie la ricorrente non ha fornito, nè ha chiesto di fornire alcuna prova, nè del fatto positivo antitetico, nè di altri elementi che presuntivamente condurrebbero alla infondatezza della pretesa fatta valere dall'INPS. Nel ricorso infatti si muovono esclusivamente contestazioni al documento su cui l'Istituto si fonda, ossia al verbale ispettivo, deducendosi che le due lavoratrici non avrebbero potuto rendere le dichiarazioni in sede ispettiva, avendo un interesse diretto alla vicenda (censure di cui al quarto motivo, parzialmente già svolte nel primo); ci si duole altresì del mancato deposito in giudizio degli accertamenti prodromici al verbale ispettivo e della mancata ammissione della prova contraria dedotta, ma tutte queste censure — che sarebbero valide in una causa di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dall'istituto previdenziale avente ad oggetto il pagamento dei contributi previdenziali, giacché in quella sede sarebbe l'Istituto opposto l'attore sostanziale, con aggravio del conseguente onere probatorio — non valgono nella presente causa di accertamento negativo, in cui si ripete, anche in assenza di fatti costitutivi forniti dal convenuto, spettava alla odierna ricorrente fornire la prova, con la positiva dimostrazione di antitetici fatti positivi, ovvero attraverso la dimostrazione di fatti presuntivi, della inesistenza del rapporto di lavoro subordinato.

A tal fine non sembra sufficiente la deduzione della prova contraria, non ammessa in sede di merito, poiché non contenente la allegazione di fatti positivi direttamente o indirettamente inconciliabili con la prospettazione dell'Istituto. Parimenti sulla ricorrente gravava l'onere di dimostrare che non era lei ma altri a dovere rispondere degli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro ed in particolare dell'obbligo contributivo.

Il ricorso va quindi rigettato.

Le spese dell'Istituto previdenziale, che ha proposto controricorso, si liquidano come da dispositivo. Nulla per le spese del Ministero che è rimasto intimato.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 114.

***Pensioni* - Fondo telefonici - Pensionato di invalidità con decorrenza anteriore all'entrata in vigore del D. Lgs. 658/96 - Conseguimento di pensione di inabilità ai sensi dell'articolo 2 della legge 222/1984 - Esclusione.**

Corte di Cassazione - 10.12.2004, n. 23105 - Pres. Mercurio - Rel. Maiorano -P.M. Matera (Conf.) - INPS (Avv.ti Riccio, Sotgia, Valente) - Di Carlo (Avv.ti Bertolone, Scuderi)

La pensione di invalidità erogata dal Fondo di previdenza dei telefonici con decorrenza anteriore all'entrata in vigore del D. Lgs. 658/1996 è soggetta alla disciplina dettata dall'art. 10 del R.D.L. 636/1939 e, pertanto, non è suscettibile di essere trasformata in pensione ordinaria di inabilità ai sensi dell'articolo 2 della legge 222/1984.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Catania Di Carlo Anna Maria conveniva in giudizio l'INPS, per il riconoscimento del diritto alla corresponsione della pensione di inabilità con decorrenza dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, con conseguente condanna dell'Istituto alla corresponsione della stessa, oltre accessori. Precisava di essere stata alle dipendenze di Telecom Italia e di avere conseguito in data 24/11/94 la pensione di invalidità a carico dell'apposito Fondo di previdenza e di avere presentato in data 23/2/96 le dimissioni dall'impiego e chiesto poi, nel luglio 1998, la pensione di inabilità ai sensi della L. n. 222/84, ingiustamente rifiutata.

L'INPS contrastava la domanda, ma il Tribunale l'accoglieva;

La Corte d'appello, con sentenza del 13.12.01-3.1.02, confermava la decisione. Precisava il giudice del riesame che l'art. 4 D. Lgs. n. 658 del 4.12.96 (secondo cui "agli iscritti al Fondo, con effetto sulle domande presentate successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, si applicano le disposizioni in materia di invalidità e di inabilità vigenti nell'assicurazione generale obbligatoria") si applicava alle domande presentate successivamente alla entrata in vigore di detta norma e quindi ai lavoratori che erano in possesso dei relativi requisiti doveva essere riconosciuto il beneficio della pensione di inabilità. Ai fini di tale riconoscimento non si doveva fare riferimento al momento della concessione della pensione di invalidità, come se fosse la fase iniziale di un unico iter già conclusosi prima della entrata in vigore della nuova normativa (con la conseguenza che all'invalido sarebbe stato precluso il diritto alla pensione di inabilità, con palese violazione della normativa costituzionale stante la evidente disparità di trattamento); simile interpretazione, infatti, appariva in contrasto con la lettera e la ratio della norma, da cui si evinceva chiaramente che il momento della concessione della pensione costituiva una fase successiva ed ulteriore rispetto a quella della invalidità. Da qui derivava che il personale iscritto al Fondo e già titolare di pensione di invalidità a carico dello stesso, qualora dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 658/96 si trovasse in possesso dei requisiti previsti, era legittimato a conseguire il trattamento

pensionistico di inabilità in base alle disposizioni sull'assicurazione generale obbligatoria. La sentenza quindi doveva essere confermata.

Avverso questa pronuncia propone ricorso per cassazione l'INPS, fondato su un solo motivo. Resiste la Di Carlo con controricorso.

DIRITTO — Lamentando violazione e falsa applicazione degli art. 1 e 2 L. n. 222 del 12.6.84, art. 4 D.L.G. 658 del 4.12.96 e vizio di motivazione (art. 360 n. 3 e 5 c.p.c.) deduce il ricorrente che la sentenza è errata, perché la pensione di inabilità non era prevista per gli iscritti al Fondo in questione al momento in cui la Di Carlo conseguiva la pensione di invalidità, in data 24/11/94. Le disposizioni della L. n. 222/84 sono state infatti recepite dal Fondo soltanto con il D. Lgs. 658/96 e quindi con decorrenza dal 9.1.97. La Di Carlo già riconosciuta invalida in base alla disciplina previdente non può essere riconosciuta inabile ai sensi dell'art. 2 L. n. 222/84 (Cass. n. 3296/94 (1); n. 8504/00 (2); con. n. 2197/95) La Corte territoriale quindi avrebbe dovuto accogliere l'appello dell'INPS e rigettare la domanda dell'assicurata.

Il ricorso è fondato.

In punto di fatto, pacifico in causa è che la Di Carlo ha avuto il riconoscimento della pensione di invalidità il 24.1.94 secondo la disciplina del Fondo Telefonico, che a quella data faceva ancora riferimento all'art. 10 del RDL n. 636 del 14.4.39; si tratta quindi della pensione di invalidità che viene concessa quando "la capacità di guadagno... sia ridotta a causa di infermità ...a meno di un terzo", tanto che è possibile la prosecuzione della attività lavorativa, che nel caso di specie si è protratta fino al 23.2.96, quando la Di Carlo ha presentato le dimissioni dall'impiego. La disciplina di cui alla L. n. 222/84 è stata estesa agli iscritti al detto Fondo soltanto con l'art. 4 del D. Lgs n. 658 del 4.12.96, con decorrenza quindi dal 1° gennaio 1997. Da ciò deriva che la prestazione in godimento della assicurata era una pensione di invalidità secondo la precedente disciplina e non certo un assegno previsto dall'art 1 L. n. 222 del 12.6.84 per il caso in cui la "capacità di lavoro, in occupazioni confacenti, sia ridotta in modo permanente a causa di infermità, a meno di un terzo".

Ciò chiarito, si osserva, in punto di diritto, che solo quest'ultima prestazione è suscettibile di essere trasformata in pensione di inabilità, prevista dall'art. 2 della medesima legge, ove "l'assicurato ...si trovi nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa", in quanto fra le due prestazioni, relative a un diverso grado di compromissione della capacità lavorativa, ma presupponenti gli stessi requisiti assicurativi e contributivi, intercorre un necessario rapporto di continenza; nel caso di specie invece sono applicabili i principi di diritto già elaborati dalla Corte per le prestazioni d'invalidità concesse in virtù della normativa precedente alla revisione della disciplina della invalidità pensionabile:"la norma dell'art. 2 della legge n. 222/1984 — che prevede la pensione ordinaria di inabilità a favore degli assicurati e dei titolari di assegno di invalidità — esclude che tale prestazione possa essere attribuita ai soggetti già titolari di pensione di invalidità secondo la disciplina previgente, indipendentemente dalla circostanza che questi svolgano o meno una confacente attività lavorativa dopo il conseguimento della pensione" (Cass. n. 3296 del 8.4.94).

Con questa pronuncia la Corte ha già chiarito che la nuova normativa riguarda solo "l'assicurato" e non attribuisce al già "pensionato" il diritto al conseguimento della pensione di inabilità. Ne sussistono dubbi di costituzionalità, in quanto trovano efficace collocazione nella fattispecie le ragioni esposte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 1116 del 1988 per escludere il contrasto della norma dell'art. 2, 1° comma, della legge n. 222/84 con gli artt. 3 e 38 della Costituzione. Invero, il principio di gradualità dell'intervento legislativo per l'attuazione di un sistema ottimale di prestazioni previdenziali secondo la direttiva dell'art 38 Cost. legittima differenze di trattamento legate alla successione temporale delle fasi di sviluppo del sistema medesimo, non rimanendo scalfita la collocazione nell'ambito del sistema precedente dei titolari di pensione di invalidità che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 222/84, abbiano perduto quella limitata capacità lavorativa di cui prima godevano e che non era di ostacolo al conseguimento della pensione di invalidità.

Non è dato, in particolare, configurare alcuna diversità di trattamento rispetto ad una situazione di inabilità maturatasi dopo l'entrata in vigore della legge citata proprio per la irrilevanza, agli effetti considerati, dello svolgimento di attività lavorativa da parte del pensionato. Stante la già verificata ratio dell'art 2, 1° comma, della legge in esame, la collocazione nella categoria dei pensionati "tout court" dei soggetti comunque titolari di pensione di invalidità, siano essi rimasti del tutto privi di capacità di lavoro o dotati di limitata capacità, appare razionale e frutto di valutazione legislativa del tutto coerente con il *"discrimen"* temporale attuato. La Corte Costituzionale, nella citata sentenza, ha altresì' escluso qualsiasi contrasto della nuova disciplina dell'invalidità pensionabile dettata dalla legge n. 222/84 con l'art. 38, 2° comma Cost. sul rilievo che l'istituzione della pensione di inabilità come prestazione adeguata alle esigenze di vita del lavoratore che versi nelle condizioni indicate nell'art 2 della legge in esame non comporta un giudizio di sopravvenuta inadeguatezza della pensione di invalidità precedentemente concessa ai lavoratori che si trovavano nelle medesime condizioni.

La giurisprudenza citata dal ricorrente a sostegno della sua tesi (secondo cui il mutamento di titolo della pensione È escluso per coloro che, pur trovandosi nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa, siano già titolari di pensione d'invalidità) è quindi applicabile al caso di specie, perché riguarda assicurati già titolari di pensione di invalidità secondo la disciplina previgente alla entrata in vigore della L. n. 222/84. Il ricorso va quindi accolto e la sentenza cassata. Sussistono le condizioni per la pronuncia nel merito da parte della Corte ed il rigetto della domanda, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto. Non vi è luogo a provvedere in ordine alle spese relative all'intero processo, ai sensi dell'art. 152 disp. att. c.p.c., nel testo anteriore a quello di cui all'art. 42, comma 11°, del D.L. n. 269 del 30/9/03, nella specie inapplicabile *"ratione temporis"*.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 634

(2) *Idem*, 2000, p. 1046

***Contributi* - Presentazione delle denunce contributive sui c.d. "modelli DM10/M" - Idoneità a configurare ricognizione del debito interuttiva della prescrizione - Ammissibilità - Condizioni.**

Corte di Cassazione - 6.12.2004, n. 22380 - Pres. Senese - Rel. La Terza - P.M. Nardi (Conf.) - Figli di Vaglio Ostina Paolo srl (Avv ti Vesci, Parravicini) - INPS (Avv. ti Pulli e Coretti).

La presentazione all'INPS, da parte del datore di lavoro, delle denunce contributive compilate sui c. d. "modelli DM 10/M" non può essere configurata come riconoscimento del debito contributivo, idoneo ad interrompere la prescrizione, ex *art. 2944 cod. civ., trattandosi di un atto che — avendo come scadenza il giorno 20 di ogni mese (secondo il disposto dell'art. 1 del D.L. n. 463 del 1983, convertito in legge n. 638 del 1983) — interviene in un momento che precede l'inizio della prescrizione del credito dell'Istituto previdenziale (che può essere fatto valere solo dopo la suddetta data di scadenza). Qualora però la denuncia contributiva venga inoltrata dal datore di lavoro dopo la scadenza del termine previsto dalla legge, la denuncia stessa ben può essere considerata come atto di riconoscimento del debito (Fattispecie relativa alla presentazione tardiva da parte del datore di lavoro dei modelli DM 10/M ai quali è stata attribuita natura di riconoscimento del debito idoneo ad interrompere il termine di prescrizione).*

FATTO — Con ricorso al Tribunale del lavoro di Torino del 27 luglio 1999 la srl Figli di Vaglio Ostina Paolo proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo con cui il medesimo Tribunale le aveva ordinato di pagare all'INPS la somma di lire 107.186.130 a titolo di contributi e somme aggiuntive; l'opponente eccepiva la prescrizione dei contributi, anche con riferimento all'art 3 commi 9 e 10 della legge 335/95. Nel contraddittorio con l'INPS il Tribunale, con sentenza del 30 settembre 1999, rigettava il ricorso in opposizione e la statuizione veniva confermata dalla locale Corte d'appello con sentenza del primo febbraio 2002.

Premesso che il primo Giudice aveva ritenuto che il credito INPS fosse fondato sui mod. DM/10 aventi valore di confessione stragiudiziale, i quali avevano valore interruttivo della prescrizione, di talché il credito era rimasto soggetto alla prescrizione decennale, la Corte riconfermava il valore confessorio delle dichiarazioni, osservando che era del tutto irrilevante il fatto che le medesime venissero presentate al solo fine di evitare le sanzioni; i Giudici di merito disattendevano altresì la tesi della società appellante secondo cui alle denunzie non si poteva attribuire valore interruttivo, perché questo presuppone un debito preesistente, mentre, nella specie, il credito vantato dall'INPS traeva origine proprio dalle denunzie. Ribatteva infatti la Corte territoriale che l'obbligo contributivo discende direttamente dalla legge, mentre le denunzie forniscono solo la prova documentale del credito; esse pertanto

hanno valore confessorio ed essendo state presentate il 30 aprile 1993, e quindi prima del primo gennaio 1996, data di entrata in vigore della legge 335/95, restava fermo, ai sensi dell'art. 3 comma 10 della legge medesima, il termine decennale di prescrizione.

Avverso detta sentenza la società soccombente propone ricorso affidato a due motivi illustrati da memoria. Resiste l' INPS con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo si denunzia violazione e falsa applicazione degli artt 1988-2735-2944 cod. civ., degli artt. 3 commi 9 e 10 della legge n. 335 del 1991 e illogicità di motivazione; premesso che i contributi omessi si riferivano al periodo dal primo maggio 1992 al 30 settembre 1992, la società ricorrente insiste ancora nel sostenere che le denunzie mensili non possono avere valore interruttivo della prescrizione in quanto aventi valore costitutivo e non ricognitivo del credito dell'Istituto; sarebbe contraddittoria la sentenza che da una parte sostiene che il credito è costituito dalla differenza, indicata nei DM /IO tra crediti e debiti, e dall'altra pane afferma che il credito nasce dalla legge.

Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 4 legge n. 48 del 1988, 1 commi 217-225-233 della legge n. 662 del 1996, 116 della legge 388/2000, perché sarebbero state applicate le sanzioni civili più gravose previste dalla legge n. 48 del 1988, in luogo di quelle più lievi previste dall'art. 116 della legge 388/2000.

Il ricorso è infondato.

Va in primo luogo escluso che l'obbligo contributivo nasca dalla denunzia del datore di lavoro attraverso i modelli DM 10; invero se così fosse, in assenza di dichiarazione, non si potrebbe mai configurare l' omissione contributiva nei casi di mancata denunzia, ossia proprio nei casi più gravi di vera propria evasione dall' obbligo di pagamento dei contributi, il quale sorge direttamente ed immediatamente dalla esistenza del rapporto di lavoro, mentre la denunzia ha mero valore ricognitivo e dichiarativo dell'obbligo già esistente. Certamente nella denunzia resa nel mod. DM1O risulta l'esposizione del debito per contributi e del credito del datore per l'anticipazione (per conto dell'INPS) di alcune prestazioni, come quelle di malattia e maternità, con indicazione del residuo a debito da versare all'INPS, ma il fatto che il dovuto emerga dalla denunzia non vale a smentire quanto sopra detto, e cioè che l'obbligo nasce, sia quanto alla esistenza sia quanto alla misura, in presenza dei presupposti di legge, mentre la denunzia si limita a registrare quanto già esistente. Non vi è dunque alcuna illogicità nel ragionamento seguito dalla Corte territoriale.

Per il resto si richiamano le sentenze di questa Corte n. 19334 del 17 dicembre 2003 e n. 14826 del 18 ottobre 2002. Con la prima di esse si è affermato che *"La presentazione all'INPS, da parte del datore di lavoro, delle denunce contributive compilate sui c.d. "modelli DM 1O/M" non può essere configurata come riconoscimento del debito contributivo, idoneo ad interrompere la prescrizione,* ex *art. 2944 cod. civ., trattandosi di un atto che — avendo come scadenza il giorno 20 di ogni*

mese (secondo il disposto dell'art. 1 del D.M. 24 febbraio 1984, emanato ai sensi dell'ari. 1 del D.L. n. 463 del 1983, convertito in legge n. 638 del 1983) — interviene in un momento che precede l'inizio della prescrizione del credito dell'Istituto previdenziale (che può essere fatto valere solo dopo la suddetta data di scadenza). Qualora però la denuncia contributiva venga inoltrata dal datore di lavoro dopo la scadenza del termine previsto dalla legge, la denuncia stessa ben può essere considerata come atto di riconoscimento del debito."

Poiché infatti per le retribuzioni corrisposte mensilmente, il debito contributivo, pur essendo già sorto, tuttavia è esigibile solo alla scadenza del ventesimo giorno del mese successivo, ne consegue che quando dal datore viene presentato il modello DM10, la relativa denunzia fa riferimento ad un debito già sorto, ma non ancora scaduto, e quindi la denunzia medesima non può avere valore interruttivo della prescrizione, in quanto non si può che interrompere un termine in corso, non già un termine di prescrizione che non decorre prima che il credito sia esigibile.

Il valore di atto interruttivo non può dunque essere conferito alla denunzia fatta nel termine previsto dalla legge; viceversa, quando questa viene fatta oltre il termine, tale carattere le va riconosciuto. Nella specie si trattava di contributi dal maggio al settembre 1992 e la denunzia era del 1993, onde la medesima era idonea ad interrompere la prescrizione, in quanto atto di riconoscimento del diritto. Ne consegue allora che la prescrizione dei contributi è rimasta decennale, ai sensi della disposizione indicata dalla sentenza impugnata, ossia dall'art. 3 comma 10 della legge 335/95, e ne consegue altresì che non era intercorso il decennio tra l'atto interruttivo del 1993 e il decreto ingiuntivo chiesto e ottenuto del 1999.

È infondato anche il secondo motivo sulla disciplina delle sanzioni, non avendo la disposizione del 2000 invocata dalla società ricorrente, efficacia retroattiva.

È stato infatti affermato, tra le tante Cass. n. 19334 del 17 dicembre 2003, che " In materia di sanzioni per il ritardato o l'omesso pagamento di contributi previdenziali resta escluso che in una controversia relativa ad una opposizione ad ordinanza - ingiunzione per sanzioni civili (somme aggiuntive) e interessi per omesso versamento di contributi dovuti all'INPS, possa rilevare lo "ius superveniens" di cui all'art. 116, comma otto e segg., della legge n.388 del 2000, contenente norme più' favorevoli ai contribuenti, atteso sia che nessuna di tali disposizioni induce a ritenerne la retroattività, cosicché ne è esclusa l'applicabilità a violazioni accertate prima della relativa entrata in vigore, sia che il riferimento contenuto nell'art 16 comma 18 ai crediti già accertati al 30 settembre 2000 esclude che vi sia stata deroga al principio di irretroattività quanto all'obbligo di immediato pagamento delle predette sanzioni, prevedendo anche un meccanismo in base al quale la differenza tra quanto dovuto e quanto calcolato ai sensi dei commi precedenti costituisce un credito contributivo da porre a conguaglio successivamente."

Il ricorso va quindi rigettato. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Contributi e prestazioni - Indennità - Decadenza - Richiesta di integrazione per l'inclusione del comune fra le aree colpite da eventi calamitosi e conseguente reiscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli *ex* art. 21, 6° comma, l. n. 223/91 per un numero di giornate superiore a quelle effettivamente prestate - Concorso delle due indennità di disoccupazione ordinaria e speciale - Obbligazioni distinte - Pagamento parziale - Esclusione - Decadenza sostanziale *ex* art. 47 d.p.r. n. 639 del 1970 - Applicabilità alla richiesta di disoccupazione speciale.**

Corte di Cassazione - 17.8.2004, n. 16034 - Pres. Senese - Rel. Maiorano - P.M. Nardi (Conf.) - Amore (Avv. Concetti) - INPS (Avv.ti Jeni, Spadafora, Fabiani, Biondi).

Nel caso in cui l'integrazione dell'indennità di disoccupazione viene invocata non per il medesimo diritto rivalutato all'attualità, a seguito del mutamento della disciplina applicabile in virtù della sentenza della Corte Costituzionale n. 497/88 (1), ma per un fatto completamente nuovo costituito dall'inclusione del Comune fra le aree colpite da eventi calamitosi, per cui maturano le diverse competenze per effetto della reiscrizione del lavoratore negli elenchi dei lavoratori agricoli ai sensi dell'art. 21, 6° comma, della L. n. 223/91 per un numero di giornate superiore a quelle effettivamente prestate, alla richiesta di integrazione si applica il termine di decadenza di cui all'art 47 del D.P.R. n. 639 del 1970 poiché si tratta dell'adempimento di una obbligazione distinta rispetto a quella del pagamento dell'indennità di disoccupazione ordinaria e non del residuo di un pagamento parziale.

FATTO — Con ricorso al Pretore di Modica del 23/1/96 Amore Giorgio conveniva in giudizio l'INPS, deducendo che aveva chiesto il riconoscimento della indennità di disoccupazione per l'anno 1991, sulla base di 101 giornate lavorative ai sensi dell'art. 21, 6° comma, L. n. 223/91; l'Istituto, però, aveva liquidato solo la indennità ordinaria e il ricorrente p.a. quindi chiedeva la condanna dell'INPS al pagamento della somma residua spettantegli.

L'INPS contestava la domanda ed il Pretore la rigettava, ritenendo che la ricorrente fosse decaduta dall'azione. Proponeva appello la lavoratrice assumendo che si trattava di adempimento parziale, per cui non era applicabile l'istituto della decadenza.

L'INPS contrastava il gravame ed il Tribunale di Modica, con sentenza dell'8 marzo 2001, confermava la decisione, sul rilievo che inapplicabile al caso di specie era la giurisprudenza formatasi con riferimento alla rivalutazione della indennità di disoccupazione: in tal caso, infatti, l'assicurato vantava un mero credito accessorio dell'unica obbligazione unitariamente considerata, che sfuggiva a distinte ed articolate valutazioni con riferimento ai termini decadenziali. Nel caso di specie invece si trattava, non di

accessori del medesimo credito, ma di due distinte prestazioni, previste da diverse disposizioni di legge, relative una alla disoccupazione ordinaria e l'altra alla disoccupazione speciale, che avevano diversi ed autonomi presupposti. Peraltro, nessun riconoscimento era intervenuto da parte dell'INPS, come assumeva l'istante, ed in ogni caso il preteso riconoscimento sarebbe stato successivo al maturarsi del termine di decadenza di cui all'art. 4 L. n. 438/82, di conversione del D.L. n. 384/92.

Avverso questa pronuncia propone ricorso per cassazione l'Amore, fondato su un solo motivo.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Lamentando violazione e falsa applicazione dell'alt. 4 D.L. n. 384 del 19.9.92, convertito in L. n. 438 del 14.11.92, art. 25 L. 8.8.72 n. 457, art. 6 L. 27.11.72 n. 852, art. 13 D.L. 2.3.74 n. 30, conv. in L. 16.4.74 n. 114, art. 7 L. 16.2.77 n. 37, art. 4 L. 15.10.81 n. 590, art. 7 D.L. 21.3.88 n.86 conv. in L. 20.5.88 n. 160, art. 6, comma 29°, L. 29.2.88 n. 48, art. 5 D.L 9.10.89 n. 337, art. 21, comma 6° e 7°, L. 27.7.91 n. 223 e degli art. 2935, 2946 e 2697 c.c art. 113, 115, 116, 121,437 CPC. (art. 360 n. 3 e 5 CPC), deduce il ricorrente che il fatto è pacifico, in quanto è in discussione la indennità di disoccupazione per l'anno 1991, che è stata liquidata rapportandola alle sole giornate effettivamente lavorate, mentre la stessa deve essere rapportata a 101 giornate di lavoro a seguito della inclusione del Comune tra la aree colpite da eventi calamitosi. Trattandosi di una integrazione della indennità già parzialmente corrisposta deve essere esclusa la decadenza (Cass. S.U. n. 6912 del 30.7.96).

Inoltre, il pagamento effettuato dall'INPS ai sensi dell'art. 1181 c.c. rende inapplicabile il termine decadenziale di cui all'art. 47 DPR n. 639/70, come modificato dall'art. 4 D.L. n, 384/92. Lo stato di calamità dichiarato ai sensi dell'art. 4 L. n. 590 del 15.10.81 non è contestato e quindi l'INPS deve erogare la prestazione, derivando il diritto direttamente dalla legge. Peraltro, la liquidazione è stata sollecitata dall'interessato in data 10.11.93 e ciò è sufficiente anche per eventuali indagini integrative da parte del giudice alla ricerca della verità sostanziale. La censurata motivazione comporterebbe che la indennità di disoccupazione dovuta *"de residuo"* sarebbe sottoposta ad una duplice decadenza, una prevista dall'art. 6, comma 29°, della L. n. 48 del 29.2.88 e l'altra dall'art. 4 L. n. 438/92, nonostante il pagamento parziale già effettuato, che ha impedito la decadenza ed assicurato il diritto a chiedere la integrazione della rata di credito non ancora liquidata nel termine di prescrizione ordinario decennale.

Il ricorso è infondato.

II principio di diritto invocato dal ricorrente riguarda una fattispecie diversa, in quanto la Corte, con la sentenza delle S.U. n. 6912 del 30.7.96 ha affermato che è inapplicabile il termine di cui all'art. 47 DPR n. 639 del 1970, cosi come modificato dall'art. 4 L. n. 438/92, quando si controverte non dell'intera prestazione, ma della parte residua dovuta a titolo di svalutazione monetaria a seguito della declaratoria di incostituzionalità (con sentenza n. 497 del 1988) dell'art 13 del D.L. n. 30 del 2.3.74, conv. in L. n. 174 del 6.4.74, nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento automatico del valore monetario dell'indennità di disoccupazione. Hanno detto

altresì le Sezioni Unite che una volta percepita l'indennità senza la rivalutazione, il credito residuo dovuto per l'adeguamento del valore monetario di quella prestazione soggiace alla sola prescrizione decennale, fermo restando "che l'adeguamento dell'indennità di disoccupazione al precetto della Corte costituzionale non può essere configurato come un diritto autonomo, concettualmente distinto dalla indennità stessa" (Cass. S.U. n. 6491 del 21.8.92; conf. sent. n. 6912 del 30.7.96).

Nella specie, l'integrazione della indennità di disoccupazione viene invocata non per il medesimo diritto rivalutato all'attualità, a seguito del mutamento della disciplina applicabile in virtù della sentenza della Consulta n. 497/88, ma per un fatto completamente nuovo; l'inclusione cioè del Comune fra le aree colpite da eventi calamitosi, per cui maturano le diverse competenze per effetto della reiscrizione del lavoratore negli elenchi dei lavoratori agricoli ai sensi dell'art. 21, 6° comma, della L. n. 223/91 per un numero di giornate superiore a quelle effettivamente prestate.

La censura quindi non coglie nel segno, perché il ricorrente si limita ad invocare l'applicazione in proprio favore di un principio di diritto sancito da questa Corte per un caso diverso, senza però criticare le ragioni per le quali il giudice di merito ne ha escluso l'applicabilità alla fattispecie in esame: il Tribunale ha affermato che "la giurisprudenza richiamata ...afferisce alle ipotesi di adempimento parziale di una obbligazione (e quindi di parziale soddisfazione di un diritto) mentre non può applicarsi ai diversi casi in cui si tratti dell'adempimento di distinte obbligazioni (e quindi della soddisfazione di distinti diritti)"; ciò per la ragione essenziale che cambiano i presupposti di fatto per il riconoscimento del diritto, in quanto "nel caso di specie non si fratta di liquidare gli accessori di un credito, ma di corrispondere due distinte prestazioni, previste da diverse disposizioni di legge: quella di disoccupazione ordinaria e quella di disoccupazione speciale (specificatamente contemplata dall'art 25 L. n. 457/72), prestazioni che hanno basi diverse ed autonomi presupposti". Questa motivazione non viene minimamente criticata e quindi la prima parte della censura va disattesa.

La seconda parte della censura è assolutamente generica e non motivata, perché il ricorrente lamenta soltanto che per una medesima prestazione, l'indennità di disoccupazione, ci sarebbe una duplice decadenza. In realtà si tratta di due distinte prestazioni che hanno due diversi termini di decadenza: per la indennità di disoccupazione ordinaria la proposizione della domanda entro il termine di un anno (previsto dall'art. 47 DPR n. 639/70, come modificato dall'art. 4 L. n. 384/92) impedisce la decadenza dal diritto, sia per la sorte capitale, che per gli accessori, che possono pertanto essere richiesti anche successivamente nel termine di prescrizione ordinaria decennale; per la disoccupazione speciale, ai fini della disciplina decadenziale, non può farsi riferimento alla originaria domanda amministrativa per il pagamento della indennità ordinaria, perché il diritto a quell'epoca non è ancora sorto, ma al riconoscimento delle 101 giornate ai fini previdenziali conseguente alla iscrizione nell'elenco nominativo suppletivo dei lavoratori agricoli residenti nel Comune interessato all'evento calamitoso; il diritto alla riliquidazione è maturato solo a seguito dell'inclusione del Comune tra le aree colpite da eventi calamitosi; emanato il decreto ministeriale che individua le aree colpite, la Commissione per la manodopera agricola provvede alla iscrizione suppletiva del lavo-

ratore per le giornate che gli competono e solo dalla pubblicazione di tale supplemento decorre il termine per far valere il diritto. Diversi quindi sono i presupposti per far valere tale diritto e diversa è la disciplina decadenziale applicabile.

Nè può essere presa in considerazione la ulteriore censura che il termine di decadenza non sarebbe comunque decorso, perché la stessa è stata proposta per la prima volta in sede di legittimità (peraltro nemmeno col ricorso per cassazione ma soltanto in sede di discussione orale) e quindi è inammissibile perché comporta un ulteriore accertamento di fatto con riferimento alla data di pubblicazione degli elenchi anagrafici suppletivi ed a quella di presentazione della domanda. Il giudice di merito infine ha accertato anche che non vi è stato alcun riconoscimento del diritto da parte dell'INPS e quindi il ricorso rigettato. Non vi è luogo a provvedere in ordine alle spese ai sensi dell'art. 152 disp. att. CPC, nel testo anteriore a quello di cui all'art 42, comma 11°, del D.L. n. 269 del 30/9/03, nella specie inapplicabile *"ratione temporis"*.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv, 1988, p. 822.

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Prestazioni - Domanda amministrativa - Espressione della volontà di fruire della prestazione - Difetto - Rettifica successiva alla scadenza - Decadenza - Sussiste.**

Corte di Cassazione - 9.8.2004, n. 15387 - Pres. Mileo - Rel. Toffoli - P.M. Nardi (Conf.) - INPS (Avv.ti Picciotto, Spadafora, Fabiani, Nardi) - Prestinari.

Quando, in materia di previdenza obbligatoria, la legge richiede, a pena di decadenza, la presentazione della domanda di prestazione entro un certo termine, costituisce un atto conforme alla previsione di legge, e quindi idoneo a prevenire la decadenza, soltanto quello, indirizzato all'Istituto previdenziale, da cui sia desumibile, al di là di eventuali imprecisioni ed anche errori materiali - e sia pure tenendo presente gli elementi a conoscenza dell'ente destinatario - la volontà del richiedente di fruire della specifica prestazione. Invece non può attribuirsi rilevanza di per sé, in difetto dei presupposti indicati, ad un chiarimento, costituente in sostanza una rettifica della domanda su un punto sostanziale, fornito all'ente dopo la scadenza del termine di legge (Fattispecie in cui la domanda proposta all'Istituto era errata per essere stata sbarrata una casella diversa da quella della prestazione che l'assicurata intendeva chiedere).

FATTO — La Corte d'Appello di Brescia con la sentenza indicata in epigrafe ha confermato la sentenza con cui Tribunale di Cremona aveva condannato l'INPS al pagamento, in favore di Clementina Prestinari, dell'indennità di disoccupazione agricola per l'anno 1997.

In relazione alle doglianze dell'istituto appellante, che contestava che la domanda di riconoscimento di una prestazione potesse essere assimilata ad un atto negoziale e che sussistesse un errore riconoscibile della assicurata nella compilazione del modulo di domanda, ribadiva la tesi che all'atto in questione doveva essere riconosciuta natura negoziale, in quanto esso era diretto a spiegare i suoi effetti nell'ambito di un rapporto contrattuale, sia pure di diritto pubblico, e precisava che si trattava di un atto diretto a comunicare la volontà di avvalersi di un diritto già costituito in capo all'assicurato, in quanto tale produttivo di effetti a partire dal momento in cui era pervenuto a conoscenza del destinatario. La circostanza che nella specie la dichiarazione resa all'istituto fosse viziata da errore, per essere stata barrata una casella del modulo diversa da quella della prestazione che l'assicurata intendeva chiedere, era irrilevante, una volta che l'effettiva volontà dell'interessata era stata chiarita con una dichiarazione successiva, intervenuta entro un termine ragionevole e diretta a palesare l'errore. Infatti non si trattava di far valere un errore ostativo riconoscibile, ai fini dell'annullamento dell'atto negoziale, ne erano ravvisabili esigenze di tutela della buona fede e dell'affidamento, riguardo alla posizione dell'INPS, essendo in questione una prestazione dovuta per la quale sussistevano incontestatamente le condizioni di legge.

Essendo la domanda tempestiva, non poteva essere opposta la decadenza per il semplice fatto che l'errore di compilazione del modulo era stato rilevato e comunicato all'Istituto oltre il termine previsto per la domanda medesima.

Contro questa sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione affidato ad un unico motivo. La Prestinari non si è costituita.

DIRITTO — L'INPS denuncia violazione dell'art. 6, comma 29, del d.l. 30.12.1987 n. 536, convertito nella legge 29.2.1988 n. 48; dell'art. 7, comma 4, del d.l. 9.10.1989 n. 338, convertito nella legge 7,12.1989 n. 389, unitamente a vizi di motivazione su un punto decisivo.

Premesso che ha natura decadenziale il termine fissato (al 31 marzo dell'anno successivo a quello per il quale si chiede la prestazione) per la presentazione della domanda di disoccupazione agricola, e che quindi nella specie la domanda avrebbe dovuto essere presentata entro il 31.3.1998, osserva che non era configurabile un errore della richiedente, che non aveva barrato la casella relativa al trattamento in questione, barrando invece due caselle riguardanti il trattamento di famiglia, e quindi non risultava pertinente parlare delle conseguenze di un errore. Inoltre il giudice di merito non aveva esaminato i rilievi dell'istituto circa la non scusabilità dell'eventuale errore della richiedente e la non riconoscibilità del medesimo neanche sulla base della indicazione nello stampato delle giornate lavorate nel 1997, che era avvenuta a cura dell'Istituto.

Lamenta poi che l'eccepita decadenza era stata ingiustificatamente ritenuta insussistente sulla base dell'affermazione che la nuova domanda era stata presentata entro un termine ragionevole.

Il ricorso è fondato.

L'art. 7 del regolamento approvato con D.P.R. 24 ottobre 1955 n. 1323, ai fini della determinazione, *ex* art. 33 legge 29 aprile 1949 n. 264, delle modalità di estensione ai lavoratori agricoli della disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, fissava per la presentazione delle relative domande il termine del 30 novembre di ciascun anno. La natura decadenziale di questo termine è stata ripetutamente affermata da questa Corte (cfr. Cass. n. 1486/1990, n. 5423/1990 e n. 4602/1993 (1)), nè questa natura è mutata a seguito dello spostamento del termine in questione al 31 marzo dell'anno successivo a quello cui si riferisce la richiesta, ad opera dell'art. 6, comma 29, del d.l. 30 dicembre 1987 n. 536, convertito con modificazioni dalla legge 29 febbraio 1988 n. 48, e dall'art. 7, comma 4, del d.l. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito con modificazioni dalla legge 7 dicembre 1989 n. 389.

Ciò premesso, deve ritenersi che, quando, in materia di previdenza obbligatoria, la legge richiede, a pena di decadenza, la presentazione della domanda di prestazione entro un certo termine, costituisca un atto conforme alla previsione di legge, e quindi idoneo a prevenire la decadenza, soltanto quello, indirizzato all'istituto previdenziale, da cui sia desumibile, al di là di eventuali imprecisioni ed anche errori materiali — e sia pure tenendo presente gli elementi a conoscenza dell'ente destinatario (come, per esempio, la posizione assicurativa dell'interessato) — la volontà del richiedente di fruire della specifica prestazione. Invece non può attribuirsi rilevanza di per sé, in difetto dei presupposti già indicati, ad un chiarimento, costituente in sostanza una rettifica della domanda su un punto sostanziale, fornito all'ente dopo la scadenza del termine di legge.

È evidente che il giudice di merito non si è attenuto a tali principi, in quanto ha attribuito rilevanza alla precisazione-rettifica circa l'effettivo oggetto della domanda resa dopo la scadenza del termine, senza accertare se in realtà la domanda fosse effettivamente interpretabile come diretta al conseguimento della prestazione di disoccupazione.

II ricorso deve quindi essere accolto. Consegue la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio della causa per nuovo esame ad altro giudice, che si atterrà al principio di diritto già enunciato e provvederà anche in merito alle spese del presente giudizio di legittimità.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 666.

***Contributi* - In genere - Omesso versamento totale o parziale - Somma aggiuntiva dovuta in base al regime di cui all'art. 4 del D.L. n. 536 del 1987 - Commisurazione al tasso di interesse di cui all'art. 13 del D.L. n. 102 del 1981 - Conseguente credito dell'istituto previdenziale - Prescrizione decennale - Applicabilità - Prescrizione quinquennale *ex* art. 2948 n. 4 - Esclusione - Fondamento.**

***Prescrizione e decadenza* - Prescrizione civile - Termine - Prescrizioni brevi - Interessi - Interessi dovuti a titolo di somma aggiuntiva *ex* art. 4, comma 1, del D.L. n. 536 del 1987 - Prescrizione *ex* art. 2948 n. 4 - Inapplicabilità - Fondamento - Prescrizione decennale - Applicabilità - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 27.7.2004, n. 14152 - Pres. Mileo - Rel. Curcuruto - P.M. Nardi (Diff.) - Parrella (Avv. Martinelli) - INPS (Avv.ti Coretti, Fonzo, Correra).

Con riguardo alla disposizione di cui all'art. 4, comma primo, del D.L 30 dicembre 1987, n. 536, convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 1988, n. 48, secondo la quale i soggetti inadempienti in tutto od in parte all'obbligazione di pagamento di contributi e premi dovuti alle gestioni previdenziali erano tenuti al pagamento di una somma aggiuntiva a titolo di sanzione in ragione d'anno, commisurata — secondo le specificazioni di cui alle lettere a), b) e c) dello stesso comma — al tasso dell'interesse di differimento e dilazione di cui all'art. 13 del D.L. 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 dicembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, il conseguente credito dell'istituto previdenziale per detta somma aggiuntiva (sussistente, ai sensi del comma sesto, dello stesso art. 4, anche per inadempimenti precedenti l'entrata in vigore della disposizione), resta assoggettato al termine prescrizionale decennale, di cui all'art. 2946 cod. civ. e non a quello previsto dall'art. 2948 n. 4 cod. civ., che è applicabile alle obbligazioni di pagamento di interessi soltanto allorquando rivestano il connotato della periodicità, atteso che il riferimento a ciò che deve pagarsi in ragione di anno o per periodi più brevi concerne anche tali obbligazioni e considerato che, nella specie, tale presupposto non può essere ravvisato, in quanto l'indicata disposizione fa riferimento ad una somma per il cui pagamento non è prevista alcuna scadenza periodica.

FATTO — L'INPS di Benevento a seguito di un'ispezione contestava a Silvio Parrella, titolare della omonima impresa edile, di aver omesso un versamento contributivo in relazione ai dipendenti Carmine Barone, Luigi Parrella e Angelo Zollo, dal gennaio 1986 a

settembre 1987 per il primo, dal gennaio al settembre 1987 per il secondo e dal maggio al settembre 1987 per il terzo. Successivamente l'INPS otteneva dal Pretore di Benevento un decreto ingiuntivo nei confronti del Parrella per la somma totale di lire 95.892.063, oltre ad interessi, delle quali lire 24.960.000 a titolo di contributi evasi, lire 600.000 a titolo di sanzioni *ex lege* 467/68, lire 70.332.063 per somme aggiuntive *ex lege* 48/88.

L'opposizione proposta dall'ingiunto veniva respinta. Il Parrella proponeva appello al Tribunale di Benevento che, dopo aver disposto una consulenza tecnica contabile, accogliendo parzialmente il gravame, confermava la somma di lire 600.000 a titolo di sanzioni, riduceva a lire 19.062.308 i contributi dovuti ed a lire 38.124.616 le somme aggiuntive, liquidando gli interessi in lire 55.037.430 sino al 15 novembre 2000 oltre agli ulteriori interessi sino al saldo.

In motivazione, il giudice di appello ha rigettato anzitutto l'eccezione di prescrizione quinquennale proposta dal Parrella, osservando che nella specie trovava applicazione la prescrizione decennale.

Quanto alla durata del periodo di lavoro dei tre dipendenti, che secondo l'appellante sarebbe stata solo di qualche giornata al mese, il giudice di appello ha ritenuto che le prove fossero state correttamente valutate dal pretore, il quale aveva messo a confronto le dichiarazioni rese dagli stessi soggetti in due tempi diversi ed aveva dato maggior rilievo alle affermazioni rese nella immediatezza dei fatti, fuori dal controllo del datore di lavoro e senza la preventiva possibilità di pensare a versioni di comodo per lo stesso datore. Ha considerato quindi che il cambiamento di versione da parte dei testi in udienza confermasse, come ritenuto dal pretore, la genuinità delle dichiarazioni immediate e non controllate né filtrate con il trascorrere del tempo.

Ha pertanto tenuto conto, ai fini della quantificazione del credito dell'INPS, della versione dei fatti prospettata dai testi all'ispettore, ritenendo di non poter valorizzare in proposito la documentazione offerta dall'appellante.

Riguardo a quest'ultima il Tribunale ha osservato che essa proveniva dalla stessa parte e comunque non contrastava con quanto accertato dagli ispettori. Infatti che uno dei dipendenti del Parrella avesse versato anche contributi come lavoratore agricolo per determinate giornate lavorative, non era circostanza incompatibile con lo svolgimento delle mansioni alle dipendenze del Parrella, trattandosi in quest'ultimo caso di lavoro non ritualmente denunziato ("in nero").

Inoltre sarebbe stato necessario provare l'effettivo svolgimento delle dette giornate di lavoro agricolo e la loro coincidenza temporale con le giornate accertate dall'INPS, il che non era avvenuto. Parte della documentazione inoltre era priva della ricevuta di presentazione ovvero di pagamento e non rivestiva quindi alcun valore probatorio.

Di questa sentenza Silvio Parrella chiede la cassazione sulla base di due articolati motivi.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — l primo motivo denunzia violazione di norme di diritto (art. 2948 c.c.); falsa applicazione della legge 48/88; violazione dell'art. 1224 c.c., violazione dell'art. 112 c.p.c..

Il motivo contiene due profili.

Con il primo di essi la sentenza è censurata per aver applicato le disposizioni della legge n. 48 del 1988 in tema di somme aggiuntive dovute a titolo di sanzioni civili a fatti anteriori all'entrata in vigore della legge stessa e per aver rigettato l'eccezione di prescrizione quinquennale.

Questo profilo è infondato.

L'art. 4 del decreto legge 30 dicembre 1987 n. 536 convertito con modificazioni nella legge 29 febbraio 1988, n. 48, dispone nel primo comma che "i soggetti che non provvedono entro il termine stabilito al pagamento dei contributi o premi dovuti alle gestioni previdenziali ed assistenziali ovvero vi provvedono in misura inferiore a quella dovuta, sono tenuti al pagamento di una somma aggiuntiva a titolo di sanzione civile in ragione d'anno".

Tale somma sempre secondo lo stesso articolo è pari al tasso dell'interesse di differimento e di dilazione di cui all'articolo 13 del decreto-legge 29 luglio 1981, n. 402, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 settembre 1981, n. 537, e successive modificazioni ed integrazioni, senza o con maggiorazioni a seconda delle ragioni del mancato o ritardato pagamento di contributi o premi.

Il sesto comma dell'articolo in esame stabilisce poi che "le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche ai contributi o premi relativi a periodi precedenti la data di entrata in vigore del presente decreto per i quali non sia stato effettuato il pagamento delle somme aggiuntive".

La norma racchiusa in quest'ultima disposizione toglie fondamento alla denunzia concernente l'applicazione retroattiva del nuovo sistema sanzionatorio, parametrato sugli interessi di differimento e dilazione.

Quanto alla prescrizione, come questa Corte ha chiarito, facendo riferimento alla propria costante giurisprudenza in materia di prescrizione del credito per gli interessi (cfr. Cass. 11 gennaio 1986 n. 103; cfr. Cass. 3 settembre 1993 n. 9295, 3 febbraio 1994 n. 1110, 6 marzo 1998 n. 2498) "il rilievo della trasformazione della sanzione civile in debito per interessi e dell'autonomia di quest'ultimo rispetto all'obbligazione principale non può essere considerato decisivo ai fini della individuazione del regime prescrizionale applicabile. La prescrizione quinquennale prevista dall'art. 2948 n. 4 cod. civ. per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi si riferisce, infatti, alle obbligazioni periodiche e di durata, caratterizzate dal fatto che la prestazione è suscettibile di adempimento solo con il decorso del tempo, sicché anche gli interessi previsti dalla stessa disposizione debbono rivestire il connotato di periodicità; conseguentemente, detto regime non si applica all'obbligazione di interessi che non abbia scadenza periodica annuale o infrannuale. Nella specie, tale presupposto non può essere ravvisato, perché la norma considerata fa indubbiamente riferimento ad una somma da versare in unica soluzione, per il pagamento della quale non è prevista alcuna scadenza periodica. Il corrispondente credito dell'ente previdenziale resta pertanto assoggettato al termine prescrizionale decennale previsto in via generale dall'art. 2946 cod. civ." (Cass. 16 gennaio 1999, n. 411).

Alla luce di tale orientamento, dal quale non vi è ragione di discostarsi, il primo motivo di ricorso, nel suo primo profilo, è da ritenere infondato.

Con il secondo profilo dello stesso motivo si deduce violazione dell'articolo 112 codice procedura civile sul rilievo che il Tribunale ha condannato il Parrella a pagare gli interessi legali sulle singole scadenze sino al saldo mentre l'INPS aveva richiesto sino dalla fase monitoria gli interessi maturandi al saldo. Il Tribunale, per non incorrere nel vizio denunziato, avrebbe quindi dovuto condannare al pagamento degli interessi solo dalla domanda giudiziale e non dalle singole scadenze, perché per il periodo precedente alla domanda non vi era stata mai formale messa in mora da parte del creditore.

Il profilo può sino ad un certo segno esser esaminato in modo autonomo. Ma il tipo di decisione che in relazione ad esso deve essere adottata dipende, come si vedrà, anche dall'esito dell'indagine sul secondo motivo di ricorso, sicché le due trattazioni ad un certo punto saranno condotte congiuntamente.

In relazione al tipo di vizio che il profilo in questione denunzia la Corte deve esaminare direttamente gli atti di causa (per tutte, Cass. 24 giugno 2000, n. 8641; 2 febbraio 2001, n. 1503).

Dall'esame emerge che sin dal ricorso per decreto ingiuntivo l'INPS aveva chiesto gli interessi a far data dal 31 dicembre 1993, che il decreto era stato concesso in tali termini e che la sentenza di rigetto dell'opposizione aveva confermato sul punto il decreto. Il Tribunale, fra l'altro su appello del solo Parrella, ha ridotto le somme da questo dovute, sulla base delle indicazioni del CTU, e quanto agli interessi, facendo riferimento ad una delle tre ipotesi di conteggio prospettate dall'ausiliare, li ha calcolati dalle singole scadenze al saldo. L'Istituto, avendo precisato sin dalla domanda la decorrenza degli interessi nei termini sopraindicati non avrebbe potuto dolersi della statuizione pretoriale, né lo ha fatto avendo assunto nella fase del gravame la sola veste di appellato. Non è quindi esatto affermare come si fa nel controricorso dell'INPS che la sentenza impugnata ha "semplicemente e correttamente condannato controparte al pagamento del capitale e degli accessori come previsto dall'art. 4 della legge 48/88 e così come richiesto dall'Istituto fin dal ricorso per decreto ingiuntivo.

La statuizione relativa alla decorrenza degli interessi è quindi viziata da ultrapetizione, dal che, in linea generale, deriva che per questa parte la sentenza dovrebbe esser cassata senza rinvio a norma dell'art. 382. comma 3, c.p.c. (v. per un caso di conferma del principio e di motivato scostamento dallo stesso, Cass. 22 marzo 1999, n. 2707. Ma la somma capitale sulla quale, con la anzidetta diversa decorrenza, sono stati calcolati gli interessi è a sua volta diversa da quella indicata nel decreto ingiuntivo e nella sentenza di primo grado.

Occorre allora accertare la legittimità della statuizione del Tribunale riguardo alla misura dei contributi e delle sanzioni aggiuntive, statuizione dipendente ovviamente dall'accertamento dell'esistenza e della durata dei rapporti di lavoro in relazione ai quali si sarebbe verificata l'evasione, e contestata dal Parrella, nel secondo motivo di ricorso.

Con tale motivo, addebitando alla sentenza omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, si censura infatti il giudizio di inattendibilità dei testi formulato dal giudice di merito e il credito dato dallo stesso giudice alle dichiarazioni rese dalle stesse persone in sede di ispezione, circa la consistenza temporale dei rapporti; si contesta la svalutazione della prova documentale che sarebbe stata offerta dal Parrella con riferimento agli effettivi periodi di lavoro; si denunzia l'assoluta mancanza di motivazione sulle "inoppugnabili prove" circa l'inesistenza della ditta Parrella nell'anno 1986.

Il motivo va disatteso.

Quanto alla omessa valutazione delle prove documentali si tratta di deduzione inammissibile perché non supportata dalla riproduzione del contenuto testuale e integrale dei documenti cui si fa riferimento.

Quanto alle prove, anch'esse peraltro non riportate, il Tribunale ha motivatamente giustificato le ragioni della preferenza accordata alle dichiarazioni rese in sede ispettiva.

In definitiva il motivo sollecita la Corte ad una valutazione del merito della controversia, in contrasto con il principio, fermamente consolidato, per cui in tema di accertamento dei fatti storici allegati dalle parti a sostegno delle rispettive pretese, i vizi motivazionali deducibili con il ricorso per cassazione non possono consistere nella circostanza che la determinazione o la valutazione delle prove siano state eseguite dal giudice in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché a norma dell'art. 116 c.p.c. rientra nel potere discrezionale — e come tale insindacabile — del giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento, apprezzare all'uopo le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza e scegliere, tra le varie risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee e rilevanti, con l'unico limite di supportare con adeguata e congrua motivazione l'esito del procedimento accertativo e valutativo seguito (per tutte, Cass. 4 febbraio 2004, n. 2090; 1 luglio 2003, n. 10330).

Una volta rigettato il motivo resta ferma la statuizione della sentenza impugnata in ordine alle somme capitali su cui sono dovuti gli interessi. Va tuttavia osservato — riprendendo l'esame della censura formulata con il secondo profilo del primo motivo — che tale somma, come s'è detto, è diversa da quella recata nella sentenza di primo grado. Inoltre nella sua decisione il Tribunale ha quantificato direttamente gli interessi in £. 55.037.430 sino alla data del 15 novembre 2000 oltre gli ulteriori interessi fino al saldo. Non si può dunque cassare senza rinvio la sola statuizione relativa alla decorrenza degli interessi perché una decisione siffatta travolgerebbe ogni aspetto della pronunzia di secondo grado sul punto, mentre si tratta di una decisione strettamente collegata con quella relativa alla nuova e ridotta determinazione del debito per contributi e somme aggiuntive.

In definitiva, nei sensi e nei limiti anzidetti, il ricorso va accolto con rinvio al giudice di merito affinché, determini la somma dovuta a titolo di interessi sul capitale mantenendo ferma la decorrenza degli stessi dalla data richiesta dall'INPS con l'originaria domanda. Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese.

(Omissis)

***Contributi* - Retribuzione imponibile - Art. 1 D.L. n. 338 del 1989 - Minimale contributivo - Individuazione - Retribuzione pari o inferiore a quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative - Operatività - Retribuzione superiore - Applicabilità - Esclusione.**

***Contributi* - Retribuzione imponibile - Prestazione di uso dell'alloggio - All'interno del cantiere di lavoro - Assimilabilità ad elementi esclusi dalla contribuzione - Esclusione - Computabilità nella retribuzione imponibile - Sussistenza.**

***Contributi* - Sgravi (Benefici, esenzioni, agevolazioni) - Sgravi contributivi - Presupposti - Verifica dell'effettivo incremento occupazionale - Criteri - Nozione di azienda in senso oggettivo - Necessità - Conseguenze - Trasferimento dal Nord al Mezzogiorno di lavoratori di una medesima impresa o reimpiego presso imprese collegate di lavoratori licenziati al Nord o modificazioni nella titolarità aziendale - Rilevanza - Esclusione - Fattispecie.**

Corte di Cassazione - 27.7.2004, n. 14129 - Pres. Sciarelli - Rel. D'Agostino - P.M. Nardi (Conf.) - Bata 91 s.c.r.l. (Avv.ti Persiani, Rossi) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

L'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali, a norma dell'art. 1 del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito dalla legge 7 dicembre 1989, n. 389 (che fa riferimento al criterio del minimale contributivo, pari alla retribuzione dovuta in un determinato settore in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale) è quella desumibile dai diversi accordi sindacali o dal contratto individuale di lavoro, quando questi ultimi prevedano una retribuzione superiore alla misura minima stabilita dal contratto collettivo nazionale, mentre solo in caso contrario la contribuzione va parametrata a quella stabilita dalla contrattazione nazionale di settore.

Sono dovuti dal datore di lavoro i contributi previdenziali in relazione all'utilizzazione dell'alloggio concesso ai dipendenti anche quando tale prestazione consenta ai medesimi di soggiornare in maniera adeguata all'interno del cantiere di lavoro, evitando il disagio di un lungo percorso per accedervi, sia perché per i lavoratori, tenuti a rendere la loro prestazione nel luogo contrattualmente stabilito, il relativo risparmio di energie psicofisiche ed economico si traduce in un'utilità aggiuntiva, anche se accompagnata ad un vantaggio per la produttività dell'azienda, sia perché l'equivalente di tale prestazione di alloggio non è adeguatamente assimilabile ad alcuno degli elementi esclusi dalla retribuzione imponibile, secondo l'elencazione tassativa di cui all'art. 12 della legge 30 aprile 1969, n. 153.

Gli sgravi contributivi, previsti dall'art. 18 del decreto legge 30 agosto 1968, n. 918, convertito nella legge 25 ottobre 1968, n. 1089, poi regolati dall'art. 59 del decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1978, n. 218 e successive modificazioni, in quanto diretti a sostenere le imprese operanti nel Mezzogiorno e a favorire lo sviluppo di quelle zone sono riconosciuti alle aziende che, operando nei territori individuati dalle norme citate, abbiano portato ad un effettivo incremento occupazionale e alla creazione di nuovi posti di lavoro in eccedenza rispetto a quelli esistenti ad una certa data, senza che, ai sensi dell'art. 38, comma quinto della legge 23 dicembre 1999, n. 488, sia più richiesto che le aziende impieghino lavoratori residenti in quei territori. Ai fini del riconoscimento degli sgravi deve aversi riguardo alla nozione di azienda in senso oggettivo sicché non è sufficiente il mero trasferimento al Mezzogiorno di mano d'opera già impiegata al Nord, ovvero il reimpiego nel Mezzogiorno presso imprese collegate ivi operanti di lavoratori già occupati al Nord e licenziati, in quanto in tali ipotesi non si verifica alcun incremento reale del livello di occupazione, così come sono irrilevanti tutte le variazioni, apparenti o reali, sostanziali o formali, intervenute nella titolarità dell'impresa. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso il diritto della società datrice di lavoro agli sgravi, avendo accertato che i lavoratori ai quali gli sgravi si riferivano, erano stati dapprima, assunti da un'impresa associata ad un'Associazione temporanea di imprese e, poi, dalla società istante, nella quale l'Associazione si era trasformata, per essere utilizzati in un cantiere di lavoro aperto nel Mezzogiorno, sicché non si era verificato alcun effettivo incremento occupazionale, ma solo una trasformazione di impresa con trasferimento di lavoratori dal Nord al Mezzogiorno).

FATTO — Con ricorso al Pretore di Bari la soc. Bata esponeva che con verbale di accertamento del 29.2.1992 l'INPS le aveva contestato: a) che per alcuni dipendenti assunti nel Centro e trasferiti al Sud non spettavano gli sgravi aggiuntivi supplementari previsti dall'art. 59del DPR 218 del 1978; b) che per alcuni impiegati non erano stati denunciati a fini contributivi né assoggettati a contribuzione i valori convenzionali dell'alloggio concesso in godimento; c) che, non essendo stati versati i contributi sul valore dell'alloggio goduto dai dipendenti D'Ammandoed Agnelli, per questi la società non aveva diritto allo sgravio generale. Tanto premesso la società chiedeva al giudice adito di dichiarare l'illegittimità di tutte le contestazioni contenute nel verbale di accertamento condannando l'Istituto al rimborso di quanto percepito per i titoli sopra specificati.

Il Tribunale di Bari, con sentenza resa il 10.11.1999, rigettava tutte le domande.

Con sentenza n. 138 (1) depositata il 6 marzo 2001 la Corte di Appello di Bari rigettava l'appello proposto dalla soc. Bata.

Con riguardo agli sgravi contributivi aggiuntivi e supplementari la Corte territoriale rilevava che, per quanto per il godimento del beneficio non fosse più necessario che i

lavoratori assunti risiedessero nel Mezzogiorno — e ciò per effetto della disposizione di cui all'art. 38 commi 5 e 6 della legge n. 488 del 1999 — detti sgravi comunque non potevano essere riconosciuti all'appellante mancando nella specie l'ulteriore requisito dell'incremento occupazionale, da intendersi come incremento in termini assoluti, non contando a questi fini i passaggi di lavoratori tra imprese, i trasferimenti, i licenziamenti contestualmente seguiti dall'assunzione presso altra impresa ecc..

La Corte ha poi ritenuto infondate le doglianze della società con riguardo alla natura retributiva della concessione in uso dell'alloggio ai due dipendenti, poiché, a norma dell'art. 12 della legge 30.4.1969 n. 153, la natura retributiva del beneficio derivava dalla relazione di corrispettività esistente tra lo stesso e la prestazione lavorativa. La Corte riteneva poi domanda nuova, inammissibile in appello, quella diretta alla riduzione dei contributi sul valore dell'alloggio formulata dall'appellante in via subordinata.

La Corte, infine, con riferimento alla spettanza dello sgravio generale, affermava che esso non spettava all'appellante in quanto il godimento dell'alloggio di servizio andava denunciato ai fini contributivi a norma della legge n. 389 del 1989. Infatti il rispetto dei minimi retributivi, ai quali era subordinato la sgravio, riguardava non solo il minimo stabilito dai contratti collettivi nazionali di settore, ma anche quello, eventualmente più elevato, stabilito dagli accordi aziendali e dai contratti individuali.

Per la cassazione di tale sentenza la S.r.l. Bata ha proposto ricorso con quattro motivi. L'INPS resiste con controricorso. La ricorrente ha depositato memoria.

DIRITTO — Con il primo motivo la società denuncia violazione dell'art. 59 commi 5 e 8 del DPR 6 marzo 1978 n. 218 e succ. modificazioni e integrazioni, dell'art. 38 commi 5 e 6 della legge n. 488 del 23.12.1999, dell'art. 2112 c.c., degli artt. 115 e 116 c.p.c., degli artt. 20 e 23 *bis* della legge n. 584 dell'8.8.1977, nonché omessa insufficiente o contraddittoria motivazione.

La ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha escluso il diritto agli sgravi aggiuntivi e supplementari e deduce:

— che la formulazione dell'art. 38 della legge 488 del 1999, nel riconoscere gli sgravi contributivi a tutte le aziende che impiegano lavoratori anche non residenti nei territori del Mezzogiorno, non distingue tra sgravi ordinari e sgravi aggiuntivi o supplementari, onde anche questi ultimi spettano quando si verifichi un incremento di occupazione nei territori meridionali, ancorché determinato dal trasferimento al Sud di dipendenti residenti al Nord;

— che nella specie due lavoratori, originariamente dipendenti da impresa associata (Girala S.p.A.), erano stati assunti, mediante passaggio diretto, dalla soc. Bata, quando questa era subentrataall'Associazione di imprese, con trasferimento della sede di lavoro nel Mezzogiorno;

— che dette assunzioni erano effettive e non fittizie in quanto la soc. Bata costituiva una impresa nuova rispetto a quelle consorziate e non vi era alcuna identità oggettiva delle due imprese;

— che l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui la soc. Bata non sarebbe una nuova impresa rispetto a quella consorziata, è rimasta priva di adeguata motivazione, anche perché frutto di una inadeguata ed errata valutazione delle prove.

Con il secondo motivo la società denuncia violazione dell'art. 12 della legge n. 153 del 30 aprile 1969 e degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché omessa insufficiente e contraddittoria motivazione, e censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato la natura retributiva del valore dell'alloggio concesso in uso gratuito a due dipendenti. In merito deduce:

— che, a norma dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, la concessione di un alloggio di servizio, in quanto costituisce una reintegrazione del depauperamento economico subito dal lavoratore tenuto a risiedere per esigenze di servizio sul posto ove viene resa la prestazione lavorativa, non è assoggettabile a contribuzione previdenziale, costituendo non già un elemento retributivo bensì un rimborso spesa;

— che la Corte territoriale non ha valutato le testimonianze resa dai testi Grilli e Del Noce, dalle quali si evince che il godimento degli alloggi era determinato esclusivamente da esigenze di servizio (assicurare l'immediata disponibilità dei dipendenti sul cantiere in caso di necessità) e che detti alloggi non erano neppure idonei a soddisfare le normali esigenze abitative dei lavoratori e delle loro famiglie;

— che nel caso specifico la soc. Bata non ha sopportato alcun costo specifico per fornire l'alloggio ai due dipendenti, perché è stato provato che l'alloggio a costoro concesso era adibito ad archivio dell'impresa, sicché tale uso abitativo, non avendo determinato alcun costo aggiuntivo per il datore di lavoro, non era assoggettabile a contribuzione, almeno fino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 314 del 1997 che in materia ha introdotto il diverso criterio di valutazione del"valore normale".

Con il terzo motivo la società denuncia violazione dell'art. 12 della legge 30.4.1969 n. 153 e dell'art. 345 c.p.c. e lamenta che il giudice di appello abbia disatteso il motivo di impugnazione con il quale era stato chiesto di sanare il contrasto esistente tra la motivazione della sentenza di primo grado, nella quale era stata sostenuta la necessità di riduzione della base imponibile contributiva in funzione dell'uso promiscuo dei locali dati in uso a tre dipendenti, ed il dispositivo che nulla statuiva al riguardo. La Corte aveva ritenuto che la domanda di riduzione della base imponibile fosse domanda nuova, inammissibile in appello e che la motivazione della sentenza di primo grado, non avendo riscontro nel dispositivo, non aveva portata decisoria.

Sostiene al riguardo la società che la domanda non poteva essere nuova, visto che la motivazione della sentenza di primo grado faceva espresso riferimento a tale questione e che il contrasto tra motivazione e dispositivo evidenziava un vizio della decisione del primo giudice emendabile in grado di appello.

Con il quarto motivo, denunciando violazione dell'art. 1 comma 1 e 6 comma 9 del D.L.9.10.1989 n. 338 convertito in legge 7.12.1989 n. 389 in relazione all'art. 36 legge 20.5.1970 n. 300, la società sostiene che ai fini della concessione dello sgravio generale — negato ai due dipendenti D'Ammando ed Agnelli per l'omissione contributiva relativa al valore dell'alloggio concesso in uso — le norme sopra richiamate escludono ogni rilevanza della contribuzione previdenziale sui trattamenti eccedenti il minimo tabellare, riferendosi solo ai trattamenti minimi previsti dai contratti collettivi. Ritiene la ricorrente che la Corte barese ha errato nel ritenere che il legislatore ha inteso ricomprendere nel minimo imponibile contributivo non solo l'importo delle retribuzioni stabilito dai contratti colletti-

vi nazionali di settore, ma anche quello stabilito dagli accodi aziendali o dai contratti individuali, qualora ne derivi una retribuzione di importo superiore a quello previsto dai primi.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

Gli sgravi contributivi, previsti dall'art. 18 del D.L. 30.8.1968 n. 918, convertito in legge 25.10.1968 n. 1089, poi regolati dall'art. 59 del DPR 6 marzo 1978 n. 218 e successive modificazioni, in quanto diretti a sostenere le imprese operanti nel Mezzogiorno ed a favorire lo sviluppo di quelle zone, sono riconosciuti alle aziende che, operando nei territori individuati dalle norme sopra citate, abbiano portato ad un effettivo incremento occupazionale ed alla creazione di nuovi posti di lavoro in eccedenza rispetto a quelli esistenti ad una certa data.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 38 comma 5 della legge 23.12.1999 n. 488, per il riconoscimento dello sgravio non è più richiesto che le aziende impieghino lavoratori residenti nei predetti territori.

Il beneficio resta comunque subordinato all'effettivo incremento del livello occupazionale. Ai fini del riconoscimento degli sgravi, pertanto, non è sufficiente il mero trasferimento nel Mezzogiorno di mano d'opera già impiegata al Nord, poiché in siffatta ipotesi non si ha alcun incremento reale del livello di occupazione. Non può essere condiviso, perché non rispondente alle finalità della legge, l'assunto secondo cui il trasferimento al Sud di lavoratori già impiegati al Nord comporterebbe comunque un incremento occupazionale nel Mezzogiorno, poiché in effetti il livello generale di occupazione non beneficerebbe di alcun reale incremento. Né è possibile sostenere che il licenziamento di lavoratori impiegati in imprese del Nord e la contemporanea loro assunzione in imprese collegate operanti nel Sud possa essere conteggiato come incremento occupazionale nel Mezzogiorno. La verifica della sussistenza di un effettivo incremento dell'occupazione, idoneo ad attribuire il diritto agli sgravi contributivi, deve essere compiuto, infatti, con riferimento ad una nozione di azienda in senso oggettivo, restando irrilevanti a tal fine ogni variazione, sostanziale o formale, apparente o reale, intervenute nella titolarità dell'impresa, con la conseguenza che il presupposto per la concessione del beneficio deve ritenersi insussistente nelle ipotesi di trasferimento, trasformazione o fusione di aziende, quando siverifichi il mero passaggio di personale alla nuova impresa senza che il numero complessivo dei lavoratori occupati risulti aumentato.

Nei termini suesposti si è costantemente espressa la giurisprudenza di questa Corte, dalla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi (cfr. S.U. n. 6285 del 1996, Cass. N. 5660 del 1991,Cass. N. 3548 del 1994 (2), Cass. N. 7695 del 2003).

Nella specie, per ammissione della stessa ricorrente, i lavoratori di cui trattasi sono stati prima assunti da impresa associata all'Associazione temporanea di imprese, e poi assunti, mediantepassaggio diretto, dalla soc. Bata, nella quale l'Associazione si era trasformata, per essere utilizzati nel cantiere di lavoro aperto nel Mezzogiorno. Alla stregua dei principi sopra enunciati, dunque, nella vicenda in esame non si è verificato alcun effettivo incremento occupazionale, masolo una trasformazione di impresa con trasferimento di lavoratori (già assunti dall'Associazioneo dalle imprese associate operanti nelle Regioni del centro-nord) dal Nord al Mezzogiorno, motivo per cui la ricorrente non ha diritto agli sgravi invocati.

La Corte di Appello di Bari ha dunque fatto corretta applicazione dei principi di diritto ed ha congruamente motivato la propria decisione, sicché la sentenza impugnata si sottrae a tutte lecensura mosse dalla ricorrente con il motivo di ricorso in esame.

Il secondo motivo di ricorso è anch'esso infondato.

La ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha affermato la sottoponibilità a contribuzione del valore locativo dell'alloggio gratuitamente assegnato a tre lavoratori. Al riguardo va ricordato che questa Corte ha già avuto modo di precisare che sono dovuti dal datore di lavoro i contributi previdenziali in relazione alla utilizzazione dell'alloggio concesso ai dipendenti anche quando tale prestazione consenta ai medesimi di soggiornare in maniera adeguata all'interno del cantiere di lavoro, evitando il disagio di un lungo percorso per accedervi, sia perché per i lavoratori, tenuti a rendere la loro prestazione nel luogo contrattualmente stabilito, il relativo risparmio di energie psicofisiche ed economico si traduce in una utilità aggiuntiva, anche se accompagnata ad un vantaggio per la produttività dell'azienda; sia perché l'equivalente di tale prestazione di alloggio non è adeguatamente assimilabile ad alcuno degli elementi esclusi dalla retribuzione imponibile, secondo l'elencazione tassativa di cui all'art. 12 della legge n. 153 del 1969 (Cass. N. 10399 del 1995 (3), Cass. N. 1761 del 2001 (4)). Ai fini suddetti, pertanto, nessuna esenzione contributiva, neppure parziale, può derivare dalle circostanze che il godimento dell'alloggio rispondesse anche all'interesse dell'impresa, per la costante presenza dei dipendenti in prossimità del cantiere, e che l'immobile fosse parzialmente utilizzato da parte dell'impresa medesima come archivio.

La sentenza impugnata, che ha fatto corretta applicazione di tali principi, non è dunque censurabile per i motivi dedotti dalla ricorrente.

Il terzo motivo di ricorso non è meritevole di accoglimento.

La ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto nuova ed inammissibile la domanda, formulata nell'atto di appello, di riduzione dell'addebito contributivo per il valore locativo dell'alloggio concesso ai dipendenti in misura proporzionale all'uso diretto dell'immobile, come archivio, da parte dell'azienda. In effetti di tale domanda non vi è traccia nell'atto introduttivo del giudizio. Né è apprezzabile quanto ora sostenuto dalla società: vale a dire che con il motivo di appello in esame la Bata intendeva rappresentare una difformità tra la motivazione della sentenza di primo grado, che aveva posto in evidenza la necessità della riduzione dell'obbligazione contributiva per le ragioni sopra esposte, ed il dispositivo della medesima sentenza, che nulla disponeva al riguardo. La sentenza impugnata, infatti, ha dato corretta motivazione della ritenuta infondatezza della censura laddove ha osservato che, nulla statuendo il dispositivo della sentenza, le considerazioni espresse dal primo giudice in motivazione non hanno alcuna portata decisoria. Vi è solo da aggiungere che le predette considerazioni sono anche irrilevanti, non sorreggendo sul piano logico e argomentativo alcuna parte del *decisum*, per cui non possono formare oggetto di autonoma impugnazione.

Anche il quarto motivo di ricorso, infine, non è meritevole di accoglimento.

La ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui disconosce il diritto allo sgravio generale per tre lavoratori come conseguenza dell'inadempimento contributivo sul valore locativo dell'alloggio concesso in godimento. Assume la ricorrente

che la retribuzione imponibile di riferimento sia solo quella minima prevista dal CCNL anche quando i lavoratori, come nella specie, godano di trattamenti retributivi superiori in forza dei contratti individuali. Tale assunto è infondato. Questa Corte ha ripetutamente affermato che l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali, a norma dell'art. 1 del D.L. 9.10.1989 n. 338, convertito in legge 7.12.1989 n. 389 (che fa riferimento al criterio del "minimale contributivo", pari alla retribuzione dovuta in un determinato settore in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale) è quella desumibile dai diversi accordi sindacali o dal contratto individuale di lavoro, quando questi ultimi determinino una retribuzione superiore alla misura minima stabilita dal contratto collettivo nazionale, mentre solo in caso contrario (ovvero di contrattazione collettiva diversa o di contratto individuale più sfavorevoli) la contribuzione va parametrata a quella stabilita dalla contrattazione nazionale di settore (cfr. Cass. N. 140 del 1999, Cass. N. 12122 del 1999, Cass. N. 3208 del 2001 (5), Cass. N. 11199 del 2002).

La Corte territoriale ha fatto corretta applicazione di tale principio e la sentenza impugnata non è suscettibile di censure per le doglianze sollevate dalla ricorrente.

Per tutte le considerazioni sopra svolte, il ricorso, dunque, deve essere respinto. La società ricorrente, di conseguenza, deve essere condannata al rimborso in favore dell'INPS delle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2002, p. 462.

(2) *Idem,* 1994, p. 625.

(3) *Idem,* 1995, p. 1309.

(4) *Idem,* 2001, p. 1071.

(5) *Idem, idem,* p. 1050.

***Contributi* - In genere - Classificazione di una impresa ai fini previdenziali - Attività aventi carattere promiscuo - Attività prevalente - Rilevanza - Onere della prova relativo - Funzione - Fattispecie.**

Corte di Cassazione - 23.7.2004, n. 13869 - Pres. Mileo - Rel. De Luca - P.M. Fuzio (Diff.) - Platania (Avv.ti Antonini, Andronico) - INPS (Avv.ti Sgroi, Fonzo).

L'inquadramento ai fini previdenziali di una impresa esercente attività promiscue — che non siano connotate da reciproca autonomia — deve essere effettuato con riguardo alla attività prevalente, la cui prova grava sull'ente previdenziale che faccia valere, in conseguenza di detto inquadramento, un credito previdenziale. Peraltro, dovendo il giudice utilizzare — ai fini della formazione del suo convincimento — tutti gli elementi di prova disponibili, indipendentemente dalla parte che si abbia fornito, l'onere della prova non si configura soltanto come onere in senso proprio, ma anche come regola di giudizio cui far ricorso quando le risultanze processuali non consentano di pervenire alla qualificazione del rapporto. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, pur ravvisando la carenza delle prove acquisite circa la prevalenza, dedotta a fondamento della pretesa contributiva, dell'attività commerciale su quella artigiana dell'impresa, aveva deciso la lite in senso favorevole all'ente previdenziale).

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, il Tribunale di Catania confermava la sentenza del Pretore della stessa sede n. 1274/97, che aveva rigettato l'opposizione di Francesco Platania al decreto ingiuntivo — per il pagamento, in favore dell'INPS, di quanto dovuto, a titolo di differenza contributiva e di recupero degli sgravi (relativi al periodo dal 1° settembre 1990 al 28 febbraio 1994), in dipendenza della accertata prevalenza dell'attività commerciale su quella artigiana, con variazione conseguente dell'inquadramento dell'impresa dal settore artigiano a quello commerciale, nonché della natura subordinata dei rapporto di lavoro intercorso con il fratello Cosimo Platania (sebbene lo stesso partecipasse all'impresa familiare) — essenzialmente in base ai rilievi seguenti:

— dall'esame degli atti, (…), non emerge la dedotta prevalenza dell'attività artigianale rispetto a quella commerciale, sì come voluto dal Platania;

— in mancanza dei libri contabili (dei quali è stato denunciato il furto), il consulente tecnico d'ufficio, nominato in primo grado, sulla base del registro dei corrispettivi (nel quale sono indicati, fino all'ottobre 1991, soltanto corrispettivi dell'attività artigianale e, per il periodo successivo, "anche quelli dell'attività commerciale, decisamente più ridotti"), ha "ricostruito (...) il volume d'affari, relativo al settore artigiano ed a quello commercio, e concluso nel senso che l'attività prevalente del Platania sia quella commerciale, tenuto conto che notevolmente superiore è il volume d'affari prodotto dall'attività commerciale" ("anno 1990: artigianato lire 59.474.000 - commercio lire 101.882.000; 1991: artigianato lire 27.828.000 - commercio lire 189.129.000; 1992: artigianato lire 55.096.000 - commercio lire 203.551.000; 1993: artigianato lire 34.342.000 - commercio lire 202.376.000");

— "né può ritenersi valido il parametro presuntivo seguito dal consulente tecnico d'ufficio" — nominato in appello — "che ha proceduto a calcolare gli incassi, relativi alla produzione e commercializzazione di prodotti e quindi di articoli commerciali dal 1995, concludendo quindi che, poiché a partire dal 1995 il volume di affari dell'attività

artigiana dei Platania è di gran lunga superiore a quello dell'attività commerciale, "è opinione dello scrivente che, anche per il periodo dal 1.9.90 al 28.2.94, 1 due volumi di affari possono avere avuto lo stesso rapporto" e ciò contravvenendo (recte contraddicendo; n.d.e.) immotivatamente le risultanze della consulenza tecnica, già espletata, senza in alcun modo specificare le ragioni per le quali il predetto accertamento presuntivo debba prevalere su un accertamento fondato su precisi e quantificati dati contabili";

— "né possono desumersi decisivi argomenti di prova dalla fatture ENEL, dalle quali si evidenzierebbe un eccessivo consumo di energia elettrica, poiché - come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado - l'argomentazione utilizzata si risolve in una incomprovata petizione di principio ("Consumo di energia = notevole attività artigianale"), non fondata su alcun dato empirico";

— peraltro le "dettagliate dichiarazioni", rese agli ispettori dell'INPS da Cosimo Platania, non lasciano "spazio a dubbi interpretativi" in ordine alla natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso tra il medesimo ed il fratello Francesco;

— ne risulta, infatti, la prestazione di lavoro — "dal lunedì al venerdì, dalle ore 8,30 alle ore 18,30, con intervallo di un'ora per il pranzo" — una retribuzione in misura fissa (lire 300.000 / 400.000 a settimana e tredicesima), il godimento di ferie annue, due lunghe assenze per malattia (di tre mesi ciascuna, "per sottoporsi ad un intervento al ginocchio), le mansioni assegnate ("caricare i camion, sistemare la merce in magazzino), le direttive (...) impartite da Francesco Platania";

— né può configurarsi una impresa familiare — istituto che ha "natura residuale o suppletiva" — nella ipotesi in cui "il rapporto tra i componenti della famiglia sia riconducibile — come nella specie — ad uno specifico rapporto giuridico, quale (il) rapporto di lavoro subordinato.

Avverso la sentenza d'appello, Francesco Platania propone ricorso per cassazione, affidato a due motivi ed illustrato da memoria.

L'intimato INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 1.1. — Con il primo motivo di ricorso - denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2195, 2697, 2729 c.c., legge 8 agosto 1985, n. 443), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — Francesco Platania censura la sentenza impugnata — per avere modificato il proprio inquadramento, dal settore artigiano a quello commerciale, in dipendenza della asserita prevalenza dell'attività commerciale rispetto a quella artigiana — sebbene inducessero ad opposta conclusione le circostanze e le considerazioni seguenti:

— l'INPS non ha provato - come era suo onere — la asserita prevalenza dell'attività commerciale rispetto a quella artigiana;

— le contrarie conclusioni del consulente tecnico, nominato in grado d'appello, sono "assolutamente persuasive" in quanto riposano su presunzioni — gravi, precise e concordanti — fondate su fatti noti, quali — oltre il rapporto tra volumi d'affari delle due attività, nel periodo successivo a quello controverso, preso in considerazione dallo stesso consulente — altre circostanze (parimenti dedotte e provate fin dalla opposizione al decreto ingiuntivo), cioè: la prevalenza della attività artigianale ("macinazione

della pietra bianca), attestata da certificazione della Camera di commercio e desumibile dalle fatture di acquisto (dalle "*bobine su pallets*, adoperate per insaccare la tonachina") ed il consumo di energia elettrica (risultato dalle fatture dell'ENEL), "giustificabile solo dallo svolgimento in via prevalente dell'attività artigianale di macinazione della pietra bianca", gli incassi, comparativamente più cospicui derivanti dalla stessa attività, quali risultano — per il periodo controverso — dal registro dei corrispettivi, nel quale sono indicati, fino all'ottobre 1991, soltanto corrispettivi dell'attività artigianale e, per il periodo successivo, "anche quelli dell'attività commerciale, decisamente più ridotti";

— peraltro il consulente tecnico — nominato in primo grado — ritiene, bensì, che l'attività commerciale "produce un volume d'affari notevolmente superiore alla attività artigianale" ma trascura le prospettate risultanze del registro dei corrispettivi e, comunque, pone in evidenza che "non ci è dato di accettare se l'attività commerciale è prevalente ai fini della produzione del reddito fiscale".

— comunque il volume di affari non ha il "valore decisivo" — che gli viene attribuito dal Tribunale — ai fini della definizione della controversia — concernente la prevalenza (o meno) dell'attività commerciale su quella artigianale — ma è soltanto un "indice sussidiario" che, per risultare "decisivo", deve "trovare conforto in altri dati univoci e concordanti (quali, ad esempio, se la forza lavoro era addetta prevalentemente all'attività commerciale)".

Il primo motivo di ricorso — ora in esame — è fondato.

1. 2. — Invero la fase monitoria del procedimento d'ingiunzione (art. 633 ss. c.p.c.) non ha subìto modifiche a seguito dell'entrata in vigore dell'attuale rito del lavoro (legge 11 agosto 1973, n. 533), che va però osservato nel giudizio di cognizione ordinaria, instaurato mediante opposizione al decreto ingiuntivo, con la conseguenza — per quel che qui interessa — che l'opposto assume la posizione sostanziale di attore — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 5045, 5340/99, 13445, 15339/2000, 3114/2001, 5526, 8502, 16386/2002) — e, come tale, è gravato, tra l'altro, dell'onere di provare — in base alla regola generale sulla ripartizione dello stesso onere (di cui all'art. 2697 c.c.) — i fatti costitutivi della pretesa azionata con il ricorso per ingiunzione.

Ora il credito, nella specie, fatto valere dall'INPS in via monitoria — a titolo di differenze contributive e di recupero degli sgravi — riposa, per quel che qui interessa, sulla variazione dell'inquadramento dell'impresa — dal settore artigiano a quello commerciale — in dipendenza dell'asserita prevalenza dell'attività commerciale su quella artigiana.

E l'inquadramento, ai fini della contribuzione previdenziale, di una impresa — esercente attività promiscue, che non siano connotate da reciproca autonomia — deve essere effettuato — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 10537/2003, 1335/93, 4476 (1), 2369/91, 2896/90) — con riguardo, appunto, alla attività prevalente.

Coerentemente, la prova della prospettata prevalenza — quale componente essenziale della fattispecie costitutiva della variazione di inquadramento previdenziale dell'impresa, in funzione del credito contributivo azionato — grava, quindi, sull'ente pre-

videnziale (quale, nella specie, l'INPS) che quel credito faccia valere con il ricorso per ingiunzione (affatto speculare risulta, poi, l'imposizione dello stesso onere probatorio all'impresa, ove sia questa ad agire in giudizio, nei confronti dell'ente previdenziale, per ottenere un inquadramento diverso da quello che le sia stato attribuito dallo stesso ente: vedi, per tutte, Cass. n. 2090/98).

Tuttavia gli elementi di prova vanno utilizzati ai fini della formazione del convincimento del giudice — in quanto risultano, comunque, acquisiti al processo — a prescindere, quindi, dalla verifica se siano stati, nella specie, forniti dalla parte gravata dell'onere probatorio relativo.

In altri termini, l'onere della prova non si configura (soltanto) come onere in senso proprio — quale posizione giuridica soggettiva della parte, che ne risulti gravata, assimilabile alla posizione corrispondente (di onere, appunto) del diritto sostanziale — ma (anche) come regola del giudizio per il giudice — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 5375, 2874, 525/2003, 11420/98, 2710/96) — regola che, in caso di prova mancante o insufficiente, consente di individuare la parte — a carico della quale va posta la carente dimostrazione dei fatti dedotti (costitutivi, come nella specie, ovvero impeditivi, modificativi o estintivi) — e di pervenire, in ogni caso, ad una decisione di merito, che — in coerenza con la regola prospettata — non può che risultare sfavorevole alla stessa parte.

La sentenza impugnata si discosta dai principi di diritto enunciati, laddove ritiene — come è stato ricordato in narrativa — che, "dall'esame degli atti, (…), non emerge la dedotta prevalenza dell'attività artigianale rispetto a quella commerciale, sì come voluto dal Platania".

Ne risulta invertita, così, la prospettata ripartizione dell'onere probatorio, che — in base alla regola generale (art. 2697 c.c., cit.) — imponeva all'INPS, per quanto si è detto, l'onere di provare il fatto costitutivo della propria pretesa contributiva, quale, appunto, la prevalenza dell'attività commerciale su quella artigiana — e non già viceversa — sulla quale riposa la variazione di inquadramento previdenziale dell'impresa, dedotta a fondamento della pretesa contributiva.

Muovendo da tale premessa erronea, la sentenza impugnata perviene, coerentemente, alla conclusione — di conseguenza, parimenti, erronea — di risolvere, in senso favorevole all'INPS, la carenza delle prove acquisite, in dipendenza della evidente insufficienza e contraddittorietà delle risultanze istruttorie (anche a volere prescindere dalla considerazione che la consulenza tecnica d'ufficio ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche che il giudice non possiede, ma non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie domande: in tal senso, vedi, per tutte, Cass. n. 17555/2002, 1132/2000, 10871/99).

Il giudice di rinvio — al quale va demandato il riesame della controversia, previa cassazione della sentenza impugnata, per violazione di norme di diritto (art. 2697 c.c.) e vizio di motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.) — non potrà non valutare nuovamente l'intero materiale probatorio (in tal senso vedi, per tutte, le sentenze n. 10598/97 delle sezioni unite, 11290/99, 10559/97 delle sezioni semplici di questa Corte), ivi comprese

le censure che — in relazione alla motivazione in fatto della sentenza impugnata - vengono proposte con lo stesso motivo di ricorso ora in esame.

Tanto basta per accogliere il primo motivo di ricorso.

Infondato risulta, invece, il secondo motivo.

2. 1. Con il secondo motivo di ricorso denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 230 bis, 2697c.c.), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — Francesco Platania censura la sentenza impugnata — per avere qualificato subordinato il rapporto di lavoro intercorso tra l'attuale ricorrente ed il fratello Cosimo Platania (pur partecipando entrambi alla medesima impresa familiare) - sebbene inducessero ad opposta conclusione le circostanze e le considerazioni seguenti:

— l'INPS non ha provato — come era suo onere — la natura subordinata del dedotto rapporto di lavoro;

— l'onere probatorio prospettato, infatti, non può ritenersi assolto mediante la produzione di verbale ispettivo, che non ha "valore di vero e proprio accertamento" sul punto;

— comunque le parti hanno voluto la costituzione di una impresa familiare, non già di un rapporto di lavoro subordinato.

Il secondo motivo di ricorso — come è stato anticipato — non è fondato.

2. 2. Invero i verbali redatti da ispettori di enti previdenziali, come nella specie, oppure da ispettori del lavoro o da altro pubblico ufficiale incaricato di ispezioni - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 17555, 14150/2002, 6847/87 (2))

— fanno piena prova, fino a querela di falso, dei fatti che lo stesso pubblico ufficiale attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti (ai sensi dell'art. 2700 c.c.).

Ora la sentenza impugnata — come è stato riferito in narrativa — perviene alla qualificazione — come subordinato — dei dedotto rapporto di lavoro tra l'attuale ricorrente ed il fratello Cosimo Platania, muovendo dalle "dettagliate dichiarazioni" — rese agli ispettori dell'INPS dallo stesso Cosimo Platania e, perciò, assistite da fede privilegiata (ai sensi dell'art. 2700 c.c., cit.) — dalle quali ne risulta la prestazione di lavoro — "dal lunedì al venerdì, dalle ore 8,30 alle ore 18,30, con intervallo di un'ora per il pranzo" — una retribuzione in misura fissa (lire 300.000 / 400.000 a settimana e tredicesima), il godimento di ferie annue, due lunghe assenze per malattia (di tre mesi ciascuna, "per sottoporsi ad un intervento al ginocchio), le mansioni assegnate ("caricare i camion, sistemare la merce in magazzino"), le "direttive impartite da Francesco Platania".

Tanto basta per ritenere corretta la qualificazione — come subordinato — del rapporto di lavoro in questione.

2. 3. — Invero elemento essenziale, come tale indefettibile, del rapporto di lavoro subordinato — e criterio discretivo, nel contempo, rispetto a quello di lavoro autonomo — é la subordinazione, intesa questa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sus-

sidiario e funzione meramente indiziaria — secondo l'orientamento, (ora) consolidato almeno nelle linee essenziali, della giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 379/99 (3) delle sezioni unite e n. 2842, 669/2004, 17549, 12926, 12364, 12348, 9168/2003 (4), 16805, 9853, 4682, 4338/2002, 6727, 5989, 3887, 2970, 1666 (5), 224/2001, 15001, 14414 (6), 11182, 6570/2000 della sezione lavoro) — altri elementi dei rapporto di lavoro (quali, ad esempio, osservanza di un determinato orario, continuità della prestazione lavorativa, inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e coordinamento con l'attività imprenditoriale, assenza di rischio per il lavoratore, forma della retribuzione), che —lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione giuridica del rapporto — possono, tuttavia, essere valutati globalmente come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto.

Applicando il principio di diritto enunciato — all'accertamento in fatto della sentenza impugnata, circa le modalità di svolgimento del dedotto rapporto di lavora — risulta che, nello stesso, sono presenti non solo l'elemento essenziale della subordinazione — intesa questa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro - ma anche alcuni degli elementi sussidiari (quali l'osservanza di un orario e la retribuzione in misura fissa) dei rapporto di lavoro subordinato.

Peraltro l'istituto dell'impresa familiare (art. 230 bis c.c.) ha natura residuale o suppletiva, in quanto è diretto ad apprestare una tutela minima inderogabile a quei rapporti di lavoro che si svolgono nell'ambito degli aggregati familiari — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 7438/97, 7016/86) — con la conseguenza che tale istituto non può configurarsi nell'ipotesi in cui il rapporto tra i componenti della famiglia sia riconducibile, come nella specie, ad uno specifico rapporto giuridico, quale quello di lavoro subordinato.

Tanto basta per rigettare il secondo motivo di ricorso.

3. Pertanto — mentre va rigettato il secondo motivo di ricorso — ne deve essere, invece, accolto il primo.

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

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 1991, p. 973

(2) *Idem,* 1988, p. 486

(3) *Idem,* 2001, p. 97

(4) *Idem,* 2003, p. 795

(5) *Idem,* 2001, p. 1090

(6) *Idem, idem,* p. 365

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Domanda amministrativa - Condizione di proponibilità della domanda giudiziale - Configurabilità - Conseguenze - Mancata contestazione dell'insussitenza di detta domanda amministrativa da parte del convenuto - Rilevanza - Esclusione.**

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Controversie - Domanda giudiziale - In genere - Preventiva domanda amministrativa - Requisiti - Tempestività - Rilevanza - Conseguenze.**

Corte di Cassazione – 24.6.2004, n. 11756 - Pres. Mattone - Rel. Di lasi - PM. De Augustinis (Diff.) - Nirta (Avv. Zangari) - INPS (Avv.ti Picciotto, Spadafora, Fabiani)

Il comportamento di "non contestazione" tenuto dal convenuto assume rilevanza nel processo solo quando abbia ad oggetto i fatti costitutivi della pretesa attorea, con la conseguenza che, nei procedimenti di previdenza e assistenza, la mancanza della preventiva presentazione della domanda amministrativa è sempre rilevabile d'ufficio, prescindendo dal comportamento processuale tenuto dall'ente previdenziale convenuto, atteso che la suddetta presentazione è configurabile come condizione di proponibilità della domanda giudiziaria e non quale elemento costitutivo della pretesa azionata in giudizio.

In tema di assistenza e previdenza, ai fini della proponibilità della domanda giudiziaria non è sufficiente la previa presentazione di qualsivoglia domanda amministrativa, ma è necessario che la stessa sia "tipica", ossia provvista di tutti i requisiti all'uopo previsti dalla legge, ivi compreso quello della tempestività; ne consegue che, qualora si intenda provare indirettamente, attraverso la produzione di altra documentazione, la preventiva presentazione di domanda amministrativa, è necessario che dalla documentazione prodotta emerga non solo la presentazione della suddetta domanda, ma altresì la sua tempestività.

FATTO — II Tribunale di Locri respingeva l'appello proposto da Giovanni Nirta avverso la sentenza pretorile che aveva rigettato il suo ricorso volto ad ottenere il riconoscimento del diritto all'indennità di disoccupazione per l'anno 1993.

In particolare, il Tribunale rilevava che non risultava prodotta in atti la domanda amministrativa volta al conseguimento dell' invocato beneficio, non potendo ritenersi prova dell'avvenuta presentazione la prodotta certificazione dello S.C.A.U., trattandosi di atto proveniente da ufficio non competente a ricevere la suddetta domanda e, in ogni caso, non idoneo ad acclarare la tempestività della medesima.

Avverso tale sentenza propone ricorso per cassazione il Nirta; resiste con controricorso l'INPS.

DIRITTO — Con un unico motivo deducendo generica violazione di norme di diritto e vizi di motivazione, il Nirta censura la sentenza impugnata rilevando che il Tribunale avrebbe dovuto ritenere provata la tempestività della presentazione della domanda amministrativa per non aver l'INPS mosso alcuna contestazione in proposito nè in primo grado nè in appello, e che, in ogni caso, la documentazione prodotta, provenendo da un organo amministrativo dell'INPS preposto a verificare la legittimità del diniego da parte dell'organo periferico nei confronti del cittadino richiedente il riconoscimento della prestazione, era idonea a provare la tempestiva presentazione di domanda amministrativa. Le esposte censure sono infondate.

È innanzitutto da rilevare che questa Corte, in numerose occasioni, ha affermato che la preventiva presentazione della domanda amministrativa di prestazione previdenziale costituisce un presupposto dell'azione, mancando il quale la domanda giudiziaria è improponibile (v. Cass. n. 12661 del 1995 e n. 6526 del 1983, ma v. anche Cass. n. 4463 del 2000 che ha qualificato la previa presentazione della domanda amministrativa come condizione di ammissibilità), con la conseguenza che il suo difetto è sempre rilevabile d'ufficio, restando perciò irrilevante il comportamento processuale (eventualmente di non contestazione della sussistenza della medesima) serbato in proposito dall'ente previdenziale convenuto. Il collegio ritiene, pertanto, di non condividere il diverso orientamento espresso da Cass. n. 13924 del 2004, atteso che le conseguenze della non contestazione espresse da S.U. n. 2002 del 761 sono da riferirsi alla (tempestiva) contestazione degli elementi costitutivi della domanda giudiziaria, laddove nel caso di specie si è in presenza di un requisito di proponibilità della domanda, del tutto differenziato, per natura e funzione, dagli elementi costitutivi della medesima (v. in tal senso da ultimo Cass. n. 6271/2003 sez. 1.).

È altresì da rilevare che, ai fini della proponibilità della domanda giudiziaria, non è sufficiente la presentazione di qualsivoglia domanda amministrativa, ma è necessaria una domanda "tipica", ossia provvista di tutti i requisiti all'uopo previsti dalla legge, ivi compreso quello della tempestività.

Risulta inoltre dalla sentenza impugnata (non censurata in questa sede sul punto) che non è stato prodotto in atti un documento direttamente attestante la presentazione di una tempestiva domanda amministrativa e il giudice d'appello ha motivatamente escluso che la documentazione prodotta fosse idonea (sia pure indirettamente) a provare la suddetta circostanza.

A fronte di tale valutazione, il ricorrente si limita a criticare genericamente il convincimento espresso sul punto dal giudice di merito, sostenendo che il documento prodotto in atti era idoneo a provare la presentazione di una tempestiva domanda amministrativa, ma senza riportare integralmente il contenuto del suddetto documento (come sarebbe stato necessario nel rispetto del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione), impedendo così a questo giudice (che la natura della censura non autorizza alla lettura degli atti del giudizio di merito) di valutare la asserita idoneità probatoria, e perciò la decisività di tale documento.

Il ricorso deve essere pertanto rigettato.

Nessuna determinazione va assunta in ordine alle spese alla luce dell'art. 152 disp. att. c.p.c. nel testo previgente alla modifica introdotta dal d.l. n. 269 del 2003 convertito con modificazioni in l. n. 326 del 2003, dovendo tale previsione normativa ritenersi non applicabile ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore.

(Omissis)

***Prestazioni* - Lavori socialmente utili - Rivalutazione automatica - Disciplina anteriore all'entrata in vigore dell'art. 8, comma 8, D. Lgs. n. 468 del 1997 - Criterio di adeguamento previsto per il trattamento straordinario di integrazione salariale - Applicabilità - Esclusione - Fondamento - Dubbi di illegittimità costituzionale - Insussistenza.**

Corte di Cassazione - 22.6.2004, n. 11632 - Pres. Mercurio - PM. lannelli (Conf.) - INPS (Avv.ti Jeni, Fabiani, Biondi) - Sorano (Avv. Capuano).

Il criterio di adeguamento automatico posto dall'art 1, quinto comma, del decreto legge 16 maggio 1994 n. 299, convertito in legge 19 luglio 1994 n. 451, riguarda unicamente il trattamento straordinario di integrazione salariale e solo indirettamente, quanto alla rivalutabilità dei massimali del relativo trattamento, incide anche sull'indennità di mobilità, secondo una scelta di politica sociale del legislatore, che ha inteso offrire al lavoratore collocato in cassa integrazione una tutela leggermente maggiore rispetto a quella assicurata al lavoratore in mobilità, la cui compatibilità costituzionale è stata affermata da Corte Cost. n. 184 del 2000 (1) ed emerge anche dall'assimilabilità dell'indennità di mobilità ai trattamenti di disoccupazione più che al trattamento c.i.g.s.. L'approvazione della legge n. 144 del 1999, contenente la delega al governo a introdurre l'adeguamento annuale nella misura dell'80% dell'indennità di mobilità, induce inoltre ad escludere che esistesse già un principio generale di rivalutazione (oltre che dei massimali) della indennità stessa fondato sull'art.7 l. 223 del 1991. Parimenti, tale adeguamento automatico non trova neppure applicazione al sussidio per i lavori socialmente utili, atteso che l'art. 1 comma 3 del d.l. n. 510 del 1996, nel riformulare il quarto comma dell'art 14 del d.l. n. 299 del 1994, ha previsto che a tale sussidio si applichino le disposizioni in materia di indennità di mobilità, e solo l'art. 8, comma 8, del decreto legislativo n. 468 del 1997 ha esteso ad esso la rivalutazione, secondo il criterio in vigore per l'integrazione salariale ordinaria, a decorrere dal 1° gennaio 1999. Né tale esclusione suscita dubbi di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 36 e 38 Cost., nel caso di espletamento di una vera e propria prestazione lavorativa subordinata resa nel contesto di un progetto di l. s. u., giacché in tal caso l'onere della proporzionalità e sufficienza della retribuzione grava su chi utilizza la prestazione e non sull'ente previdenziale che si limita a gestire il finanziamento dei progetti socialmente utili.

FATTO — 1. — L'INPS domanda, sulla base di un unico motivo di ricorso, la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Napoli del 18-28 giugno 2001 che ha rigettato l'appello e confermato la sentenza di primo grado, di accertamento del diritto, di Sorano Carlo, avente titolo al pagamento del sussidio per lavori socialmente utili (l.s.u.), a percepirlo con l'adeguamento pari all'80% della variazione annuale dell'indi-

ce I.S.T.A.T. dei prezzi al consumo delle famiglie di impiegati ed operai per gli anni 1996 e 1997.

2. — Il giudice dell'impugnazione - premesso che la disciplina dei l.s.u. richiama quella dell'indennità di mobilità - ha ritenuto che, non operando più il meccanismo rivalutativo basato sugli aumenti dell'indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti, la rivalutazione dell'indennità di mobilità - e quindi anche la rivalutazione del sussidio per l.s.u. - dovesse operarsi con riferimento a quanto previsto per l'analoga prestazione pecuniaria costituita dal trattamento di cassa integrazione guadagni. Nel giudizio di cassazione l'intimato ha resistito con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con l'unico motivo di ricorso l'INPS denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 5, d.l. 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1994, n. 451, con riferimento all'art. 7, comma 3, della legge 23 luglio 1991, n. 223.

Sostiene l'Istituto che il legislatore aveva individuato un preciso meccanismo di rivalutazione dell'indennità di mobilità — e quindi anche del sussidio per i lavori socialmente utili — che non poteva, arbitrariamente, essere sostituito da altro, sicché l'essere il predetto meccanismo divenuto in seguito inoperante produceva inevitabilmente l'effetto di escludere la rivalutazione dell'indennità di mobilità fino a quando il legislatore non avesse ritenuto di intervenire per regolare la materia.

2. — Il ricorso è fondato alla stregua della giurisprudenza di questa Corte che ha già esaminato analoga fattispecie (Cass. 7 luglio 2003 n. 10651).

3. — Giova premettere — al fine di ricostruire il complessivo quadro normativo di riferimento — che l'istituto dell'assegnazione a lavori socialmente utili (d'ora in poi l.s.u.) si colloca a valle dei c.d. ammortizzatori sociali (messa in mobilità dei lavoratori in esubero, collocamento in cassa integrazione, trattamento di disoccupazione) e rappresenta uno strumento innovativo per fronteggiare la disoccupazione soprattutto (ma non esclusivamente) giovanile. Nasce quindi con una finalità ed una connotazione marcatamente assistenziale, ma si evolve verso forme di tirocinio giovanile e di praticantato, collocate a ridosso dell'apprendistato e del contratto di formazione e lavoro che sono viceversa già nell'ambito del rapporto di lavoro a pieno titolo.

In disparte alcune marginali esperienze maggiormente risalenti nel tempo un primo tentativo di discostarsi dal modello di intervento meramente previdenziale — e talora assistenziale — sotteso all'erogazione delle prestazioni di mobilità, di cassa integrazione e di disoccupazione si ha proprio con la riforma di questi istituti contenuta nella legge 23 luglio 1991 n.223. Il comma 10 dell'alt. 25 prevedeva la possibilità di "attività formative" in favore di alcune categorie di lavoratori (quelle del comma 5: disoccupati da più di due anni, lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, altri lavoratori appartenenti a categorie determinate dalla Commissione regionale per l'impiego); attività delle quali era previsto il finanziamento a carico di un Fondo la cui quota a ciò destinata era ripartita tra le regioni in proporzione del numero dei lavoratori appartenenti alle categorie suddette.

Ma la prima edizione dell'istituto dell'assegnazione a lavori socialmente utili si ha solo qualche anno dopo con l'art. 14 d.l. 16 maggio 1994 n.299, conv. in l. 19 luglio 1994 n. 451, che ne traccia i connotati essenziali destinati poi ad essere sostanzialmente confermati dalla disciplina successiva; ossia dalla revisione organica del 1997 (d. lgs. 1 dicembre 1997 n.468), che detta una regolamentazione più ampia e più dettagliata dell'istituto, e dal completamento della riforma nel 2000 (d. lgs. 28 febbraio 2000 n.81), che integra la disciplina previgente, mirando soprattutto ad incentivare l'avvio dei soggetti "utilizzati" verso forme di impiego stabile.

In particolare, quanto ai soggetti destinatari o "utilizzati", l'art. 14 d.l. 299/94, cit., individua i soggetti beneficiari con un rinvio al (sopra citato) comma 5 dell'art. 25 l. n. 223/91. Si tratta — come già ricordato — di disoccupati da più di due anni, di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità e di altri lavoratori appartenenti a categorie determinate dalla Commissione regionale per l'impiego. Questa elencazione viene poi meglio articolata ed ampliata dall'art 4 D.L.G. n. 468/97, comprendendo ad es. anche i lavoratori individuati in accordi per la gestione degli esuberi in caso di crisi aziendali, lavoratori in cassa integrazione, detenuti ammessi al lavoro esterno. La lista va poi integrata con la previsione dell'art 2 d. lgs. n.81/2000: vengono inclusi anche i soggetti avviati in base a progetti finanziati dalle regioni.

I promotori di progetti di lavori di pubblica utilità potevano essere originariamente (*ex* art. 14 d.l. 299/94, cit.) le amministrazioni pubbliche, le società a prevalente partecipazione pubblica, altri soggetti individuati (unilateralmente) con decreto del Ministro del lavoro. L'art. 3 d. lgs. n. 468/97 allarga questa categoria prevedendo, tra l'altro, anche gli enti pubblici economici e le cooperative sociali. L'art. 1 d. lgs. n. 81/2000 conferma questa elencazione prevedendo anche una sorta di mobilità tra enti. I soggetti "promotori" (che non sono datori di lavoro, ma comunque beneficiano delle prestazioni in esame) possono assegnare i soggetti "utilizzati" (che non sono lavoratori subordinati, ma comunque erogano una prestazione) per la realizzazione di progetti di "lavori socialmente utili". Tali sono (*ex* art. 14 d.l. n. 199/94 cit.) quelli "rivolti a settori innovativi": beni culturali, manutenzione ambientale, recupero urbano, servizi della persona, etc. Il catalogo risulta definito poi meglio prima dall'art. 2 d.lgs. n. 468/97 e poi dall'art. 3 d.lgs. n. 81/2000.

Il rapporto è a termine (art. 14 cit.); il successivo art. 4 d.lgs. n.81/2000 fissa una durata non superiore a sei mesi, rinnovabile una sola volta. I soggetti utilizzati hanno diritto ad un trattamento economico, prima denominato "sussidio" (che evoca la matrice assistenziale dell'istituto), poi "assegno" (che marca l'evoluzione verso una forma di tirocinio/praticantato). È previsto espressamente che l'utilizzazione di tali soggetti non determina l'instaurazione di alcun rapporto di lavoro, tant'è che non comporta la sospensione o la cancellazione dalle liste di collocamento o di mobilità (art. 8 d.lgs. n. 468/97); c'è poi un obbligo dei lavoratori impegnati in l.s.u. a partecipare ad attività di orientamento organizzate periodicamente dalle agenzie per l'impiego.

Il finanziamento dei lavori socialmente utili è fin dall'inizio a carico del Fondo per l'occupazione (art. 14 d.l. 299/94, art. 11 d.lgs. n. 469/97; art. 8 d. lgs. n. 81/2000), la cui quota a ciò destinata è ripartita tra le regioni (secondo criteri variati nel tempo). In

caso però di rinnovo del rapporto il Fondo copre soltanto il 50% dell'ammontare dell'assegno erogato ai soggetti utilizzati; l'altra metà è a carico degli stessi soggetti utilizzatori (art. 4 d. lgs. n. 81/2000).

4. — Ciò premesso come complessivo quadro normativo di riferimento, deve ora considerarsi che il quesito che pone il presente giudizio riguarda l'automatico adeguamento del sussidio erogato ai lavoratori intimati, impiegati in l.s.u.

Il quesito ha un duplice profilo e pone due interrogativi: *a)* se ci sia una copertura costituzionale dell'adeguatezza del sussidio nel caso di espletamento di una vera e propria prestazione lavorativa subordinata da cui dedurre comunque, in ragione di un'interpretazione costituzionalmente orientata, il rivendicato meccanismo automatico di adeguamento della prestazione; *b)* se, esaminando la disciplina positiva di fonte primaria, un tale meccanismo sia stato, o no, voluto dal legislatore.

5. — Quanto al primo profilo — che è preliminare perché vale ad indirizzare verso l'interpretazione adeguatrice (o costituzionalmente orientata) ovvero verso l'interpretazione ordinaria — deve considerarsi che inizialmente il quarto comma dell'art. 14 d.l. n. 299/94 cit. prevedeva in favore dei soggetti utilizzati in l.s.u. un'indennità oraria (poi denominato sussidio: art. 1, comma 3, d.l. 14 giugno 1995 n.232) pari a lire 7.500 con un massimale di ottanta ore mensile per non più di dodici mesi. L'art. 1, comma 3, d.l. 4 agosto 1995 n.326 eleva il sussidio a lire 8.000 orarie per un massimo di cento ore mensili ed introduce per la prima volta l'aggancio alla disciplina dell'indennità di mobilità, stabilendo infatti che per il "sussidio" predetto trovano applicazione le disposizioni in materia di mobilità e di indennità di mobilità. Tale previsione veniva reiterata nell'art. 1, comma 3, d.l. 2 ottobre 1995 n. 416. Il successivo decreto legge (della catena di plurimi decreti-legge reiterati in materia) continuava a prevedere la possibilità di richiedere un "sussidio" a beneficio dei soggetti occupati in l.s.u, ed a carico del Fondo per l'occupazione, gestito dall'INPS; però nel confermare il già rilevato aggancio alla disciplina della mobilità e dell'indennità di mobilità, introduceva delle importanti novità (art. 1, comma 3, d.l. 4 dicembre 1995 n. 515). Innanzi tutto il sussidio diventa una prestazione mensile non superiore a lire 800.000; ma soprattutto si introduce, connesso ad esso, la possibilità di un "importo integrativo" di questo trattamento "per le giornate di effettiva esecuzione delle prestazioni"; importo questo che non è posto a carico del Fondo per l'occupazione, bensì a carico dei soggetti proponenti (i progetti di l.s.u.) o utilizzatori delle prestazioni. Quindi per l'attività svolta dai prestatori di l.s.u. vengono riconosciuti da una parte un "sussidio" che grava sul Fondo per l'occupazione e che quindi — come erogazione dell'INPS — è segnato da una finalità marcatamente assistenziale, d'altra parte un "importo integrativo" a carico dei soggetti utilizzatori delle prestazioni, che nel previsto e prescritto sinallagma con la prestazione eseguita, svela una funzione latamente retributiva (il legislatore si dà cura di precisare che l'esecuzione della prestazione che giustifica l'importo integrativo debba essere "effettiva"). L'ipotesi del proponente di un progetto di l.s.u. che non sia anche l'utilizzatore della prestazione non altera questa dicotomia così profilatasi ("sussidio" "importo integrativo"). La quale poi risulta confermata dall'art. 1, comma 3, d.l. 1 febbraio 1996 n. 39, art. 1, comma 3, d.l. 2 aprile 1996 n. 180, art. 1, comma 3, d.l. 3 giugno 1996 n. 300,

art. 1, comma 3, d.l. 2 agosto 1996 n. 404, e da ultimo dal cit. art. 1, comma 3, d.l. 1 ottobre 1996 n. 510, che — convertito dalla legge n. 608 del 1996 che fa anche salvi gli effetti prodottisi sulla base dei precedenti dd.ll. — pone termine alla catena di decreti-legge non convertiti (anche perché nelle more la Corte costituzionale aveva censurato come incostituzionale questa prassi governativa: C. Cost. n. 360 del 1996).

6. — La disciplina successiva conferma questa innovazione.

Esteso il ricorso ai l.s.u. anche ai progetti di ricerca (*ex* art. 20 legge 24 giugno 1997 n. 196, che configura anche una fattispecie di durata maggiore, fino a ventiquattro mesi) ed assoggettato ad imposizione fiscale il "sussidio" — ora qualificato "compenso" — percepito dai soggetti impegnati in l.s.u. (*ex* art. 2 d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314), è solo con il d. lgs. 1 dicembre 1997 n.468 che, in attuazione della delega di cui all'art. 22 l. n. 196/97 cit., il legislatore delegato ha operato un'organica revisione della disciplina dei lavori socialmente utili ed in particolare all'art. 8 ha perfezionato il meccanismo di raccordo tra "sussidio" — che diventa "assegno" in favore dei lavoratori utilizzati in attività di l.s.u. ed a carico dell'INPS — ed "importo integrativo" a carico dei soggetti utilizzatori della prestazione" puntualizzando (al terzo comma) che quest'ultima pretesa creditoria sorge in caso di "impegno per un orario superiore". Ossia a fronte della prestazione resa dal soggetto impegnato in l.s.u. c'è; a) un importo determinato in cifra fissa (l'art. 8, comma 3, ribadisce l'importo di £ 800.000 mensili) ed erogato dall'INPS sulla base delle risorse a ciò destinate del Fondo per l'occupazione (ripartite su base regionale d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni) in funzione di misura di carattere assistenziale di sostegno del reddito di chi non è in grado autonomamente di entrare (o rientrare) nel circuito delle attività di lavoro; b) un importo in misura variabile, senza peraltro massimale, nel caso in cui l'impegno lavorativo richiesto al soggetto impegnato in l.s.u. superi un certo limite orario. Il terzo comma dell'art. 8 rinvia peraltro al precedente secondo comma che prevede un meccanismo di proporzionamento maggiormente preciso perché considera come normale l'impegno corrispondente alla proporzione tra il trattamento previdenziale (in tal caso: indennità di mobilità, integrazione salariale straordinaria) ed il livello retributivo iniziale previsto per i dipendenti che svolgono attività analoghe presso il soggetto promotore dell'intervento. Per il lavoro eccedente questa soglia il soggetto utilizzatore della prestazione lavorativa è tenuto a corrispondere l'importo integrativo.

Non occorre comunque indugiare sui dettagli di questo meccanismo di riproporzionamento perché non rileva in questo giudizio (riproporzionamento che peraltro soffre della rigidità di uno sbarramento — della cui legittimità non è dato in questa sede occuparsi — costituito dalla soglia di un orario minimo — 20 ore settimanali — al di sotto del quale esso non opera).

Ciò che invece rileva è la logica di fondo sottesa all'intervento del legislatore in questo campo emergente lungo una linea di continuità a partire dal cit. d.l. n. 515 del 1995, seguito dai citati decreti-legge reiterati, poi confluiti nella legge di conversione n. 510 del 1996, per finire al cit. art. 8 d. lgs. n. 468/97. Il dato costante è che il soggetto impiegato in l.s.u. ha diritto da una parte ad una prestazione assi-

stenziale a carico dell'INPS in cifra fissa, che è quantitativamente insensibile all'impegno profuso dal lavoratore sia in termini di orario di lavoro che di mansioni; ha diritto d'altra parte ad un "importo integrativo" a carico di chi utilizza la prestazione, importo che è invece variabile proprio in ragione del maggiore impegno del lavoratore.

7. — Da ciò consegue che, nell'ipotesi in cui la prestazione resa nel contesto di un progetto di l.s.u, abbia in concreto le caratteristiche di una prestazione lavorativa subordinata — evenienza questa che di norma non dovrebbe verificarsi perché il legislatore ha ripetutamente escluso che l'utilizzazione dei lavoratori in l.s.u. possa determinare l'instaurazione di un rapporto di lavoro (da ultimo: art. 4 d. lgs. 28 febbraio 2000 n. 81), ma che non può escludersi che accada nella realtà fattuale (non essendo "consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura"; C. Cost. n. 121 del 1993 (2) e n. 115 del 1994; cfr. anche Cass. 20 novembre 1998 n. 11756) - il rispetto del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex* art. 36 Cost. è assicurato dalla parte variabile che è quella dipendente dall'impegno" (cosi testualmente il terzo comma del cit. art. 8) del lavoratore.

Se una prestazione lavorativa subordinata è resa (ed è questa la prospettazione difensiva degli intimati per argomentare in riferimento all'art 36 Cost.), non potendo in alcun caso l'istituto dei l.s.u. legittimare un lavoro sottopagato, l'onere del rispetto della proporzionalità e sufficienza della retribuzione (che è canone costituzionale di diretta applicazione e non solo parametro di legittimità degli atti normativi) grava su chi utilizza la prestazione stessa, mentre il dimensionamento dell'intervento assistenziale mediante l'allocazione di risorse nel Fondo per l'occupazione, espressione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), è nella discrezionalità del legislatore statale; nonché — può aggiungersi — nella discrezionalità delle Regioni cui sono state conferite le funzioni di indirizzo, programmazione e verifica dei lavori socialmente utili (art. 2 d. lgs. 23 dicembre 1997 n.469). Del resto la legislazione regionale offre già numerose fattispecie di ulteriore intervento — di analoga natura — che si affianca a quello statale e che indirettamente vale ad agevolare il rispetto del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente da parte dell'utilizzatore della prestazione lavorativa; cfr. art. 4 l. reg. Calabria 30 luglio 1996 n. l8 (che prevede un contributo mensile integrativo del sussidio spettante al lavoratore in l.s.u.); art. 8 l. reg. Liguria 15 maggio 1996 n.22 (che prevede contributi per progetti socialmente utili al fine di favorire l'occupazione in l.s.u.); art. 4 l. reg. Puglia 27 dicembre 1996 n. 30 (che prevede contributi mensili per ogni unità lavorativa); art. 2 l. reg. Sardegna 20 gennaio 1997 n.7 (che affida all'Assessore del lavoro la determinazione di un sussidio integrativo); art. 4 l. r. Sicilia 26 novembre 2000 n. 24.

Insomma è ben possibile - come sostiene la difesa degli intimati — che in concreto il ricorso ai progetti di lavori socialmente utili sia servito a pubbliche amministrazioni (o altri soggetti autorizzati ad avvalersi di tale modulo contrattuale) per assicurarsi una vera e propria prestazione lavorativa subordinata, sicché sia il sussidio che l'integrazione dello stesso, spesso corrisposta dal beneficiario della prestazione, avrebbero vera

e propria natura retributiva sì da consentire di richiamare la garanzia costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente. Ed è altresì vero che l'applicazione diretta di questo parametro potrebbe effettivamente escludere — perché con esso contrastante — una retribuzione congelata negli anni (cfr., quanto al blocco dell'indennità di contingenza su alcuni elementi della retribuzione, C. Cost. n. 124 del 1991). Ma ciò comporterebbe un credito per l'adeguamento della retribuzione nei confronti di chi beneficia della prestazione (in questo caso) lavorativa e non già nei confronti dell'INPS che si limita a gestire (peraltro con le regioni) il finanziamento dei progetti socialmente utili.

Ed allora, se un *quid pluris* possa essere richiesto *ex* art. 36 Cost. dai soggetti utilizzati in l.s.u., che siano in realtà lavoratori dipendenti, l'obbligato non può che essere l'ente promotore di tali l.s.u., che abbia assunto in realtà la veste di datore di lavoro.

Da ciò consegue l'inconferenza del parametro evocato in un giudizio che ha ad oggetto il "sussidio" a carico dell'INPS e non già l'importo integrativo" a carico dell'ente utilizzatore della prestazione resa dagli intimati.

8. In conclusione l'esigenza costituzionale di adeguatezza della retribuzione *ex* art. 36 Cost. è, nella fattispecie, assicurata in modo diverso dall'adeguamento automatico del sussidio in questione e non comporta una differenziata valutazione di adeguatezza della parte fissa del trattamento complessivo spettante al lavoratore in l.s.u. con la conseguenza che l'esistenza, o no, di un meccanismo automatico di adeguamento di tale parte fissa (che costituisce il *thema decidendum* di questo giudizio) rientra nella discrezionalità del legislatore e la sua (eventuale) mancanza — in effetti nella specie riscontrabile nel periodo 1995-1998 (per quello che si viene ora a dire) — non fa insorgere dubbi non manifestamente infondati di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 36 Cost..

Nè si pone, nella fattispecie in esame (di prestazione lavorativa subordinata resa nello svolgimento di l.s.u.), che è quella rilevante ai fini di eventuali dubbi di legittimità costituzionale, un problema di compatibilità con l'art. 38, comma 2, Cost. una volta che si predica — ma a carico del soggetto utilizzatore della prestazione lavorativa — il rispetto del canone della retribuzione proporzionata e sufficiente. Non senza poi considerare — per la fattispecie di prestazione di l.s.u. non inquadrabile come lavoro subordinato — che, in riferimento all'art. 38, comma 2, Cost., la sentenza n.184 del 2000 della Corte costituzionale (*infra* cit.) ha già ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale che ha investito la disciplina dell'indennità di mobilità proprio nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento automatico.

9. — A questo punto — fugati i dubbi di costituzionalità espressi dalla difesa degli intimati (soprattutto nella memoria *ex* art. 372 c.p.c.) ed escluso che sussista un'esigenza di interpretazione adeguatrice che predicherebbe la necessità di un meccanismo di adeguamento automatico del sussidio in questione — il problema esegetico si riduce allora al quesito — di mera ricognizione del diritto positivo — se il legislatore, nella normativa dei l.s.u., abbia previsto, o no, un tale meccanismo (ed è questo il secondo interrogativo posto sopra *sub* 4).

A tal fine occorre ora focalizzare l'attenzione sul quarto comma dell'art. 14 d.l. 16 maggio 1994 n. 299, conv. in l. 19 luglio 1994 n.451, nel testo riformulato dall'art. 1 d.l. 1° ottobre 1996 n. 510, conv. in l. 28 novembre 1996 n. 608, che ha previsto che al sussidio per i lavori socialmente utili, erogato dall'INPS, trovano applicazione le norme in materia di indennità di mobilità. È quindi alla disciplina di quest'ultima che occorre far riferimento come esattamente ritenuto dalla sentenza impugnata sicché il quesito appena posto si sovrappone all'altro quesito dell'esistenza, o meno, di un meccanismo di adeguamento automatico dell'indennità di mobilità. A tal fine deve richiamarsi la giurisprudenza di questa Corte che si è già occupata della questione (Cass. 30 luglio 2001, n. 10379 (3), ed altre pronunce in pari data; successivamente in senso conforme v. anche Cass. 23 settembre 2002 n. 13 841 e numerose altre).

In tali pronunce questa Corte ha infatti affermato il principio secondo cui il criterio di adeguamento automatico posto dall'art. 1, quinto comma, decreto legge 16 maggio 1994 n. 299, convertito in legge 19 luglio 1994 n. 451, che ha modificato l'art. 1 legge 13 agosto 1980 n. 427, riguarda unicamente il trattamento straordinario di integrazione salariale e solo indirettamente, quanto alla rivalutabilità dei massimali del relativo trattamento, incide anche sull'indennità di mobilità, la quale invece, dopo la sua iniziale quantificazione, non è più incrementabile in conseguenza delle variazioni dell'indice ISTAT.

10. — A tale conclusione la Corte è pervenuta partendo innanzi tutto dalla pronuncia della Corte costituzionale (sent. n.184 del 2000) sulla base del rilievo che quest'ultima muoveva proprio dal presupposto interpretativo poi accolto da questa Corte.

In particolare la citata pronuncia ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt, 7, comma 3, della legge 23 luglio 1991, n. 223, 1, comma 5, 2 e 3, comma 2, decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 19 luglio 1994, n. 451, e dell'art. 54, comma 12, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3 e 38, secondo comma. Cosi, nella parte in cui le predette norme, a seguito della soppressione dell'istituto dell'indennità di contingenza, nello stabilire che l'incremento annuale secondo gli indici ISTAT, a decorrere dal 1° gennaio 1995, si applica soltanto all'integrazione salariale straordinaria e non anche all'indennità di mobilità, riservano un trattamento ingiustificatamente differenziato nei confronti di due provvidenze economiche sostanzialmente simili nella genesi e nelle finalità.

Per il rapporto poi tra l'attività interpretativa in sede di controllo di costituzionalità e quella in sede di sindacato di legittimità si richiamano i rilievi svolti nella già citata sentenza n. 10379 del 2001 di questa Corte.

11. — Anche sotto questo ulteriore profilo occorre preliminarmente procedere a ricostruire il quadro normativo di riferimento.

Deve allora considerarsi che il cit. art. 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223 — dopo aver fissato al primo comma la parametrazione tra indennità di mobilità e trattamento straordinario di integrazione salariale nel senso che la prima è fatta pari al secondo nella misura del 100% per i primi dodici mesi e dell'80% per i mesi successivi — stabilisce al terzo comma che l'indennità di mobilità, così calcolata in percentuale del

trattamento straordinario di integrazione salariale, è “adeguata” - ossia incrementata - ogni anno “in misura pari all’aumento dell’indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti”.

La disposizione quindi contiene - nel disegno originario del legislatore - un duplice canone regolante la dinamica diacronica dell’indennità che inizialmente è assegnata al lavoratore in mobilità o licenziato nella stessa misura del trattamento straordinario di integrazione salariale spettante al lavoratore collocato in cassa integrazione. Questo iniziale importo è da una parte destinato a decrescere dopo un anno (dal 100% all’80% del trattamento c.i.g.s.) e d’altra parte ad essere incrementato nella stessa misura in cui risulta essere aumentata l’indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti.

12. — Parallelamente l’art. 1 (articolo unico) della legge 13 agosto 1980, n. 427, nel testo originario, prevedeva (al secondo comma) un similare - ma non identico - canone di adeguamento nel tempo del trattamento straordinario di integrazione salariale, il quale doveva essere incrementato in misura leggermente inferiore (l’80% e non già il 100%) a quella della quale risultava essere aumentata l’indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti.

All’epoca della legge n.223/91, che vede questa iniziale simmetria, seppur con la singolare differenziazione costituita da un criterio di adeguamento automatico alle variazioni dell’indennità di contingenza che per l’indennità di mobilità era leggermente più favorevole di quello operante per il trattamento straordinario di integrazione salariale, era vigente la legge 13 luglio 1990 n.191 che aveva prorogato al 31 dicembre 1991 le disposizioni in materia di adeguamento automatico della retribuzione per effetto di variazioni del costo della vita contenute nella legge 26 febbraio 1986, n.38, la quale, riformando la c.d. scala mobile, aveva esteso transitoriamente (dal 31 gennaio 1986 al 31 dicembre 1989) al settore privatistico il meccanismo di adeguamento dell’indennità integrativa speciale dettato dall’art 16 D.P.R. 1 febbraio 1986, n.13, per il pubblico impiego.

13. — Dopo la legge n.223/91 sopravvengono due fatti nuovi.

Da una parte il legislatore si rende conto dell’anomalia di quel quid pluris riconosciuto all’indennità di mobilità rispetto al trattamento straordinario di integrazione salariale nel raccordare l’incremento dell’una e dell’altro all’incremento dell’indennità di contingenza. Il fatto che l’indennità di mobilità fosse destinata dopo un anno a ridursi all’80% del trattamento straordinario di integrazione salariale mostrava l’opzione del legislatore di ritenere nel tempo maggiormente meritevole di sostegno ad opera del sistema di sicurezza sociale il lavoratore in c.i.g.s. (ancora occupato in un’azienda in crisi ovvero soggetta a processi di ristrutturazione) rispetto al lavoratore in mobilità (disoccupato ed avviato ad un possibile collocamento seppur differenziato perché disciplinato in termini più favorevoli). Rispetto a questa opzione risultava disarmonica la previsione di un meccanismo di aggancio alla dinamica dell’indennità di contingenza che era, seppur di poco, più favorevole per l’indennità di mobilità rispetto al trattamento straordinario di integrazione salariale.

Il legislatore ha quindi ritenuto di correggere questa anomalia (quasi un refuso nel terzo comma dell’art. 7 della legge n.223/91) ed è intervenuto con una disposizione che, recando una norma apparentemente di interpretazione autentica (in realtà innovativa con efficacia retroattiva), ha rettificato la percentuale di aumento dell’indennità di

contingenza rilevante per adeguare l'indennità di mobilità: non più il 100%, ma solo l'80%, così come per il trattamento straordinario di integrazione salariale.

Questa disposizione è contenuta per la prima volta nell'art:. 10, comma 3, d.l. 20 marzo 1992, n. 237 (non convertito); poi nell'art. 10, comma 3, d.l. 20 maggio 1992, n. 293 (non convertito); ed infine nell'art. 6, comma 3, d.l. 20 luglio 1992, n. 345 (anch'esso non convertito). La tecnica è stata quella di recepire nel terzo comma dell'art. 7 legge n. 223/91 proprio lo stesso meccanismo di adeguamento previsto dall'art. 1 della legge n. 427/80.

Il secondo fatto nuovo è che la proroga della disciplina dell'indennità di contingenza, contenuta nella cit. legge n. 191 del 1990, non viene reiterata; ed anzi con il protocollo d'intesa del 31 luglio 1992 (ossia all'indomani del cit. d.l. 20 luglio 1992, n. 345, cit.) il Governo e le parti sociali prendono atto dell'intervenuta cessazione del sistema di indicizzazione dei salari. La scala mobile è abbandonata e quindi il legislatore non si dà più pena di rimuovere la discrasia esistente tra il terzo comma dell'art. 7 della legge n.223/91 e l'art. 1 della legge n. 427/80: non aveva più senso precisare che il riferimento all'aumento dell'indennità di contigenza doveva intendersi fatto, anche per l'indennità di mobilità, soltanto all'80% e non già al 100% quando ormai non ci sarebbe più stato in futuro alcun aumento dell'indennità di contingenza. Quindi la disposizione da ultimo contenuta nell'art. 6, comma 3, d.l. 20 luglio 1992, n. 345, non viene più reiterata.

14. — A quel punto la situazione risultava parificata di fatto: tanto per il trattamento straordinario di integrazione salariale che per l'indennità di mobilità non c'era più alcun meccanismo di adeguamento automatico non perché fossero stati abrogati quelli previsti dalla legge, bensì perché in concreto inoperanti in quanto entrambi riferiti ad aumenti dell'indennità di contingenza che ormai erano sempre uguali a zero. La tesi dottrinale secondo cui si sarebbe potuto comunque far riferimento al (diverso) meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 150 disp. att. c.p.c. non risulta aver trovato adesione in giurisprudenza.

La mancanza (seppur solo in concreto) di un meccanismo di adeguamento automatico, ove la situazione si fosse protratta nel tempo con conseguente progressivo arretramento, in termini di reale potere d'acquisto, della prestazione previdenziale a copertura della perdita, temporanea o definitiva, della retribuzione, avrebbe potuto inoculare il germe di un possibile vizio di incostituzionalità. La Corte costituzionale (sent. n.497 del 1988 (4)) ha infatti in passato censurato proprio la mancata previsione di un meccanismo compensativo di adeguamento automatico dell'indennità ordinaria di disoccupazione in una situazione di "notevole diminuzione del potere d'acquisto della moneta", dichiarando appunto l'illegittimità costituzionale dell'art 13 del decreto-legge 2 marzo 1974, n. 30, convertito, con modificazioni, nella legge 16 aprile 1974, n. 114, per la parte in cui non prevedeva) un meccanismo di adeguamento del valore monetario ivi indicato.

15. — Il legislatore è quindi intervenuto dapprima con l'art. 1, comma 6, d.l. 18 maggio 1994, n. 40 (non convertito); poi con analoga disposizione contenuta nell'art. 1, comma 5, d.l. 18 marzo 1994, n. l85; ed infine con l'art. 1, comma 5, d.l. 16 maggio 1994, n. 299, conv. in l. 19 luglio 1994, n. 451. Tale disposizione ha riformulato il secondo comma dell'art. 1 della legge 13 agosto 1980, n. 427, prevedendo da una parte un duplice massimale della retribuzione quale base di calcolo dell'indennità ("l'importo di integra-

zione salariale sia per gli operai che per gli impiegati, calcolato tenendo conto dell'orario di ciascuna settimana indipendentemente dal periodo di paga, non può superare: *a)* l'importo mensile di lire 1.248.021; *b)* l'importo mensile di lire 1.500.000 quando la retribuzione di riferimento per il calcolo dell'integrazione medesima, comprensiva dei ratei di mensilità aggiuntive, è superiore a lire 2.700.000 mensili"). Inoltre la medesima disposizione stabilisce che "con effetto dal 1 ° gennaio di ciascun anno, a partire dal 1995, gli importi di integrazione salariale di cui alle lettere a) e b), nonché la retribuzione mensile di riferimento di cui alla medesima lettera b), sono aumentati nella misura dell'80 per cento dell'aumento derivante dalla variazione annuale dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati".

Tale nuovo meccanismo di adeguamento automatico non fa più riferimento all'indennità di contingenza, bensì alla variazione annuale di uno specifico indice ISTAT. Esso poi opera in una duplice direttrice: *a)* è automaticamente incrementato il massimale dell'importo di integrazione salariale (che peraltro viene previsto in misura differenziata secondo la retribuzione di riferimento per il calcolo dell'integrazione salariale); *b)* è allo stesso modo incrementato il trattamento straordinario di integrazione salariale in godimento.

16. — Così ricostruito anche questo ulteriore quadro normativo di riferimento, deve considerarsi innanzi tutto che il fatto che il cit. art. 1, comma 5, d.l. 16 maggio 1994, n. 299, conv. in 1. 19 luglio 1994, n. 451, nel contesto di "norme in materia di cassa integrazione guadagni" (come recita la rubrica della disposizione), sia intervenuto unicamente a sostituire il secondo comma dell'art. 1 della legge 13 agosto 1980, n. 427, mentre il successivo art. 2 del medesimo d.l. n. 299/94, nel dettare "norme relative alla disciplina della mobilità dei lavoratori", non abbia toccato il terzo comma dell'art. 7 legge n. 223/91, non ha affatto comportato che l'indennità di mobilità sia rimasta "congelata", così come in passato è stata l'indennità di disoccupazione (cfr. C. cost. n. 497/88 cit.). Infatti, proprio perché il primo comma dell'art. 7 cit. prevede l'agganciamento tra indennità di mobilità e trattamento c.i.g.s., l'indennità stessa partecipa del meccanismo di adeguamento automatico del massimale dell'importo di integrazione salariale: ad un più elevato trattamento straordinario di integrazione salariale corrisponde a (un'iniziale) più elevata indennità di mobilità. La quale quindi, dopo essere rimasta "congelata" negli anni 1992- 1994 (al pari del trattamento c.i.g.s.), ha ripreso a crescere nello stesso limite dei due massimali crescenti previsti per il trattamento straordinario di integrazione salariale. Ciò è stato tra l'altro rimarcato dalla Corte costituzionale (nella cit. sent. n. 184 del 2000) che ha puntualmente rilevato che "gli aumenti del trattamento straordinario menzionato vanno a riflettersi, sia pure indirettamente, sull'indennità di mobilità".

17. — Ciò che invece è mancato per l'indennità di mobilità è l'operatività del meccanismo di adeguamento automatico in quella seconda direttrice *(sub b)* di cui si diceva prima; una volta insorto il diritto all'indennità di mobilità, che nel suo iniziale calcolo si giova della rivalutazione dei massimali suddetti, l'indennità è insensibile alle successive variazioni del menzionato indice ISTAT, mentre il trattamento straordinario di integrazione salariale beneficia sia di massimali via via rivalutati, ma è anche la sua iniziale quantificazione ad essere nella stessa misura rivalutata.

Questa differenziazione esprime e conferma l'opzione del legislatore di offrire al

lavoratore collocato in cassa integrazione straordinaria una tutela leggermente maggiore rispetto a quella assicurata al lavoratore in mobilità.

La piena consapevolezza di questa scelta (di politica sociale) risulta del resto dalla circostanza che il legislatore nello stesso d.l. n. 299/94 ha dettato (all'art. 2) specifiche disposizioni per l'indennità di mobilità, distinte da quelle (previste dall'art 1) per il trattamento di integrazione salariale, e, pur modificando ed integrando disposizioni della legge n. 223 del 1991, ha omesso di toccare il terzo comma dell'art. 7.

D'altra parte al successivo art. 3 del medesimo d.l. n. 299/94, nel dettare norme in materia di trattamenti di disoccupazione, lo stesso legislatore ha esteso a tali trattamenti solo la disciplina del massimale del trattamento straordinario di integrazione salariale e del suo meccanismo di adeguamento automatico; vi è quindi, sotto questo profilo, simmetria tra indennità di mobilità e trattamenti di disoccupazione, ai quali infatti la prima è maggiormente assimilabile, più che al trattamento c.i.g.s.

Ne è possibile estrarre dal terzo comma dell'art. 7 l. n. 223/91 un principio generale di rivalutazione (oltre che dei massimali, anche) dell'indennità di mobilità dopo la sua iniziale determinazione. Questa scissione tra l'*an* del diritto, previsto dalla legge, ed il *quantum* determinato dal giudice è sì stata predicata da C. cost. n. 295 del 1991 proprio in materia di indennità di disoccupazione. Ma ciò è stato null'altro che una conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità contenuta nella cit. sent. n. 497/8 8. Tale pronuncia additiva ha innestato nella disposizione censurata il principio della rivalutabilità dell'indennità ordinaria di disoccupazione, ma senza specificare il criterio; sicché il giudice era autorizzato a ricercare nell'ordinamento tale criterio per rendere operante il *decisum* della Corte. Nella fattispecie all'opposto la Corte nella sent. n. 184 del 2000 ha escluso che vi sia un'esigenza costituzionale che imponga la rivalutabilità dell'indennità di mobilità oltre alla rivalutazione dei massimali suddetti; sicché — a differenza dell'indennità ordinaria di disoccupazione (che all'epoca era da anni congelata in cifra senza alcuna indiretta incidenza dei massimali del trattamento di integrazione salariale) — non si giustifica un'analoga attività integrativa del giudice.

18. — Un'ulteriore conferma di tale interpretazione, conforme al dato testuale delle cit. disposizioni del d.l. n.299/94, è stata da questa Corte rinvenuta nell'art. 45, comma 1, lett. r), legge 17 maggio 1999 n.144, con cui il legislatore ha delegato il Governo ad emanare norme che prevedano, tra l'altro, l'adeguamento annuale, a decorrere dal 1 gennaio (di ogni anno), dell'indennità di mobilità nella misura dell'80 % dell'aumento derivante dalla variazione annuale dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e di impiegati, proprio come già previsto dal cit. secondo comma dell'articolo unico della legge 13 agosto 1980, n. 427, come sostituito dal comma 5 dell'art. 1 d.l. 16 maggio 1994, n. 299, conv. in l. 19 luglio 1994, n. 451, cit..

È evidente che tale delega non avrebbe senso alcuno se un siffatto criterio di adeguamento automatico dell'indennità di mobilità, che si aggiungerebbe a quello già derivante indirettamente dall'adeguamento automatico dei massimali previsti per il trattamento straordinario di integrazione salariale, fosse già ricavabile in via interpretativa come ha ritenuto la sentenza impugnata.

Nè certo il legislatore è stato mosso dal mero intento di fare chiarezza e di confermare

espressamente un principio già desumibile dal sistema. Non è infatti senza rilievo — oltre alle considerazioni finora espresse — anche il fatto che il legislatore abbia preferito far ricorso alla delega ancorché il criterio direttivo sia talmente dettagliato da costituire una disposizione molto puntuale, che non richiederebbe in realtà alcuna ulteriore specificazione in sede di esercizio della delega e che quindi avrebbe potuto essere già contenuta nella legge n. 144/99 cit. come disposizione immediatamente operante. Ma la scelta della delega si spiega per il limite posto dal successivo comma 13 del medesimo art. 45: la complessiva attuazione delle numerose deleghe previste dall'art. 45 (compresa quindi quella relativa all'indicizzazione dell'indennità di mobilità) non doveva comportare oneri aggiuntivi a carico della finanza pubblica. Se si fosse trattato soltanto di confermare una norma già esistente, non ci sarebbero stati, in questa ipotetica prospettiva, costi aggiuntivi e quindi non ci sarebbe stata necessità di una delega: il legislatore avrebbe potuto porre direttamente, nello stesso atto legislativo, una norma avente lo stesso contenuto del criterio di delega.

Invece l'estensione del meccanismo di adeguamento automatico dell'indennità di mobilità, proprio perché innovativa e non già meramente confermativa dell'esistente, aveva un costo che il legislatore delegato avrebbe dovuto apprezzare e compensare nella più ampia disciplina degli ammortizzatori sociali, da porsi nell'esercizio delle numerose deleghe previste dal cit. art. 45.

Il fatto poi che tali deleghe siano state esercitate solo in parte e comunque non già nella parte che interessa in questo giudizio non rileva, nè toglie forza alle considerazioni interpretative finora svolte.

19. — Nè ha pregio la perplessità critica della difesa degli intimati in ordine alla possibilità che il meccanismo di adeguamento automatico sia venuto meno per effetto di un'ipotizzata abrogazione contrattuale di una norma legale, perplessità che è tanto infondata quanto in realtà inconferente.

È infondata perché il sistema delle fonti non esclude affatto che una norma primaria possa prevedere l'effetto abrogativo di altra norma parimenti primaria (e quindi equiordinata) al verificarsi di un evento costituito dalla sopravvenienza di una norma contrattuale. In tal caso l'effetto abrogativo è pur sempre collegato (*ex* art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale) alla norma primaria (che ha forza di legge), mentre quella contrattuale (che ha l'efficacia degli atti negoziali) rappresenta, quale norma interposta, solo il fatto condizionante l'evento abrogativo.

Tale schema si ritrova, ad esempio, nell'art. 21 legge 17 maggio 1985 n. 210: la stipulazione del primo contratto collettivo di categoria ha comportato l'abrogazione" della previgente normativa legale regolatrice del rapporto di lavoro (*ex plurimis* Cass. 11 gennaio 1992 n.272). Ma — ovviamente — non si è verificato affatto che la norma contrattuale abbia abrogato la norma legale, bensì si ha che una norma primaria ha condizionato l'abrogazione di altra norma primaria alla sopravvenienza di una norma contrattuale.

La perplessità suddetta è poi in realtà inconferente perché nella fattispecie non è riscontrabile neppure il meccanismo (pur astrattamente legittimo) dell'abrogazione legale per l'interposizione di una norma contrattuale per la semplice (ma decisiva) ragione che nessuna abrogazione vi è stata. Il cit, terzo comma dell'art. 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223 — anche dopo l'art. 1, comma 5, d.l. 16 maggio 1994, n.299,

conv. in l. 19 luglio 1994, n. 451, che ha riformulato il secondo comma dell'art. 1 della legge 13 agosto 1980, n. 427 ha continuato a prevedere che l'indennità di mobilità, così calcolata in percentuale del trattamento straordinario di integrazione salariale, è "adeguata" — ossia incrementata — ogni anno "in misura pari all'aumento dell'indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti". Il riferimento quindi non è all'indice del costo della vita calcolato ai fini della scala mobile, bensì direttamente ed esclusivamente ad un ben determinato elemento della retribuzione (l'indennità di contingenza), la cui erogazione non ha subito soluzione di continuità.

Il fatto che negli ultimi anni — per le ragioni sopra esposte — la variazione differenziale di tale emolumento (ossia l'aumento o la diminuzione dell'indennità di contingenza dei lavoratori dipendenti) sia pari a zero non implica affatto l'abrogazione di tale disposizione nè in tutto nè in parte (ossia neppure limitatamente al *quantum* della variazione automatica). La sterilizzazione dell'indennità di contingenza non ha "abrogato" il meccanismo di adeguamento automatico dell'indennità di mobilità, ma ne ha comportato la sua sopravvenuta inadeguatezza alla finalità perequativa che il legislatore del 1991 intendeva perseguire.

Il vero problema che quindi si pone non è certo quello dell'abrogazione" di alcunché, bensì quello dell'eventuale sopravvenuta illegittimità costituzionale della norma suddetta in riferimento essenzialmente agli artt. 3 e 38 Cost.; questione questa che — come sopra ricordato — è stata affrontata e decisa dalla Corte costituzionale nella cit. sentenza n. 184 del 2000. Pronuncia questa che ha anche l'effetto, in mancanza di nuove e diverse argomentazioni, di rendere manifestamente infondata la riproposizione dell'eccezione di illegittimità costituzionale.

20. — Tutti i rilievi sopra svolti valgono, ovviamente, anche per il sussidio per i lavori socialmente utili atteso che — come già rilevato — il quarto comma dell'art. 14 d.l. 16 maggio 1994 n.299, conv. in l.19 luglio 1994 n. 451, nel testo riformulato dall'art 1 d.l. 1° ottobre 1996 n.510, conv. in l. 28 novembre 1996 n. 608, ha previsto che al sussidio per i lavori socialmente utili, erogato dall'INPS, trovano applicazione le norme in materia di indennità di mobilità.

Può anche aggiungersi che al mancato adeguamento mensile del sussidio rispetto all'importo previsto dal d.l. n. 326 del 1995 ha posto rimedio il legislatore prevedendo che il sussidio sia rivalutato secondo lo stesso criterio in vigore per l'integrazione salariale ordinaria (art. 8, comma 8, d. lgs. n.468 del 1997) a partire dal 1° gennaio 1999; ciò peraltro conferma *a contrario* le conclusioni appena raggiunte.

21. — Nella memoria depositata in prossimità dell'udienza la difesa degli intimati ha, tra l'altro, integrato — ed in parte rettificato — le sue argomentazioni in diritto negando nella sostanza che l'aggancio previsto dal cit. quarto comma dell'art. 14 d.l. 16 maggio 1994 n. 299, conv. in l. 19 luglio 1994 n.451, nel testo riformulato dall'art. 1, comma 3, d.l. 1° ottobre 1996 n.510, conv. in l. 28 novembre 1996 n. 608, possa avere l'effetto — predicato dalla sentenza impugnata — di legare la sorte della questione della rivalutabilità del sussidio per lavori socialmente utili a quella della rivalutabilità dell'indennità di mobilità. Ciò al fine di predicare, solo per il primo beneficio, un vuoto legislativo da colmare con il ricorso all'analogia, sicché si ritornerebbe poi comunque sulla stessa traccia argomentativa della sentenza impugnata (e già sopra esaminata *amplius*).

Ma questa ulteriore prospettazione — ancorché pregevolmente discussa — non è comunque persuasiva.

Il principio della continuità dell'ordinamento giuridico postula il ricorso all'analogia (art. 12, cpv., delle disposizioni sulla legge in generale) solo in mancanza di una norma regolante la fattispecie. Ma è proprio quanto non si verifica nel caso in esame, in cui — per quanto appena rilevato in tema di abrogazione — è chiaramente identificabile la norma regolante la fattispecie: il (vigente e nient'affatto abrogato) terzo comma dell'art. 7 della legge 23 luglio 1991 n. 223. Non c'è alcuna lacuna da colmare proprio per la rilevata perdurante vigenza della disposizione specifica che fissa il criterio di adeguamento automatico dell'indennità di mobilità.

D'altra parte può ragionevolmente escludersi che con la sequenza delle citate disposizioni dei decreti legge del 1992 (art. 10, comma 3, d.I. 20 marzo 1992, n. 237, non convertito; art. 10, comma 3, d.I. 20 maggio 1992, n.293, non convertito; ed infine nell'art. 6, comma 3, d.I. 20 luglio 1992, n. 345, anch'esso non convertito) il Governo possa aver perseguito l'intento di eliminare un "vuoto normativo" per la semplice ragione che la sterilizzazione dell'indennità di contingenza (che comunque nessun "vuoto normativo" ha determinato) è stata ratificata solo in occasione del protocollo d'intesa del 31 luglio 1992, che è successivo; e quando ciò è avvenuto — e si è determinato, in senso tecnico ed empirico, tale "vuoto normativo" — il Governo, pur reiterando il decreto legge, ha espunto la disposizione di aggancio dell'indennità di mobilità al trattamento di integrazione salariale.

22. — C'è poi l'insuperabile dato testuale del cit. art. 1, comma 3, che esprime una chiara e puntuale scelta del legislatore: quella di estendere al sussidio per i lavori socialmente utili tutte "le disposizioni in materia di mobilità e di indennità di mobilità". Se quindi l'indennità di mobilità aveva all'epoca di causa (1996-1997) un meccanismo di rivalutazione quiescente perché ancorato ad un parametro (la scala mobile) che di fatto non comportava alcuna variazione, lo stesso meccanismo non poteva che valere anche per il sussidio per lavori socialmente utili. Non è possibile predicare - come fa la difesa degli intimati — una soluzione differenziata sì da riconoscere per il sussidio suddetto un meccanismo di rivalutazione (agganciato — come l'integrazione salariale - alla variazione del costo della vita) diverso da quello previsto per l'indennità di mobilità. D'altra parte, se il legislatore del 1997 (art. 8, comma 8, d.lgs. n. 468 del 1997, cit.) ha previsto l'aggancio del sussidio (non più all'indennità di mobilità, ma) all'integrazione salariale ordinaria, è evidentemente perché prima questo aggancio non sussisteva. La difesa degli intimati ha a tal proposito parlato di legge meramente confermativa affermando che "l'art. 8, comma 8, del d.lgs. n. 468 del 1997 deve essere considerata proprio disposizione di carattere "ricognitiva" del principio di adeguabilità del sussidio erogato agli l.s.u.".

Ma certamente così non è Il legislatore del 1997 ha tanto poco voluto limitarsi a riconoscere un precetto che in realtà era già presente nell'ordinamento (perché — sostiene la difesa degli intimati — ricavabile in via analogica) che ha fissato l'operatività del precetto stesso a partire dal 1° gennaio 1999; così mostrando chiaramente di voler confermare ancora per un anno (1998) il regime precedente, ritenuto evidentemente diverso, altrimenti non avrebbe avuto senso alcuno questa scelta di differire nel

tempo l'operatività di un regime solo apparentemente "nuovo", ma in realtà meramente confermativo di quello precedente.

Il legislatore ha operato le sue scelte di politica sociale determinando — discrezionalmente — le risorse da destinare al finanziamento dei lavori socialmente utili e su tale ammontare incideva l'introduzione di un nuovo meccanismo di rivalutazione automatica del sussidio; introduzione che il legislatore avrebbe potuto prevedere con efficacia retroattiva per coprire anche gli anni precedenti in cui l'ammontare del sussidio era rimasto invariato; oppure avrebbe potuto, per conseguire lo stesso risultato, adottare una disposizione di interpretazione autentica. Ma ciò non ha fatto ed anzi ha differito nel tempo l'operatività del nuovo meccanismo di rivalutazione automatica; scelta questa più o meno condivisibile, però non certo sindacabile dal giudice se non sotto il profilo del dubbio di legittimità costituzionale.

Ma, una volta ritenuto che nella specie occorreva far riferimento al (pur quiescente) meccanismo di rivalutazione previsto per l'indennità di mobilità, il possibile dubbio di legittimità costituzionale sarebbe null'altro che quello già dichiarato infondato da C. cost. n. 184 del 2000; mentre per l'ipotizzata violazione dell'art. 36 Cost. valgono le considerazioni sopra svolte *sub* 5 ss.

23. — In conclusione deve affermarsi il principio secondo cui il criterio di adeguamento automatico posto dall'art. 1, quinto comma, decreto legge 16 maggio 1994 n. 299, convertito in legge 19 luglio 1994 n. 451, che ha modificato l'art. 1 legge 13 agosto 1980 n. 427, riguarda unicamente il trattamento straordinario di integrazione salariale e solo indirettamente, quanto alla rivalutabilità dei massimali del relativo trattamento, incide anche sull'indennità di mobilità; parimenti tale adeguamento automatico — nel regime precedente al cit. art. 8, comma 8, d. lgs. n. 468 del 1997 — non trova neppure applicazione al sussidio per i lavori socialmente utili, senza che insorgano dubbi non manifestamente infondati di legittimità costituzionale della cit. normativa in riferimento agli artt. 36 e 38, secondo comma, della Costituzione.

Il ricorso dell'INPS va quindi accolto e, potendo questa Corte pronunciarsi nel merito non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, va respinta la domanda della parte intimata.

Non occorre provvedere sulle spese di lite ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ., nuovamente vigente a seguito di C. cost. n. 134 del 1994, non trovando applicazione *ratione temporis* l'art. 42, comma 11, d.l. 30 settembre 2003 n. 269.

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 733.

(2) *Idem*, 1993, p. 490.

(3) *Idem*, 2001, p. 1253.

(4) *Idem*, 1988, p. 822.

***Previdenza (Assicurazioni Sociali)* - Assicurazione contro la disoccupazione - Sistema della integrazione salariale - Indennità di mobilità - Termine di centoventi giorni per il completamento della procedura - Interpretazione autentica dell'art. 24, comma primo, legge n. 223 del 1991 ad opera dell'art. 8 d.l. n. 148 del 1993.**

Corte di Cassazione - 27.5.2004, n. 10219 - Pres. Senese - Rel. Mazzarella - P.M. Sorrentino (Diff.) - INPS (Avv.ti Picciotto, Spadafora, Fabiani) - Perrone e altri (Avv. Tortorici).

La disposizione contenuta nell'art. 8, comma 4, d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, nella l. 19 luglio 1993 n. 236, con la quale è stato interpretato autenticamente l'art. 24, comma 1, ultimo periodo, l. 23 luglio 1991, n. 223, "nel senso che la facoltà di collocare in mobilità i lavoratori di cui all'art. 4, comma 9, della medesima legge deve essere esercitata per tutti i lavoratori oggetto della procedura di mobilità entro centoventi giorni dalla conclusione della procedura medesima, salva diversa indicazione nell'accordo sindacale di cui al medesimo art. 4, comma 9", ha efficacia anche nelle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore, sempreché risulti accertata, da parte del giudice di merito, l'unitarietà logica, cronologica e aziendale delle fasi nelle quali si articola la procedura di collocazione in mobilità dei lavoratori, (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, in riferimento ad una procedura di collocazione in mobilità di 17 dipendenti, con cessazione dell'attività produttiva e mantenimento in servizio di quattro lavoratori aventi il compito di procedere alla chiusura definitiva dello stabilimento e alla cessazione dell'attività, aveva ritenuto che la successiva comunicazione del datore di lavoro di attivazione dei licenziamenti dei residui quattro lavoratori al fine della loro collocazione in mobilità — comunicazione intervenuta dopo l'entrata in vigore della disposizione di interpretazione autentica — integrasse un legittimo prolungamento del termine di centoventi giorni originariamente stabilito per l'esaurimento della procedura, riconoscendo quindi il diritto dei residui quattro lavoratori alla indennità di mobilità).

FATTO — Con la sentenza di cui in epigrafe, e qui impugnata, il Tribunale di Cosenza, in composizione collegiale, in accoglimento dell'appello proposto da Luigi Perrone, Emilio Russo, Sandonato D'Addino e Giuseppe Cipolla riformava la sentenza del Pretore di Cosenza del 25 maggio 1998, che, a sua volta, aveva rigettato la domanda proposta dagli stessi appellanti contro l'INPS — Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (in appresso INPS), diretta al riconoscimento del loro diritto alla indennità di mobilità, e la accoglieva. Aveva ritenuto il Pretore la tardività della domanda di indennità di mobilità dei predetti lavoratori perché iscritti nella relativa lista oltre i centoven-

ti giorni dalla conclusione della relativa procedura per riduzione di personale, e senza che si rilevasse una diversa indicazione nell'accordo sindacale di cui all'art. 4, comma nono, della legge n. 223 del 1991, del dicembre 1991.

Osservava il Tribunale: l'INPS era del tutto estranea alla procedura sindacale e amministrativa, essendo invece solo delegata all'erogazione dell'indennità per effetto del mero dato dell'iscrizione dei lavoratori richiedenti nelle liste approvate dalla Commissione Regionale per l'Impiego e della successiva domanda del lavoratore; compito dell'Istituto, a quel punto, era solo quello di verificare la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 16 della legge n. 223 del 1991 (assunzione con contratto a tempo indeterminato del lavoratore, qualifica del richiedente di operaio, impiegato o quadro, sua anzianità di servizio di almeno dodici mesi, di cui sei di effettivo lavoro, comunicazione di licenziamento e iscrizione nelle liste di mobilità); l'Istituto era estraneo anche alla verifica delle condizioni soggettive dell'impresa (cd. requisito numerico di cui all'art. 24 della citata legge n. 223/91); i lavoratori, invece, erano in possesso dei citati requisiti; l'INPS, fra l'altro, si era costituita solo in grado di appello, essendo in tal modo decaduta da contestazioni relative a circostanze di fatto ritualmente introdotte dai lavoratori ricorrenti sulle dimensioni dell'azienda e sul rispetto dei termini; anche nel merito la domanda era fondata, atteso che i quattro lavoratori, dopo la procedura di mobilità del 1991 per n. 17 dipendenti, erano rimasti in servizio per ultimare le incombenze necessarie alla chiusura definitiva dello stabilimento e per la cessazione dell'attività della società; il licenziamento di essi, pertanto, era la fase terminale e quindi logicamente e cronologicamente connesso ai licenziamenti del 1991; l'accertamento del requisito dimensionale dell'impresa andava effettuato alla data di apertura della procedura di mobilità e il termine di 120 giorni per la domanda di indennità di mobilità poteva anche vedere il proprio *dies a quo* nell'accordo sindacale di cui al licenziamento degli ultimi quattro lavoratori in luogo di quello dei primi 17.

Ricorre per cassazione l'INPS affidandosi a tre motivi di censura.

Luigi Perrone, Emilio Russo, Sandonato D'Addino e Giuseppe Cipolla si sono costituiti con controricorso.

DIRITTO — Con il primo motivo di ricorso l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c., con riferimento agli artt 4 e 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, il tutto in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Deduce, in sintesi, l'Istituto ricorrente: poiché la iscrizione del lavoratore nelle liste di mobilità assurge a requisito costitutivo della prestazione, quest'ultimo deve essere accertato dal giudice di merito, senza che lo stesso fosse condizionato dagli atti amministrativi di iscrizione o cancellazione; nel caso di specie si era contestata la intera procedura di mobilità, da un lato, perché riferita ad impresa di soli quattro dipendenti in luogo degli almeno quindici prescritti, dall'altro, perché con riferimento alla precedente procedura di circa un anno e mezzo addietro, non si era rispettato il termine di centoventi giorni dall'inizio di essa; da qui, l'interesse dell'INPS a contrastare la premessa dell'atto di appello dei lavoratori in ordine alla pretesa regolarità della loro iscrizione nelle liste.

Con il secondo motivo di ricorso l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 416 c.p.c., in relazione all'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.

Deduce, in sintesi, l'Istituto: i quattro licenziamenti effettuati dalla Argentana Conserve s.r.l. a metà del 1993 erano stati asseritamente intimati nell'ambito della procedura di mobilità del dicembre 1991, attivata per effetto di licenziamento collettivo per riduzione di personale, cui aveva fatto seguito la espulsione di diciassette dipendenti su ventuno; in effetti, il 31 maggio 1993 la società comunicava la necessità di licenziare anche i residui quattro dipendenti *"nel prosieguo della precedente procedura di mobilità di cui all'art. 4 e 24 L. 223/91 con la quale la scrivente società licenziava n. 17 lavoratori su n. 21... a norma delle vigenti disposizioni in materia di licenziamenti collettivi (comma 2° art. 24 L. 223/91)";* la procedura era proseguita con la riunione del 15 giugno 1993 e con un accordo del 3 settembre 1993 con il quale i quattro lavoratori avevano accettato il licenziamento, la relativa collocazione in mobilità e il pagamento delle competenze finali; all'esito la domanda di mobilità, contestata nel presente giudizio per la illegittimità delle modalità procedurali della pretesa unica procedura di mobilità; tale illegittimità non integrava una ipotesi di eccezione in senso proprio, e, come tale, non assoggettata alla decadenza di cui all'art. 416, 2° comma, c.p.c.

Con il terzo motivo di ricorso l'INPS denunzia violazione e falsa applicazione dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, come autenticamente interpretato dall'art. 8, comma 4°, del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni nella legge 19 luglio 1993, n. 236, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c.

Deduce, in sintesi, l'Istituto: il licenziamento collettivo ai sensi della citata legge n. 223 del 1991 poteva essere attivato anche in più fasi nell'ambito della medesima procedura, purché comunque i provvedimenti espulsivi fossero *"riconducibili alla medesima crisi aziendale"*, la cui durata, peraltro, era predeterminata in centoventi giorni; nè era invocabile il 4° comma dell'art. 8 della normativa invocata in titolazione circa la possibile variazione con l'accordo sindacale di cui all'art. 9, comma 4°, della legge n. 223/91, del termine di centoventi giorni assegnato al datore di lavoro per la collocazione in mobilità dei lavoratori, attesa la inapplicabilità della norma sopravvenuta alle vicende già esaurite dal punto di vista giuridico; la procedura di mobilità attivata nel dicembre 1991, precedente alla entrata in vigore della norma di interpretazione autentica testé indicata, si era completamente esaurita e conclusa, sicché illegittimo doveva ritenersi nell'adozione dei quattro licenziamenti residui il riferimento *"al precedente verbale"* della prima procedura.

In via preliminare deve rilevarsi che, ai fini del conseguimento della indennità di mobilità da erogarsi da parte dell'INPS, la nuova disciplina sulla integrazione salariale e sui licenziamenti collettivi, sulla falsariga di numerose altre prestazioni poste a carico dell'INPS (indennità di disoccupazione ordinaria e in agricoltura, indennità di maternità per i braccianti agricoli, etc.), presuppone, fra l'altro la iscrizione nelle relative liste, che avviene secondo una procedura cui l'Istituto previdenziale resta sostanzialmente estraneo. Tuttavia, come si è sempre affermato nella giurisprudenza di legittimità, la iscrizione negli elenchi costituisce un atto di accertamento dei requisiti

richiesti dalla legge per la iscrizione stessa attraverso un accertamento della Pubblica Amministrazione, che, nell'occasione, non esercita alcuna discrezionalità di natura amministrativa, ma semplicemente tecnica (Cass. S.U. 24 agosto 1999, n. 591, Cass. 17 dicembre 1999 n. 911, Cass. 21 luglio 1997 n. 1620). Ne consegue che, nelle eventuali controversie tra lavoratore e INPS per il conseguimento di prestazioni, che presuppongono la iscrizione in appositi elenchi, oggetto di tutela è il diritto soggettivo garantito al medesimo lavoratore in presenza di particolari presupposti di fatto che il giudice del merito ha il compito di accertare senza essere in ciò condizionato dagli atti amministrativi di iscrizione o di cancellazione, e la cui legittimità, ove contestata, può essere accertata *incidenter tantum* secondo le regole proprie del riparto dell'onere probatorio. Ed allora l'affermazione della sentenza impugnata, secondo la quale *"l'INPS non ha titolo per contestare la iscrizione nelle liste di mobilità"* essendo esso *"tenuto ad erogare l'indennità previo accertamento dei soli requisiti previsti dall'art. 16"* della legge n. 223 del 1991 deve intendersi così modificata. Nè è fondata l'ulteriore affermazione del giudice di merito secondo cui all'Istituto, tardivamente costituito in primo grado, era precluso ormai, *"di contestare le circostanze fattuali affermate in ricorso dai lavoratori relative alla dimensione aziendale e al rispetto dei termini"* della procedura di mobilità, trattandosi, nella specie, di mere difese sugli elementi costitutivi della domanda (peraltro contestati, sia pure non con la memoria di costituzione) nel corso del giudizio di primo grado. Le relative prospettazioni in qualsiasi stato e grado del giudizio, anche comunque implicite nella proposta contestazione del diritto fatto valere, sono comunque idonee, in quanto sufficienti a conferire al fatto la natura controversa, a sollecitare il superamento delle incertezze sui fatti costitutivi di esso, e, in concreto, in relazione al caso di specie, della configurazione giuridica di licenziamento collettivo del fatto denunziato, presupposto essenziale per il riconoscimento della prestazione di mobilità richiesta e negata.

Il ricorso, tuttavia, va rigettato per la infondatezza dei due successivi motivi di ricorso, da esaminarsi congiuntamente per connessione e anche parziale sovrapposizione fra essi.

Vanno premessi, al fine di una più lineare comprensione delle osservazioni che seguono, alcuni elementi fattuali definitivamente accertati in sede di merito: a) la procedura di mobilità attivata per soli 17 dipendenti sui 21 della Argentana Conserve s.r.l. nel dicembre 1991, ai sensi degli allora vigenti artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, si era conclusa con la messa in mobilità dei medesimi 17 lavoratori licenziati e la cessazione dell'attività industriale, essendo i residui quattro lavoratori (un impiegato, un carrellista e due guardie giurate) rimasti in attività di servizio con *"il compito di liquidare la merce esistente nell'opificio"* al fine della chiusura definitiva dello stabilimento e la cessazione dell'attività della società (sul punto è dedotta in appello specifica prova testimoniale non contestata dall'INPS); b) in data 20 maggio 1993 è entrato in vigore l'art. 8, comma 4, del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, convertito in legge 19 luglio 1993, n. 236, di interpretazione autentica della disposizione di cui all'art. 24, comma 1, ultimo periodo, della legge n. 223 del 1991, *"nel senso che la facoltà di collocare in mobilità i lavoratori di cui all 'art. 4, comma 9, della medesima legge deve essere*

esercitata per tutti i lavoratori oggetto della procedura di mobilità entro centoventi giorni dalla conclusione della procedura medesima, salvo diversa indicazione nell'accordo sindacale di cui al medesimo art. 4, comma 9"; c) in data 31 maggio 1993 la società comunicava l'attivazione dei licenziamenti dei residui quattro lavoratori *"nel prosieguo della precedente procedura di mobilità di cui all'art. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991 con la quale la scrivente società licenziava n. 17 lavoratori su n. 21* alla luce dell'art 8 della legge 19 luglio 1993, n. 236; d) nel verbale redatto presso l'UPLMO il 15 giugno 1993 si precisava, fra l'altro, che il ricorso alla procedura di mobilità di cui agli artt. 4 e 24 della legge n. 223/91, doveva intendersi in prolungamento del termine di 120 giorni; e) in data 30 agosto 1993 veniva data comunicazione anche all'INPS della richiesta di collocazione nelle liste di mobilità; f) infine, in data 3 settembre 1993 si perfezionava l'accordo in base al quale i detti quattro lavoratori accettavano *"il licenziamento, la relativa collocazione in mobilità e il pagamento delle competenze finali"*, ed, in immediata conseguenza, le citate residue quattro unità, con decisione della Commissione Regionale per l'Impiego, erano iscritti nelle dette liste. È bene ancora precisare che la sentenza impugnata, sulla scorta dei detti elementi fattuali, perveniva all'accertamento della *"effettiva unitarietà logica e cronologica tra i due gruppi di licenziamenti"*, finanche avallata dall'Ufficio Provinciale del Lavoro che aveva provveduto alla iscrizione anche del secondo gruppo di lavoratori nelle liste di mobilità.

Orbene, certamente la normativa vigente *ex lege* n. 223/91 all'epoca dell'attivazione del primo gruppo di licenziamenti nel dicembre 1991 non permetteva altro che la limitazione della procedura ai 17 dipendenti poi inseriti nelle liste di mobilità, protraendosi, per le residue quattro residue unità il rapporto di lavoro, decisamente incompatibile con la procedura stessa. Tuttavia, sul presupposto dell'accertata unitarietà logica e cronologica ed aziendale fra i due momenti espulsivi, una volta intervenuta la facoltà, quanto mai opportuna ed essenziale, della salvezza della *"diversa indicazione dell 'accordo sindacale di cui al medesimo art. 4, comma nono"* di cui alla legge n. 236 del 1993 di conversione del d.l. n. 148 del 1993, diviene automaticamente applicabile lo *ius superveniens*, in termini di interpretazione autentica, anche nella ipotesi della presente fattispecie, da ritenersi, pertanto, *esaurita* solo per effetto dell'impedimento legislativo, ma *recuperata* a seguito della rimozione di esso con le ultime disposizioni di legge sopra richiamate, per l'applicazione delle quali, ovviamente, sussistevano tutti i requisiti, e cioè quelli già sperimentati nella procedura (non contestata) per i primi 17 dipendenti.

Va solo rimarcato, a questo punto, che l'accertamento circa la unitarietà logica, cronologica e aziendale fra i due gruppi di licenziamenti non risulta contestato in questa sede, se non soltanto con riferimento al termine di centoventi giorni entro i quali la cd. prima procedura doveva aver termine e quindi alla contemporanea esistenza degli ulteriori requisiti aziendali per l'applicazione di essa al fatto concreto, contestazione evidentemente assorbita dalle osservazioni di cui sopra circa la diversa indicazione dell'accordo sindacale.

Nè assumono, infine, rilevanza alcuna le ulteriori considerazioni della sentenza

impugnata, essendo esse attinenti ad una diversa, e cosi modificata, impostazione motiva in ordine alla legittimità della (intera) procedura di mobilità.

Il ricorso, pertanto, va rigettato.

Sussistono i giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

(Omissis)

***Pensioni* - Assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali – Indennità e rendita - Contributi o premi - Prosecuzione volontaria del versamento dei contributi - Ammissibilità in favore di soggetto del tutto privo di contribuzione obbligatoria in Italia - Esclusione - Avvenuto versamento di contributi obbligatori in altro Stato comunitario - Irrilevanza.**

Corte di Cassazione – 8.4.2004, n. 6907- Pres. Senese - Rel. La Terza - PM Apice (Diff.) - Piancini (Avv. Citrella) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

Nessuna disposizione, dell'ordinamento Italiano o comunitaria - tenuto conto, in particolare, dell'interpretazione dell'art. 9, n.2, del regolamento del Consiglio CEE 14 giugno 1971 n. 1418 resa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (poi Unione Europea) con sentenze del 27 gennaio 1981 e del 20 ottobre 1993 - consente in Italia, relativamente all'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la prosecuzione volontaria del versamento dei contributi a chi qui sia del tutto privo di contribuzione obbligatoria, non rilevando l'avvenuto versamento di contributi obbligatori in altro stato comunitario. Avuto riguardo all'interpretazione autentica della disposizione regolamentare fornita dalla Corte di Giustizia, il menzionato art. 9 del Regolamento opera se ed in quanto la prestazione pretesa dal lavoratore dipenda dalla durata dei periodi assicurativi, non avendo, invece, lo scopo di attribuire la qualità di assicurato, qualità considerata come presupposto che dipende dal diritto interno, sul quale non incide, in via di principio, il diritto comunitario.

FATTO — Con ricorso depositato il 23 settembre 1996 Piancini Giuseppa conveniva l'Istituto Nazionale della Previdenza sociale davanti al Pretore di Ragusa lamentando l'illegittimità della revoca - disposta oltre dieci anni dopo il riconoscimento del

diritto — della pensione di vecchiaia che aveva conseguito con decorrenza dal settembre 1986 con il cumulo dei 75 contributi settimanali versati presso la Repubblica Democratica tedesca ed i contributi volontari versati in Italia a seguito di autorizzazione dell'Istituto del 16 aprile 1968.

Nel contraddittorio con INPS il Pretore con sentenza del 26 maggio 1999 rigettava la domanda e sull'appello della Piancini la statuizione veniva confermata dal locale Tribunale con sentenza del 13 ottobre 2000.

Il Tribunale, per quanto ancora interessa in questa sede, affermava che la revoca della pensione di vecchiaia era legittima in quanto non avrebbe potuto essere autorizzato il versamento dei contributi volontari per mancanza di qualsiasi rapporto di contribuzione obbligatoria in Italia; i Giudici di merito facevano applicazione dell'art. 9 comma 2) del regolamento comunitario 1408/71, come interpretato dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 20 ottobre 1993.

Avverso detta sentenza la Piancini propone ricorso affidato ad un unico motivo.

L'INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 9, n. 2, del regolamento del Consiglio CEE n. 1408 del 1971 e sostiene che, contrariamente a quanto ha deciso il Tribunale, poiché' la norma contenuta nel suddetto art. 9, n. 2 del regolamento del Consiglio CEE assimila a tutti gli effetti i contributi versati in uno Stato membro a quelli versati in Italia, sarebbe sorto il diritto al versamento dei contributi volontari anche in mancanza di rapporto lavorativo nel territorio nazionale.

Il motivo È infondato.

Questa Corte si è già pronunziata in materia con la sentenza n. 6224 del 28 giugno 1994 (1). Si deve premettere che la Piancini, non avendo mai prestato lavoro in Italia, non poteva nel nostro Stato far valere periodi di contribuzione obbligatoria per l'assicurazione contro l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, con la conseguenza che, per effetto di tutte le disposizioni che nel nostro ordinamento hanno nel tempo regolato la materia (art. 56 L. 30 aprile 1969 n. 153, gli artt. 1 e 2 D.P.R. 31 dicembre 1971 n. 1432, poi sostituiti dall'art. 1 L. 18 febbraio 1983 n. 47, ed attualmente decreto legislativo n. 184 del 30 aprile 1997), la stessa non poteva essere ammessa alla contribuzione volontaria.

Invero l'art. 9, n. 2, del regolamento del Consiglio Cee n. 1408 del 14 giugno 1971, testualmente stabilisce che *"se legislazione di uno Stato membro subordina l'ammissione all'assicurazione volontaria o facoltativa continuata al compimento di periodi di assicurazione, i periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione di ogni altro Stato membro sono presi in considerazione, nella misura necessaria, come se si trattasse di periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione del primo Stato"*.

Detta disposizione è stata interpretata una prima volta dalla Corte di Giustizia con sentenza del 27 gennaio 1981 nella causa del 25 febbraio 1988, in senso conforme a quello affermato nella decisione impugnata. Indi, alla medesima Corte fu nuovamente rimessa la questione, per sapere se la citata disposizione del regolamento del 1971 debba essere

interpretata nel senso che l'ammissione alla prosecuzione volontaria della contribuzione obbligatoria debba essere disposta dallo Stato membro a cui viene rivolta la richiesta, anche se il lavoratore non ha svolto nessuna attività nel suo territorio ma abbia esercitato in unico pregresso periodo lavorativo, trascorso come migrante, in un altro Stato membro, conseguendo in tale Stato la relativa contribuzione obbligatoria, utile per l'ammissione a quella volontaria nello Stato nel quale è avanzata la domanda di prosecuzione.

Orbene, decidendo sulla questione sottopostale, la Corte di Giustizia con la sentenza del 20 ottobre 1993 ha dichiarato, in primo luogo, che l'art. 9, n. 2, 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, nella versione risultante dal regolamento CEE del Consiglio 2 giugno 1983 n. 2001, non fa obbligo ad uno Stato membro di ammettere la possibilità di affiliazione al proprio regime previdenziale in favore di persone precedentemente assoggettate ad un regime previdenziale obbligatorio in un altro Stato membro e che non soddisfino i presupposti per l'affiliazione al detto regime nel primo Stato membro; e, in secondo luogo, che il diritto comunitario non fa obbligo ad uno Stato membro, il quale consenta una tale affiliazione ai propri cittadini che hanno svolto attività lavorativa in uno Stato terzo, di applicare il medesimo trattamento ai propri cittadini che hanno svolto attività lavorativa in un altro Stato membro.

Il fondamento della sentenza della Corte di Giustizia va ravvisato, come peraltro risulta dalle conclusioni dell'avv. Generale, sulla considerazione che il citato art. 9 del Regolamento - che prescrive il cumulo ed implica di conseguenza una equiparazione dei periodi assicurativi maturati all'estero — opera se ed in quanto la prestazione pretesa dal lavoratore dipenda dalla durata dei periodi assicurativi, per cui questi si possono prendere in considerazione, ad esempio, per stabilire se vi sia stato un periodo di assicurazione minimo di sessanta mesi. Detta disposizione non ha invece lo scopo di attribuire la qualità di assicurato; questa, anzi, è considerata come un "presupposto" che dipende dal diritto interno, sul quale non incide in via di principio il diritto comunitario.

Pertanto, avuto riguardo alla interpretazione autentica della disposizione regolamentare fornita dalla Corte di Giustizia e tenuto conto che, come È pacifico, non può la Piancini invocare le disposizioni legislative interne al nostro ordinamento, il ricorso non può che essere rigettato, dovendosi affermare che non esiste alcuna disposizione, interna all'ordinamento italiano o comunitario, che ammetta nell'ordinamento stesso, relativamente alla assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, la prosecuzione volontaria del versamento dei contributi in mancanza assoluta in Italia di contribuzione obbligatoria.

Nulla per le spese ex art. 152 disp. att. cod. proc. civ. non essendo applicabile ratione temporis l'art. 42 comma 11 del D. L.30 settembre 2003 n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003 n. 326.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 985

***Pensioni* - Pensione di anzianità - Assicurato con pregressa attività lavorativa in Stati diversi -Disciplina della totalizzazione contenuta in un accordo bilaterale o in un regolamento comunitario - Applicabilità - Condizioni - Applicazione analogica - Esclusione - Fattispecie in tema di pensione di anzianità.**

Corte di Cassazione – 5.4.2004, n. 6637 - Pres. Mileo - Rel. De Luca -PM D'Angelo (Diff.) - Renna (Avv. Schito) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo, Valente).

La disciplina in materia di "totalizzazione" (ovvero di cumulo dei periodi di assicurazione sociale relativi a periodi di lavoro compiuti sotto la legislazione di diversi stati) dettata da fonti dell'Unione Europea o da convenzioni internazionali, non trova applicazione, analogica o estensiva, al di fuori dalle fattispecie per le quali è prevista, impegna soltanto i paesi che ne sono vincolati e si applica soltanto nell'ambito del territorio di tali paesi. (Nella specie, la S.C. ha escluso che la disciplina della "totalizzazione" dettata dagli artt. 45 e ss. del regolamento del Consiglio CEE n. 1408/71 del 14 giugno 1971 con specifico riferimento alle prestazioni previdenziali pensionistiche di vecchiaia e morte e la disciplina del successivo reg. Consiglio CEE 21 marzo 1972, n. 574/72, art. 15, potessero applicarsi anche alla fattispecie, non prevista nel regolamento 1971 n. 1408, della pensione di anzianità, con la conseguenza che, ai fini del diritto e della liquidazione della pensione di anzianità, per poter usufruire del cumulo dei periodi di assicurazione derivanti da lavoro prestato sotto la legislazione di diversi stati membri, non è necessario che si verifichi la condizione che tali periodi non si sovrappongano).

FATTO — Con la sentenza ora denunciata, la Corte d'appello di Lecce — in riforma della sentenza del Tribunale della stessa sede in data 28 aprile 2000 — rigettava la domanda proposta da Bruno Renna contro l'INPS per ottenere che la pensione di anzianità, della quale era titolare, fosse liquidata "sulla base della sola contribuzione italiana pari a n. 1964 contributi settimanali" — sebbene avesse versato contributi anche in Germania, per periodi (in parte) coincidenti (essendo stato iscritto in Italia alla gestione commercianti, dal 1° gennaio 1965 al 30 novembre 1996, ed, in Germania, all'assicurazione per gli operai ed a quella per gli impiegati dal 1° aprile 1968 al 31 dicembre 1976 e, rispettivamente, dal 1° gennaio 1977 al 2 febbraio 1996) — essenzialmente in base al rilievo che il cumulo dei periodi di assicurazione, compiuti sotto le legislazioni di diversi stati membri dell'Unione europea, è subordinato alla condizione che tali periodi "non si sovrappongano" (ai sensi dell'articolo 15, lettera a, prima parte, regolamento CE del Consiglio n. 544/72), essendo, bensì, previsto che l'istituzione di ciascun paese proceda "separatamente a tale totalizzazione" (ai

sensi della seconda parte della stessa lettera a dell'articolo 15) — soltanto "se si tratta di prestazioni per invalidità, vecchiaia o morte (pensioni)" — mentre il prospettato divieto di cumulo risorge, tuttavia, ove si tratti — come nella specie — della pensione di anzianità, che è prestazione affatto diversa.

Avverso la sentenza d'appello, Bruno Renna propone ricorso per cassazione affidato a quattro motivi.

L'intimato INPS resiste con controricorso.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo di ricorso - denunciando (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (legge 8 agosto 1965, n. 335) - Bruno Renna censura la sentenza impugnata per avere omesso di considerare che "la pensione di anzianità va configurata come una pensione di vecchiaia anticipata nel tempo, in presenza di una determinata ed elevata base contributiva".

Con il secondo motivo — denunciando (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 15, 4° comma, lettera d, legge 20 febbraio 1958, n. 55, art. 13 legge 12 agosto 1962, n. 1338) — il ricorrente censura la sentenza impugnata per avere omesso di considerare, da un lato, che "l'assicurazione obbligatoria, nel nostro ordinamento, è prevista per i trattamenti di pensione per invalidità, vecchiaia e superstiti e, con riferimento a tali trattamenti e per assicurarne l'erogazione, l'Istituto fa luogo ad una riserva matematica" e, dall'altro, che, per la liquidazione di una pensione di anzianità, "il sistema di calcolo (...) è identico a quello seguito per la liquidazione della pensione di vecchiaia".

Con il terzo motivo — denunciando (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.) violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 15 Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72) — il ricorrente censura la sentenza impugnata per non avere, da un lato, "assimilato la pensione di anzianità alla pensione di vecchiaia" — ritenendo, di conseguenza, applicabile il divieto di cumulo tra periodi contemporanei di assicurazione, compiuti sotto la legislazione di diversi stati membri dell'Unione europea (ai sensi della prima parte della lettera a) dell'art. 15 Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, cit.) — ed avere omesso di considerare, dall'altro, che la stessa disposizione (prima parte della lettera a) dell'art. 15 Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, cit., appunto) "si riferisce alla sola ipotesi in cui sia necessario ricorrere ai periodi di assicurazione di un secondo stato membro ai fini dell'acquisizione o del mantenimento del diritto a prestazioni previdenziali".

Con il quarto motivo — denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 15 Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, legge 8 agosto 1965, n. 335), nonché vizio di motivazione (art. 360, n. 3 e 5, c.p.c.) — il ricorrente censura la sentenza impugnata per avere omesso di considerare che:

— l'attuale ricorrente "ha svolto con prevalenza e continuità in Italia la sua attività di lavoratore autonomo";

— tuttavia l'attività commerciale poteva essere svolta contemporaneamente anche in Germania, in quanto "la stessa era collegata ad un rapporto societario" ed a ciascuno dei soci era affidata la gestione societaria in uno dei due paesi;

— le retribuzioni — percepite in Germania ed ivi assoggettate a contribuzione - erano corrisposte, poi, dalla stessa società — della quale era "contitolare" — e "costituivano, in buona sostanza, delle anticipazioni sugli utili aziendali" (siccome previsto dall'atto costitutivo della società e confermato dalle "distinte-paga" prodotte nel giudizio d'appello);

— "né può assumere rilevanza la qualifica attribuita al Renna in occasione dei versamenti contributivi in Germania", in quanto l'INPS "non ha alcuna veste e potere per sindacare al riguardo, anche in considerazione che l'attività del Renna in Germania è stata sempre svolta in maniera autonoma";

— peraltro "il requisito della presenza dei presupposti per la contribuzione obbligatoria deve essere richiesto solo nel momento genetico dell'accreditamento e non nel successivo momento funzionale";

— comunque, "quando sono versati contributi per un periodo determinato, ai sensi delle disposizioni di uno stato membro diverso dalla Germania a titolo di assicurazione obbligatoria per invalidità vecchiaia o morte (pensioni) possono del pari essere versati per le stesso periodo contributi ai sensi della legge tedesca" (art. 12 Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72).

II ricorso è fondato.

2. — La totalizzazione è (con la ricongiunzione) uno degli istituti del nostro ordinamento previdenziale (ma con riscontri nel diritto dell'Unione europea, come emerge anche dalla presente controversia, nonché nel diritto internazionale e nel panorama comparatistico), che sono diretti ad agevolare l'utilizzazione integrale delle contribuzioni versate presso enti (o gestioni) previdenziali diversi del nostro paese oppure di paesi diversi — nei casi regolati da fonti dell'Unione europea, come nella specie, o da fonti internazionali - in dipendenza dello svolgimento di lavori diversi oppure, rispettivamente, della loro prestazione nel territorio di paesi, parimenti diversi, da parte dello stesso lavoratore — ai fini del diritto e della misura del trattamento pensionistico (vedi Cass. n. 13273 (1), 10305/2003), per quel che qui interessa, ma anche di altre prestazioni previdenziali (vedi, per tutte, Cass. n. 2318/02, in tema di indennità di disoccupazione).

A differenza dalla ricongiunzione — che consente la concentrazione di tutte le posizioni contributive presso l'ente (o la gestione), prevedibilmente destinato (o destinata) ad erogare la pensione in base al proprio regime, all'uopo trasferendovi tutte le contribuzioni — la totalizzazione si limita, tuttavia, a consentire soltanto il cumulo — in virtù di una sorta di finzione giuridica (fictio — di tutte le contribuzioni versate in favore dello stesso lavoratore, ai fini del diritto e della misura della pensione appunto, mentre restano, presso ciascun ente o gestione, le contribuzioni — che vi risultano versate - ed a loro carico — in base al criterio del *pro rata* — soltanto una quota di pensione, in proporzione dell'anzianità assicurativa e contributiva, dal lavoratore maturata presso la gestione medesima (vedi Corte cost. n. 61/99; Cass., ordinanza n. 3386/03 (2)).

Tuttavia non è stata, a suo tempo, esercitata la delega, di evidente portata generale, che era stata conferita al Governo (articolo 35, comma 2, lettera c, legge n. 153 del 1969) per "attuare il principio della pensione unica, determinandone la misura con la totalizzazione di tutti i periodi coperti da contribuzione obbligatoria, volontaria e figurativa, mediante l'applicazione del principio del *pro rata*".

Di conseguenza, il principio della totalizzazione ha trovato applicazione, nel nostro ordinamento, soltanto nei casi per i quali risulta espressamente previsto, in termini non sempre omogenei.

La totalizzazione, quindi, non è principio generale del nostro ordinamento.

Rappresenta, al contrario, una eccezione — sia pure molto diffusa — rispetto alla regola, che impone la utilizzazione dei contributi — ai fini del diritto e della misura delle pensioni ed, in genere, delle prestazioni — presso le stesse gestioni previdenziali, nelle quali sono versati (vedi, per tutte, Cass. n. 13273/2003, cit.).

Ne risultano, infatti, discipline speciali diverse della totalizzazione, che — pur avendo in comune il criterio del pro-rata, che indubbiamente possiede una sua ben delineata fisionomia - si differenziano, tuttavia, per taluni aspetti di dettaglio, essenzialmente funzionali all'adattamento del principio della totalizzazione alle particolarità dei regimi previdenziali diversi, che vi sono coinvolti (vedi Corte cost. n. 61 del 1999).

Coerentemente, i casi di totalizzazione prospettati non sono reciprocamente comparabili, ai fini del sindacato di costituzionalità (vedi Corte cost. n. 61 del 1999, cit.), né consentono l'applicazione — analogica od estensiva — di ciascuna disciplina, al di fuori delle fattispecie per le quali è prevista, e, tantomeno, la possibilità di prefigurare regole alternative o, comunque, diverse rispetto a quelle espressamente previste (vedi Cass. 13273/2003, ordinanza n. 3386/03, cit.).

3. — La prospettata eccezionalità — come le implicazioni relative, concernenti, fra l'altro, la preclusione dell'interpretazione analogica ed estensiva — riguarda, vieppiù, le discipline speciali diverse, che — in materia di totalizzazione — sono dettate da fonti dell'Unione europea (trattati o fonti derivate), come nella specie, oppure da convenzioni internazionali (vedi, per tutte, Cass. n. 13273/2003, cit.).

Con la consueta eccezionalità delle discipline speciali diverse nella soggetta materia, ciascuna di tali fonti coniuga, infatti, il limite coessenziale dell'efficacia soggettiva — ai soli paesi membri dell'Unione europea oppure, rispettivamente, ai paesi stipulanti ciascuna convenzione internazionale — nonché dell'ambito di applicazione — in deroga, parimenti eccezionale, al principio generale di territorialità delle legislazioni nazionali in materia di sicurezza sociale (vedi Corte cost. n. 369/85 (3); Cass. n. 1499/86 (4)) — al territorio di tali paesi.

In altri termini, la disciplina in materia di totalizzazione — dettata da fonti dell'Unione europea, come nella specie, o da convenzioni internazionali — non solo non trova applicazione - analogica od estensiva — al di fuori delle fattispecie per le quali è prevista (né, tantomeno, consente la possibilità di prefigurare regole alternative o, comunque, diverse rispetto a quelle espressamente previste), ma impegna, altresì, soltanto i paesi - che ne risultano vincolati (paesi membri dell'Unione europea, appunto, oppure paesi stipulanti ciascuna convenzione internazionale) — e parimenti si applica soltanto nell'ambito del territorio dei paesi stessi (vedi, per tutte, Cass. n. 13273/2003, cit.).

4. — Ora il trattato istitutivo della Comunità economica europea (ratificato e reso esecutivo con legge15 ottobre 1957, n. 1203) sancisce testualmente (art. 51):

"Il Consiglio (...) adotta, in materia di sicurezza sociale, le misure necessarie per

l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando, in particolare, un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti ed ai loro aventi diritto:

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

In attuazione della delega conferita dal Trattato (art. 51, cit.), il Regolamento CEE del Consiglio n. 1408/71 del 14 giugno 1971 (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) — con specifico riferimento alle prestazioni previdenziali di "vecchiaia e morte (pensioni)" (disciplinate, appunto, dal capitolo 3 del Titolo III del regolamento, intitolato Disposizioni specifiche alle varie categorie di prestazioni), adotta le misure per il "cumulo" dei periodi di assicurazione, compiuti sotto la legislazione di stati membri diversi (totalizzazione), sia ai fini del diritto alle prestazioni (art. 45), sia ai fini della liquidazione delle prestazioni medesime (art. 46).

Lo stesso regolamento adotta, altresì, analoghe misure di "cumulo" di periodi di assicurazione, compiuti sotto la legislazione di stati membri diversi (totalizzazione), per il diritto e per la liquidazione dl tutte le altre prestazioni previdenziali contemplate, quali: le prestazioni per malattia e maternità (art. 18), per invalidità (art. 38), per disoccupazione (art. 67), in caso di morte (assegni) (art. 64).

Ora la disciplina della totalizzazione — per il diritto e la liquidazione delle prestazioni previdenziali di "vecchiaia e morte (pensioni)" (art. 45 e seguenti del regolamento) — non può non ritenersi applicabile — secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine le sentenze n. 13273; 10305/2003) — anche alla pensione di anzianità — prevista dal nostro ordinamento, ma ignota ad altri — sebbene questa non risulti esplicitamente contemplata nel regolamento.

Anche a volere prescindere dalle evidenti analogie, se non proprio identità, con le prestazioni previdenziali di "vecchiaia e morte (pensioni)" — esplicitamente contemplate, invece, nel regolamento (art. 45 ss., cit.), (anche) per quanto riguarda la disciplina della totalizzazione — non può non ritenersi estesa, alla pensione di anzianità, la garanzia che — in tema, appunto, di totalizzazione — il trattato (art. 51, cit.) prevede per tutte le prestazioni previdenziali.

Alla pensione di anzianità non può trovare applicazione, infatti, la disciplina che - sullo stesso tema della totalizzazione - il regolamento detta, per quanto si è detto, con riferimento ad altre prestazioni previdenziale (per malattia e maternità, appunto, per invalidità, in caso di morte, per disoccupazione), non aventi natura pensionistica.

Sulla falsariga prospettata, dev'essere quindi interpretato anche il successivo Regolamento — per così dire — di attuazione (CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, recante, appunto, Modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, 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), che - nella norme in tema di totalizzazione (art. 15), riferite a tutte le prestazioni previdenziali (di cui agli artt. 18, 38, 45, 64 e 67 del regolamento n. 1408/71, cit., esplicitamente menzionati nell'alinea dello stesso articolo 15 del regolamento ora in esame) — detta (nella prima e nella secon-

da parte della lettera a) una disciplina diversa — circa il cumulo di periodi di assicurazione, compiuti sotto la legislazione di due o più paesi membri — con riferimento generico, da un lato, ai "fini dell'acquisizione, del mantenimento o del recupero del diritto alle prestazioni" (nella prima parte) e con riferimento specifico, dall'altro, alle "prestazioni per invalidità, vecchiaia o morte (pensioni)" (nella seconda parte).

Infatti il cumulo di periodi di assicurazione risulta esplicitamente subordinato alla condizione che gli stessi periodi "non si sovrappongano" — solo per il primo caso — mentre, per il secondo caso, è stabilito, invece, che l'istituzione competente di ciascuno stato membro "procede separatamente a tale totalizzazione, tenendo conto dell'insieme dei periodi di assicurazione compiuti dal lavoratore (...) sotto le legislazioni di tutti gli stati membri alle quali è stato soggetto".

La disciplina, ora prospettata, in tema di totalizzazione — sebbene sia riferita, esplicitamente, alle "prestazioni per invalidità, vecchiaia o morte (pensioni)" (secondo periodo dell'art. 15, lettera a, del Regolamento CEE del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574/72, cit.) — non può non trovare coerente applicazione, per quanto si è detto, anche alla pensione di anzianità.

Ai fini del diritto e della liquidazione della stessa prestazione, il cumulo dei periodi di assicurazione — compiuti sotto le legislazioni di più stati membri — non è subordinato, quindi, alla condizione che gli stessi periodi "non si sovrappongano".

La sentenza impugnata si discosta - dall'enunciato principio di diritto — e merita, quindi, le censure che le vengono mosse dal ricorrente.

Nella stessa prospettiva (dell'accoglimento, appunto, del ricorso), tuttavia, potrebbe risultare assorbente — all'esito della verifica, demandata al giudice di rinvio — la prospettazione (riproposta nel terzo e ribadita, almeno in parte, nel quarto motivo di ricorso) che, nella specie, la pensione di anzianità debba essere liquidata "sulla base della sola contribuzione italiana pari a n. 1964 contributi settimanali".

In tale ipotesi, infatti, la liquidazione pretesa prescinde (*recte:* prescinderebbe) dalla cumulabilità — sulla quale si è concentrata, finora, la controversia — dei periodi di assicurazione compiuti dal lavoratore (ed attuale ricorrente) sotto la legislazione italiana, appunto, ed i periodi compiuti sotto la legislazione di altro stato membro dell'Unione europea (quale, nella specie, la Germania).

5. — Il ricorso, pertanto, deve essere accolto.

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

(Omissis)

---

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 875

(2) *Idem*, 2003, p. 551

(3) *Idem*, 1986, p. 52

(4) *Idem*, *idem*, p. 944

***Pensioni* - Personale *ex* Scau - Dirigenti - Pensione - Diritto alla riliquidazione in relazione alle variazioni nella retribuzione pensionabile del personale in servizio (artt. 30 del regolamento di previdenza dell'ente e 75 D.P.R. n. 761 del 1979) - Indennità di funzione *ex* art. 13. l. n. 88 del 1989 - Commutabilità - Decorrenza - Fondamento.**

Corte di Cassazione - 8.3.2004. n. 4671 - Pres. D'Angelo - Rel. Cuoco - P.M. Destro (Conf.) - Patuzzi (Avv.ti Salerno, Allocca) - INPS.

*Con riferimento alla riliquidazione delle pensioni del personale già dipendente dallo SCAU in relazione alle variazioni nella retribuzione pensionabile del personale in servizio che siano frutto di provvedimenti di carattere generale, prevista dall'art. 30 del regolamento dell'ente, atteso che il diritto del dirigente in servizio dell'*ex *SCAU alla c.d. indennità di funzione dirigenziale ai sensi dell'art. 13, della l. n. 88 del 1989, sorge solo con l'art. 19 della l. n. 724 del 1994, quindi dalla data della soppressione dello SCAU e del trasferimento delle strutture, delle funzioni e del personale all'INPS e all'INAIL, secondo le rispettive competenze, dalla stessa data decorre la riliquidazione della pensione per il dirigente già in quiescenza, restando irrilevante che parte del personale SCAU sia stato trasferito all'INPS prima dell'entrata in vigore della suddetta legge.*

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Roma, Arnoldo Patuzzi chiese che, quale *ex* dipendente S.C.A.U. cessato dal servizio il 1° gennaio 1976 con la qualifica di dirigente generale e beneficiario del trattamento pensionistico integrativo a carico della gestione speciale di previdenza del personale S.C.A.U, si condannasse L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (I.N.P.S.) alla riliquidazione della pensione integrativa con l'inclusione della c.d. indennità di funzione dirigenziale quota "A" ex art. 13 della legge 9 marzo 1989 n. 88.

Con sentenza del 2 febbraio 2000 il Tribunale, accogliendo la domanda, dichiarò il diritto del Patuzzi all'inclusione nella retribuzione pensionabile della predetta indennità con decorrenza dal 1° luglio 1990, e condannò l'I.N.P.S. al pagamento delle conseguenti differenze.

Con sentenza del 2 febbraio 2001 la Corte d'Appello di Roma, parzialmente accogliendo l'impugnazione dell'I.N.P.S., ha fissato al 1° luglio 1995 la decorrenza del diritto.

Afferma il giudicante che il sistema perequativo previsto dall'art. 30 del Regolamento S.C.A.U. prende come riferimento la retribuzione dei parigrado in servizio, e, pertanto, è al trattamento dei parigrado dirigenti *ex* S.C.A.U. che

occorre agganciarsi, ai fini della richiesta riliquidazione.

E, poiché è pacifico che i dirigenti *ex* SCAU ancora in servizio beneficiano, *ex* art. 13 della legge 9 marzo 1989 n. 88, dell'indennità di funzione solo dal 1° luglio 1995, data di soppressione dello S.C.A.U. e del passaggio dei suoi dipendenti all'I.N.P.S., solo da questa data deve essere effettuata la riliquidazione.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre Angelo Patuzzi, percorrendo le linee di tre motivi; l'INPS non si è costituito.

DIRITTO — 1. — Con il primo motivo, denunciando per l'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 e dell'art. 13 della legge 9 marzo 1989 n. 88 in relazione all'art. 30 del Regolamento di previdenza del disciolto SCAU, il ricorrente sostiene che:

1.1. — L'art. 30 del Regolamento S.C.A.U. attribuiva ai pensionati il diritto alla ricostituzione della pensione in relazione alle variazioni della retribuzione pensionabile del personale in servizio (che siano effetto di provvedimenti generali), disponendo che in questa ricostituzione sia assunta come base la nuova retribuzione prevista per la qualifica e la posizione in cui l'impiegato si trovava all'atto della cessazione dal servizio;

1.2. — Di alcuna incidenza è il fatto che lo S.C.A.U. sia stato disciolto nel 1995, poiché gli elementi della ricostituzione hanno come modalità essenziale lo *status* di servizio del pensionato all'atto di cessazione dal servizio e l'erogazione delle indennità ai suoi colleghi in servizio presso l'I.N.P.S. e di pari grado.

Con il secondo motivo, denunciando per l'art. 360 n. 3 cod. proc. civ. violazione dell'art. 111 cod. proc. civ., il ricorrente sostiene che il rapporto nel quale l'I.N.P.S. subentra, *ex* art. 111 cod. proc. civ. allo S.C.A.U., è quello anche pregresso, che dà al Patuzzi titolo di richiedere l'indennità dalla legge 9 marzo 1989 n. 88, avendo egli i requisiti oggettivi e soggettivi previsti da questa legge; nè l'INPS può opporre la questione meramente interna della successione fra enti.

Con il terzo motivo, denunciando omessa insufficiente e contraddittoria motivazione, il ricorrente sostiene che il "pari grado" in servizio, cui occorre far riferimento, non deve coincidere necessariamente con l'ex dirigente S.C.A.U. passato all'I.N.P.S.: è da far riferimento al pari grado dirigente facente parte dell'Area parastatale, atteso che ben potrebbe accadere che nessun dirigente risulti poi trasferito.

2. — I motivi, che per la loro interconnessione devono essere congiuntamente esaminati, sono infondati.

3. — L'oggetto della controversia giunta in sede di legittimità è la decorrenza del diritto (irreversibilmente accertato in sede di merito) del Patuzzi alla c.d.

indennità di funzione dirigenziale quota "A" *ex* art. 13 della legge 9 marzo 1989 n. 88.

Questa legge ha come destinatari, ed in via esclusiva, solo l'I.N.P.S., l'I.N.A.I.L. e, successivamente, l'I.N.P.D.A.P.: gli altri enti (fra i quali lo S.C.A.U.) restano fuori dello spazio disciplinato dalla legge.

L'art. 30 del Regolamento SCAU dispone che "ove con provvedimenti di carattere generale siano apportate variazioni nelle retribuzioni pensionabili del personale m servizio, le pensioni a carico del Fondo, in corso di godimento, sono riliquidate, assumendo come base la nuova retribuzione prevista per la qualifica e la posizione in cui l'impiegato si trovava all'atto della cessazione dal servizio. Si provvede altresì alla riliquidazione della pensione integrativa ogni qualvolta intervenga una variazione nella misura della pensione dell'assicurazione obbligatoria percepita dal singolo interessato".

La norma indica, come parametro per la variazione, la retribuzione pensionabile del personale S.C.A.U. in servizio. Ed è a questo personale che è necessario far riferimento anche per la determinazione del diritto in controversia, ed in particolare per la relativa decorrenza.

4. — Con l'art. 19 della legge 23 dicembre 1994 n. 724 è stata disposta la soppressione dello S.C.A.U. ed il trasferimento delle strutture, delle funzioni e del personale all'INPS ed all'INAIL, secondo le rispettive competenze.

La formale permanenza del personale S.C.A.U. fino alla data prevista dalla predetta legge, è permanenza della base per questo riferimento: e pertanto della necessità di applicare l'indicato parametro.

Essendo determinante la predetta permanenza, il fatto (eventuale) che parte del personale S.C.A.U. sia stato (ancor prima dell'ingresso di questa legge) trasferito all'INPS e con questo trasferimento abbia acquisito titolo per il diritto in controversia, resta irrilevante.

Solo con la soppressione dello S.C.A.U. ed il passaggio dei suoi dipendenti all'INPS ed all'INAIL, il parametro di riferimento diventa il personale *ex* S.C.A.U. transitato a questi Istituti: ed il diritto diventa ipotizzabile.

5. — È pertanto da affermare che "il diritto del dirigente *dell'ex* S.C.A.U. alla c.d. indennità di funzione dirigenziale quota "A", previsto dall'art. 13 della legge 9 marzo 1989 n. 88, sorge solo con l'art. 19 della legge 23 dicembre 1994 n. 724, e pertanto dalla data della soppressione dello S.C.A.U. e del trasferimento delle strutture, delle funzioni e del personale all'INPS ed all'INAIL, secondo le rispettive competenze.

6. — Il ricorso deve essere respinto. Nulla per le spese del giudizio di legittimità.

(Omissis)

***Pensioni* - Pensioni in regime internazionale - Convenzione fra l'Italia e la Svizzera del 1962 sulla sicurezza sociale - Accordo aggiuntivo del 1969 - Trasferimento all'Istituto assicuratore italiano dei contributi versati in Svizzera - Erogazione della pensione secondo la legislazione italiana - Ammissibilità - Diversa aliquota dei contributi versati in Svizzera rispetto a quelli previsti dalla legislazione italiana - Rilevanza - Esclusione - Contrasto con l'art. 81 Cost. per omessa copertura degli oneri conseguenti - Esclusione - Fondamento.**

Corte di Cassazione – 6.3.2004. n. 4623 - Pres. Dell'Anno - Rel.Toffoli - P.M. De Augustinis (Conf.) - INPS (Avv.ti De Angelis, Di Lullo. Valente) - Guglielmo (Avv.ti Giannetta, Triscari)

Ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l'Italia e la Svizzera relativa alla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, concluso a Berna il 4 luglio 1969, ratificato con legge 18 maggio 1973, n. 283, il lavoratore italiano può chiedere il trasferimento all'INPS dei contributi versati in Svizzera in suo favore, al fine di conseguire i vantaggi derivanti dalla legislazione italiana sull'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti, e tra questi quello della determinazione della pensione con il metodo c.d. retributivo. Ne consegue che, non essendo state adottate dalle autorità italiane disposizioni particolari per regolare l'effetto del trasferimento dei contributi, per la determinazione del trattamento previdenziale in favore del lavoratore deve farsi riferimento alla retribuzione da questi percepita, a nulla rilevando che i contributi accreditati in Svizzera e trasferiti in Italia siano stati calcolati sulla base dell'aliquota prevista dalla legislazione svizzera, di gran lunga inferiore a quella prevista dalla legislazione italiana. Né è ipotizzabile un contrasto tra tale disciplina e l'art. 81 Cost., in quanto, premesso che un aggravio per l'ente previdenziale è insito nella stessa previsione del trasferimento dei contributi, dovendosi applicare, una volta effettuato il trasferimento, la legislazione italiana per tutto il periodo coperto da contribuzione, il trasferimento dei contributi costituisce comunque una forma di copertura degli oneri che ne conseguono per il sistema assicurativo italiano e nella materia previdenziale, caratterizzata dalla operatività dei principi di solidarietà, l'adeguatezza dei mezzi finanziari deve riguardare non le singole posizioni assicurative o le varie disposizioni particolari, quanto il sistema nel suo complesso, fermo restando che la valorizzazione anche a fini assicurativi del lavoro svolto all'estero trova specifica giustificazione nell'art. 35 Cost., che tutela il lavoro italiano all'estero.

FATTO — Il Tribunale di Bergamo, confermando l'impugnata sentenza del Pretore della stessa città, dichiarava fondata la richiesta di Mario Guglielmo di vedersi calcolata dall'INPS la pensione di anzianità sulla base dell'effettiva retribuzione percepita nell'ultimo quinquennio in Svizzera.

Per quanto ancora rileva, il giudice di secondo grado, ricordato che l'appellato aveva lavorato e versato i contributi per sei anni in Italia e per gli ulteriori trenta in Svizzera, osservava che sia la decisione del Pretore che il gravame dell'INPS si basavano sul presupposto che nella specie trovasse applicazione l'art. 9 della Convenzione Italia-Svizzera del 14 dicembre 1962, ratificata e resa esecutiva con legge 31 ottobre 1963 n. 1781, che recepisce, per l'acquisizione del diritto e la liquidazione della pensione, il criterio c.d. della totalizzazione dei contributi versati nei due diversi ordinamenti assicurativi. Rilevava, in particolare, che l'INPS lamentava che il giudice di primo grado non aveva tenuto presente la parte del comma 3° di detto art. 9, secondo cui "per i periodi di assicurazione compiuti in virtù della legislazione svizzera, i contributi relativi a questi periodi sono presi in considerazione sulla base della media dei contributi stabilita per i periodi di assicurazione compiuti in virtù della legislazione italiana".

Il Tribunale, invece, valorizzando anche i chiarimenti fornitigli da un testimone, osservava che nella specie l'assicurato aveva chiesto il trasferimento presso l'assicurazione italiana dei contributi versati presso l'istituzione assicurativa svizzera, in base alla facoltà originariamente prevista dalla norma transitoria di cui all'art. 23 della convenzione del 1961 e poi resa definitiva dall'accordo aggiuntivo del 4 luglio 1969.

Pertanto, in virtù del richiamo contenuto in detto art. 23, trovava applicazione l'art. 5, punti 4 e 5, della precedente convenzione del 17 ottobre 1951, ratificata con la legge 30 luglio 1952 n. 1100, secondo cui le assicurazioni italiane cui sono trasferiti i contributi li utilizzeranno per garantire all'assicurato i benefici derivanti dalla legislazione italiana e dalle disposizioni particolari che saranno emanate dalle autorità italiane.

Ne conseguiva, secondo il Tribunale, che i contributi trasferiti dovevano essere utilizzati come se si trattasse di contributi versati per i periodi di lavoro subordinato italiano. Era quindi da disattendere la tesi dell'INPS, secondo cui la retribuzione dell'ultimo quinquennio, base di calcolo della pensione (liquidata con decorrenza 1.8.1990), essendo stata percepita in Svizzera, doveva essere riparametrata al fine di tenere conto della minore entità della contribuzione dovuta, in tale ordinamento, a parità di retribuzione.

Contro questa sentenza l'INPS propone ricorso per cassazione. Il Guglielmo resiste con controricorso.

DIRITTO — L'INPS denuncia, in riferimento all'art. 360 n. 3 e 5 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 297/1982; dell'art. 9, comma 3, della convenzione italo-svizzera del 14 dicembre 1962, ratificata con legge n.

1781/1963; dell'art. 23 della stessa convenzione, reso definitivo dall'accordo aggiuntivo del 4 luglio 1969; dell'art. 1, comma 3, dello stesso accordo aggiuntivo.

Sostiene che, anche se il sistema di calcolo contributivo della pensione è stato sostituito da quello retributivo, il principio della media contributiva di cui all'art. 9, terzo comma, della convenzione del 1962 resta valido e di conseguenza è errata la tesi del Tribunale, secondo cui non è prevista alcuna riparametrazione della retribuzione dell'ultimo quinquennio, anche nel caso in cui, come nella specie, tale periodo sia stato interamente lavorato in Svizzera. È significativa, infatti, la circostanza che in tale caso vengano applicate le norme riguardanti le singole gestioni, per far sì che entrambe — quella italiana e quella svizzera — non vengano penalizzate.

Non contesta l'applicabilità l'art. 23 della convenzione del 1962, reso definitivo dall'accordo aggiuntivo del 1969, ma osserva che la facoltà di trasferimento dei contributi non può avere effetti a detrimento della gestione che eroga la pensione, perché in tal caso il pensionato verrebbe a beneficiare di una prestazione che non ha corrispondenza con quanto dallo stesso versato. Inoltre, essendo previsto espressamente che, in caso di trasferimento dei contributi, i vantaggi per l'assicurato derivanti dalla convenzione devono avvenire "secondo le disposizioni particolari emanate dall'Autorità italiana" e che il trasferimento non può pregiudicare l'assicurato, consegue implicitamente che, se non può essere pregiudicato l'assicurato, tanto meno può essere pregiudicata la gestione italiana ("è una condizione di reciprocità").

Infine, ricordato che il prelievo contributivo secondo le leggi svizzere è dell'8%, mentre secondo le leggi italiane è del 32% (con correlativa incidenza sul reddito netto disponibile per il lavoratore), sostiene che deve operarsi una proporzionale riduzione dell'incidenza ai fini pensionistici dei contributi versati in Svizzera, anche perché in caso contrario si violerebbe l'art. 81 Cost., determinandosi l'erogazione di una pensione sprovvista di adeguato finanziamento e si postulerebbe, illogicamente, che il lavoro prestato in svizzera ai fini pensionistici valga quattro volte quello italiano.

Il ricorso non è fondato.

È opportuno premettere che nella specie trova applicazione l'art. 1 dell'Accordo aggiuntivo, alla Convenzione tra l'Italia e la Svizzera relativa alla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, concluso a Berna il 4 luglio 1969, cui è stata data esecuzione con la legge di ratifica 18 maggio 1973 n. 283.

L'art. 1, che ha un tenore dispositivo autonomo e quindi solo di fatto rappresenta una proroga in via definitiva della facoltà già riconosciuta transitoriamente dall'art. 23 della convenzione del 1962, recita al primo comma: "I cittadini italiani hanno la facoltà, in deroga alle disposizioni dell'art. 7 della Convenzione, di chiedere, al verificarsi dell'evento assicurato in caso di vecchiaia secondo la legislazione italiana, il trasferimento alle assicurazioni sociali italiane dei contributi ver-

sati da loro stessi e dai loro datori di lavoro all'assicurazione sociale svizzera ove non abbiano ancora beneficiato di alcuna prestazione dell'assicurazione vecchiaia, superstiti e invalidità svizzera, a condizione che essi abbiano lasciato la Svizzera per stabilirsi definitivamente in Italia (...)." Il secondo comma regola la connessa perdita di ogni diritto nei confronti dell'assicurazione svizzera e il terzo comma, disciplina l'utilizzazione in Italia dei contributi, prevedendo: "Le assicurazioni sociali italiane utilizzano a favore dell'assicurato o dei suoi superstiti i contributi trasferiti al fine far loro conseguire i vantaggi derivanti dalla legislazione italiana, citata dall'art. 1 della Convenzione, secondo le disposizioni particolari emanate dalle autorità italiane. Se in base alle disposizioni della legislazione italiana non derivi all'assicurato o ai suoi superstiti, dal trasferimento dei contributi, alcun vantaggio nel regime delle pensioni, le assicurazioni sociali italiane rimborsano agli interessati i contributi trasferiti".

È opportuno ricordare altresì che l'art. 10 del secondo Accordo aggiuntivo alla medesima convenzione del 1962, firmato a Berna il 2 aprile 1980 e ratificato con legge 7 ottobre 1981 n. 668, ha previsto che nel protocollo finale del primo Accordo aggiuntivo sia inserito un punto 4 del seguente tenore: "L'evento assicurato in caso di vecchiaia ai sensi dell'articolo primo, paragrafo primo, del primo Accordo aggiuntivo è ugualmente considerato come realizzato quando la pensione di vecchiaia è accordata nei casi particolari previsti dalla legge italiana prima dell'età normale del pensionamento".

È evidentemente in base a questa disposizione che la normativa sul trasferimento dei contributi è stata applicata ai fini del conseguimento della pensione di anzianità.

Con riferimento alla questione oggetto del ricorso in esame, il problema che questa Corte deve affrontare è quello dell'incidenza del trasferimento all'INPS, ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo aggiuntivo del 4 luglio 1969, dei contributi versati in Svizzera a favore di un lavoratore italiano, in caso di determinazione dell'importo della pensione con il metodo c.d. retributivo. Poiché il trasferimento è previsto espressamente affinché il lavoratore possa conseguire i vantaggi derivanti dalla legislazione italiana sull'assicurazione invalidità, vecchiaia e superstiti, non può esservi dubbio che, in mancanza di diverse disposizioni, debba farsi riferimento alla disciplina generale sulla liquidazione delle pensioni e che quindi debba farsi riferimento alla retribuzione percepita dal lavoratore, in relazione alla quale sono stati versati i contributi. La circostanza che siano stati applicate aliquote contributive diverse e più basse di quelle in vigore in Italia non può indurre a introdurre una corrispondente riduzione anche della retribuzione di riferimento, perché un tale procedimento, non previsto dalla legge, comporterebbe un'arbitraria modificazione dei criteri di determinazione della pensione.

Del resto l'entità delle aliquote contributive non sono un elemento rilevante ai fini della determinazione della pensione in base alla retribuzione percepita nell'ultimo periodo lavorativo, potendo le aliquote variare per legge nel corso del tempo,

oppure essere determinati in misura diversa a seconda delle varie categorie produttive o di lavoratori o in presenza di situazioni particolari (aliquote ridotte per talune tipologie di rapporti, sgravi contributivi di vario genere, ecc.).

Deve anche considerarsi che l'eventualità di un aggravio per l'ente previdenziale è insita nella stessa disciplina del trasferimento dei contributi (che dà luogo a una particolare ipotesi di ricongiunzione dei periodi assicurativi), soprattutto in un regime di pensioni retributive, anche nei casi in cui non occorra fare riferimento alla retribuzione percepita dal lavoratore all'estero, essendo il periodo di riferimento trascorso tutto in Italia. Tale aggravio è insito nel fatto che, una volta trasferiti i contributi, inevitabilmente si applica per l'intero periodo la disciplina italiana, là dove, in caso di ricorso al metodo della totalizzazione, la quota della pensione a carico dell'Italia è proporzionale al relativo periodo di contribuzione (e, in genere, è previsto che, in sede di determinazione della quota di pensione erogabile dall'istituzione italiana, i periodi di contribuzione estera vengano computati sulla base della media delle retribuzioni o dei contributi inerenti ai periodi di assicurazioni compiuti in Italia: cfr. art. 47, paragr. 1, lett. b) del regolamento comunitario n. 1408/71 del 14 giugno 1971; art. 10 della Convenzione Italia-USA del 23 maggio 1973, ratificata con legge 24 febbraio 1975; e art. 9, paragr. 3, lett. A) — che peraltro fa riferimento solo alla media dei contributi — della Convenzione Italia-Svizzera del 14 dicembre 1962), sicché rimane tendenzialmente una maggiore proporzionalità tra contribuzioni e prestazioni.

Deve anche tenersi presente che, al momento della stipulazione dell'accordo aggiuntivo del 1969, già era stata introdotta in Italia la c.d. pensione retributiva (art. 5 d.P.R. 27 aprile 1968 n. 488), sicché sarebbe illogico escludere che tra i "vantaggi" derivanti dalla legislazione italiana non siano stati presi in considerazione anche quelli derivanti da questo metodo di calcolo delle pensioni. In realtà la convenzione, nel prevedere l'utilizzazione dei contributi nell'ambito della legislazione italiana, non ha escluso la facoltà per l'Italia di emanare unilateralmente un'apposita normativa (le "disposizioni particolari emanate dalle autorità italiane") al fine specificamente disciplinare gli effetti di detto trasferimento di contributi, ma in difetto di norme attuative di tale riserva non possono che applicarsi le norme generali sul calcolo delle pensioni, anche per un'imprescindibile esigenza di tutela dell'affidamento del lavoratore che abbia (irrevocabilmente) chiesto il trasferimento dei contributi.

Quanto al richiamo da parte dell'INPS dell'art. 81 Cost., deve rilevarsi che i principi costituzionali sul contenuto delle leggi che importano nuove spese non sono idonei a suffragare la tesi interpretativa formulata dall'istituto, che non ha alcun riscontro nella portata dell'accordo cui la legge n. 283/1973 ha dato esecuzione, dal quale peraltro, come si è già osservato, si evince chiaramente che sarebbe stata necessaria l'emanazione di apposite disposizioni per introdurre criteri speciali e derogatori circa le modalità di applicazione della normativa nazionale in caso di utilizzazione da parte dei lavoratori della speciale ipotesi di ricongiunzione

dei periodi assicurativi prevista dall'accordo con la Svizzera. Deve comunque rilevarsi che, in realtà, è insito nel trasferimento stesso dei contributi originariamente versati all'organizzazione assicurativa svizzera una forma di copertura degli oneri che ne conseguono per il sistema assicurativo italiano e che nella materia previdenziale, caratterizzata dall'operatività dei principi di solidarietà, l'adeguatezza dei mezzi di finanziamento deve riguardare non tanto le singole posizioni assicurative, o le varie disposizioni particolari, quanto il sistema nel suo complesso, tanto che questa Corte, in una precedente occasione, ha ritenuto che il problema della violazione dell'art. 81, quarto comma, può porsi solo con riferimento a normative, prive di specifica copertura finanziaria, che per la loro rilevantissima incidenza non siano assorbibili sulla base dei mezzi finanziari dell'ente facente parte della c.d. finanza pubblica allargata e del suo istituzionale collegamento con la finanza statale (Cass. 8 agosto 1990 n. 8035, in riferimento a Corte cost. n. 92 del 1981). Riguardo alla normativa in esame mancano in effetti deduzioni specifiche circa l'insufficienza della copertura finanziaria, né comunque vi sono elementi per ritenere che fosse del tutto incongrua, al momento dell'emanazione della legge, la valutazione circa la non necessità di una maggiore provvista finanziaria.

In relazione all'adombrata sussistenza di una violazione del principio di uguaglianza per la diversità delle discipline applicabili ai lavoratori italiani, dal punto di vista degli oneri contributivi, a seconda del luogo della prestazione, se non se ne fa conseguire un trattamento pensionistico proporzionalmente differenziato, deve rilevarsi che sono messe a confronto situazioni non paragonabili e che, inoltre, la valorizzazione, anche ai fini assicurativi, del lavoro svolto all'estero (di cui è espressione anche l'art. 2 octies del d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito con modificazioni dalla l. 16 aprile 1971 n. 114, che riduce del cinquanta per cento gli oneri del riscatto dei periodi di lavoro prestato all'estero) trova specifica giustificazione nella disposizione dell'art. 35, quarto comma, Cost. sulla tutela del lavoro italiano all'estero.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese del giudizio sono regolate sulla base del criterio della soccombenza.

(Omissis)

***Pensioni* - Spese giudiziali - Questioni relative alla "cristallizzazione" di importi comprensivi di integrazione al minimo - Estinzione del giudizio con compensazione delle spese *ex* art. 36. comma quinto, legge n. 448 del 1998 - Compresenza di statuizioni definitive su aspetti della lite diversi - Valutazione discrezionale del giudice circa la misura della compensazione stessa – Esclusione.**

Corte di Cassazione – 1.3.2004. n. 4155 - Pres. Ravagnani - Rel. Coletti - P.M. lannelli (Conf.) - INPS (Avv.ti Riccio, Valente, Sotgia) – Galantini.

La compensazione delle spese del giudizio prevista — con norma non in contrasto con i precetti costituzionali giusta la giurisprudenza in materia della Corte costituzionale — dall'art. 36, quinto comma, legge n. 448 del 1998, nel caso in cui sia operativa l'estinzione, prevista dalla stessa disposizione, dei giudizi aventi ad oggetto le questioni di cui all'art. 1, commi centottantunesimo e centottantaduesimo della legge n. 662 del 1996 (e, quindi, in particolare, dei giudizi aventi ad oggetto, oltre ai relativi accessori inerenti alla ritardata corresponsione, il diritto alla conservazione dell'importo corrispondente al trattamento minimo, fino a riassorbimento negli aumenti della pensione base, delle pensioni ulteriori rispetto a pensione usufruente di integrazione al minimo, in applicazione della sentenza della Corte cost. n. 240 del 1994 (1)) consegue, di necessità, alla declaratoria di estinzione pronunciata ai sensi della cennata disciplina speciale, a ciò non ostando il carattere parziale di tale declaratoria e la compresenza, nel medesimo processo, di statuizioni che abbiano conseguito, su altre questioni, l'efficacia del giudicato. Il provvedimento di compensazione imposto dalla legge è incompatibile con valutazioni discrezionali del giudice circa la misura della compensazione che deve essere integrale.

FATTO — Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale di Bologna, in funzione di giudice del lavoro ed in grado d'appello: a) ha respinto l'eccezione, sollevata dall'INPS, di decadenza delle odierne intimate dal diritto di ottenere la conservazione del trattamento di integrazione al minimo delle pensioni di reversibilità nell'importo "cristallizzato" al 30 settembre 1983; b) ha dichiarato estinto il giudizio ai sensi dell'art. 1, commi 181 e 182, della legge n. 662/1996 limitatamente alle questioni attinenti al merito di tale diritto; c) ha compensato tra le parti solo parzialmente le spese dei due gradi di merito, in considerazione della soccombenza dell'ente previdenziale sulla questione della decadenza.

Della statuizione in punto di spese si duole l'INPS assumendo che, ai sensi della speciale disciplina dell'estinzione del processo, dettata, dapprima, con la legge 23 dicembre 1996, n. 662 (art. 1, commi 181,182 e 183) e, poi, con la legge 23 dicembre 1998 n. 448 (art. 36, comma quinto), la compensazione delle spese tra le parti deve essere totale anche in presenza di una declaratoria di estinzione soltanto parziale (formando oggetto del giudizio, come nella specie, anche altre questioni) o di statuizioni sulle quali si sia formato il giudicato interno.

Le intimate, cui il ricorso è stato ritualmente notificato, non si sono costituite.

DIRITTO — II ricorso è fondato.

La Corte ha ripetutamente espresso il principio per cui la compensazione delle spese del giudizio prevista — con norma non in contrasto con i precetti costituzionali — dall'art. 36, quinto comma, legge n. 448 del 1998, nel caso in cui sia operativa l'estinzione — prevista dalla stessa disposizione — dei giudizi aventi ad oggetto le questioni di cui all'art. 1, commi centottantunesimo e centottantaduesimo della legge n. 662 del 1996 (e, quindi, in particolare, dei giudizi aventi ad oggetto il diritto alla conservazione "cristallizzata" al 30 settembre 1983 dell'importo del trattamento minimo delle pensioni ulteriori rispetto a quella usufruente di integrazione al minimo, in applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 240 del 1994, ovvero — o anche — gli accessori inerenti alla ritardata soddisfazione del relativo credito) consegue, di necessità, alla declaratoria di estinzione pronunciata ai sensi della cennata disciplina speciale, a ciò non ostando il carattere parziale di tale declaratoria e la compresenza, nel medesimo processo, di statuizioni che abbiano conseguito, su altre questioni, l'efficacia del giudicato. Trattasi, invero, di conclusione coerente con la disciplina comune degli effetti dell'estinzione, la quale, all'ultimo comma dell'art. 310 cod. proc. civ., espressamente prevede che quest'anomala conclusione del processo non dia luogo a ripetibilità di spese, restando esse a carico delle parti che le hanno anticipate, sebbene quegli effetti non comportino la caducazione (art. 310, secondo comma) — oltre che delle sentenze determinative della competenza — delle sentenze di merito rese nel corso del procedimento estinto e recanti, quindi, statuizioni definitive su aspetti della lite diversi da quelli il cui esame È precluso dall'evento estintivo (Cass. 19 giugno 1999, n. 6171; 11 gennaio 2000, n. 229; 20 gennaio 2001, n. 825, 1 aprile 2003 n. 4944, 29 maggio 2003 n. 8670).

Da questo principio non v'è ragione di discostarsi, potendo solo aggiungersi, a suo chiarimento, che il provvedimento di compensazione imposto dalla legge è incompatibile con valutazioni discrezionali del giudice circa la misura della compensazione stessa.

Questa deve, in ogni caso, essere integrale, ciò soltanto corrispondendo alla lettera della norma di previsione (che non contiene alcun cenno alla possibilità di una compensazione parziale, a differenza di quanto risulta dall'art. 92, secondo comma cod. proc. civ., ove è espressamente stabilito che il provvedimento riguardi le spese "parzialmente o per intero") ed al suo coordinamento con l'insieme delle disposizioni dettate in materia dalle ricordate leggi n.662/96 e 448/98, le quali hanno lo scopo di assicurare la realizzazione dei diritti del pensionato in una logica di composizione transattiva, incompatibile con una distribuzione dell'onere delle spese del processo estinto diversa da quella che, recepita anche dal citato art. 310, ultimo comma, cod. proc. civ., esclude ogni obbligazione di rimborso.

Ne deriva che la sentenza impugnata deve essere cassata nella parte in cui, in contrasto con gli esposti principi, ha disposto la compensazione soltanto parziale delle spese dei due gradi del giudizio di merito.

Essendo il provvedimento di compensazione totale imposto dalla legge e non configurandosi la necessità di ulteriori accertamenti di fatto, può la Corte, in via sostitutiva, disporre in conformità, ai sensi dell'art. 384, primo comma, cod. proc. civ..

La pronuncia di compensazione totale deve essere, nel contempo, estesa anche alle spese del giudizio di legittimità, a sua volta ricompreso nell'ambito di operatività degli effetti della speciale declaratoria di estinzione prevista dalla richiamata disciplina; onde, in definitiva, si verifica una situazione in tutto identica a quella che si sarebbe avuta qualora alla declaratoria di estinzione avesse provveduto direttamente questa Corte, dovendosi, anche in questo caso, provvedere alla totale compensazione delle spese, con riguardo all'intero processo, conformemente alla sopra richiamata disciplina speciale.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1994, p. 714.

CORTE DI APPELLO
Sezioni Civili

***Previdenza ed assistenza sociale* - Prestazioni di malattia - Prescrizione - Irrinunciabilità.**

Corte d'Appello di Ancona - 20.12.2004, n. 626 - Pres. Taglienti - Est. Bandini - De Angelis (Avv. Fede) - INPS (Avv.ti Cimmino, Trovati).

Giusta la previsione di cui all'art. 2937, comma 1, c. c. vertendosi in tema di diritti indisponibili poiché di natura pubblicistica, è irrinunciabile da parte dell'INPS la maturata prescrizione del diritto all'indennità dì malattia. In ogni caso, la comunicazione fatta all'assicurato da parte del Comitato provinciale INPS in ordine all'esito del ricorso amministrativo contenente l'avvertenza "Contro tale provvedimento la S.V. ha facoltà di proporre azione giudiziaria entro il termine di 10 anni dalla data di comunicazione della presente" non configura in alcun modo una preventiva rinuncia ad eccepire il termine di prescrizione breve previsto dall'art. 6, ultimo comma, della L. n. 138/1943.

FATTO — Con sentenza in data 3 - 20.6.2003, resa nel contraddittorio delle parti, il Tribunale di Ascoli Piceno - Giudice del Lavoro, pronunciando sul ricorso depositato il 17.4.1998 da De Angelis Ivo nei confronti dell'Inps e diretto al pagamento delle maggiori somme pretesamente dovute per interessi e rivalutazione su indennità di malattia liquidategli in ritardo, nonché dell'integrazione dovuta per l'indennità relativa al periodo 30.12.1988 - 31.1.1989 e delle festività comprese nei periodi di malattia, rigettò il ricorso, compensando integralmente tra le parti le spese di lite e ponendo a carico dell'Inps quelle dell'espletata CTU.

Ritenne il Giudicante che, nella fattispecie, era decorso il termine annuale di prescrizione di cui all'art. 6, ultimo comma, legge n. 138/43, applicabile anche alle somme dovute a titolo di rivalutazione e interessi.

Avverso l'anzidetta sentenza, non notificata, De Angelis Ivo, con ricorso depositato in data 11.11.2003, ha interposto tempestivo appello, svolgendo le domande nel senso in atti indicato e deducendo a sostegno che il primo Giudice non aveva considerato la rinuncia alla prescrizione operata dall'Inps con le nota datata 19.2.1990 e che l'Istituto, avendo rinunciato ad eccepire la prescrizione breve in sede amministrativa, non poteva sollevare successivamente la relativa eccezione in sede giudiziaria.

L'Istituto appellato si è costituito in giudizio, resistendo al gravame, di cui ha chiesto la reiezione; ha altresì chiesto la condanna dell'appellante al pagamento delle spese della CTU espletata in prime cure.

All'esito dell'udienza di discussione, la causa è stata decisa sulle conclusioni trascritte come in epigrafe.

DIRITTO — 1. — Per una migliore conoscenza del precedente svolgimento del processo e delle relative domande, eccezioni e deduzioni delle parti si fa rinvio alla esposizione contenuta nella sentenza impugnata, che si da per già nota.

2. — La nota in data 19.2.1990 a cui l'appellante ha fatto riferimento è quella (cfr. il suo doc. 2) con la quale l'Istituto gli aveva comunicato l'esito, a lui solo parzialmente favorevole, del ricorso amministrativo presentato al Comitato provinciale.

Tale nota si chiude con la frase: *"Contro tale provvedimento la S.V. ha facoltà di proporre azione giudiziaria entro il termine di 10 anni dalla data di comunicazione della presente"*.

Tale avviso rispondeva all'esigenza di cui all'art. 47, ultimo comma, dpr. n. 639/70 (nel testo in allora vigente), secondo cui *"L'Istituto nazionale della previdenza sociale è tenuto ad indicare ai richiedenti le prestazioni o ai loro aventi causa, nel comunicare il provvedimento adottato sulla domanda di prestazione, i gravami che possono essere proposti, a quali organi debbono essere presentati ed entro quali termini. È tenuto, altresì, a precisare i presupposti ed i termini per l'esperimento dell'azione giudiziaria"*.

Osserva la Corte che, pertanto, la ricordata precisazione, stante il suo contenuto letterale e l'espresso riferimento ai termini di proposizione dell'azione giudiziaria, non configura in alcun modo una rinuncia ad eccepire i termini di prescrizione breve applicabili ai diritti inerenti le indennità di malattia richieste, nè costituisce un fatto incompatibile con la volontà di valersi di detta prescrizione.

Deve comunque osservarsi che una tale rinuncia, quand'anche fosse stata fatta (il che, si ribadisce, non è però avvenuto), non sarebbe stata valida ed efficace, giusta la previsione di cui all'art. 2937, comma 1, c.c., vertendosi in tema di diritti indisponibili da parte del soggetto pretesamente rinunciante, siccome di natura pubblicistica.

Resta pertanto assorbito il profilo di gravame secondo cui la rinuncia ad eccepire la prescrizione breve (asseritamente) intervenuta in sede amministrativa avrebbe escluso la possibilità della successiva proposizione della relativa eccezione in sede giudiziaria.

3. — In ordine alla domanda dell'Inps (configurante appello incidentale) relativa alla condanna dell'appellante al pagamento delle spese della CTU espletata in prime cure, deve rilevarsi che il nuovo testo dell'art. 152 disp. att. cpc, di cui all'art. 42, comma 11, di n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, non si applica ai procedimenti incardinati prima dell'entrata in vigore del relativo provvedimento legislativo (cfr., *ex plurimis,* Cass., n. 4165/2004 (1)); pertanto, poiché la pretesa attorea non era caratterizzata da manifesta infondatezza e temerarietà, il De Angelis restava esonerato dalle spese di lite, fra le quali vanno ricomprese quelle di CTU; correttamente quindi le stesse sono state poste a carico dell'Inps.

4. — In definitiva, sulla scorta delle suddette assorbenti ragioni, tenuto conto della portata del gravame principale (con il quale, a prescindere dalla dedotta rinuncia a farla valere, non è stata specificamente contestata la ritenuta applicabilità alla fattispecie della prescrizione breve di cui all'art. 6, ultimo comma, legge n. 138/43) e rilevato che, evidentemente, non possono qui trovare ingresso le deduzioni e le richieste non ritualmente formulate, compresi i meri richiami *per relationem* alle difese di prime cure, gli appelli sia principale che incidentale vanno respinti, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

5. — Non applicandosi, come detto, il nuovo testo dell'art. 152 disp. att. Cpc., di cui

all'art. 42, comma 11, dl. n. 269/03, convertito in legge n. 326/03, ai procedimenti incardinati prima dell'entrata in vigore del relativo provvedimento legislativo e dovendosi escludere la manifesta infondatezza e temerarietà della pretesa, le spese di lite relative al presente grado di giudizio vanno integralmente compensate fra le parti.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 512

***Appalto* - Servizio di vigilanza privata - Tariffa minima oraria determinata con decreto prefettizio - Integrazione contrattuale - Esclusione.**

Corte d'Appello di Ancona - 15.5.2004, n. 353 - Pres. Gaggiotti - Est. Giontella - Metropol Security Service srl. (Avv. Valori) - INPS (Avv. Cimmino).

Il principio della libertà di iniziativa economica privata consacrato nell'articolo 41 Cost. di cui è corollario la concorrenza imprenditoriale, trova espressione nell'autonomia negoziale dei contraenti. Non costituisce fonte di eterointegrazione del contratto di appalto ex *art. 1339 c.c., in assenza di utilità sociale, il decreto prefettizio col quale viene determinata la tariffa minima oraria per la prestazione dei servizi di vigilanza privata (art. 9 e 135 T.U.L.P.S.). Poiché è giuridicamente insussistente un potere prefettizio* erga omnes *di imposizione contrattuale, deve circoscriversi la rilevanza esterna del decreto col quale viene determinata la tariffa minima oraria per la prestazione dei servizi di vigilanza privata nel solo ambito del rapporto giuridico-amministrativo intercorrente tra l'istituto di vigilanza e l'autorità di polizia preposta al suo controllo.*

FATTO — La S.r.l. Metropol Security Service - S.r.l. chiedeva ed otteneva dal Pretore di Ascoli Piceno, con decreto 25/06/1996, ingiunzione di pagamento a carico dell'I.N.P.S. per la somma di Lire 34.042.914: avere esposto di svolgere a favore dell'Istituto un servizio di vigilanza privata sulla base di un contratto di appalto stipulato il 31/01/1992, che il Prefetto della Provincia di Ascoli Piceno con decreto 09/02/1993 aveva stabilito delle tariffe minime il cui importo era inferiore a quello stabilito nel contratto e che l'IN.P.S. si era rifiutato di corrispondere gli adeguamenti.

L'I.N.P.S. proponeva opposizione ed il Tribunale di Ascoli Piceno, Sezione Distaccata di S. Benedetto del Tronto, con sentenza resa in data 04-5/5/2000 revocava il decreto ingiuntivo, condannando l'opposta società alle spese di lite.

Riteneva il primo giudice che il decreto prefettizio doveva essere disapplicato in quan-

to la normativa del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (artt. 9 - 133 - 135 ed art. 257 del regolamento R.D. n. 635/40), se attribuiva al Prefetto un potere di autorizzazione e di controllo dell'attività di vigilanza privata, non attribuiva però allo stesso il potere di fissare in via preventiva e generalizzata tariffe minime per lo svolgimento dei servizi, nè un tale potere poteva essere riconosciuto in via di interpretazione estensiva od analogica stante la sua incidenza diretta sulla libertà costituzionale di iniziativa economica.

La sentenza è stata tempestivamente impugnata dalla soccombente società; l'I.N.P.S. ha replicato ai motivi; le conclusioni sono state precisate all'udienza 14/01/2004 ed indi sono state scambiate le difese finali.

DIRITTO — Ritiene la Corte che l'impugnata sentenza debba essere confermata.

I referenti normativi della questione controversa sono dati dall'art. 9 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, secondo il quale chiunque ottenga una autorizzazione di polizia deve osservare le prescrizioni che l'autorità di pubblica sicurezza ritenga di imporgli nel pubblico interesse; dagli artt. 133 - 134 stesso T.U., quali prevedenti la necessità della licenza prefettizia per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata; dall'art. 135 stesso T.U. secondo il quale gli istituti di vigilanza privata debbono tenere ed esibire la tabella vidimata dal prefetto, delle operazioni per le quali sono autorizzati "con la tariffa delle relative mercedi e non possono ricevere mercedi maggiori di quelle indicate nella tariffa"; infine, dall'art. 257 del regolamento di esecuzione del T.U. (R.D. 06/05/1940 n. 635), a mente del quale la domanda per ottenere la licenza deve indicare tra l'altro anche la tariffa per le operazioni singole o per l'abbonamento e l'atto di autorizzazione deve contenere anche l'approvazione delle tariffe.

La ricognizione delle fonti rende evidente come le norme riconoscono al Prefetto un potere di approvazione delle tariffe ed un potere circoscritto ovvero esercitabile nei confronti del singolo richiedente o titolare dell'autorizzazione di polizia.

Diversamente, il decreto prefettizio 09/02/1993 non approva tariffe ma le fissa, e le fissa non già nei confronti della società odierna appellante ma, come sottolineato con appropriatezza dal primo giudice, in via preventiva e generalizzata.

Il decreto, più che illegittimo e disapplicabile, risulta emanato in assoluta carenza di attribuzione di funzioni e come tale inidoneo a produrre un qualsiasi effetto nei confronti dei soggetti non titolari dell'autorizzazione di polizia che siano parti di un contratto con un istituto di vigilanza.

E tanto va ritenuto in quanto gli si voglia attribuire una efficacia di etero-integrazione contrattuale, nei sensi di cui all'art. 1339 c.c. come intende la società odierna appellante nel porlo a fondamento della sua pretesa creditoria e come sembra pretendere lo stesso decreto laddove prescrive anche che i contratti in corso dovranno essere adeguati entro tre mesi ai minimi tariffari da esso stabiliti.

A parere della Corte non coglie l'essenza della questione il riferimento, sia in positivo che in negativo, al principio costituzionale della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 della Carta, anche se può osservarsi come la giustificazione del limite che con l'imposizione di tariffe minime viene posto alla concorrenza sotto il versante dell'utilità sociale sembra essere in buona misura artificiosa, posto che la concorrenza imprenditoriale e le scelte del consumatore sono orientate non solo dal prezzo ma anche dalla qualità dei servizi offerti.

Un siffatto riferimento rimane sempre ed esclusivamente nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo corrente tra l'istituto di vigilanza e l'autorità di polizia preposta al suo controllo; ed in tale ambito può in ipotesi trovare fondamento di legittimità la fissazione anche preventiva e generalizzata di tariffe minime in quanto prescrizione *ex* art. 9 T.U. diretta contro il titolare dell'autorizzazione e per costui risolventesi in un onere attinente alle sue determinazioni negoziali con la clientela, nel senso che la violazione dei limiti imposti può comportare l'adozione a suo carico di provvedimenti sanzionatori (revoca o modifica dell'autorizzazione).

Ma al di fuori di tale rapporto e dunque nei confronti dei soggetti ad esso estranei perché non titolari di autorizzazione di polizia un potere prefettizio di imposizione contrattuale è giuridicamente insussistente, come potere di limitazione dell'autonomia negoziale di entrambi le parti contraenti ovvero di sostituzione delle proprie determinazioni a quelle liberamente assunte *ex* art. 1339 c.c..

Men che mai, e a tutto voler concedere, un simile potere potrebbe essere riconosciuto con efficacia retroattiva o come cogente anche in fase di esecuzione del contratto, riguardando la norma dell'art. 1339 c.c. esclusivamente la formazione del contratto.

Respinto l'appello, le spese del grado seguono al soccombenza e si liquidano come al dispositivo, forfettariamente in assenza di nota.

(Omissis)

***Prestazioni* - Cassa integrazione guadagni straordinaria - Ritardo nell'erogazione del trattamento - Interessi e rivalutazione - Spettanza - Condizioni.**

Corte d'Appello di Ancona - 7.5/14.6.2004, n.236 - Pres. Taglienti - Est. Miconi - Barbizzi ed altri (Avv.ti Miscione, Benini, Lucidi) - INPS (Avv.ti Cimmino, Trovati).

II provvedimento di ammissione alla Cassa integrazione guadagni straordinaria ha effetti sul rapporto di lavoro in quanto consente al datore di lavoro di sospendere unilateralmente i rapporti di lavoro dei dipendenti ammessi all'integrazione stessa con conseguente liberazione dall'obbligo retributivo: finché detto provvedimento autorizzativo non sia intervenuto, il rapporto di lavoro è disciplinato dalle norme di diritto comune sicché ogni ritardo nella percezione della retribuzione è imputabile solo al datore di lavoro e nei confronti di esso i lavoratori devono agire per il tempestivo adempimento, o per il risarcimento del danno da ritardo. È escluso che sia configurabile una responsabilità dell'Istituto previdenziale, in relazione al periodo anteriore al provvedimento di ammissione alla Cassa integrazione guadagni straordinaria, per il ritardo nell'erogazione del trattamento di integrazione, a fronte di un inadempimento del datore di lavoro e di un eventuale comportamento inerte dei lavoratori interessati.

FATTO — Con ricorso depositato il 18.2.2000 dinanzi al Pretore di Ascoli Piceno quale giudice del lavoro Barbizzi Valentina, Bruni Marilena, Cantalamessa Rita, Capocci Maria Rita, Capriotti Irma, Castelli Filomena, Lardani Loana Rita, Maccarone Concetta, Malocchi Maria Grazia, Neroni Rosa, Perozzi Francesco, Sabatini Elisa, Virgili Maria, Compagnoni Vincenzo, Quinzi Alduina, Gagliardi Eugenio, Volpi Adamo, Cameli Carina e Rossi Teresa, premesse le vicende anteriori alla loro assunzione da parte della Florentia Legno sud spa, esponevano: che per lo stato di crisi aziendale in cui versava, detta società aveva chiesto CIGS; che tale domanda era stata peraltro respinta dal C.I.P.I.; e che tuttavia, dopo un lungo periodo di contenzioso ed istruzione della pratica relativa, il 30.7.98 era stata finalmente disposta dall'INPS la liquidazione dell'integrazione salariale in loro favore per il periodo novembre 1981 - agosto 1982. E chiedevano, quindi, che l'Istituto suddetto venisse condannato a corrispondere loro gli interessi legali e la rivalutazione monetaria sulle somme erogate con decorrenza agosto 1982.

Si costituiva l'Inps sostenendo che il provvedimento di ammissione alla c.i.g.s. emesso dal Ministero del Lavoro per la cassa integrazione straordinaria, ha natura discrezionale e costitutiva in quanto determina la nascita del rapporto previdenziale e delle relative posizioni soggettive. Osservava, quindi, che se l'obbligo dell'ente erogatore sorge solo con l'emanazione del provvedimento amministrativo, è da escludersi che esso sia tenuto a pagare interessi e rivalutazione per un periodo di sospensione anteriore al provvedimento di autorizzazione di erogazione delle integrazioni salariali, a nulla rilevando che nella fattispecie il diritto alla prestazione fosse stato riconosciuto con efficacia *ex tunc*.

D'altra parte, l'Inps, una volta intervenuto il provvedimento autorizzativo del Ministero, aveva in breve erogato la prestazione, con interessi dal momento dell'autorizzazione.

Il Tribunale con sentenza del 18-6-2002 respingeva il ricorso e compensava le spese di lite.

Riteneva il Giudice: che nella fase anteriore al provvedimento amministrativo di ammissione alla Cassa Integrazione il rapporto di lavoro fosse retto dal diritto comune, secondo il quale il datore di lavoro, che sospenda unilateralmente il rapporto, è tenuto a pagare la retribuzione; questa assume retroattivamente la natura di anticipazione del trattamento di cassa integrazione solo nel caso che la relativa autorizzazione sia concessa; ove il datore non adempia a tale suo obbligo di corrispondere la retribuzione, i danni per il mancato adempimento sono a suo carico (salva la prova della impossibilità sopravvenuta della prestazione); di conseguenza i lavoratori avrebbero dovuto agire, per il danno da ritardata percezione della retribuzione per il periodo di sospensione precedente alla ammissione alla cassa integrazione, nei confronti del datore, al quale tale danno è imputabile, e non dell'INPS, al quale non è riferibile alcun inadempimento.

Avverso la sentenza proponevano appello gli assicurati con ricorso depositato il 3-1-2003 e ne chiedevano riforma; deducevano:

— la retroattività del provvedimento di ammissione alla Cassa Integrazione, e quindi la natura previdenziale fin dall'origine delle somme erogate;

— la spettanza della rivalutazione e degli interessi sul credito previdenziale secondo la disciplina anteriore all'art. 16 L. 412/1991;

— la imputabilità alla pubblica Amministrazione del rilevantissimo ritardo (17 anni) con il quale era stato liquidato il beneficio, in considerazione del mancato rispetto del termine di trenta giorni per il completamento del procedimento amministrativo di concessione previsto dall'art. 3 L. 241/1990.

Insistevano per l'accoglimento della loro domanda.

Si costituiva l'INPS e resisteva al gravame, riportandosi alla opinione giurisprudenziale a cui aveva fato riferimento il primo Giudice; ricordava che, in ogni caso, nessuna responsabilità era ascrivibile all'INPS per il periodo precedente l'emissione del provvedimento autorizzativo del trattamento di integrazione salariale.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — L'appello è infondato.

I tre motivi di gravame possono essere esaminati congiuntamente.

L'istituto della Cassa Integrazione Guadagni è uno strumento di sostegno del sistema delle imprese, nell'ambito del diritto pubblico dell'economia; il provvedimento di autorizzazione è espressione di un potere amministrativo discrezionale, che viene esercitato all'esito del relativo procedimento, ed ha natura in senso lato concessoria (Cass. 5485/1995).

In particolare, il provvedimento di ammissione alla Cassa Integrazione Straordinaria da un lato ha natura costitutiva del rapporto previdenziale, dall'altro ha effetti sul rapporto di lavoro in quanto consente al datore di lavoro — che altrimenti non ne avrebbe la facoltà — di sospendere unilateralmente i rapporti di lavoro dei dipendenti ammessi alla integrazione salariale con liberazione dall'obbligo di corrispondere la retribuzione: infatti per tutta la durata dell'intervento il datore è soltanto tenuto ad anticipare il trattamento di integrazione per conto dell'INPS e con successivo rimborso.

Tuttavia, dal momento che l'integrazione non è operante senza lo specifico provvedimento amministrativo discrezionale di ammissione — che, si ripete, ha efficacia costitutiva — finché il provvedimento autorizzativo non è intervenuto il rapporto di lavoro è disciplinato dalle norme di diritto comune, cioè il datore ha l'obbligo di corrispondere le retribuzioni ai lavoratori unilateralmente sospesi: e qualora non provveda, risponde sia del proprio inadempimento, sia dei danni dal relativo ritardo, cioè della rivalutazione e degli interessi. Al momento della ammissione alla integrazione salariale, le retribuzioni corrisposte si trasformano, con efficacia retroattiva, in anticipazione del trattamento previdenziale, con decorrenza dalla relativa data.

Ne consegue che ogni ritardo nella percezione, da parte dei lavoratori, delle retribuzioni — anticipazioni relative al periodo di sospensione unilateralmente disposta dal datore è imputabile al datore di lavoro; è nei confronti di esso, che è l'unico obbligato a versare la retribuzione — o l'anticipazione del trattamento eventuale — per il periodo di sospensione dei lavoratori anteriore alla ammissione alla cassa integrazione — che i lavoratori devono agire per il tempestivo adempimento o per il risarcimento del danno da ritardo. È escluso, quindi, che sia configurabile una responsabilità dell'Istituto Previdenziale, in relazione al periodo anteriore al provvedimento ammissivo, per il ritardo nella erogazione del trattamento di integrazione, a fronte di un inadempimento del datore di lavoro e di un eventuale comportamento inerte dei lavoratori interessati.

Non è affatto in discussione l'effetto retroattivo del provvedimento di autorizzazione alla Cassa Integrazione, nè la natura previdenziale — sopravvenuta, con efficacia *ex tunc* — delle somme da erogare per il periodo di sospensione autorizzata; il punto centrale della questione riguarda la individuazione del soggetto a cui è imputabile il ritardo nella percezione, da parte dei lavoratori, delle retribuzioni — anticipazioni che sarebbero immediatamente spettate per il periodo di sospensione del rapporto di lavoro disposta unilateralmente dal datore: tale soggetto è il datore di lavoro, tenuto comunque a corrispondere immediatamente le retribuzioni — anticipazioni, con successivo recupero dall'INPS; il suo esatto adempimento realizza i diritti dei lavoratori sospesi ed impedisce il formarsi del danno da ritardo, con conseguente ininfluenza, rispetto ai lavoratori stessi, del momento di emissione. da parte della Pubblica Amministrazione, del provvedimento autorizzativo.

Nel senso fin qui sostenuto si è pronunziata la giurisprudenza unanime della Corte di Cassazione: Cass. 11650/1997; 6111/1998; analogamente, 4531/2000.

Per le ragioni esposte la sentenza gravata va integralmente confermata.

L'assicurato non è tenuto per legge a rifondere all'INPS le spese del grado.

(Omissis)

***Responsabilità civile* - Risarcimento del danno da errata comunicazione dei dati relativi alla posizione assicurativa - Imputabilità all'Istituto previdenziale - Condizioni.**

Corte d'Appello di Ancona - 7/18.5.2004, n. 223 - Pres. Est. Taglienti - D'Andrea (Avv. Pierucci) - INPS (Avv.ti Augelletta, Luzi).

La responsabilità dell'INPS in ordine all'esattezza delle informazioni circa la posizione contributiva di un assicurato sorge solo in esito ad una richiesta ufficiale da parte del predetto ed in ordine alla comunicazione che, in evasione ad essa, i funzionari dello stesso Istituto forniscano per iscritto ai sensi dell'art. 54 della l. n. 88/89. Solo al momento di fornire tale risposta scatta l'obbligo per i medesimi di aggiornare il proprio archivio informatico in ordine a quella specifica posizione: l'INPS non può rispondere di una non veritiera informazione momentaneamente contenuta nell'archivio medesimo, senza che la stessa sia stata direttamente comunicata all'interessato per iniziativa e volontà dello stesso Istituto.

FATTO — 1. — Con sentenza resa nel contraddittorio delle parti l'11.10.2002 e depositata il 10.12 seguente, il Giudice del lavoro presso il Tribunale di Pesaro

respingeva la domanda svolta da D'Andrea Giovanni, con ricorso depositato il 22.6.1999, e diretta ad ottenere dall'INPS il risarcimento del danno derivategli dalle dimissioni dal lavoro, presentate sulla base di informazioni provenienti dall'Istituto sull'esistenza del requisito contributivo utile alla pensione di anzianità, rivelatesi poi inveritiere.

1.1. — Riteneva il Tribunale che i fatti così come riferiti dal rappresentante del patronato del ricorrente, sentito a mente dell'art. 425 CPC., — e non contestati — rendevano evidente l'assenza di qualsiasi responsabilità in capo allo stesso Istituto.

2. — Avverso tale sentenza, non notificata, ha interposto tempestivo appello il D'Andrea, con ricorso depositato il 4.4.2003.

Ha censurato l'affermazione del Tribunale secondo cui il fatto che i dati in base ai quali egli si era determinato a presentare domanda di pensionamento fossero stati attinti presso l'archivio elettronico dell'INPS. da personale del patronato di fiducia di esso ricorrente potessero costituire ragione di esonero di responsabilità dello stesso Istituto, che quei dati erronei aveva comunque immesso nell'archivio medesimo.

Del resto l'art. 54 L. n° 88/1989, disciplinante la soggetta materia, non operava affatto la distinzione fra atti aventi natura certificativi ed atti che ne sono sprovvisti, sulla quale il primo Giudice aveva basato la sua pronuncia reiettiva.

3. — L'Istituto appellato ha concluso per il rigetto del gravame.

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

DIRITTO — 5. — La materia di cui trattasi è regolata dall'art. 54 L. n° 88/1989, il quale così recita: "*È fatto obbligo agli agenti previdenziali di comunicare, a richiesta esclusiva dell'interessato o di chi ne sia da questi legalmente delegato o ne abbia diritto ai sensi di legge, i dati richiesti relativi alla propria situazione previdenziale e pensionistica. La comunicazione da parte degli enti ha valore certificativo della situazione in essa descritta*".

Al riguardo è principio di diritto acquisito che, nell'ipotesi in cui l'INPS. abbia fornito all'assicurato un'indicazione erronea del numero dei contributi versati, il danno subito dal lavoratore è riconducibile a responsabilità contrattuale dell'Istituto, in quanto derivante dalla inosservanza del generale obbligo dell'ente previdenziale, *ex* art. 54 legge n. 88/1989, di informare l'interessato sulla sua posizione assicurativa e pensionistica, ove questi ne faccia richiesta. Ne discende l'esonero del danneggiato dall'onere di provare la colpa dell'autore del fatto dannoso — salva la dimostrazione, da parte dell'istituto, della non imputabilità dello stesso al proprio comportamento — ma non dalla prova del nesso causale fra l'evento dannoso e l'erronea indicazione fornita dall'INPS (così Cass. sez. lav. 8.4.2002 n° 5002; 22.5.2001 n° 6995; 19.5.2001 n.ri 6865 e 6867).

Nel caso, peraltro, i fatti si sono svolti nel seguente modo, secondo l'incontroversa versione fornita da Elio Cerri, direttore del patronato INCA-CGIL di Pesaro, liberamente sentito a norma dell'art. 425 CPC. "*... La collega Tardini — ha riferito il predetto — si è recata ... personalmente allo sportello della sede di PS. [dell'INPS.]. Eseguita la verifica al computer da parte della CGIL., su detto prospetto risultava che*

il D'Andrea aveva il requisito di 1820 settimane contributive ed aveva diritto ad andare in pensione dal 31.3. Lo dissi al D'ANDREA che era indispensabile che cessasse dal lavoro in quella data".

Il ricorrente, sulla base di tali informazioni, presentò quindi all'INPS. domanda di pensione di anzianità il 27.3.1998 e rassegnò le dimissioni dal lavoro il successivo 31.

L'Istituto peraltro, nel corso dell'istruttoria sulla domanda di pensione, ebbe a riscontrare il mancato possesso del requisito contributivo, dandone comunicazione al D'Andrea il 29.5.1998.

Da tale pacifica ricostruzione degli avvenimenti emerge con meridiana evidenza che nessun contatto diretto si è stabilito fra funzionari o impiegati dell'INPS, e l'assicurato o i suoi mandatari. Questi infatti non hanno presentato all'Istituto alcuna formale richiesta di informazioni sulla situazione contributiva dell'assicurato. Ed esso non ha rilasciato agli stessi — nè tampoco al D'Andrea — prospetti, documenti o certificazioni circa la posizione contributiva dell'interessato.

È stato il patronato, per il tramite della sua dipendente, ad accedere direttamente alla banca dati dell'INPS e ad attingere, attraverso autonoma consultazione, quanto ivi al momento registrato. Senza peraltro valutare che i dati al momento inseriti nell'archivio potevano essere al momento errati, in quanto non opportunamente rivisti e controllati, in assenza di espressa richiesta in ordine ad essi.

È invero del tutto ovvio che la responsabilità dell'Istituto in ordine all'esattezza delle informazioni circa la posizione contributiva di un assicurato, in forza dei principi sopra enunciati, sorge solo in esito ad una richiesta ufficiale da parte del predetto (per la quale è predisposta idonea modulistica) ed in ordine alla comunicazione che, in evasione ad essa, funzionari dello stesso Istituto forniscano per iscritto.

Solo al momento di fornire tale risposta, infatti, scatta l'obbligo per i medesimi di aggiornare il proprio archivio informatico in ordine a quella specifica posizione. Laddove l'INPS. non può, per converso, rispondere di una non veritiera informazione momentaneamente contenuta nell'archivio medesimo, senza che la stessa sia stata comunicata all'interessato per iniziativa e volontà dello stesso Istituto.

Da ciò consegue la totale assenza di responsabilità dell'INPS in ordine alle informazioni pervenute nella specie al D'Andrea con le modalità che si sono descritte e che le rendono ascrivibili al solo patronato.

6. — Nonostante il rigetto del gravame, l'appellante va esonerato dal pagamento delle spese del grado, a mente dell'art. 152 disp. di attuazione al CPC nel testo anteriore alla modifica attuata con l'art. 42, comma 11°, DL. n° 269/2003, convertito nella legge n° 326/2003. È stato infatti ritenuto che il testo riformato non si applica ai procedimenti incardinati prima dell'entrata in vigore della cennata novella (Cass, sez. lav. 8.3.2004 n° 4657; 1°.3.2004 n0 4165 (1)).

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2004, p. 512

***Previdenza ed assistenza sociale* - Prestazioni pensionistiche - Ripetizione d'indebito - Omessa comunicazione di dati rilevanti al fine della liquidazione della prestazione - Equiparazione al dolo - Condizioni.**

***Previdenza ed assistenza sociale* - Prestazioni pensionistiche - Assicurati "dimoranti in via stabile all'estero" - Omissione della comunicazione del proprio rientro in Italia - Conseguenze.**

Corte d'Appello di Ancona - 10.5.2004, n. 183 - Pres. Taglienti - Est. Miconi - Szilagy (Avv. Pirani) - INPS (Avv.ti Pierdominici, Flori, Mazzaferri).

Non può imputarsi al pensionato "dimorante in via stabile all'estero" (equiparato al "residente all'estero"), la pur colpevole omissione della comunicazione del proprio rientro in Italia poiché questa rappresenta un elemento estraneo rispetto ai requisiti prescritti dell'art. 9 bis *del D.L. n. 463/1983 ai fini dell'esenzione dal controllo sui redditi. Poiché non è configurabile il dolo del percipiente, trova quindi applicazione* ratione temporis *la normativa prevista in tema di irripetibilità dell'indebito pensionistico.*

FATTO — Con ricorso, depositato il 6/5/96 dinanzi al Giudice del Lavoro di Ancona, Oliveti Nardo allegava che in data 24/12/94 gli era pervenuta una nota dell'Inps con cui veniva richiesta la restituzione di L. 50.242.415, quale somma — a dire dell'Istituto — indebitamente corrispostagli nel periodo 1/4/86 - 31/8/94 per non avere avuto diritto alla integrazione al minimo; che, a seguito di parziale accoglimento del ricorso tempestivamente proposto in via amministrativa, l'indebito gli era stato ridotto a L. 36.598.915, come risultava da raccomandata 7/3/96 dell'Inps, recante la specificazione, periodo per periodo, dei motivi del parziale accoglimento; che la pretesa dell'Inps era erronea in quanto, essendo egli diplomatico di carriera sovente all'estero per missione ed avendo correttamente fatto presente all'Istituto previdenziale di non essere residente all'estero, non poteva essere ritenuto in alcun modo responsabile della asserita indebita corresponsione di somme non dovute, con conseguente inesistenza della pretesa azionata dall'Istituto.

Ciò premesso, chiedeva che il Tribunale dichiarasse non dovute in restituzione le somme oggetto della richiesta dell'INPS; in subordine, che fosse accertato l'obbligo di restituzione solo per la somma indebitamente erogata nel periodo 1-4-1986/27-3-1989, sotto la vigenza dell'art. 80 RD 1422/1924.

Si costituiva l'INPS e resisteva alla domanda; deduceva che l'Oliveti, con dichiarazione del 5-10-1988, si era impegnato a comunicare prontamente all'Ente — che gli liquidava l'integrazione al minimo sulla pensione di vecchiaia senza tenere conto dei limiti di reddito in quanto egli era stabilmente dimorante all'estero — il suo rientro definitivo in Italia; che, nonostante detto rientro fosse avvenuto nel giugno 1991, l'Oliveti lo aveva comunicato solo l'11-1-1995, dopo i controlli incrociati con il Ministero del Tesoro e la sospensione della integrazione pensionistica; che l'omessa

comunicazione di un dato rilevante e non altrimenti conosciuto dall'INPS era equiparata, a norma dell'art. 13 L. 412/1991, al dolo e comportava la ripetibilità totale delle somme indebitamente percepite.

Successivamente, il ricorrente integrava le proprie conclusioni chiedendo, in subordine, che la somma da restituire fosse quantificata del minore importo di £ 19.247.902, e che fosse applicata la riduzione di un quarto in forza dell'art. 1 comma 261° L. 662/1996, norma sopravvenuta nel corso del giudizio.

Il Tribunale, espletata istruttoria, con sentenza del 16-11-2001 respingeva il ricorso e compensava le spese di lite.

Riteneva il Giudice:

— che fosse applicabile alla fattispecie la normativa sopravvenuta contenuta nell'art. 1 comma 261° L. 662/1996;

— che, secondo tale norma, in caso di dolo del pensionato il recupero dell'indebito va effettuato per intero;

— che nel caso in discussione sussistesse il dolo del percipiente, in forza della equiparazione, stabilita dall'art. 52 L 88/1989 e dall'art. 13 L. 412/1991, fra omessa comunicazione e dolo: infatti l'Oliveti aveva colpevolmente omesso di comunicare all'INPS il suo definitivo rientro in Italia, nonostante a ciò si fosse espressamente impegnato con dichiarazione del 5-10-1988, e quindi aveva cagionato la erogazione indebita;

— che. quanto all'ammontare delle somme da restituire, non fosse dimostrata la diversa quantificazione dell'indebito sostenuta dal ricorrente.

Avverso la sentenza proponeva appello Szilagyi Ages, erede di Oliveti Nardo nel frattempo deceduto, con ricorso depositato il 31-3-2003, e ne chiedeva la riforma per i seguenti motivi:

1) errata valutazione delle conseguenze della omessa comunicazione di rientro in Italia: il Giudice non aveva considerato che l'erogazione indebita era derivata dalla applicazione all'Oliveti del regime dei residenti all'estero: ma il pensionato aveva dichiarato per iscritto all'INPS, fin dal 11-4-1988, di essere residente in Italia e di non essere mai stato residente all'estero, talché ogni errore sulla persistente erogazione della integrazione al minimo nonostante il superamento dei limiti di reddito era pienamente imputabile all'INPS; erroneamente il primo Giudice non aveva tenuto conto della dichiarazione di residenza in Italia del pensionato, che escludeva qualsiasi dolo o colpa;

2) la dichiarazione di "rientro in Italia" era del tutto irrilevante ai fini della erogazione della integrazione al minimo, ed irrilevante era quindi l'impegno del pensionato a comunicare il rientro, essendo invece significativa solo la situazione della residenza all'estero;

3) L'INPS aveva contraddittoriamente riconosciuto — in sede di ricorso amministrativo — il suo errore relativo alla residenza solo per un periodo, e non per l'intero arco di tempo;

4) in subordine, dai certificati di pensione relativi al periodo di erogazione dell'indebito risultava con evidenza che l'importo era inferiore a quello preteso dall'INPS.

Insisteva per l'accoglimento della propria domanda formulata in primo grado, chiedendo in subordine la determinazione tramite CTU degli importi da restituire.

Si costituiva l'INPS e resisteva al gravame; chiariva che con circolare del 1984 L'Ente aveva stabilito di equiparare, ai fini dell'art. 9 bis DL. 463/1983, i "dimoranti in

via stabile all'estero" con i "residenti all'estero"; che, in forza di tale interpretazione della normativa, l'Oliveti, che aveva comunicato di essere residente in Italia, aveva rilasciato la dichiarazione di essere stabilmente dimorante all'estero — a seguito della quale aveva poi ottenuto la erogazione della integrazione al minimo — ed aveva sottoscritto l'impegno a comunicare immediatamente il momento del definitivo rientro in Italia; che l'inadempimento a tale obbligo di comunicazione, equiparabile al dolo.aveva cagionato la erogazione indebita da parte dell'INPS.

All'odierna udienza le parti spiegavano le epigrafate conclusioni; la Corte pronunziava sentenza.

DIRITTO — L'appello è in parte fondato.

La disciplina della ripetizione dell'indebito risulta ora dettata dall'art. 38, commi da 7 a 10, della L. 448/2001, secondo cui "***7*** - Nei *confronti dei soggetti che hanno percepito indebitamente prestazioni pensionistiche o quote di prestazioni pensionistiche o trattamenti di famiglia, a carico dell'INPS, per periodo* anteriore al 10 gennaio 2007, non *si fa luogo ai recupero dell'indebito qualora i soggetti medesimi siano percettori di un reddito persona/e, imponibile ai fini IRPEF per l'anno 2000.di importo pari o inferiore a 8263,21 euro.* ***8*** - *Qualora i soggetti che hanno indebitamente percepito i trattamenti di cui al comma 7 siano percettori di un reddito personale imponibile ai fini IRPEF per l'anno 2000 di importo superiore a 8263,21 euro, non si fa luogo al recupero dell'indebito nei limiti di un quarto dell'importo riscosso...* ***10*** - *Le disposizioni di cui ai commi 7, 8 e 9 non si applicano qualora sia riconosciuto il dolo del soggetto che abbia indebitamente percepito i trattamenti a carico dell'INPS. IL recupero dell'indebito pensionistico si estende agli eredi del pensionato solo nel caso in cui si accerti il dolo del pensionato medesimo"*.

La giurisprudenza prevalente del Supremo Collegio, che questa Corte condivide, ha avuto modo di affermare che della nuova *"disciplina della ripetizione delle sole prestazioni pensionistiche erogate dall'INPS, introdotta dall'art. 38, commi settimo, ottavo, nono e decimo, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, applicabile ai giudizi pendenti, non avendo il legislatore limitato l'efficacia della stessa ai soli indebiti previdenziali formatisi dopo il 1 gennaio 1996. deve tenersi conto, per i periodi anteriori al 1 gennaio 2001, del reddito imponibile ai fini IRPEF per l'anno 2000 e la ripetizione è consentita, nel limite dei tre quarti del reddito stesso, se questo è superiore ad euro 8.263,31"* - v. Cass. 9902/2003; analogamente, Cass. 2921/2003; Cass. 11780/2003; l'interpretazione qui accolta trova sostegno anche nella valutazione data dalla Corte Costituzionale alla nuova legge in materia di indebito: con ordinanza n. 249 del 2002 la Corte, chiamata a decidere sulla incostituzionalità dell'art. 1 commi 260/265 L. 662/1996, ha disposto la restituzione degli atti ai giudici remittenti rilevando che l'art. 38 L. 448/2001 contiene una normativa sull'indebito previdenziale parzialmente non coincidente con quella oggetto del giudizio e tale da richiedere una nuova valutazione della rilevanza delle questioni di costituzionalità, in considerazione del nuovo quadro normativo.

Non può peraltro condividersi la diversa opinione espressa da altra pronunzia della Corte di Cassazione (Cass. 746/2004), secondo cui *"Le prestazioni previdenziali indebitamente erogate dall'INPS in data anteriore al 1 gennaio 1996 sono ripetibili secondo i criteri indicati dall'art.1, commi duecentosessanta e segg. della legge n. 662 del*

1996, che trova applicazione anche con riferimento alle controversie in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina ex *art. 38, commi sette e segg., della legge n. 448 del 2001, in quanto l'applicazione di detta legge all'indebito formatesi nel periodo precedente la entrata in vigore della stessa darebbe adito a dubbi di costituzionalità', comportando disparità di trattamento in situazioni identiche sulla base di un discrimine accidentale quale la durata dei processi"*, atteso che, da un lato, la totale mancanza nella norma del 2001 di qualunque distinzione fra gli indebiti anteriori a 1-1-1996 e gli indebiti compresi fra tale data e il 10 gennaio 2001 non consente di adottare differenze di trattamento nell'ambito delle prestazioni indebite, genericamente definite dalla legge *"anteriori al 10 gennaio 2001"*; dall'altro, il discrimine della durata dei processi non è affatto estraneo al sistema normativo, ove si consideri che la avvenuta definizione delle situazioni giuridiche con il giudicato costituisce la barriera di efficacia delle norme retroattive, o anche delle dichiarazioni di incostituzionalità.

Ritenuta dunque la applicabilità anche agli indebiti anteriori al gennaio 1996 — prima disciplinati dall'art. 1 commi 260/265 L. 662/1996 — della normativa dettata dall'art. 38 commi 7 ed 8, L. 448/2001, deve aversi riguardo innanzi tutto alla sussistenza o meno del dolo del percettore, oggetto del primo motivo di gravame. Non viene in rilievo, nel caso in esame, la disciplina relativa agli eredi del pensionato, poiché l'INPS ha agito per il recupero nei confronti del pensionato stesso.

Ritiene la Corte che l'appello sul punto sia fondato.

L'art. 9 *bis* del DL. 638/1983, conv. in L 463/1983 stabilisce che le disposizioni contenute negli artt. 6 e 8 della legge medesima — cioè quelle che riguardano i limiti di reddito per usufruire della integrazione al minimo — "non *si applicano ai lavoratori dipendenti o autonomi e ai pensionati residenti all'estero*".

La disposizione normativa è estremamente chiara nel suo significato, poiché ancora al requisito della "residenza all'estero" l'esonero del pensionato dalle restrizioni stabilite, dagli artt. 6 ed 8 della legge.

Con circolare del 13 marzo 1984 n. 5360 l'INPS ha ritenuto di equiparare, in via interpretativa, la condizione di "residente all'estero" con quella di "avente dimora abituale fuori del territorio nazionale", allo scopo sia di evitare di dare rilevanza, ai fini in questione, "ad una mera ed occasionale *residenza di fatto, svincolata da qualsivoglia requisito di stabilità*", sia di favorire i pensionati residenti in quei Paesi esteri che accordano con difficoltà ai cittadini stranieri il riconoscimento della residenza anagrafica.

Sulla base di tale interpretazione, l'Ente ha ritenuto di esonerare l'Oliveti dal controllo sull'ammontare dei redditi in relazione alla erogazione della integrazione al minimo, nonostante il pensionato avesse espressamente comunicato di essere residente in Italia — a Roma, presso la Farnesina, in qualità di diplomatico dello Stato Italiano — ed avesse anche richiesto l'accredito della pensione in Italia (v. comunicazione in data 11-5-1988).

In questa ottica, l'INPS ha richiesto all'Oliveti la dichiarazione di dimora abituale all'estero e l'impegno a comunicare il rientro (rilasciata il 5-10-1988), ritenendo, quindi, non tanto di prescindere dalla formale attribuzione anagrafica, da parte dello Stato Estero, della residenza — d'altra parte, il diplomatico italiano non avrebbe in nessun caso potuto chiedere la residenza in uno Stato diverso da quello rappresentato in sede internazionale, come lui stesso aveva precisato nella già citata comunicazione del mag-

gio 1988 — quanto di dare prevalenza alla dimora rispetto al dato formale e sostanziale della residenza in Italia.

Ritiene la Corte che tale interpretazione adottata dall'INPS sia contraria al dettato ed allo spirito della norma in questione, in quanto, lungi dal privilegiare il dato della "residenza effettiva all'estero" indipendentemente dalla sua (spesso difficoltosa) formalizzazione anagrafica, sostituisce in realtà un dato prescritto dalla legge (la residenza, qui pacificamente stabilita e voluta in Italia) con un dato completamente diverso che è la permanenza all'estero per ragioni di lavoro.

Poiché il requisito indicato dalla legge è la "residenza all'estero" e l'Oliveti, residente in Italia a tutti gli effetti, aveva espressamente comunicato all'Ente tale suo stato, nessun rilievo assume, ai fini, della integrazione della fattispecie dell'art. 9 *bis* DL. 638/1983 conv. in L. 463/1983, la dichiarazione dell'ottobre 1988 di essere stabilmente dimorante all'estero, in tutta evidenza richiesta dall'INPS, ed il relativo impegno a comunicare il proprio rientro: la corretta lettura della suddetta norma avrebbe dovuto condurre l'INPS a dare rilievo solo alla residenza anagrafica effettiva, dichiarata dal pensionato, e non alla abitazione del diplomatico in uno Stato estero, e quindi a sottoporre l'erogazione della integrazione al minimo al preventivo controllo sull'ammontare dei redditi.

Di conseguenza, nessun comportamento doloso è addebitabile al pensionato, che ha sempre dichiarato il reale stato delle cose neppure in via di equiparazione alla omessa comunicazione di dati significativi, attesa la assoluta irrilevanza, rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 9 *bis* L. cit.,di., del fatto del "rientro in Italia", in presenza del requisito di legge della "residenza in Italia'. In altri termini, non può ragionevolmente imputarsi al pensionato la colpevole omissione della comunicazione del proprio rientro, quando questo è un elemento estraneo ai requisiti prescritti dalla normativa — ove interpretata in conformità alle regole ermeneutiche — per la esenzione dal controllo sui redditi. L'unico elemento rilevante a norma dell'art. 9 *bis* citato, cioè la residenza del pensionato, è stato ab origine correttamente comunicato all'Ente.

In tal senso, dunque, la sentenza di primo grado non può essere condivisa.

La insussistenza del dolo comporta che debba farsi riferimento all'ammontare del reddito del pensionato nell'anno 2000 per stabilire se l'indebito sia totalmente, o invece solo parzialmente, irripetibile.

Secondo quanto affermato dalla stessa parte in sede di memoria di discussione nel giudizio di primo grado — depositata il 21-12-1998, e richiamata nella memoria conclusiva del 2-11-2001 — il reddito del pensionato era all'epoca (1998, ma anche 2001) superiore al limite di £ 16.000.000 stabilito nell'art. 1, comma 261 L. 662/1996 all'epoca vigente, tanto da giustificare la richiesta (subordinata) di applicazione della riduzione della restituzione. La suddetta circostanza consente di affermare che anche nel 2000 il reddito del pensionato fosse superiore agli € 8.263,31, corrispondenti a £ 15.999.999,25.

Di conseguenza l'INPS avrà diritto a ripetere, a norma del citato art. 38 L. 448/2001, solo i tre quarti dell'importo indebitamente erogato, con irripetibilità del restante quarto.

In tal senso la sentenza gravata va parzialmente riformata.

Quanto all'esatto ammontare delle somme indebitamente erogate in favore

dell'Oliveti a titolo di integrazione al minimo, deve essere precisato che il periodo oggetto di azione di ripetizione da parte dell'INPS è quello che residua dalla parziale revoca dell'originario provvedimento, effettuata dal Comitato Provinciale dell'INPS in sede di parziale accoglimento del ricorso amministrativo del pensionato: come si evince dalla comunicazione del 7-3-1996 diretta all'Oliveti, l'INPS ha ritenuto applicabile la sanatoria solo per il periodo 28-3-1989/30-6-1991, insistendo invece per la ripetizione dell'indebito erogato dal 26-11-1988 al 27-3-1989 e dal 1-7-1991 al 31-8-1994.

A fronte della contestazione dell'appellante sull'esatto importo della integrazione al minimo effettivamente erogata, si rende opportuno disporre ulteriore istruttoria, come da separata ordinanza.

La regolamentazione delle spese di lite va rimessa al momento della sentenza definitiva.

(Omissis)

***Processo civile* - Controversie previdenziali - Ricorso - Impossibilità di identificare gli elementi di fatto posti a base della domanda - Nullità - Rilevabilità.**

Corte d'Appello di Genova - 22.10/12.11.2004, n. 1044 - Pres. Meloni - Cereghino (Avv. Figheti) - INPS (Avv. Lolli).

Nel rito del lavoro, il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado è nullo quando non sia possibile l'individuazione degli elementi di fatto posti a base della domanda neanche attraverso l'esame delle produzioni; queste ultime devono essere state notificate alla controparte insieme al ricorso medesimo, non essendo sufficiente che le stesse siano state depositate nella cancelleria del giudice adito; la nullità è rilevabile d'ufficio, anche in grado di appello, a prescindere dall'eventuale costituzione della parte convenuta che si difenda nel merito.

FATTO — Con ricorso al Tribunale di Genova Cereghino Roberto esponeva:

— di aver versato all'INPS n.1379 contributi settimanali nella gestione commercianti e n. 325 "riconoscibili per esposizione ad amianto", pari a complessivi 40 anni di contribuzione alla data del 31.7.98;

— di aver presentato all'INPS domanda di pensione di anzianità nella gestione commercianti, senza ricevere risposta, e successivamente ricorso amministrativo, con il medesimo esito.

Chiedeva pertanto dichiararsi che alla suddetta data egli aveva raggiunto 40 anni di

contribuzione e conseguentemente condannarsi l'INPS a liquidargli la pensione ed a corrispondergli i ratei già maturati, oltre interessi.

Si costituiva tardivamente l'INPS eccependo la nullità del ricorso per indeterminatezza della domanda, non essendo precisato il periodo della pretesa esposizione ad amianto; inoltre, osservava che al momento della presentazione della domanda di pensione il ricorrente non aveva maturato l'anzianità di n. 1820 contributi settimanali.

Eccepiva inoltre l'improponibilità della domanda, per carenza di documentazione amministrativa, non essendo mai stata prodotta certificazione INAIL attinente l'esposizione ad amianto.

Il Tribunale dichiarava la nullità del ricorso, osservando che parte ricorrente aveva omesso di indicare la misura dell'incremento dei contributi settimanali spettante in virtù della rivalutazione per esposizione ad amianto, non individuabile attraverso i documenti prodotti, circostanza essenziale per determinare la contribuzione complessiva maturata alla data del 31 7.98.

Avverso tale sentenza proponeva appello il ricorrente, chiedendone la riforma e riformulando le domande ai cui al primo grado.

Deduceva di aver indicato l'entità della contribuzione accreditata e di aver prodotto certificazione INAIL necessaria ad individuare il periodo di esposizione, cosicché l'esame delle produzioni sarebbe stato sufficiente per l'accoglimento della domanda.

Quanto alla mancata produzione della domanda amministrativa di pensione, esse era stata smarrita dall'INPS ed il ricorrente non ne aveva tenuto copia.

Si costituiva l'INPS chiedendo il rigetto, del gravame.

All'odierna udienza i difensori delle parti illustravano le rispettive difese e la Corte pronunciava la presente sentenza dando lettura del dispositivo.

DIRITTO — L'appello è infondato e deve essere respinto.

Si deve infatti osservare che nel ricorso introduttivo era stata affermata la sussistenza del requisito di 40 anni di contribuzione alla data del 31.7.98, che si assumeva raggiunto attraverso il riconoscimento di n. 325 contributi settimanali calcolati in base al periodo di esposizione ad amianto, peraltro — era chiaro — non ancora riconosciuti.

La documentazione prodotta a sostegno della domanda, consisteva unicamente nella dichiarazione INAIL - Contarp nella quale era attestata l'esposizione ad amianto nel periodo 20.6.63 - 31.7.75, senza ulteriore specificazione in merito e quindi nell'impossibilità di stabilire il numero dei contributi settimanali riconoscibili in base alla contribuzione figurativa (dovendosi in ogni caso escludere dal computo eventuali periodi di CIGS, assenze dal lavoro ecc.).

Inoltre, non era stata allegata la domanda di pensione (della quale, in corso di causa, il ricorrente sosteneva non aver tenuto copia, e che l'INPS dichiarava essere stata smarrita) cosicché non era neppure possibile comprendere il calcolo effettuato per giungere agli asseritamente maturati 40 anni contributivi, tanto più che parte ricorrente richiedeva, in sede amministrativa prima e giudiziale poi, il riconoscimento del diritto alla pensione raggiunta con il massimo della contribuzione, senza avere seguito l'iter predisposto per il riconoscimento del beneficio della maggiorazione contributiva, ai sensi della normativa sull'amianto (domanda amministrativa, eventuale ricorso amministrativo, quindi domanda giudiziale).

Di conseguenza, come esattamente rilevato dal Tribunale, il ricorso di primo grado appare nullo, data l'assoluta impossibilità di identificare gli elementi di fatto posti a base dello domanda, che non è possibile ricavare neppure dall'esame delle produzioni.

Ma in ogni caso, se anche si volesse ritenere che, come lo stesso ricorrente ha affermato, le produzioni di causa sarebbero state sufficienti a dimostrare il fondamento della domanda formando parte integrante del ricorso, si rileva che- le stesse non erano state notificate alla controparte insieme al ricorso introduttivo del giudizio, ma solo depositate nella cancelleria dei giudice adito.

Al proposito, la giurisprudenza della S C. (Cass. 6140/1993, 6714/99) ha osservato che i documenti non offerti in comunicazione non possono integrare il ricorso e (Cass. 13066/97) che la nullità cagionata dalla mancanza dell'esatta determinazione della domanda e della esposizione delle ragioni in fatto e in diritto non può essere sanata nemmeno dalla costituzione del convenuto che si difenda nel merito.

La completezza del ricorso non è posta dalla legge solo in favore del convenuto, in modo che lo stesso possa difendersi compiutamente, ma anche nei confronti del giudice, affinchè lo stesso possa espletare il tentativo di conciliazione, dispone l'interrogatorio delle parti, acquisire documentazione, utilizzare i suoi poteri d'ufficio: non si vede come ciò sia possibile con i telegrafici ricorsi di cui si discute, anche se integrati dalle ricevute di presentazione all'Istituto.

Di conseguenza, l'appello deve essere respinto; essendo stato depositato il ricorso in sede di gravame nel mese di aprile 2004, consegue condanna dell'appellante a rifondere a controparte le spese del grado, liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

TRIBUNALI
Sezioni Civili

***Lavoro (Rapporto di)* - Collaborazione coordinata e continuativa - Qualificazione rapporto - Irrilevanza *nomen iuris* - Elementi di fatto sintomatici della subordinazione.**

Tribunale di Agrigento - 21/29.12.2004, n. 2306 - Dott. Gatto - Bongiorno (Avv. Alletto) - INPS, S.C.C.I. (Avv. Ciancimino) - Montepaschi Serit s.p.a.

Costituendo elemento coessenziale alla parasubordinazione che l'attività di collaborazione sia coordinata con l'organizzazione imprenditoriale nel solco di un mero indirizzo di carattere generale dettato dal datore di lavoro, ove dal concreto atteggiarsi del rapporto, a prescindere dal nomen iuris *attribuito dalle parti, emerga un'ingerenza del datore di lavoro nella scelta del contenuto della prestazione e delle sue modalità temporali, il rapporto deve essere qualificato come subordinato (fattispecie in cui gli elementi sintomatici sono stati ravvisati nel carattere meramente esecutivo delle mansioni, nell'uso dei beni strumentali del datore di lavoro e nel carattere fisso del compenso pattuito con cadenza mensile).*

FATTO — Con ricorso depositato il 26/5/2004 Bongiorno Antonio, titolare di farmacia corrente in Favara, ha proposto opposizione avverso la cartella esattoriale 2912004 00062978 35 notificata in data 4/5/2004, per il pagamento in favore dell'Inps della somma di € 6,917,52 a titolo di omissioni contributive e perdita di benefici contributivi contestati con verbale di accertamento ispettivo n. 503 del 22/12/2003 per il periodo da luglio 2001 a settembre 2003, deducendo:

— la responsabilità del consulente del lavoro in ordine alle violazioni riguardanti i lavoratori Brucculeri e Cognata,

— l'inesistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la collaboratrice Cucchiara; l'estraneità ai minimi retribuitivi previsti dal contratto collettivo, che condizionano il diritto alla fruizione degli sgravi contributivi, dei compensi per il lavoro prestato oltre il normale orario nei giorni di sabato e domenica. Sui motivi di opposizione che precedono, l'opponente ha convenuto in giudizio l'Inps, la S.C.C.I. SpA e la Montepaschi Serit SpA e ha chiesto, in via preliminare, la sospensione dell'iscrizione a ruolo; nel merito, l'annullamento dell'iscrizione a ruolo ovvero il rigetto della pretesa dell'Istituto previdenziale.

Costituendosi in giudizio anche per conto della società di cartolarizzazione dei crediti, l'Inps ha dedotto l'infondatezza del ricorso e ne ha chiesto il rigetto. Ancorché

ritualmente convenuta, la Montepaschi Serit Spa non si è costituita in giudizio ed è stata, pertanto, dichiarata contumace.

La causa è stata istruita con documenti, con il teste Aquilina e le dichiarazioni della lavoratrice Cucchiara, liberamente sentita.

Depositate dalle parti le note conclusive autorizzate, all'odierna udienza la controversia è stata discussa e decisa con lettura pubblica del dispositivo steso in calce alla presente sentenza.

DIRITTO — La cartella di pagamento opposta trae origine dal verbale di accertamento compiuto dagli ispettori di vigilanza dell'Inps in data 22/10/2003.

La materia del contendere è circoscritta alle seguenti questioni:

1. qualificazione del rapporto di lavoro con la lavoratrice Cucchiara Rossana, assunta formalmente con contratto di collaborazione coordinata e continuativa (co.co.co.), mentre gli ispettori hanno dato al rapporto la qualificazione di lavoro subordinato;

2. appartenenza o meno ai minimi retributivi previsti dal contratto collettivo dei compensi per lavoro straordinario; per gli altri addebiti, infatti, la ditta riconosce che sono stati il frutto di errori commessi dal consulente del lavoro di cui si è avvalsa.

Circa la prima questione, il ricorrente ritiene di aver giustificato l'opportunità del ricorso al rapporto co.co-co. con la creazione del settore cosmesi, affidato all'autonoma Iniziativa della lavoratrice Cucchiara, ma l'assunto non appare condivisibile. Si deve, invece, "ritenere che nelle modalità con cui si è svolto il rapporto di lavoro siano presenti gli elementi della subordinazione, rinvenibili nel carattere essenzialmente esecutivo delle mansioni (commessa addetta alla vendita"), nell'orario di lavoro coincidente con quello di apertura al pubblico della farmacia, nell'uso dei beni strumentali del datore di lavoro, nel carattere fisso della retribuzione corrisposta mensilmente.

In particolare, il modesto contenuto professionale delle mansioni di per sé implica un ambito ristretto di autonomia operativa, che nello specifico è ulteriormente avvalorato dalla circostanza che i rapporti della lavoratrice con i fornitori erano necessariamente condizionati dalle decisioni assunte dal ricorrente in ordine alla scelta dei prodotti cosmetici da acquistare per la commercializzazione, questo perché un'autonomia di spesa, sia pure limitata ad un fondo che la lavoratrice potesse liberamente amministrare per la gestione del settore di vendita affidatele, esulava dalle modalità con cui si è svolto il rapporto (cfr. dichiarazioni della stessa Cucchiara).

Quanto all'orario di lavoro, poi, pur nel mal celato tentativo di favorire il datore di lavoro, che l'ha indotta a dichiarare di non aver dovuto sottostare a vincolo di orario, nè all'obbligo di giustificare le assenze, la lavoratrice ha dovuto riconoscere che la sua presenza sul posto di lavoro tutti i giorni garantiva le vendite ed era, pertanto, necessaria. In tale ambito, è logico ritenere l'obbligo della lavoratrice di mettere a disposizione le sue energie lavorative in maniera continuativa, perché un'autogestione del tempo di lavoro non sarebbe stata compatibile con l'interesse economico del datore di lavoro.

Stando cosi le cose, si deve riconoscere che il dato attuale, afferente al concreto atteggiarsi del rapporto, è in contrasto con il *nomen iuris* concordato dalle parti, perché l'elemento coessenziale alla parasubordinazione, cioè che l'attività di collaborazione si sia coordinata con l'organizzazione imprenditoriale nel solco di un indirizzo di caratte-

re generale dettato dal datore di lavoro, non si attaglia alla ben più pregnante ingerenza che il ricorrente ha esercitato nella scelta del contenuto professionale e delle modalità temporali della prestazione resa dalla lavoratrice, ingerenza in cui si sostanzia l'inserimento del prestatore di lavoro nell'organizzazione imprenditoriale, tipico del rapporto di lavoro subordinato. Su tale base, la qualificazione di lavoro subordinato attribuita al rapporto dagli ispettori dell'Inps appare senz'altro condivisibile.

Venendo all'altra questione, l'opponente crede di aver perso il beneficio degli sgravi contributivi per aver corrisposto ai dipendenti una maggiorazione per il lavoro straordinario svolto nei giorni di sabato e domenica inferiore a quella prevista dal contratto collettivo di categoria e pretende di aver diritto a fruire degli sgravi in base all'assunto secondo cui i minimi retributivi che il datore di lavoro deve applicare per beneficiare degli sgravi sarebbero riferiti esclusivamente alla paga base e alla contingenza, con esclusione di tutte quelle voci tipicamente contrattuali, quali i compensi aggiuntivi, gli scatti di anzianità o la quattordicesima mensilità. In realtà, una volta appurato che il ricorrente non aveva corrisposto la maggiorazione per il lavoro straordinario nella misura prevista dal contratto collettivo, gli ispettori dell'Inps non hanno recuperato gli sgravi conguagliati, ma i contributi dovuti sulle differenze retributive e, quindi, semmai il ricorrente avrebbe potuto mettere in discussione l'ambito della retribuzione imponibile, cioè della retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi. Se l'avesse fatto, tuttavia, sarebbe stato facile osservare che collegato al concetto di minimale contributivo introdotto dalla legge 389/1989 è quello della retribuzione imponibile come insieme di tutto ciò che il lavoratore percepisce in relazione al rapporto di lavoro, con le esclusioni tassative indicate dalla norma, e nel quale rientrano, pertanto, anche le maggiorazioni per il lavoro straordinario in giornata di riposo settimanale, non essendo previste tra le ipotesi in deroga.

In conclusione, l'opposizione è infondata e deve essere rigettata.

(Omissis)

***Contributi* - Condono - Natura giuridica - Confessione - Atto interruttivo della prescrizione.**

***Contributi* - Condono - Adempimento - Prescrizione - Effetti.**

Tribunale di Agrigento - 7/9.12.2004, n. 1287 - Pres. Agnello - Rel. Massarelli - Montepaschi SE.RI.T S.p.A (Avv. Sinatra) - Fall. Tricogen (Avv. V. Ciancimino) - INPS, S.C.C.I (Avv. Madonia, R. Ciancimino).

La presentazione di domanda di condono previdenziale costituisce valido atto interruttivo della prescrizione, avendo natura confessoria del debito.

La previsione normativa secondo cui l'Ente creditore non può procedere ad azioni volte al recupero del credito oggetto della domanda di condono regolarmente adempiuta, impedisce il decorso della prescrizione ai sensi dell'art. 2935 c.c. fino a che il debitore provveda al pagamento delle singole rate; conseguentemente, il dies a quo *per il calcolo del termine di prescrizione decorre dalla data dell'ultimo pagamento effettuato dal debitore.*

FATTO e DIRITTO — La causa è decisa dal tribunale fallimentare in composizione collegiale *ex* art. 50 *bis* n° 2 c.p.c.

L'opposizione è ammissibile.

La ricorrente ha infatti prodotto la lettera raccomandata speditale dal curatore *ex* art. 97 L. Fall., così dimostrando la tempestività e la procedibilità del ricorso.

Va premesso che il collegio porrà a base della decisione non solo i documenti disponibili in causa, ma anche quelli prodotti dall'opponente in fase di insinuazione tempestiva al passivo, non solo per esplicita richiesta dell'opponente, ma anche per facoltà riconosciuta da Cass. n° 2823/95.

Nel merito, l'opposizione è parzialmente fondata e deve essere accolta.

Nel corso dell'esame dello stato passivo, il g.d. non ha ammesso i seguenti crediti insinuati dal concessionario della riscossione: ruolo INPS Agrigento nn° 47 e 48; ruolo Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 810; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729535; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) a0 59729534; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729533; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729532; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729531; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729529; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA, l. 689/81) n° 59729528; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729527; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA, l. 689/81) n° 5972926; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729525; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA. l. 689/81) n° 59729530; avviso di mora Comune Agrigento (SS.AA.l. 689/81) n° 59729536. Ciò per maturata prescrizione quinquennale.

Il concessionario propone integrale opposizione al provvedimento emesso in prime cure; chiama in causa solo l'ente impositore INPS; ritiene che la prescrizione non gli sia opponibile; ritiene che l'avvenuta notificazione delle cartelle esattoriali contenenti i ruoli, senza l'opposizione di legge da parte della curatela, disponga l'irretrattabilità delle pretese,

Si costituisce la curatela insistendo per la conferma del rigetto delle pretese già non accolte. Si costituisce anche l'ente impositore INPS, chiamato, che evidenzia come alcune somme sono pretese per contributi al S.S.N. e dunque sulle stesse difetta la giurisdizione dell'A.G.0.; per il resto dimostra che nel 1997 la società fallita aveva proposto istanza di condono previdenziale confessando la propria esposizione debitoria di circa vecchie L. 270.000.000.

L'opposizione relativa ai crediti INPS è fondata e va accolta. Chiamato in causa, l'ente ha provato che i debiti inseriti nei ruoli n° 47 e n° 48 del 2002 concernono partite per le quali la società fallita aveva dichiarato di trovarsi in debito già nel 1995 e poi nel 1997. Poiché i pagamenti rateali del condono sono proseguiti fino al 1999 (doc. n°

3 INPS), fino a quel momento l'ente non poteva procedere ad atti di cognizione ed esecuzione contro la società (vi ostava il sistema stesso della legge di regolarizzazione), sicché va applicato l'art. 2935 c.c. in tema di momento da cui decorre il termine di prescrizione quinquennale, poi interrotto nel 2003 con l'istanza di ammissione al passivo. L'inadempimento rende peraltro dovuti tutti gli accessori contributivi che potevano essere regolarizzati in via di favore.

Al contrario, l'opposizione rivolta contro l'esclusione dei crediti comunali è infondata e va respinta. I crediti in parola si prescrivono pacificamente in cinque anni, ma risalgono a periodi molto remoti. L'unico atto interruttivo allegato è la notifica degli atti al curatore in data posteriore al fallimento, avvenuta solo nel 2003. Poiché tale notifica non ha alcun effetti (tutti i crediti contro i falliti vanno insinuati al passivo ed esaminati secondo lo speciale rito della legge fallimentare, senza spazio per competenze concorrenti), ne deriva l'incontestabilità dell'eccepita prescrizione.

Va dunque ammesso solo l'ulteriore credito di € 105.370,93 in privilegio ex art. 2753 c.c, di € 94.930,77 in privilegio ex art. 2754 c.c. e di € 94.930,77 in chirografo.

Non spettano invece nè i crediti per sanzioni amministrative nè i crediti richiesti per compensi ed interessi di mora, in quanto non inseriti nell'originaria istanza di ammissione al passivo.

Vista la parziale soccombenza ed il fatto che il diritto è stato accertato solo tramite la costituzione dell'ente impositore, le spese vanno per intero compensate. Nella materia dell'opposizione a stato passivo, infatti, non vige in pieno la regola della soccombenza per l'Individuazione della parte che deve sostenere le spese del giudizio, ma piuttosto quella dell'imputabilità delle stesse (Trib. Genova 11.4.1994, in *IL Fallimento*, 1995, n. 9, p. 975; Trib. Roma, 17.4.1998, in *IL Fallimento*, n. 11,1998, p. 1191; Trib. Roma, 16.6.1995, in *IL Fallimento*, n. 12,1995, p. 1249), Fra il chiamante ed i terzi non si regolano le spese, visto che l'intervento provocato dal concessionario è previsto dalla stessa legge a tutela di una migliore difesa dell'ente impositore,

Come di regola, spetta alla parte interessata trasmettere copia autentica della presente sentenza alla cancelleria fallimentare, per far annotare in calce allo stato passivo del fallimento l'esito del presente giudizio di opposizione, assieme al fascicolo di parte.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva ex art. 99, comma quarto, L. Fall.

(Omissis)

***Processo civile* - Prova - Valutazione - Dichiarazioni rese agli ispettori INPS in contrasto con quelle successivamente rese in udienza - Prevalenza.**

***Lavoro (Rapporto di)* - Conclusione del contratto per *facta concludentia* - Partecipazione a corso formazione sui rischi professionali anteriore a visita medica di verifica idoneità - Sussistenza.**

Tribunale di Agrigento - 7.12.2004, n. 13 - Dott. Gatto - Cipolla (Avv. Scarlata, Lupica) - INPS (Avv. Ciancimino).

I verbali di accertamento redatti dagli ispettori dell'INPS hanno piena efficacia probatoria fino a querela di falso per le attività che il pubblico ufficiale dichiara di aver compiuto o che sono state compiute in sua presenza o delle dichiarazioni al medesimo rese; tale efficacia probatoria privilegiata non assiste i predetti verbali per quanto riguarda l'intrinseca veridicità delle dichiarazioni raccolte dal pubblico ufficiale le quali sono in assoluto dotate di un grado di attendibilità privilegiata, poiché rese senza preavviso e perciò più genuine e sincere in quanto non "inquinate" dalla volontà di favorire il proprio datore di lavoro.

La partecipazione al corso di formazione sui rischi lavorativi presenti negli ambienti di lavoro segna l'inizio, per facta concludentia*, del rapporto di lavoro, assurgendo a fatto giuridicamente rilevante prevalente sul dato formale tanto della volontà del lavoratore di prestare la propria attività lavorativa nel complesso produttivo che lo esporrà ai rischi per cui riceve l'informazione e la formazione, quanto della volontà del datore di lavoro di inserire quella prestazione nella propria organizzazione aziendale in una data successiva anche alla visita medica pre-assunzione.*

FATTO e DIRITTO — Con ricorso depositato in cancelleria in data 2/2/2004, Cipolla Francesco ha proposto opposizione al verbale di accertamento ispettivo n. 501 elevato dai funzionari dell'Inps di Agrigento in data 11/10/2003, con cui gli sono state contestate violazioni in tema di evasione contributiva e di indebiti conguagli per € 13,521,00, oltre somme aggiuntive per € 2,995,00, fondando l'opposizione sui seguenti motivi:

1. assunzione del dipendente Sorce Gino in data 2/5/2003 e non nel mese di marzo 2003; inattendibilità della difforme dichiarazione rilasciata dal lavoratore ai verbalizzanti, in quanto rilasciata in un momento di imbarazzo e principalmente di confusione (rilievo ispettivo n. 1);

2. assunzione dei dipendenti Arcadipane Giuseppe e Virgone Giovanni in data 14/1/2002 e non in data 9/1/2002, giorno in cui i due lavoratori erano stati sottoposti a visita medica e formazione pre-assunzione e in cui il primo dei due era presente al momento del verbale di riunione di prevenzione e protezione dai rischi in qualità di possibile rappresentante dei lavoratori, cosi come concordato in fase di visita medica ed informazione dei rischi (rilievo n. 2);

3. Insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato con Percontra Giusy, le cui effettive mansioni corrispondevano alla qualificazione giuridica del rapporto come co.co.co. (rilievo n. 5);

4. avvenuto pagamento dei contributivi sulla retribuzione per rateo di tredicesima e ferie nei confronti del lavoratore Virgone Giovanni ed avvenuta regolarizzazione dell'assunzione del lavoratore Di Stefano Roberto (rilievi nn. 3 e 4).

Sui motivi che precedono l'opponente ha chiesto al Tribunale, preliminarmente, di dichiarare la nullità e comunque l'illegittimità del verbale di accertamento impugnato, per violazione dell'art.2 L. 241/90, non essendo stato osservato il termine di trenta giorni per l'adozione di un provvedimento espresso, obbligatorio, da parte della p.a. su impulso di parte; nel merito, la nullità e comunque l'illegittimità del verbale di accertamento per inesistenza delle violazioni contestate. Costituitosi in giudizio, l'ente previdenziale ha chiesto il rigetto del ricorso. Sui rilievi ispettivi nn. 3 e 4 la difesa resistente, in un primo momento, si è riservata di verificare l'adempimento delle relative obbligazioni; all'odierna udienza ha dato atto che la ditta aveva estinto l'obbligazione contributiva relativa al rateo di tredicesima mensilità e ferie nei confronti del lavoratore Virgone e regolarizzato l'assunzione del lavoratore Di Stefano. Per il resto, richiamando il noto valore probatorio dei verbali di accertamento ispettivo, la difesa dell'Istituto ha ribadito l'esistenza delle inadempienze contestate dagli ispettori.

La S.C.C.I. S.p.A., società di cartolarizzazione dei crediti I.n.p.s., è rimasta contumace.

Il Tribunale osserva quanto segue.

Eccezioni formali

È del giudice amministrativo la giurisdizione in ordine ai vizi dedotti in relazione al procedimento ispettivo da cui scaturisce la pretesa e al procedimento amministrativo di iscrizione a ruolo della pretesa.

La competenza del giudice ordinario civile attrae le ipotesi di contestazione della cartella per vizi propri, non ignorando questo giudice che la competenza del giudice del lavoro resta limitata alle questioni connesse alla sussistenza e all'entità del credito contributivo, perché in tal senso depone anche la lettera della legge (recita l'art. 24 co. 5 del d. Igs cit. che il contribuente propone al giudice del lavoro opposizione contro *l'iscrizione a ruolo* ed il successivo sesto comma precisa che si tratta di giudizio contro il ruolo per *motivi inerenti il merito della pretesa contributiva*).

Nel merito, il Tribunale ritiene, alla luce delle acquisizioni istruttorie, che i rilievi ispettivi siano fondati.

Rilievo ispettivo n. 1 - Decorrenza dall'inizio di marzo 2003 del rapporto di lavoro con il dipendente Sorce Gino, formalmente assunto in data 2/5/2003.

Agli ispettori il ricorrente ha dichiarato che occupava Sorce Gino dall'inizio di marzo 2003 e il lavoratore, in linea con quanto riferito dal datore di lavoro, ha dichiarato che era occupato dal mese di marzo 2003.

In giudizio, tanto il ricorrente in sede di interrogatorio formale, quanto il lavoratore escusso nella qualità di teste hanno ritrattato la dichiarazione resa agli ispettori verbalizzanti, escludendo l'inizio del rapporto di lavoro in epoca anteriore alla data di formale assunzione: il ricorrente con la motivazione dì aver riferito agli ispettori che il rapporto di lavoro era in corso da due o tre mesi e non già dal mese di marzo; il teste Sorce adducendo di versare in stato confusionale al momento in cui gli ispettori lo interrogavano.

È noto che il verbale di accertamento dell'infrazione redatto dall'ispettore INPS fa piena prova relativamente alla sua provenienza dal sottoscrittore, alle dichiarazioni da lui rese e agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesti come avvenuti in sua presenza o da lui compiuti (cfr. per tutte Cass. SSUU 12545/92). Applicando tale principio al caso di specie

ne consegue che se il ricorrente intendeva contestare di aver fatto all'ispettore le dichiarazioni riportate nel verbale, avrebbe dovuto impugnare di falso l'atto. Non era necessaria l'impugnazione, invece, per provare che il contenuto delle dichiarazioni reso dal lavoratore non corrispondeva alla realtà, cioè che gli aveva detto il falso, perché, come è altrettanto noto, l'efficacia privilegiata non si estende al contenuto della dichiarazione.

Ebbene, si osserva, da un lato, che il verbale non è stato impugnato di falso e, dall'altro, che la difesa ricorrente ritiene di aver provato la non veridicità delle dichiarazioni rese dal lavoratore agli ispettori con le difformi dichiarazioni rese dallo stesso dinanzi al giudice. Tale opinione non può essere condivisa. Non viene infatti esplicitato il morivo per cui dovrebbero privilegiarsi le dichiarazioni rese in udienza rispetto a quelle sottoscritte davanti agli ispettori. In generale, si deve anzi ritenere che quest'ultime, rese senza preavviso, siano più genuine e sincere in quanto non "inquinate" dalla volontà di favorire il proprio datore di lavoro; nello specifico, ciò è tanto più vero, per il fatto che le dichiarazioni del lavoratore risultano perfettamente collimanti con quelle rese agli ispettori dal datore di lavoro. Inoltre, nel considerare il comportamento del lavoratore, al fine della valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni rese all'udienza, non può omettersi di sottolineare la scarsa attendibilità della giustificazione addotta. Il lavoratore avrebbe sottoscritto una dichiarazione che non rispecchiava la realtà, apponendo addirittura di suo pugno la dizione "letto, confermato", solo perché l'ispettore si sarebbe rivolto a lui con "domande veloci".

Rilievo ispettivo n. 2 - Decorrenza dal 9/1/2002 del rapporto di lavoro con i dipendenti Arcadipane Giuseppe e Virgone Giovanni, formalmente assunti in data 14/1/2002.

Sia per l'uno, che per l'altro lavoratore gli ispettori verbalizzanti hanno desunto l'esistenza del rapporto di lavoro già a far data dal 9/1/2002 sulla base dell'attestazione di partecipazione al corso di formazione e informazione sui rischi lavorativi presenti negli ambienti e di lavoro, rilasciata dal dott. Caramanna, medico competente, che ha tenuto il corso in data 9/1/2002.

La difesa ricorrente ritiene di aver provato l'anteriorità della visita medica e della formazione rispetto all'assunzione, attraverso le dichiarazioni concordanti del ricorrente, in sede di interrogatorio formale, e degli stessi lavoratori sentiti come testi; invoca, a sostegno del proprio *assunto, la previsione di* accertamenti *sanitari* preventivi, *ai fini della valutazione dell'idoneità specifica alle mansioni, contenuta nella normativa in materia di sicurezza sul lavoro* (art. 16 d.lgs. 626/94).

L'assunto non è condivisibile. Se, infatti, non si nega l'interesse concreto del datore di lavoro a controllare l'idoneità fisica del lavoratore alle mansioni in sede di assunzione, dovendosi, pertanto, riconoscere che sono consentite le visite mediche pre-assunzione, deve invece rilevarsi che l'adempimento dell'obbligo di sicurezza, procedimentalizzato con le disposizioni del d.lgs. 626/94, impone al datore di lavoro di fornire a ciascun lavoratore *"una formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e salute, con particolare riferimento al proprio posto e alle proprie mansioni"*, disponendo che ciò avvenga, per la prima volta, *"in occasione dell'assunzione"* (art.22, co.1 e 2, d.lgs. 626/94). Del resto, mentre la visita preventiva realizza l'interesse del datore di lavoro ad evitare l'assunzione di un. lavoratore inidoneo alla mansione, nessun interesse concreto potrebbe rispecchiare la formazione pre-assunzione, posto che i rischi che il lavoratore deve conoscere e saper evitare con le disposizioni in materia di prote-

zione sono quelli collegati ai fattori dell'ambiente di lavoro e ai processi produttivi e ad essi, dunque, il lavoratore non sarà esposto prima di essere realmente inserito nell'organizzazione aziendale. Pertanto, anche quando la prestazione lavorativa venga rimandata ad un momento successivo, la partecipazione al corso di formazione sui rischi professionali segna l'inizio, per *facta concludentia*, del rapporto di lavoro, assurgendo a fatto giuridicamente rilevante, prevalente sul dato formale contrastante, della volontà del lavoratore di prestare l'attività lavorativa nel complesso produttivo che lo esporrà ai rischi per cui riceve l'informazione e la formazione e della volontà del datore di lavoro di inserire quella prestazione nella propria organizzazione aziendale.

Per il lavoratore Arcadipane, poi, la retrodatazione al 9/1/2002 della decorrenza del rapporto di lavoro è risultata ancora più agevole agli ispettori, non solo perché, ed è questa una circostanza pacifica, già da sette anni il lavoratore prestava a vario titolo la propria attività lavorativa alle dipendenze della ditta Cipolla; ma. soprattutto perché dal verbale di riunione di prevenzione e protezione dai rischi, tenutosi il 9/1/2004, risultava la partecipazione dell'Arcadipane come rappresentante dei lavoratori e, quindi, non potevano nutrirsi dubbi sull'attualità, a quella data, del suo inserimento nell'organizzazione aziendale della ditta Cipolla. È appena il caso di ricordare, infatti, che, secondo la definizione che ne offre l'art. 2 d.lgs. 626/94, il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza è la persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro e all'art.18 si precisa che il rappresentante per la sicurezza è eletto direttamente dai lavoratori al loro interno (nelle aziende che occupano sino a 15 dipendenti) o eletto o designato dai lavoratori nell'ambito delle rappresentanze sindacali aziendali (nelle imprese che con più di 15 dipendenti). La designazione endoaziendale, ebbene, è un chiaro e inequivocabile indice dell'appartenenza del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza all'organizzazione del datore di lavoro.

Rilievo ispettivo n. 3 - Omessa corresponsione al lavoratore Virgone Giovanni, all'atto del licenziamento, del rateo di 13"- mensilità e delle ferie maturate e non godute.

Rilievo ispettivo n. 4 - Irregolare l'assunzione del lavoratore Di Stefano Roberto, in forza dal 8/9/2003.

L'opposizione si fonda sull'affermazione di aver provveduto al pagamento dei contributi dovuti sulla retribuzione per rateo di tredicesima e ferie per il lavoratore Virgone Giovanni e all'assunzione del lavoratore Di Stefano Roberto, in corso di causa, l'Istituto ha dato atto che, in effetti:

— la somma di € 261,00, che la ditta Cipolla ha provato di aver versato in data 18/11/2003, è stata regolarmente acquisita all'inadempienza 501 (rilievo ispettivo n. 3) e in tal modo la ditta ha estinto il debito residuo;

— la ditta ha regolarizzalo la posizione contributiva del lavoratore Di Stefano (cfr. relazione ispettiva del Responsabile dell'Unità di Processo Soggetto Contribuente l. in data 6/12/2004). In tale ambito, le parti sono d'accordo che è venuto meno l'oggetto della controversia, per cui in relazione alla pretesa creditoria correlata ai rilievi ispettivi di che trattasi deve essere ritenuta superflua una pronuncia che, entrando nel merito delle questioni poste dai contendenti, definisca il giudizio.

Rilievo ispettivo n. 5 - Esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con Percontra Giusy, collocata con contratto di co.co.co. a partire dal settembre 2002.

La questione di fondo è la natura subordinata o meno del rapporto con la lavoratrice Percontra, che le parti hanno formalmente qualificato di collaborazione coordinata e continuativa e regolarizzato in questi termini ai fini previdenziali. Giova premettere che, pur dovendosi aver riguardo al contenuto effettivo del rapporto, al di là del *nomen iuris*, allorché le parti hanno dichiarato di voler escludere l'elemento della subordinazione, non si può pervenire ad affermare l'esistenza di tale elemento se non in presenza di una chiara dimostrazione che esso si sia effettivamente realizzato.

Detto questo, si osserva che la difesa ricorrente ritiene che siano stati accertati in giudizio gli elementi caratteristici della collaborazione coordinata e continuativa attraverso le concordi dichiarazioni del ricorrente in sede di interrogatorio formale e della lavoratrice escussa come teste, dalle quali emergerebbe che l'attività di archiviazione fatture e di pagamento presso gli sportelli bancari, disimpegnata dalla lavoratrice, avveniva con modalità temporali non eterodirette e veniva remunerata annualmente.

L'assunto non è condivisibile. A riprova della pertinenza, all'effettivo contenuto del rapporto, della qualificazione di contratto *part-time* adottata dal ricorrente nelle dichiarazioni agli ispettori, è emersa l'eterodirezione tipica del rapporto di lavoro subordinato nelle mansioni di impiegata disimpegnate dalla lavoratrice con un'assiduità pressoché giornaliera, andando personalmente nei locali dell'ufficio aziendale. A dimostrarla (l'eterodirezione) non è tanto la circostanza che il lavoro sia stato retribuito con un compenso fisso elargito con cadenza annuale, piuttosto che con un corrispettivo commisurato al risultato conseguito dal datore di lavoro, posto che tanto l'impegno giornaliero, quanto la pattuizione di un compenso non legato al risultato sono elementi del tutto compatibili con lo schema della collaborazione coordinata e continuativa e, quindi, non decisivi al fine dì inquadrare il rapporto di lavoro nel contesto della subordinazione. Piuttosto, l'eterodirezione è emersa dalla dichiarazione della Percontra che il lavoro glielo assegnava il titolare, perché, in tal modo, la lavoratrice ha offerto un chiaro indice rivelatore dell'assoggettamento al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro, considerato il carattere essenzialmente esecutivo delle mansioni svolte, che difficilmente lasciano spazi di autodeterminazione nella scelta delle modalità di esecuzione. È troncante, infine, il rilievo che non è mancato alla prestazione lavorativa il carattere della continuità, di quella continuità intesa come situazione in cui il lavoratore non può rifiutare in un momento qualsiasi di eseguire l'obbligazione, che è il tratto distintivo del lavoro subordinato rispetto a quello autonomo; è, infatti, stata chiara la lavoratrice quando ha riferito che aveva l'obbligo di avvertire il titolare in caso di assenza per malattia.

In conclusione, esclusi i rilievi ispettivi nn. 3 e 4, per i quali deve ritenersi venuta meno la materia del contendere, per il resto l'opposizione è da rigettare, le acquisizioni probatorie avendo dato riscontro alle inadempienze accertate dai funzionari ispettivi. Per l'effetto la ditta Cipolla è tenuta al pagamento in favore dell'Inps della somma di € 13,260,00 a titolo di contributi evasi e indebiti conguagli (detratta dall'importo di € 13.521,00, addebitato a titolo di contributi nel verbale di accertamento, la somma di € 261,00 pagata in data 18/11/2003), oltre somme aggiuntive e interessi legali dalla maturazione dei crediti al soddisfo.

(Omissis)

***Pensioni* - In genere - Benefici pensionistici *ex* art. 13, commi 7 e 8, legge n. 257/92 - Pensionati di invalidità che, alla data del 28.04.1992, hanno superato l'età pensionabile - Non spettano.**

Tribunale di Genova - 25. 10.2004, n. 2206 - Dott. Scotto - Canepa ed altri (Avv. Ciminelli) - INPS (Avv. Fuochi).

Il beneficio della rivalutazione contributiva ex *art. 13 legge n. 257/92 non spetta ai pensionati di invalidità che, alla data del 28.04.1992, hanno superato l'età pensionabile, poiché il compimento dell'età pensionabile fa venir meno, da un lato, la possibilità per gli stessi di utilizzare le proprie residue capacità lavorative in impieghi lavorativi, dall'altro rende inapplicabile la* ratio *dei commi settimo e ottavo dell'art. 13 di agevolare, attraverso l'incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione di vecchiaia o di anzianità.*

FATTO e DIRITTO — Deve in primo luogo premettersi che la disciplina applicabile alla fattispecie per cui è causa è quella stabilita dall'art. 13 commi 7° e 8° legge 27 marzo 1992 n. 257, come sostituito dall'art. 1 comma I D.L. 5 giugno 1993 n. 169.

È pur vero che l'art. 47 d.l. 30 settembre 2003. n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326 (entrato in vigore il giorno 2 ottobre 2003) ha stabilito che:

"1. A decorrere dal 1° ottobre 2003, il coefficiente stabilito dall'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo l992, n. 257, è ridotto 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 rilasciale 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 al comma 1, sono concessi esclusivamente ai lavoratori 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, di cui al punto 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 certificale dall'INAlL.

5. I lavoratori che intendano ottenere il riconoscimento dei benefici di cui al comma 1, compresi quelli a cui è stata rilasciata certificazione dall'lNAlL 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 entrala in vigore del presente decreto.

6-bis. *Sono comunque fatte salve le previgenti disposizioni per i lavoratori che abbiano già maturato, alla data di entrata in vigore del presente decreto, il diritto di trattamento pensionistico anche in base ai benefici previdenziali di cui all'articolo 13, comma 8, della legge 27 marzo 1992, n. 257, nonché coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto, fruiscono dei trattamenti di mobilità, ovvero che abbiano definito la risoluzione del rapporto di lavoro in relazione alla domanda di pensionamento.*

Il successivo art. 3 co. 132° legge 27 dicembre 2003, n. 299 (legge finanziaria per l'anno 2004) ha peraltro stabilito che "in favore dei lavoratori che abbiano già maturato, alla data del 3 ottobre 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', sono fatte salve le disposizioni previgenti alla medesima data del 2 ottobre 2003. La disposizione di cui al primo periodo si applica anche a coloro che hanno avanzato domanda di riconoscimento all'INAlL o che ottengono sentenze favorevoli per cause avviate entro la stessa data. Restano salve le certificazioni già rilasciate dall'INAIL ...".

Ritiene il Giudicante che la piana lettura del testo normativo non consenta di interpretare la norma se non nel senso che la disciplina introdotta dall'art. 47 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326, (entrato in vigore il giorno 2 ottobre 2003) non trova applicazione nei riguardi di tutti coloro che — come pacificamente parte ricorrente — abbiano avanzato domanda di riconoscimento alI'INAlL — in data anteriore al 2 ottobre 2003.

Non vi è dubbio che l'art. 3 co. 132° legge 27 dicembre 2003, n. 299 presupponga e richiami la disciplina introdotta dall'art. 47 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326, ma tale richiamo è finalizzato esclusivamente — ma del tutto univocamente — ad escludere l'applicabilità della nuova disciplina introdotta dall'art. 47 d.l. n. 269/2003, convertito in legge n. 326/2003, ad alcune categorie di assicurati tra i quali, per quanto qui rileva, a coloro che abbiano presentato all'INAIL domanda di riconoscimento dell'esposizione lavorativa ultradecennale ad amianto.

Nel merito le domande sono infondate e devono essere respinte.

È pacifico tra le parti che tutti i ricorrenti alla data del 28 aprile 1992, data di entrata in vigore della normativa sull'amianto (legge 27 marzo 1992, n. 257, poi modificata da d.l. 5 giugno 1993, n. 169, convertito in legge 4 agosto 1993, n. 271), erano titolari di pensione di invalidità liquidata ai sensi del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272.

È pure pacifico in causa che i ricorrenti alla data del 28 aprile 1992 avevano tutti compiuto i 60 anni di età.

Alla data del 28 aprile 1992 tutti i ricorrenti avevano pertanto orami raggiunto e

superato l'età pensionabile, che nel 1992 era fissata in 60 anni per gli uomini e in 55 anni per le donne.

Nessuna rilevanza in causa può assumere il disposto dell'art. 1 legge 29 dicembre 1990, n. 407, ai cui sensi *"gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti ed alle gestioni sostitutive, esonerative o elusive della medesima, possono continuare a prestare la loro opera fino al compimento del sessantaduesimo anno di età, anche nel caso in cui abbiano raggiunto la anzianità contributiva massima utile prevista dai singoli ordinamenti"* (comma 1°) ... *"l'esercizio della facoltà di cui al comma primo deve essere comunicato al datore di lavoro ed all'ente previdenziale competente, almeno sei mesi prima della data di conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia"* (comma 2°).

Nessuno dei ricorrenti svolgeva infatti attività lavorativa al momento del compimento del 60° anno di età e, in ogni caso e comunque, nessuno dei ricorrenti ha comunicato all'INPS la propria intenzione di esercitare la facoltà di opzione.

L'art. 1 legge 29 dicembre 1990, n. 407 è dunque del tutto irrilevante in causa.

Neppure può assumere rilievo in causa il d.lgs 30 dicembre 1992. n. 503, trattandosi di norma che in primo luogo è entrata in vigore successivamente al 28 aprile 1992 (ovvero alla data in cui i ricorrenti avrebbero maturato il preteso diritto alla rivalutazione contributiva) ed in secondo luogo ha previsto un graduale innalzamento dell'età pensionabile soltanto a decorrere dal 1994.

Deve dunque ritenersi accertato che tutti i ricorrenti alla data del 28 aprile 1992, pur essendo titolari di pensione di invalidità liquidata ai sensi del r.d.l. 14 aprile 1939, n.. 636, convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272, avevano in ogni caso superato l'età pensionabile.

Orbene, l'art. 13 comma 8° legge 27 marzo 1992 n. 257, come sostituito dall'art. 1 comma I D.L. 5 giugno 1993 n. 169, convertito in legge 4 agosto 1993 n. 271, cosi testualmente dispone:

"Per i lavoratori che siano stati esposti all'amianto per un periodo superiore a dieci anni, l'intero periodo lavorativo soggetto all'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali derivanti dall'esposizione all'amianto, gestita dall'INAlL, è moltiplicato, a fini delle prestazioni pensionistiche, per il coefficiente di 1,5".

Nell'interpretare tale norma la Corte di Cassazione "fin dalla sentenza 7 luglio 1998 n. 6620 (1) (e, tra le più recenti, 10 agosto 2000 n. 10537, 12 febbraio 2001 n. 1976, 7 novembre 2001 n. 13786, 29 novembre 2002 n. 17000, 26 febbraio 2003 n. 2932, riguardanti, in particolare, il beneficio di cui al comma 8 dell'art. 13) si è espressa nel senso che la maggiorazione contributiva — prevista nei commi settimo e ottavo dell'art. 13 della legge n. 257/92, come modificati dall'art. 1, commi sei bis, *del decreto legge n. 169/93, nel testo di cui alla legge di conversione n. 271/93, a favore dei "lavoratori" che abbiano contratto malattie professionali a causa della esposizione all'amianto (comma 7), ovvero che siano stati esposti alla sostanza nociva per un periodo ultradecennale (comma 8) — non compete ai soggetti che, alla data di entrata in vigore della legge n 257/92 (28 aprile 1992), siano già titolari di pensione dì anzianità o di vecchiaia o di inabilità, mentre va riconosciuta — sempre che sussistano nei singoli casi, i requisiti prescritti dalle disposizioni citate — ai soggetti che, a quella medesima data, prestino ancora attività di lavoro dipendente, o versino in uno stato di temporanea*

disoccupazione ovvero siano titolari dì pensione o di assegno di invalidità.

Questi ultimi, infatti, a differenza dei titolari di pensione di inabilità (per i quali l'art. 2, comma 5, della legge n. 222/84 stabilisce l'incompatibilità del trattamento con un'attività lavorativa retribuita, autonoma o subordinata) possono essere ancora considerati "lavoratori", ai sensi e per gli effetti delle ripetute disposizioni, non essendo loro preclusa la possibilità di utilizzare le residue capacità lavorative in impieghi remunerati. La circostanza, poi, che di fatto, alla data di entrata in vigore della legge n. 257/92, i titolari degli anzidetti trattamenti non svolgessero attività lavorativa non può considerarsi ostativa all'applicabilità del beneficio, atteso che il presupposto dell'attualità della prestazione — connesso (di norma) a situazioni fortuite e non del tutto dipendenti dalla volontà degli interessati — risulta estraneo alla lettera ed alla ratio dei citati commi settimo ed ottavo dell'art. 13, finalizzati ad agevolare, attraverso il previsto incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione "fisiologicamente" collegata (come quelle di anzianità e di vecchiaia) alla definitiva cessazione del lavoro: esigenza questa che sussiste, per certo, anche per i titolari di trattamenti di invalidità.

Peraltro, la riferita interpretazione — nella parte in cui considera esclusi dal beneficio i soggetti già fruenti della pensione di anzianità o di vecchiaia al momento di entrata in vigore della legge n. 257/92 e vi ricomprende, viceversa, coloro che abbiano conseguito il relativo diritto con decorrenza successiva, è stata ritenuta dalla Corte costituzionale (sent. n. 434 del 31 ottobre 2002) conforme ai principi degli artt. 3 e 38 Cost., sul rilievo, tra gli altri, che funzione preminente, della concessa rivalutazione contributiva è quella di agevolare il conseguimento del diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia, così da doverne ritenere esclusi i lavoratori che già abbiano avuto accesso a uno di questi trattamenti alla data di entrata in vigore della legge e destinatali, viceversa, i soggetti il cui pensionamento decorra da data successiva" (Cass.. 13 febbraio 2004, n. 2849; Cass., 27 febbraio 2004, n. 4063; Cass.. 26 febbraio 2003, n. 2932; 31 luglio 2001, n. 13786; Cass, 19 aprile 2001, n. 5764 *ex plurimis*).

Tali principi — che non possono che essere qui ribaditi — devono peraltro essere integrati, ad avviso del Giudicante, da una precisazione in relazione al termine finale fino a quando i titolari di assegno o pensione di invalidità possono considerarsi "lavoratori" ai sensi e per gli effetti dei commi 7° e 8° dell'art. 13 legge n. 257/92, come modificati dall'art. 1 decreto legge n. 169/93, nel lesto di cui alla legge di conversione n. 271/93.

Non vi è dubbio, infatti, che i titolari di pensione o assegno di invalidità non possano, per ciò solo, considerarsi lavoratori per tutta la vita, in ipotesi fino a novant'anni ed oltre.

Ritiene il Giudicante che anche i titolari di assegno o di pensione di invalidità cessino di poter essere considerati "lavoratori", ai sensi e per gli effetti dei commi 7° e 8° dell'art. 13 legge n. 257/92, con il superamento dell'età pensionabile.

Il compimento dell'età pensionabile, infatti, fa venir meno da un lato la possibilità per i titolari di assegno o pensione di invalidità di utilizzare le proprie residue capacità lavorative in impieghi remunerati, dall'altro rende inapplicabile la *"ratio"* dei commi settimo ed ottavo dell'art. 13 di agevolare, attraverso l'incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione di

vecchiaia o di anzianità.

Per quanto riguarda i titolari di assegno di invalidità liquidato ai sensi della legge 12 giugno 1984 n. 222, l'art. 1 co. 10 di tale legge dispone espressamente che *"al compimento dell'età stabilita per il diritto a pensione di vecchiaia, l'assegno di invalidità si trasforma. in presenza dei requisiti di assicurazione e di contribuzione, in pensione di vecchiaia"*.

Tale principio vale peraltro anche per i titolari di pensione di invalidità conseguita ai sensi del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 4 maggio 2004, n. 8433) hanno infatti di recente affermato il diritto dei titolari della pensione di invalidità liquidata ai sensi del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272, di vedersi convertire tale pensione nella pensione di vecchiaia, al conseguimento dell'età pensionabile, in presenza dei relativi requisiti di legge.

Secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione "nel sistema previdenziale, il trattamento per l'invalidità e la pensione di vecchiaia risultano accomunati nella previsione dei citati artt. 45 r.d.l. n. 1827/1935, 2 e 9 r.d.l. n. 6)36/1939 e, collegati, sul piano sistematico, dal rilievo della natura del rischio protetto, che per entrambe riguarda la perdita della capacità di lavoro (il caso di invalidità al lavoro o di vecchiaia"), ad esso corrispondono — in relazione ad un'unica posizione assicurativa — le esigenze sociali di proiezione dallo stato di bisogno tipizzate nelle diverse fattispecie pensionistiche, che in attuazione del medesimo precetto dell'art. 38 Cost. garantiscono il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per i casi di invalidità e vecchiaia. In relazione a queste rapporto tra le due forme previdenziali si deve anche ritenere, come affermato in particolare da Cass. n. 8820/1992 e 6603/1998 cit,. l'idoneità dell'unica posizione assicurativa a realizzare nel corso del tempo i presupposti per l'attribuzione dell'una o dell'altra prestazione.

Data questa premessa, va considerala la situazione del titolare di pensione di invalidità attribuita nel regime precedente all'entrata in vigore della legge n. 222/1994 (come nel caso di specie), che implica la possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa limitata, in relazione alla ridotta capacità di lavoro e di guadagno, e quindi di maturazione di ulteriori periodi di contribuzione.

Questa ipotesi trova la sua disciplina nelle disposizioni dell'art. 19 del D.P.R. n 488/1968 e dell'art. 7 della legge 23 aprile 1981 n. 155, secondo cui i contributi versati o accreditali nell'assicurazione generale obbligatoria successivamente alla data di decorrenza della pensione danno diritto a supplementi della pensione in atto.

Un collegamento con la tutela per la vecchiaia è stato stabilito dall'art 8 del d.l. 12 settembre 1983 n. 463. convertito con modifiche nella legge di novembre 1983 n. 638, con il quale si disponeva, stabilendo i limiti reddituali per l'erogazione della pensione di invalidità, che in caso di sospensione per il superamento di tale soglia il trattamento era comunque erogato al raggiungimento dell'età prevista per il pensionamento di vecchiaia. Questo assetto normativo va ora raffrontato con quello risultante dalla legge n. 222/1984 con la quale, come è stato rilevato dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze 20 dicembre 1988 n. 1116, 30 maggio 1995 n. 205), la pensione di invalidità è stata sostituita da due prestazioni differenziate (in funzione della distinzione tra invalidità parziale, invalidità totale o inabilità), restando peraltro concettualmente

unitario il rischio tutelato. Nella seconda è verificabile, come per l'ipotesi di parziale invalidità precedentemente regolata, una situazione di possibile svolgimento di attività lavorativa ridotta e di corrispondente contribuzione; ed infatti l'art.1 comma 9 della legge 222/1984 richiama espressamente la disciplina dei supplementi di pensione sopra ricordata, prevedendo l'utilizzazione a tal fine dei periodi di contribuzione effettiva, volontaria e figurativa successivi alla decorrenza originaria dell'assegno ordinario di invalidità. Secondo il disposto la previsione del già citato comma 10 dello stesso articolo, al compimento dell'età stabilita per il diritto a pensione di vecchiaia l'assegno ordinario di invalidità "si trasforma" in tale trattamento. in presenza dei requisiti di assicurazione e contribuzione. "A tal fine i periodi di godimento dell'assegno nei quali non sia stata prestata attività lavorativa si considerano utili ai fini del diritto e non anche della misura della pensione stessa".

In tali disposizioni va dunque individuata la fonte normativa del coordinamento tra trattamenti di invalidità e pensione di vecchiaia, in relazione al quale con sentenza n. 436 del 14 aprile 1998 della Corte Costituzionale è stata dichiarata la illegittimità dell'art. 3 della stessa legge, che precludeva il riconoscimento dei trattamenti di invalidità dopo il raggiungimento dell'età pensionabile. Ciò in quanto, data l'unicità del rischio protetto, la disposizione censurata comportava — in violazione dell'art. 38 Cost. — la privazione della tutela previdenziale per il lavoratore che al compimento dell'età pensionabile non avesse ancora raggiunto i requisiti contributivi per conseguire la pensione di vecchiaia.

È ora possibile rilevare che la situazione del lavoratore titolare di pensione di invalidità attribuita nel precedente regime in ragione di una parziale riduzione della capacità lavorativa e di guadagno non si differenzia, per questi profili di tutela, da quella del soggetto al quale sia attribuito l'assegno ordinario di invalidità, destinato a trasformarsi in pensione di vecchiaia al compimento dell'età stabilita.

Le considerazioni svolte portano ad affermare che tale regola, posta dall'art. 1 decimo comma della legge n. 222/1984, trova applicazione anche per il trattamento della pensione di invalidità previsto dal precedente regime, in quanto espressivo di un principio generale, affermato con l'entrata in vigore della legge citata, di idoneità dell'unica posizione assicurativa a realizzare i presupposti delle varie forme previdenziali considerate, in funzione della protezione dalla stessa situazione generatrice di bisogno.

La portata di questo principio non è ridotta dalla sua enunciazione per il solo assegno ordinario di inabilità (e non anche per la pensione di inabilità di cui all'art. 2 della legge in esame) tenuto conto del fatto che questa diversa prestazione e già costituita, sin dal momento della concessione, dall'importo dell'assegno di invalidità calcolato secondo le norme in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria, con l'esclusione dell'eventuale integrazione al minimo, e maggiorato della differenza tra detto importo e l'ammontare della pensione che sarebbe spettata al raggiungimento dell'età pensionabile, e comunque per una anzianità contributiva non superiore ai 40 anni (Cass.. Sez. Un., 4 maggio 2004, n. 8433).

Se dunque al conseguimento dell'età pensionabile sia l'assegno di invalidità *ex lege* 12 giugno 1984 n. 222, sia la pensione di invalidità *ex* r.d.I. 14 aprile 1939, n. 636 convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272, sono naturalmente destinati a convertirsi, in presenza dei relativi requisiti di legge, in pensione di vecchiaia, i titolari di assegno o

pensione di invalidità che alla data del 28 aprile 1992 avessero superato l'età pensionabile (60 anni di età per gli uomini e 55 anni di età per le donne) e che non avessero esercitato l'opzione di cui all'art. 1 legge 29 dicembre 1990, n. 407 non possono più essere considerati "lavoratori" ai sensi e per gli effetti dei commi 7° e 8° dell'art. 13 legge n. 257/92, come modificati dall'art. 1 decreto legge n. 169/93, nel testo di cui alla legge di conversione n. 271/93.

Come già detto, due sono le ragioni per cui la Suprema Corte ritiene che i titolari di pensione o assegno di invalidità possano e debbano essere considerati "lavoratori", ovvero da un lato la possibilità per gli stessi di utilizzare le proprie residue capacità lavorative in impieghi remunerati, dall'altro la *"ratio"* dei commi settimo ed ottavo dell'art. 13 di agevolare, attraverso l'incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione di vecchiaia o di anzianità.

"Il beneficio spetta anche ai titolari della pensione di invalidità (di cui al R.D.L 14 aprile 1939 n. 636. convertito in legge 6 luglio 1939, n. 1272 e successive modifiche) e dell'assegno di invalidità (di cui all'art. 1 legge 12 giugno 1984, n. 222), con decorrenza anteriore all'entrata in vigore della legge, senza necessità dell'ulteriore requisito richiesto dall'INPS dello stato di "occupazione" alla medesima data. Detta condizione non trova infatti fondamento nè nella lettera nè nella ratio della norma, perchè ... costoro, anche se non occupati al momento di entrata in vigore della legge, non possono considerarsi definitivamente cessati dal servizio, giacchè la permanenza della incapacità lavorativa non significa anche irreversibilità della medesima.

Peraltro per i titolari di detti trattamenti si pone pur sempre l'esigenza di incrementare l'anzianità assicurativa per poter conseguire le prestazioni che si ricollegano "fisiologicamente" alla cessazione dal lavoro, ossia la pensione di vecchiaia e quella di anzianità" (Cass., 31 luglio 2001 n. 13786; Cass., 13 febbraio 2004, n. 2849; Cass., 19 aprile 2001, n. 5764).

"Il conseguimento della pensione o assegno d'invalidità non ha certo il significato dell'acquisizione del trattamento pensionistico maturato in ragione dell'incremento della posizione pensionistica per il naturale svolgimento della prestazione lavorativa Lo stato d'invalidità rappresenta un'anomalia nell'ordinario percorso lavorativo ed il relativo trattamento pensionistico (o similare) ha una funzione latamente compensativa della ridotta idoneità del lavoratore e vale ad attenuare l'inevitabile svantaggio di fatto del lavoratore invalido nei confronti del lavoratore valido".

Per contro, il raggiungimento di una determinata anzianità contributiva e dell'età pensionabile rientrano nell'ordinario sviluppo dell'attività del dipendente (la cui libera scelta costituisce l'unica causa del pensionamento di anzianità e segnano il passaggio ad una situazione di proiezione pensionistica in ragione del potenziale (e di norma, anche effettivo) completamento di tale percorso lavorativo, non alterato nella sostanza dall'eventuale proseguimento dell'attività lavorativa nei limiti in cui sia consentito il cumulo del trattamento pensionistico di anzianità o di vecchiaia con la retribuzione.

Tale obiettivo finale non può invece ritenersi ancora raggiunto dal titolare di pensione o assegno d'invalidità, sicché, ai fini in esame, la posizione di tale soggetto, considerata anche la non definitività del relativo trattamento, e sostanzialmente equiparabile a quella del lavoratore ancora privo di pensione di anzianità o di vecchiaia o d'i-

nabilità (Cass., 19 aprile 2001, n. 5764).

Orbene, il compimento dell'età pensionabile fà venir meno da un lato la possibilità per i titolari dì assegno o pensione di invalidità di utilizzare le proprie residue capacità lavorative in impieghi lavorativi, dall'altro rende inapplicabile la *"ratio"* dei commi settimo ed ottavo dell'art. 13 di agevolare, attraverso l'incremento contributivo, la maturazione dei requisiti necessari per il conseguimento del diritto a una pensione di vecchiaia o di anzianità.

Le domande devono pertanto essere rigettate.

La novità della questione giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1997, p. 744

***Contributi* - Esonero e sgravi - Art. 8, comma 9, l. n. 407/90 - Società cooperative - Applicabilità.**

Tribunale di Palermo - 20.2/20.4.2004, n. 522 - Dott. Martino - Lo Verde, Coop. A.S. a r.l. (Avv. Gaudino) - INPS (Avv. Agueci).

Essendo le società cooperative equiparate — ai fini previdenziali — ai datori di lavoro nei riguardi dei soci anche se impiegati in attività conformi al fine mutualistico dalle stesse perseguito, ne discende per le società stesse la possibilità di beneficiare, al pari di qualsiasi altro datore di lavoro, dei benefici previsti dall'art. 8, comma 9, della l. 407/90, ove ne ricorrano i presupposti.

FATTO — Con ricorso depositato in data 10.1.2000 il ricorrente indicato in epigrafe propose opposizione avverso l'ordinanza ingiunzione n. 384/98 con la quale gli era stato ingiunto il pagamento, in favore dell'I.N.P.S., della somma di lire 2.812.000, a titolo di sanzioni amministrative per aver la società cooperativa, di cui era legale rappresentante, indebitamente "conguagliato con codice L 175 agevolazioni contributive previste dalla legge 407/90 non dovute per i soci".

L'Istituto convenuto, ritualmente costituitosi in giudizio, dedusse, l'infondatezza dell'opposizione, chiedendone il rigetto.

La causa, senza alcuna attività istruttoria, all'udienza del 20.2.2004, sulle conclusioni delle parti di cui agli atti, è stata decisa come da separato dispositivo.

DIRITTO — L'opposizione è fondata e, come tale, va accolta.

L'Istituto convenuto fonda la propria pretesa sanzionatoria sul presupposto che la cooperativa di cui l'odierno opponente è legale rappresentante, abbia indebitamente beneficiato delle agevolazioni contributive previste dall'art 8, comma 9, ultimo periodo, della L.407/90, quale impresa operante nel Mezzogiorno che ha assunto con contratto a tempo indeterminato lavoratori disoccupati da almeno ventiquattro mesi.

Ritiene, in particolare, l'INPS che il beneficio contributivo sia riservato alle imprese che assumono prestatori di lavoro subordinato e non sia estensibile *"ai soci delle cooperative che svolgono attività di collaborazione per il perseguimento dei fini istituzionali considerato che tali attività vengono rese nell'adempimento di un patto sociale"* (8 cfr. pag. 2 della memoria).

Tale argomento non appare condivisibile.

È sufficiente, al riguardo, citare la consolidata giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cassazione civile sez. lav., 28 aprile 2000, n. 5450 (1)) secondo la quale: *"Nell'ipotesi di attività lavorativa svolta dal socio di una cooperativa in conformità con le previsioni del patto sociale e in corrispondenza con le finalità istituzionali della società — integrante, come tale, l'esecuzione del contratto societario per l'esercizio in comune dell'impresa — per una generale* "fictio iuris" *propria della legislazione in materia previdenziale, ai fini contributivi, la cooperativa è considerata datrice di lavoro dei propri soci i quali, reciprocamente, sono equiparati, ai fini delle prestazioni previdenziali, ai prestatori dì lavoro subordinato"*.

Dalla citata condivisibile massima discende che le società cooperative sono equiparate — ai fini previdenziali — ai datori di lavoro nei riguardi dei soci anche se impiegati in attività conformi al fine mutualistico dalle stesse perseguito; da questa equiparazione discende, altresì, la possibilità per la società stessa di beneficare, al pari di qualsiasi altro datore di lavoro, dei benefici previsti dall'art. 8, comma 9, della L.407/90, ove ne ricorrano i presupposti.

Tale disposizione in particolare, prevede che: *"A decorrere dal 1° gennaio 1991 nei confronti dei datori di lavoro di cui ai commi 1, 2 e 3 in caso di assunzioni con contratto a tempo indeterminato di lavoratori disoccupati da almeno ventiquattro mesi o sospesi dal lavoro e beneficiari di trattamento straordinario di integrazione salariale da un periodo uguale a quello suddetto, quando esse non siano effettuate in sostituzione di lavoratori dipendenti dalle stesse imprese per qualsiasi causa licenziati o sospesi, i contributi previdenziali ed assistenziali sono applicati nella misura del 50 per cento per un periodo di trentasei mesi. A tal fine sarà costituita in ogni regione apposita lista dalla quale le assunzioni possono essere effettuate con richiesta nominativa, secondo le modalità indicate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale. Nelle ipotesi di assunzioni di cui al presente comma effettuate da imprese operanti nei territori del Mezzogiorno di cui al testo unico approvato con D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, ovvero da imprese artigiane, non sono dovuti i contributi previdenziali e assistenziali per un periodo di trentasei mesi"*.

Pertanto, dal momento che l'Istituto convenuto non ha contestato la sussistenza dei presupposti di fatto previsti dalla legge (assunzione di lavoratori disoccupati da almeno ventiquattro mesi o sospesi dal lavoro e beneficiari di trattamento straordinario di inte-

grazione salariale da un periodo uguale, quando esse non siano effettuate in sostituzione di lavoratori dipendenti dalle stesse imprese per qualsiasi causa licenziati o sospesi) per la fruizione dei suddetti benefici, deve ritenersi legittimo il conguaglio dei contributi operato dalla società ed infondata la pretesa sanzionatoria dell'INPS.

Il ricorso va quindi, accolto e va annullata l'ordinanza ingiunzione opposta.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 2000, p. 1078

***Contributi* - Riscossione coattiva - Riforma *ex* D. lgs. n. 46/99 - Procedimento monitorio - Ammissibilità.**

Tribunale di Palermo - 17.1/31.3.2003, n. 124 - Dott. Lo Bello - Saipem spa (Avv. Persiani, Ziino) - INPS (Avv. Cola) - S.C.C.I. spa (Avv. Cola).

Anche successivamente alla entrata in vigore del D. Igs. n. 46/1999 — avente ad oggetto il riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo — gli enti previdenziali possono fare ricorso al procedimento monitorio per il recupero coattivo dei contributi previdenziali anteriormente maturati.

FATTO — Con ricorso depositato in data 8 giugno 2001, la società indicata in epigrafe, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, conveniva in giudizio l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) e la Società di Cartolarizzazione dei Crediti Inps S.p.a., proponendo opposizione al decreto ingiuntivo con il quale, istante l'Istituto quale mandatario della S.C.C.I. S.p.a., il Giudice del Lavoro di Palermo le aveva ingiunto il pagamento della complessiva somma di £.1.949.844.657, oltre somme aggiuntive maturande dal 27.11.1997, spese e competenze a titolo di maggiori contributi relativi al periodo 1.9.1993 / 30.4.1996.

A sostegno dell'opposizione eccepiva la nullità del decreto ingiuntivo per violazione dell'art. 13 della L. n. 448 del 1998 e dell'art. 24 del d. lgs. n. 46 del 1999 e per carenza dei requisiti minimi necessari per l'individuazione della causa giustificatrice della pretesa azionata, la prescrizione delle pretese creditorie e nel merito rilevava la spettanza dello sgravio per la Motonave Scarabeo 5 e della fiscalizzazione degli oneri sociali; insisteva in subordine nell'applicazione dell'art. 1, comma 218 della L. n. 662 del 1996 quanto alla determinazione delle sanzioni civili.

Ritualmente instauratosi il contraddittorio, resistevano in giudizio entrambi i conve-

nuti, che rilevavano variamente l'infondatezza dell'opposizione della quale chiedevano il rigetto. Senza alcuna istruzione ed autorizzato il deposito di note, all'udienza del 17 gennaio 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 — Con il primo motivo di opposizione la società resistente osserva che - in ragione del combinato disposto di cui agli artt. 13 della L. n. 448/98 e 24 del D.Lgs. n. 46/99 - l'INPS avrebbe dovuto iscrivere a ruolo le somme azionate in via monitoria secondo la procedura prevista dal citato art. 24, non rientrando il credito oggetto del decreto ingiuntivo opposto tra le eccezioni espressamente previste dal comma 6 dell'art. 13.

Replicano i resistenti rilevando che l'obbligo di iscrizione a ruolo riguarderebbe esclusivamente i crediti sorti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo del 1999 (1 luglio 1999). Orbene, costituisce necessaria premessa teorica per la soluzione dell'enunciato profilo di contestazione l'esame della complessa disciplina legislativa in tema di cartolarizzazione dei crediti vantati dall'INPS, a partire dalla L. n. 448/98 che rappresenta in ordine di tempo il primo intervento normativo in materia di riscossione a mezzo ruolo delle entrate degli enti previdenziali.

Segnatamente l'art. 13, comma 6, della superiore disposizione nel testo originario - oltre a prevedere il momento iniziale di attuazione della procedura di riscossione a mezzo di ruoli ("A decorrere dalla data di entrata in vigore della riforma della riscossione a mezzo ruolo") — ne stabiliva la natura "vincolata" (*"L'INPS è obbligato ad iscrivere a ruolo, ad eccezione dei crediti già oggetto dei procedimenti civili di cognizione ordinaria e di esecuzione, per i quali forma un elenco da trasmettere al cessionario, i crediti ceduti"*), tanto da farne inferire l'esclusione di ogni potere deliberativo circa una diversa ed alternativa condotta da parte dell'Istituto previdenziale.

È, tuttavia, da ritenere che la perentorietà della disposizione in oggetto si sia progressivamente attenuata per effetto di due successivi interventi legislativi costituiti dal D.L. n. 308/99 e dalla legge di conversione n. 402/99 (entrambi posteriori al d.lgs. di attuazione della delega n. 46/99), a seguito dei quali scompare il riferimento temporale ("A decorrere dalla data di entrata in vigore della riforma della riscossione a mezzo ruolo") e — cosa più importante ai fini che interessano il presente giudizio — viene meno, altresì, l'obbligo di iscrizione a ruolo, prevedendosi meno rigorosamente che *"l'INPS iscrive a ruolo i crediti oggetto della cessione, secondo le modalità previste dall'articolo 24 del d. lgs. 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"*.

La superiore tesi sembra trovare una significativa conferma nell'art. 37 del decreto legislativo n. 46 che, pur abrogando tutte le norme che prevedevano una procedura agevolata per il recupero coattivo dei crediti contributivi degli enti previdenziali, ha tuttavia omesso qualsiasi riferimento alle disposizioni positive che regolano il procedimento monitorio (artt. 633 e ss c.p.c.). Ne segue che l'iter di cui all'art. 24 del d. lgs. n. 46, sebbene debba considerarsi come quello ordinario per operare la riscossione dei crediti dell'Istituto, non può essere ritenuto quello esclusivo, nel senso che gli enti

indicati dal precedente art. 17 (tra cui quello procedente nel presente giudizio) possono fare ricorso alla procedura prevista dal codice di rito per il recupero dei crediti maturati sino al 1° luglio 1999.

L'assunto che precede trova ulteriori conferme testuali tanto nel comma 6 dell'art. 36 del d. lgs. che — nel dettare le disposizioni transitorie — stabilisce che *"Le disposizioni contenute nell'articolo 25 si applicano ai contributi e premi non versati ed agli accertamenti notificati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto"*, tanto nel contratto di cessione, che alla clausola 6.11 contempla il conferimento all'INPS ad opera dell'acquirente del mandato speciale con rappresentanza *"affinchè in suo nome e conto compia ogni atto anche giurisdizionale in suo potere che sia funzionale all'interruzione della prescrizione dei crediti contributivi ceduti anche ai sensi degli artt. 2943 e ss. del codice civile"* (cfr. contratto in atti di parte resistente). È evidente che in base alla clausola che precede all'INPS, laddove agisca (come nel caso in specie) come mandatario della società cessionaria, non è precluso alcun atto tra quelli enucleati dagli artt. 2943 c.c., risultando legittima anche la notifica di un decreto ingiuntivo che, pertanto, non può che essere legittimamente richiesto e concesso.

La legittimazione ad agire dell'INPS, nella veste di mandataria della S.C.C.I. S.p.a., — contrariamente a quanto sul punto osservato dalla difesa della ricorrente (cfr. pag. 5 note autorizzate) — trova ulteriore riscontro nella clausola n. 6.7 che, nel definire gli impegni assunti dall'Istituto successivamente alla data di stipula del contratto di cessione, dispone al punto c) che l'INPS assicura di *"fare tutto quanto sia ragionevole o necessario per consentire ovvero agevolare la riscossione, anche a mezzo ruolo, dei crediti contributivi ceduti"*, di talché è consentito dedurre il legittimo ricorso anche a procedure diverse dall'iscrizione a ruolo.

È del pari infondato l'ulteriore dedotto profilo di nullità del decreto ingiuntivo, per carenza dei requisiti minimi necessari per l'individuazione della causa giustificatrice della pretesa azionata. Sul punto è sufficiente richiamare il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo cui "con riferimento al procedimento di ingiunzione per crediti di lavoro o previdenziali, l'emanazione del decreto, sulla quale è competente il pretore in funzione di giudice del lavoro ai sensi degli artt. 637 e 413 c.p.c., è disciplinata dalle norme proprie del procedimento 'de quo', con la conseguenza che la disposizione, di cui all'art. 414 c.p.c., concernente i requisiti del ricorso introduttivo di controversie di lavoro, non è applicabile alla domanda di decreto ingiuntivo; tale disposizione è, invece, applicabile, nella fase di opposizione, regolata dalle norme sul processo del lavoro, alla memoria difensiva del convenuto opposto la quale, attesa la posizione sostanziale di attore rivestita da quest'ultimo, deve rispettare le forme della domanda e deve, pertanto, contenere, fra l'altro, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la pretesa fatta valere con il ricorso per ingiunzione" (Cass. Civ. n. 11625/95).

È, altresì, priva di pregio l'eccezione di prescrizione sollevata fin dalla prima difesa dall'opponente. Ed invero, premesso che il credito azionato trae origine da omissioni contributive relative al periodo 1.9.1993/30.4.1996 (cfr. ricorso per decreto ingiuntivo), giova ricordare che, a norma dell'art. 3, comma 10, della legge n. 335 del 1995, i (nuovi) termini prescrizionali di cinque anni in essa previsti si applicano "anche alle contribuzioni relative a periodi precedenti la data di entrata in vigore della presente

legge, fatta eccezione per i casi di atti interruttivi già compiuti o di procedure iniziate nel rispetto della normativa preesistente".

Orbene, poiché l'INPS ha dedotto e provato documentalmente di avere richiesto il pagamento del credito azionato periodicamente a far data dal settembre 1994 a mezzo di note di rettifica (circostanza, peraltro, confessoriamente ammessa dall'opponente), nonché mediante atto di diffida del 29 ottobre 1998 e ricevuto il successivo 20 novembre, deve ritenersi che alla data di notifica del decreto ingiuntivo la pretesa azionata non si era ancora prescritta.

Passando al merito della vicenda, mette conto preliminarmente precisare che il *thema decidendum* è limitato alla spettanza alla ricorrente dello sgravio generale di cui all'art. 1, comma 6-*bis*, del D.L. n. 277/84 — convertito nella L. n. 430/84, atteso che — come sul punto precisato dalla difesa del resistente (cfr. pag. 5 memoria di costituzione) — il credito ingiunto non comprende gli importi relativi alla fiscalizzazione degli oneri sociali.

Ciò posto giova innanzitutto evidenziare che l'invocata disposizione ha previsto — a far tempo dal periodo di paga in corso alla data dell'1 gennaio 1980 — l'applicazione anche alle imprese di navigazione *"per i marittimi componenti l'equipaggio di navi iscritte nei compartimenti marittimi ubicati nei territori del mezzogiorno"* degli sgravi contributivi previsti dall'art. 59 del D.P.R. n. 218/78 ed ha precisato che *"nel caso di navi iscritte nei suddetti compartimenti successivamente al 31 agosto 1983"* gli stessi sgravi *"si applicano a condizione che si tratti di prima iscrizione nelle matricole italiane"*.

Orbene, secondo il consolidato indirizzo del Supremo Collegio, che ha ricevuto l'autorevole avallo delle Sezioni Unite (cfr. sentenza n. 5572/88 (1)), a partire dal 1° gennaio 1980 l'unico criterio per l'individuazione del diritto allo sgravio è dato dal compartimento di prima iscrizione della nave, salve le limitazioni previste nella norma stessa per le navi esercenti servizi sovvenzionati con le isole.

Per completezza vale la pena rammentare che la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 1, comma 6-*bis*, del d. l.n. 277/84, ha precisato come la norma che condiziona il beneficio all'iscrizione delle navi nelle matricole di compartimenti marittimi del Mezzogiorno, è stata inserita in sede di conversione in legge del D.L. n.277 allo scopo *"di non troncare l'attuazione di un programma operativo ispirato a criteri di politica attiva dell'impiego"*, la cui utilità era stata riconosciuta in sede di indagine conoscitiva sull'attuazione della L. 1 aprile 1981 n. 140 (cfr. Corte Cost. n. 457/89 (2)). La Corte ha, altresì, osservato che *"non è sfornita dì razionalità la norma che prescrive il collegamento con la specifica iscrizione nei compartimenti del Mezzogiorno ai fini della concessione degli sgravi contributivi"* e che *"la peculiarità del regime degli sgravi contributivi per i marittimi componenti l'equipaggio, costituita dal requisito dell'iscrizione delle navi nelle matricole dei compartimenti marittimi del Mezzogiorno, appare, pertanto, provvista di sufficiente giustificazione razionale e non lesiva del principio di uguaglianza"*.

Alla stregua delle osservazioni che precedono non può esservi dubbio alcuno sull'applicazione della superiore disposizione alla fattispecie dedotta nel presente giudizio, atteso che è incontroverso nonché provato per *tabulas* che la Motonave Scarabeo n. 5 è stata immatricolata per la prima volta in data 5.4.1990 *"al n. 590 delle matrico-*

le" della Capitaneria di Porto di Pescara (cfr. certificato del 27.12.1994, doc. 1 produzione di parte ricorrente), quindi in territorio "agevolato" (arg. *ex* art.1 del T.U. n. 218/78), e solo successivamente trasferita al compartimento del pari "agevolato" di Palermo.

Conclusivamente appare illegittimo il disconoscimento da parte dell'Istituto del beneficio dello sgravio generale previsto dal D.L. n. 277 del 1984, sicchè in accoglimento dell'opposizione il decreto ingiuntivo va revocato con le consequenziali statuitzioni di cui al dispositivo.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1989, p. 94

(2) *Idem*, idem, p. 1378

***Prestazioni* - Indennità di maternità in agricoltura - Rapporto di lavoro subordinato tra familiari - Onerosità - Prova - Necessità.**

Tribunale di Ragusa - 4/9.3.2004, n. 189 - Dott. Giampiccolo - Nunziata (Avv. Gafà) - INPS (Avv. Gianneri).

Ove la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative fra persone legate da vincoli di parentela o affinità debba essere esclusa per l'accertato difetto della convivenza degli interessati, non opera ipso iure *una presunzione di contrario contenuto, indicativo cioè dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato; pertanto, in caso di contestazione, la parte che faccia valere diritti derivanti da tale rapporto — nella specie indennità di maternità — ha comunque l'obbligo di dimostrarne, con prova precisa e rigorosa, tutti gli elementi costitutivi e, in particolare, i requisiti indefettibili della onerosità e della subordinazione (fattispecie nella quale l'attività svolta è stata qualificata di collaborazione familiare trovandosi in rapporto di parentela e/o affinità il proprietario del fondo, l'affittuario e gli asseriti lavoratori dipendenti).*

FATTO — Con ricorso al giudice del lavoro di Ragusa, depositato in data 09.06.1997, Nunziata Concetta Mauro espone di avere esperito con esito negativo il prescritto iter amministrativo, avviato con domande del giugno e del dicembre 1996, al fine di ottenere l'indennità di maternità per il periodo di astensione obbligatoria e facoltativa.

Affermando di averne titolo, avendo lavorato alle dipendenze di terzi come bracciante agricola ed essendo iscritta negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli subordinati, chiede dichiararsi il suo diritto all'indennità di maternità, con condanna dell'Inps alla relativa erogazione.

L'Inps, costituitosi in persona del legale rappresentante *pro tempore*, resiste in giudizio, eccependo l'insussistenza del rapporto di lavoro denunciato nel 1995, per come emerso dagli accertamenti ispettivi eseguiti.

La causa è stata discussa oralmente all'odierna udienza sulle conclusioni delle parti, nonché decisa come da separato dispositivo in atti di cui si è data pubblica lettura.

DIRITTO — La domanda non merita accoglimento.

Ed invero parte ricorrente non ha provato la sussistenza di tutti gli elementi della subordinazione con riferimento al presunto rapporto di lavoro intercorso con il cognato, Bucchiere Mario.

Ora con particolare riferimento all'attività lavorativa prestata in agricoltura a favore di parenti ed affini, soprattutto nel quadro di colture tradizionali, e alle controversie con gli istituti assicuratori riguardo all'effettiva sussistenza delle prestazioni di lavoro subordinato che rappresentano presupposti del rapporto previdenziale, la giurisprudenza della Corte di Cassazione è piuttosto rigorosa quanto alla prova dell'onerosità del rapporto, sia pure nella varietà delle formulazioni del principio di diritto.

Infatti, alcune pronunce hanno affermato il principio che "ove la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative fra persone legate da vincoli di parentela o affinità debba essere esclusa per l'accertato difetto della convivenza degli interessati, non opera *ipso iure* una presunzione di contrario contenuto, indicativo cioè dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato; pertanto, in caso di contestazione, la parte che faccia valere diritti derivanti da tale rapporto ha comunque l'obbligo di dimostrarne, con prova precisa e rigorosa, tutti gli elementi costitutivi e, in particolare, i requisiti indefettibili della onerosità e della subordinazione" (Cass. n. 729/1993 (1), n. 3870/1999 e n. 8132/1999; cfr. anche Cass. n.7438/1997).

In altre sentenze invece si è richiamato — anche con riferimento a fattispecie in cui non era presente la convivenza — il più generico principio secondo cui "il soggetto che, ai fini del compimento del numero di giornate lavorative annue necessario per l'iscrizione negli elenchi dei lavoratori agricoli, deduca di avere svolto attività lavorativa retribuita alle dipendenze di persona con esso in rapporto di affinità deve fornire una prova idonea (secondo una valutazione riservata al giudice del merito ma censurabile in sede di legittimità per vizi di motivazione) a vincere la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative eseguite, solitamente *affectionis causa*, in favore di persone cui si è legati da vincoli di parentela o di affinità o di coniugio o di convivenza *more uxorio*" (Cass. n. 1097/1993, n. 70/1995).

In tale contesto è evidente la centralità della prova circa la pattuizione di una vera e propria retribuzione, sia a causa della scarsa presenza di elementi sintomatici della subordinazione (come nel caso di specie), sia perché in situazioni socio - economiche come quella in esame è configurabile la prestazione di lavoro agricolo in un quadro di collaborazione familiare e di ripartizione dei frutti secondo criteri non di corrispettività e obbligatorietà, anche in difetto della convivenza (così Cass. civ. sez. lav. 3975/2001).

Nel caso di specie, parte ricorrente non ha dato una prova siffatta, non rilevando la documentazione prodotta (CUD), relativa ad anni successivi a quello interessato dalla presente controversia (1995).

Al contrario, gli accertamenti ispettivi hanno evidenziato una serie di "incroci" parentali; in particolare il Bucchiere, in qualità di affittuario, coltivava serre floricole nell'appezzamento di C. da Carcarazzo, lo stesso in cui avrebbe prestato la propria attività lavorativa la ricorrente. Proprietario di tale fondo è Lozzia Francesco, suocero del Bucchiere. Per la mano d'opera occorrente quest'ultimo ha ingaggiato lo stesso proprietario e suo figlio, marito della ricorrente, nonché la ricorrente medesima, sua cognata (vds. nota degli ispettori del 29.05.1997).

Di fronte a tali risultanze probatorie, questo giudice non può che concludere che, se attività lavorativa vi è stata, la stessa non ha varcato i confini della collaborazione familiare.

Le spese del giudizio vanno dichiarate irripetibili come per legge.

(Omissis)

(1) V. in q. Riv., 1993, p. 394

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
11 novembre 2004

"Accordo di associazione CEE-Turchia - Libera circolazione dei lavoratori - Artt. 7, primo comma, e 14, n. 1, della decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione - Diritto di soggiorno del figlio di un lavoratore turco dopo il compimento della maggiore età - Presupposti di una decisione di espulsione - Condanne penali".

Nel procedimento C-467/02, avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Verwaltungsgericht Stuttgart (Germania) con ordinanza 19 dicembre 2002, pervenuta in cancelleria il 27 dicembre 2002, nella causa tra *Inan Cetinkaya*, *Land Baden-Württemberg*, e

(Omissis)

Sentenza

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 6, 7 e 14 della decisione del Consiglio di associazione 19 settembre 1980, n. 1, relativa allo sviluppo dell'associazione (in prosieguo: la "decisione n. 1/80"). Il Consiglio di associazione è stato istituito dall'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, firmato il 12 settembre 1963 ad Ankara dalla Repubblica di Turchia, da un lato, nonché dagli Stati membri della CEE e dalla Comunità, dall'altro, e che è stato concluso, approvato e confermato a nome di quest'ultima con decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GU 1964, n. 217, pag. 3685; in prosieguo: l'"Accordo di associazione").

2. — La domanda è stata proposta nell'ambito di un ricorso che oppone il sig. Cetinkaya, cittadino turco, al Land Baden-Württemberg relativamente ad un procedimento di espulsione dal territorio tedesco.

(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.

Contesto normativo

La decisione n. 1/80

3. — Ai sensi dell'art. 6, nn. 1 e 2, della decisione n. 1/80:

"1. Fatte salve le disposizioni dell'articolo 7, relativo al libero accesso dei familiari all'occupazione, il lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro ha i seguenti diritti:

— rinnovo, in tale Stato membro, dopo un anno di regolare impiego, del permesso di lavoro presso lo stesso datore di lavoro, se dispone di un impiego;

— candidatura, in tale Stato membro, ad un altro posto di lavoro, la cui regolare offerta sia registrata presso gli uffici di collocamento dello Stato membro, nella stessa professione, presso un datore di lavoro di suo gradimento, dopo tre anni di regolare impiego, fatta salva la precedenza da accordare ai lavoratori degli Stati membri della Comunità;

— libero accesso, in tale Stato membro, a qualsiasi attività salariata di suo gradimento, dopo quattro anni di regolare impiego.

2. Le ferie annuali e le assenze per maternità, infortunio sul lavoro, o malattia di breve durata sono assimilate ai periodi di regolare impiego. I periodi di involontaria disoccupazione, debitamente constatati dalle autorità competenti, e le assenze provocate da malattie di lunga durata, pur senza essere assimilate a periodi di regolare impiego, non pregiudicano i diritti acquisiti in virtù del periodo di impiego anteriore".

4. — Conformemente all'art. 7 della decisione n. 1/80:

"I familiari che sono stati autorizzati a raggiungere un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro di uno Stato membro:

— hanno il diritto di rispondere, fatta salva la precedenza ai lavoratori degli Stati membri della Comunità, a qualsiasi offerta di impiego, se vi risiedono regolarmente da almeno tre anni;

— beneficiano del libero accesso a qualsiasi attività dipendente di loro scelta se vi risiedono regolarmente da almeno cinque anni.

I figli dei lavoratori turchi che hanno conseguito una formazione professionale nel paese ospitante potranno, indipendentemente dal periodo di residenza in tale Stato membro e purché uno dei genitori abbia legalmente esercitato un'attività nello Stato membro interessato da almeno tre anni, rispondere a qualsiasi offerta d'impiego in tale Stato membro".

5. — Ai sensi dell'art. 14, n. 1, della decisione n. 1/80:

"Le disposizioni della presente sezione vengono applicate fatte salve le limitazioni giustificate da motivi d'ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubbliche".

La normativa nazionale

6. — L'art. 47, nn. 1 e 2, dell'Ausländergesetz (legge tedesca sugli stranieri; in prosieguo: l'"AuslG") dispone quanto segue:

"(1) Uno straniero viene espulso

1. qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per aver commesso uno o più reati dolosi, ad una pena detentiva o ad una pena detentiva minorile di

almeno tre anni, o in un periodo di cinque anni sia stato condannato per reati dolosi, con sentenza passata in giudicato, a più pene detentive o pene detentive minorili pari, nel complesso, ad almeno tre anni o qualora, in occasione dell'ultima sentenza passata in giudicato, sia stata disposta nei suoi confronti la custodia cautelare, oppure

2. qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato e senza beneficio della sospensione condizionale, ad una pena detentiva minorile di almeno due anni o ad una pena detentiva, per aver commesso un reato doloso ai sensi della legge sugli stupefacenti, per turbamento dell'ordine pubblico, alle condizioni di cui all'art. 125a, seconda frase, del codice penale, o per turbamento dell'ordine pubblico in occasione di una pubblica riunione o di un corteo vietati, conformemente all'art. 125 del codice penale.

(2) Lo straniero viene di regola espulso

1. qualora sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato e senza beneficio della sospensione condizionale, ad una pena detentiva minorile di almeno due anni o ad una pena detentiva per aver commesso uno o più reati dolosi;

2. qualora, contravvenendo alle disposizioni della legge sugli stupefacenti, in mancanza di autorizzazione coltivi, produca, importi, trasporti o esporti, alieni, ceda a terzi, immetta in circolazione in qualsiasi altro modo o commerci sostanze stupefacenti, oppure qualora istighi o cooperi ad un'azione del genere".

7. — L'art. 48, n. 1, dell'AuslG enuncia quanto segue:

"(1) Uno straniero che

1. sia titolare di un diritto di soggiorno,

2. sia titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e sia nato nel territorio nazionale o ivi abbia fatto ingresso da minorenne,

3. sia titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato e conviva con uno straniero di cui ai precedenti punti 1 e 2 in regime di convivenza matrimoniale o more uxorio,

(...)

può essere espulso solo per gravi motivi di sicurezza e di ordine pubblico. Tali motivi sussistono generalmente nei casi previsti dall'art. 47, n. 1".

Controversia principale e questioni pregiudiziali

8. — Dall'ordinanza di rinvio emerge che il sig. Cetinkaya, ricorrente principale, è nato il 24 gennaio 1979 in Germania, dove ha sempre risieduto. Dal 9 marzo 1995 egli è titolare di un permesso di soggiorno a tempo indeterminato in tale Stato membro.

9. — Nel luglio 1995, il sig. Cetinkaya ha conseguito il diploma di scuola media. Due mesi più tardi ha iniziato una formazione da carpentiere che ha abbandonato nel febbraio dell'anno seguente. In seguito ha lavorato, per brevi periodi, presso diversi datori di lavoro. Quindi, nel corso dell'estate 1996, ha lavorato per qualche settimana come cameriere in un ristorante. Nell'autunno dello stesso anno, ha di nuovo intrapreso, in vista di un contratto di lavoro, un tirocinio, interrotto poco tempo dopo, presso un commerciante al minuto. In seguito ha trovato occupazione in un ristorante tra il novembre 1996 e il gennaio 1997, poi, fino al giugno 1998, ha lavorato in una società, dopo di che presso un'altra società per i mesi di agosto e settembre 1998. Dopo un

periodo di disoccupazione che è durato fino al luglio 1999, il sig. Cetinkaya ha lavorato per un mese come magazziniere. Il 1º agosto 1999 ha ottenuto un lavoro presso una società di trasporti, che ha abbandonato dopo un breve periodo. Infine, è stato occupato come meccanico, cessando però tale attività nel dicembre 1999.

10. — L'ordinanza di rinvio precisa peraltro che i genitori e le cinque sorelle più anziane del sig. Cetinkaya, di cui tre hanno ottenuto la cittadinanza tedesca, risiedono parimenti in Germania, dove il padre ha lavorato fino all'età della pensione. I genitori e le due sorelle del sig. Cetinkaya che hanno conservato la cittadinanza turca hanno presentato una richiesta di acquisto della cittadinanza tedesca per naturalizzazione.

11. — Dall'ordinanza di rinvio emerge anche che il sig. Cetinkaya ha subito in Germania le seguenti condanne: il 1º agosto 1996, a ottanta ore di lavoro socialmente utile per i reati di rapina, estorsione a scopo di rapina e tentata estorsione a scopo di rapina, commessi cinque volte in concorso formale e di persone; il 15 aprile 1997, a una pena detentiva minorile di due settimane, anche in considerazione della condanna anteriore; il 24 marzo 1998, ad una pena detentiva minorile di sei mesi con il beneficio della sospensione condizionale, per lesioni personali gravi in concorso di persone; il 26 ottobre 1999, ad una pena detentiva minorile di due anni, anche in considerazione della condanna precedente, per commercio illecito di stupefacenti in non modiche quantità e, il 26 settembre 2000, ad una pena detentiva minorile di tre anni, anche in considerazione delle due precedenti condanne, per acquisto illecito in concorso con commercio professionale di stupefacenti in centodue casi, per detenzione illecita di stupefacenti in non modiche quantità in concorso con commercio di stupefacenti in due casi e per importazione illecita di stupefacenti in non modiche quantità e commercio professionale di stupefacenti.

12. — Il sig. Cetinkaya è stato arrestato il 7 gennaio 2000 ed incarcerato in un istituto di pena minorile. Il 22 gennaio 2001 è stato rilasciato al fine di seguire una cura di disintossicazione dalla droga. Dopo avere interrotto inizialmente senza buon esito due cure, il sig. Cetinkaya ha seguito, dal 10 settembre 2001, una nuova cura in un centro di disintossicazione, cura che ha terminato con successo nell'estate 2002. Con decisione giudiziaria 20 agosto 2002, egli ha ottenuto il beneficio della sospensione condizionale della pena in applicazione del Betäubungsmittelgesetz (legge tedesca sugli stupefacenti, in prosieguo: il "BtMG"), il che presuppone, secondo quanto enunciato dal giudice del rinvio, che si sia tenuto in considerazione anche l'interesse alla sicurezza della popolazione.

13. — Dall'agosto 2002, il sig. Cetinkaya ha ripreso gli studi di scuola media superiore ed effettua due volte alla settimana il turno di notte presso un centro di disintossicazione.

14. — Il 3 novembre 2000, l'autorità amministrativa competente, ossia il Regierungspräsidium Stuttgart (autorità amministrativa di Stoccarda, competente in materia di espulsioni), ha notificato al sig. Cetinkaya la sua espulsione immediata dalla Germania, minacciandone l'allontanamento senza indugio verso la Turchia. Secondo tale autorità, sussistevano gravi motivi di sicurezza e d'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 48, n. 1, terza frase, in combinato disposto con l'art. 47, n. 1, punto 1, dell'AuslG, che giustificavano una presunzione legale a favore di un'espulsione. L'espulsione era stata giudicata necessaria per motivi di prevenzione speciale e generale e ad essa non osterebbe l'art. 7 della decisione n. 1/80, poiché, a causa della sua detenzione e della cura di disintossicazione che doveva seguire, il sig. Cetinkaya non sarebbe più presente sul mercato del lavoro. Anche se egli poteva invocare un diritto di

soggiorno in forza dell'art. 7 della decisione n. 1/80, sussisterebbero comunque tutti i presupposti di cui all'art. 14 della stessa decisione.

15. — L'8 dicembre 2000 il sig. Cetinkaya ha presentato ricorso contro detta decisione dinanzi al giudice del rinvio.

16. — Il 3 settembre 2002, il Regierungspräsidium Stuttgart ha modificato la decisione citata, nel senso che al sig. Cetinkaya è stata concessa, a partire da quel momento, una proroga sino al 4 ottobre 2002 per lasciare volontariamente il territorio. Come motivazione, il Regierungspräsidium ha fatto valere che il sig. Cetinkaya era stato rilasciato il 22 gennaio 2001 al fine di seguire una cura di disintossicazione, ragione per la quale da quel momento occorreva solo fissare un termine perché egli lasciasse volontariamente il territorio.

17. — Il 6 settembre 2002, il sig. Cetinkaya ha presentato ricorso anche contro tale decisione dinanzi al Verwaltungsgericht Stuttgart (Tribunale amministrativo di Stoccarda) che, dopo aver riunito i due procedimenti in questione, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se rientri nel campo di applicazione dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 il figlio, nato in Germania, di un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro, qualora sin dalla sua nascita — e comunque sino al compimento della maggiore età — il suo soggiorno sia stato (in un primo tempo) autorizzato solo per motivi di conservazione dell'unità familiare oppure qualora, nel caso di una dispensa dall'autorizzazione, non si sia posto fine al soggiorno solo per tali motivi.

2) Se il diritto dei familiari all'accesso al mercato del lavoro nonché al rinnovo del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 7, primo comma, secondo trattino, possa essere limitato solo in conformità all'art. 14 della decisione n. 1/80.

(Omissis)

6) Se l'art. 14 della decisione n. 1/80 vada interpretato nel senso che, nell'ambito del procedimento giudiziario, debba tenersi conto anche della modifica della situazione dell'interessato/a, a questo/a favorevole, che non giustifichi più limitazioni ai sensi dell'art. 14 della decisione n. 1/80 e sia intervenuta dopo l'ultima decisione delle autorità".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

18. — Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 debba essere interpretato nel senso che esso si applica al caso di un maggiorenne, figlio di un lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, anche quando questo figlio è nato e ha sempre risieduto in tale ultimo Stato.

19. — Il giudice nazionale vorrebbe infatti sapere se la circostanza che il sig. Cetinkaya sia nato e abbia sempre vissuto nello Stato membro ospitante, e che quindi non sia stato autorizzato a raggiungere il detto lavoratore ai sensi della disposizione citata, abbia un'incidenza sull'applicazione di questa.

20. — Come è stato sostenuto in tutte le osservazioni presentate alla Corte, quest'ultima questione merita una risposta negativa.

21. — La circostanza che l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 riguardi espressamente solo il caso in cui i familiari del lavoratore turco sono "stati autorizzati a raggiungere" quest'ultimo non consente di concludere che gli autori di tale decisione abbiano voluto escludere dal godimento dei diritti ivi enunciati il familiare nato nel territorio dello Stato membro ospitante e che, pertanto, non ha avuto bisogno di richiedere un'autorizzazione per raggiungere il lavoratore turco nello Stato membro ospitante a titolo di ricongiungimento familiare.

22. — Il presupposto in base al quale i familiari devono essere autorizzati a raggiungere il lavoratore turco si fonda sul fatto che le disposizioni relative all'associazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica di Turchia (in prosieguo: l'"associazione CEE-Turchia") non incidono sul potere degli Stati membri di disciplinare tanto l'ingresso nel loro territorio dei cittadini turchi quanto le condizioni della loro prima occupazione, di modo che la prima ammissione di un tale cittadino nel territorio di uno Stato membro è disciplinata, in linea di principio, esclusivamente dal diritto nazionale di detto Stato (v., in particolare, sentenza 30 settembre 2004, causa C-275/02, Ayaz, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 35).

23. — Poiché tale presupposto mira quindi ad escludere dal campo di applicazione dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 i familiari del lavoratore turco che hanno fatto ingresso nel territorio dello Stato membro ospitante e ivi risiedono senza osservarne la normativa, esso non può essere fatto legittimamente valere nei confronti di un familiare che, come nella causa principale, è nato e ha sempre risieduto nel detto Stato membro e che non aveva quindi bisogno di un'autorizzazione per raggiungere il detto lavoratore.

24. — Peraltro, nulla consente di sostenere che l'intenzione degli autori della decisione n. 1/80 fosse di introdurre una differenziazione in funzione del luogo di nascita dei figli del lavoratore turco, in modo tale da privare quelli nati nello Stato membro ospitante del godimento dei diritti di accesso al lavoro e di soggiorno derivanti dalle disposizioni dell'art. 7 di questa decisione, a differenza dei familiari che hanno avuto bisogno di un'autorizzazione per raggiungere il detto lavoratore.

25. — Tale interpretazione è l'unica utile a garantire la coerenza della disciplina adottata e a consentire di realizzare pienamente lo scopo dell'art. 7, primo comma, della detta decisione, che è quello di creare le condizioni favorevoli al ricongiungimento familiare nello Stato membro ospitante permettendo, in un primo momento, la presenza dei familiari presso il lavoratore immigrato e consolidandovi, dopo un certo periodo, la loro posizione, concedendo loro il diritto di accedere a un'occupazione in tale Stato (v., in particolare, sentenze 17 aprile 1997, causa C-351/95, Kadiman, Racc. pag. I-2133, punti 34-36, e Ayaz, cit., punto 41).

26. — Di conseguenza, il figlio del lavoratore turco di cui all'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 può invocare tale disposizione anche se è nato e ha sempre risieduto nello Stato membro ospitante.

27. — Il governo tedesco si chiede tuttavia se il sig. Cetinkaya soddisfi un altro requisito per l'applicazione del detto art. 7, primo comma, ossia la qualità, in capo a suo padre, di lavoratore "inserito nel regolare mercato del lavoro". Secondo questo

governo, i requisiti elencati dall'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80, relativi al lavoratore turco da cui derivano i diritti devono risultare soddisfatti all'epoca del soggiorno riguardo al quale il familiare che non può far valere una formazione professionale invoca diritti fondati su tale disposizione. Orbene, l'ordinanza di rinvio non indicherebbe se la perdita della qualità di lavoratore in capo al padre del sig. Cetinkaya sia intervenuta prima o dopo l'adozione della decisione di espulsione, né se la madre dell'interessato esercitasse un'attività professionale.

28. — Tale argomento va respinto.

29. — Dalla lettera dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 non si può dedurre che i familiari ivi menzionati perdano i diritti che tale disposizione loro conferisce per il solo fatto che, in un dato momento, il detto lavoratore non sia più inserito nel regolare mercato del lavoro dello Stato ospitante.

30. — Come la Corte ha rilevato, gli Stati membri non hanno più la facoltà di subordinare a condizioni il soggiorno di un familiare di un lavoratore turco oltre il periodo di tre anni previsto dall'art. 7, primo comma, primo trattino, della decisione n. 1/80, durante il quale l'interessato deve, in linea di principio, condurre effettivamente una vita in comune con tale lavoratore e, a maggior ragione, ciò deve valere per un immigrato turco che soddisfa le condizioni di cui all'art. 7, primo comma, secondo trattino, della decisione n. 1/80 (v., in particolare, sentenza 16 marzo 2000, causa C-329/97, Ergat, Racc. pag. I-1487, punti 37-39).

31. — Inoltre, per quanto riguarda i familiari di cui all'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 che, come il sig. Cetinkaya, godono, dopo cinque anni di residenza regolare con il lavoratore, del diritto di libero accesso al lavoro nello Stato membro ospitante conformemente al secondo trattino di tale disposizione, non solo l'efficacia diretta connessa a quest'ultima ha per conseguenza che agli interessati compete un diritto individuale in materia di lavoro direttamente in forza della decisione n. 1/80, ma, inoltre, l'efficacia pratica di tale diritto implica necessariamente l'esistenza di un correlato diritto di soggiorno parimenti basato sul diritto comunitario e indipendente dal mantenimento delle condizioni di accesso a questi diritti (v., in particolare, sentenza Ergat, cit., punto 40).

32. — In tale contesto, i diritti conferiti dall'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 possono essere esercitati dal familiare dopo il periodo di residenza, rispettivamente di tre e cinque anni, presso il lavoratore turco inserito nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, anche se, trascorsi tali periodi di residenza, il detto lavoratore non è più inserito nel regolare mercato del lavoro di tale Stato membro, avendo, in particolare, fatto valere i suoi diritti pensionistici.

33. — Pertanto, la circostanza che, in un caso come quello di cui alla causa principale, il lavoratore turco, il cui familiare rivendichi il godimento dei diritti previsti dall'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 dopo avere effettivamente condotto con tale lavoratore una vita in comune per il periodo di cinque anni previsto dall'art. 7, primo comma, secondo trattino, della stessa decisione, non sia più inserito nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante non è tale da privare l'interessato del godimento di tali diritti.

(Omissis)

Sulla seconda questione

35. — Dall'ordinanza di rinvio emerge che, con tale questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 osti a che, a seguito di una condanna ad una pena detentiva seguita da una cura di disintossicazione, i diritti conferiti da tale disposizione ad un cittadino turco che si trovi nella situazione del sig. Cetinkaya siano limitati a causa di un'assenza prolungata dal mercato del lavoro.

36. — La Corte ha già statuito che il diritto di soggiorno, come corollario del diritto di accedere al mercato del lavoro e di esercitare effettivamente un lavoro, di cui godono i familiari del lavoratore turco, trova due tipi di limiti. Da un lato, l'art. 14, n. 1, della decisione n. 1/80 offre direttamente agli Stati membri la possibilità, in singoli casi ed in presenza di una giustificazione adeguata, di disporre restrizioni alla presenza dell'immigrato turco nel territorio dello Stato membro ospitante nei casi in cui, in considerazione della sua condotta personale, questi costituisca un pericolo reale e grave per l'ordine pubblico, la sicurezza o la sanità pubbliche. Dall'altro, il familiare regolarmente autorizzato a raggiungere un lavoratore turco in uno Stato membro, ma che lasci il territorio dello Stato ospitante per un periodo di tempo significativo e senza motivi legittimi, perde in linea di principio lo status giuridico che aveva acquisito ai sensi dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 (v. sentenza Ergat, cit., punti 45, 46 e 48).

37. — Come l'avvocato generale ha rilevato nel paragrafo 40 delle sue conclusioni, giacché la causa che ha dato luogo alla citata sentenza Ergat riguardava la situazione di un familiare che ha raggiunto il lavoratore nello Stato ospitante, l'interpretazione dell'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 fornita da tale sentenza deve valere, a fortiori, in una situazione in cui, come nella causa principale, il detto familiare è nato e ha sempre risieduto nello Stato membro ospitante.

38. — Ne deriva che l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 deve essere interpretato nel senso che i diritti che tale disposizione conferisce ai familiari di un lavoratore turco che soddisfano il requisito della durata minima di residenza possono essere limitati solo in forza dell'art. 14 della decisione n. 1/80, ossia per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza e di sanità pubbliche, o per il fatto che l'interessato ha lasciato il territorio dello Stato ospitante per un periodo significativo e senza motivi legittimi.

39. — Di conseguenza, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 osta a che, a seguito di una condanna ad una pena detentiva seguita da una cura di disintossicazione, i diritti conferiti da tale disposizione ad un cittadino turco che si trovi nella situazione del sig. Cetinkaya siano limitati a causa di un'assenza prolungata dal mercato del lavoro.

(Omissis)

Sulla sesta questione

41. — Con tale questione, il giudice del rinvio chiede se l'art. 14 della decisione n. 1/80 debba essere interpretato nel senso che esso obbliga il giudice nazionale a prendere in considerazione, nell'esaminare la legittimità di un provvedimento di espulsione

emesso nei confronti di un cittadino turco, determinati dati di fatto successivi all'ultimo provvedimento delle autorità competenti, che non consentano più una limitazione dei diritti dell'interessato ai sensi della detta disposizione.

42. — La Corte ha dedotto, da un lato, dalla lettera stessa degli artt. 12 dell'Accordo di associazione e 36 del protocollo addizionale, firmato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità mediante il regolamento (CEE) del Consiglio 19 dicembre 1972, n. 2760 (GU L 293, pag. 1), nonché, dall'altro, dallo scopo della decisione n. 1/80, che i principi sanciti nell'ambito degli artt. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE), 49 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 40 CE) e 50 del Trattato CE (divenuto art. 41 CE) devono essere estesi, nei limiti del possibile, ai cittadini turchi che fruiscono dei diritti conferiti dalla detta decisione (v., in particolare, sentenza Ayaz, cit., punto 44).

43. — Di conseguenza, per determinare la portata dell'eccezione di ordine pubblico prevista dall'art. 14, n. 1, della decisione n. 1/80, occorre far riferimento all'interpretazione della medesima eccezione elaborata in tema di libera circolazione dei lavoratori che siano cittadini degli Stati membri della Comunità. Tale interpretazione è tanto più giustificata in quanto la detta disposizione è redatta in termini quasi identici a quelli dell'art. 48, n. 3, del Trattato (sentenza 10 febbraio 2000, causa C-340/97, Nazli, Racc. pag. I-957, punto 56).

44. — Per quanto riguarda più specificamente l'art. 3 della direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, 64/221/CEE, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (GU L 56, pag. 850), la Corte ha rilevato che le autorità nazionali, per decidere se un cittadino di un altro Stato membro possa essere espulso nell'ambito della deroga fondata su motivi di ordine pubblico, devono accertare nel caso concreto se il provvedimento o le circostanze che hanno portato a tale condanna provino un comportamento personale che costituisca una minaccia attuale per l'ordine pubblico. Né dalla lettera dell'art. 3 della direttiva 64/221, né dalla giurisprudenza della Corte si possono ricavare elementi più precisi circa il momento da tenere presente per accertare il carattere "attuale" della minaccia (sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos e Oliveri, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 77).

45. — Nella citata sentenza Orfanopoulos e Oliveri, punto 82, la Corte ha statuito che l'art. 3 della direttiva 64/221 osta ad una prassi nazionale secondo la quale, nell'esaminare la legittimità dell'espulsione di un cittadino di un altro Stato membro, il giudice nazionale non è tenuto a prendere in considerazione determinati dati di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente che possano comportare il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento dell'interessato potrebbe costituire per l'ordine pubblico.

46. — Come già ricordato ai punti 42 e 43 della presente sentenza, l'art. 14, n. 1, della decisione n. 1/80 impone alle competenti autorità nazionali limiti analoghi a quelli che si applicano ad un simile provvedimento indirizzato ad un cittadino di uno Stato membro e, così come l'art. 3 della direttiva 64/221, tale disposizione non contiene alcuna indicazione circa il momento da tenere presente per accertare il carattere "attuale" della minaccia.

47. — Pertanto, alla luce dei principi consacrati nell'ambito della libera circolazione

dei lavoratori cittadini di uno Stato membro ed estendibili ai lavoratori turchi che fruiscono dei diritti riconosciuti dalla decisione n. 1/80, il giudice nazionale deve prendere in considerazione, nell'esaminare la legittimità di un provvedimento di espulsione emesso nei confronti di un cittadino turco, i dati di fatto successivi all'ultimo provvedimento dell'autorità competente che possano comportare il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia attuale che il comportamento dell'interessato potrebbe costituire per l'ordine pubblico.

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) L'art. 7, primo comma, della decisione 19 settembre 1980, n. 1/80, relativa allo sviluppo dell'associazione, adottata dal Consiglio di associazione istituito dall'Accordo di associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, deve essere interpretato nel senso che esso si applica al caso di un maggiorenne, figlio di un lavoratore turco inserito, attualmente o in passato, nel regolare mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, anche quando questo figlio è nato e ha sempre risieduto in tale ultimo Stato.

2) L'art. 7, primo comma, della decisione n. 1/80 osta a che, a seguito di una condanna ad una pena detentiva seguita da una cura di disintossicazione, i diritti conferiti da tale disposizione ad un cittadino turco che si trovi nella situazione del sig. Cetinkaya siano limitati a causa di un'assenza prolungata dal mercato del lavoro.

3) L'art. 14 della decisione n. 1/80 obbliga il giudice nazionale a prendere in considerazione, nell'esaminare la legittimità di un provvedimento di espulsione emesso nei confronti di un cittadino turco, determinati dati di fatto successivi all'ultimo provvedimento delle autorità competenti, che non consentano più una limitazione dei diritti dell'interessato ai sensi della detta disposizione.

*****

Mediante l'Accordo di associazione con la Turchia (decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE, in *GUCE* 1964, n. 217, p. 3685) la Comunità economica europea ha previsto un regime di favore per i lavoratori di quel Paese, in base al quale viene riconosciuto sia un generale diritto alla parità di trattamento sulla base del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, per il lavoratore turco, sia un diritto di soggiorno esteso alla famiglia del lavoratore.

Sul punto è poi intervenuta la decisione 1/80 del Consiglio di associazione che ha attuato le disposizioni dell'Accordo, consentendo così la diretta applicabilità delle previsioni adottate (Per un primo esempio di diretta applicabilità della decisione 1/80 vedi sentenza 20 settembre 1990, causa n. C-192/89, *Sevince*, in *Racc.*, p. I-3461).

In questo quadro normativo si colloca la situazione del signor Cetinkaya, oggetto del presente rinvio pregiudiziale. Egli è un cittadino turco nato in Germania nel 1979, che ha sempre vissuto in tale Stato membro, ha terminato i suoi studi nel luglio del 1995 ed è poi stato occupato presso diversi datori di lavoro per brevi periodi. Anche i

suoi genitori e le sue sorelle vivono in Germania, dove suo padre ha lavorato come dipendente fino all'età della pensione: molti suoi familiare hanno anche ottenuto la cittadinanza tedesca. Tra il 1996 e il 2000 il signor Cetinkaya ha subito cinque condanne, di cui quattro a pene detentive minorili, per piccoli furti e commercio illecito di stupefacenti. A seguito di tale situazione l'autorità amministrativa di Stoccarda ha adottato nei confronti del signor Cetinkaya una decisione di espulsione immediata dalla Germania, sulla base di gravi motivi di sicurezza ed ordine pubblico che giustificavano l'applicazione di una presunzione legale a favore di tale misura. In particolare le autorità tedesche sostenevano che il signor Cetinkaya non avrebbe più potuto avvalersi del diritto di soggiorno di cui all'articolo 7, primo comma, della decisione numero 1/80 in quanto, a causa della sua detenzione e del periodo di disintossicazione, non sarebbe stato più disponibile sul mercato del lavoro.

Al fine di risolvere le questioni interpretative sollevate, la Corte di giustizia ribadisce la necessità di applicare l'articolo 7, primo comma, della decisione 1/80 anche ai familiari del lavoratori nati nello Stato ospitante e non solo, in base ad una mera interpretazione letterale, ai familiare siano *"stati autorizzati a raggiungere"* quest'ultimo dall'estero. È evidente infatti che la nozione di ricongiungimento familiare non può valere a limitare i diritti dei familiari che già si trovino sul territorio con il lavoratore, come ad esempio nel caso dei figli nati durante il soggiorno nello Stato comunitario.

Quanto alla posizione del signor Cetinkaya sul mercato del lavoro, la Corte richiama la propria pronuncia nel caso *Nazli* (sentenza del 10 febbraio 2000, causa C-340/97, in *Racc.*, p.I-957) affermando che l'interruzione temporanea del periodo di attività di un lavoratore turco durante la sua detenzione non implica, in quanto tale, la perdita del diritto di accesso all'occupazione e del diritto di soggiorno che gli derivano dalla decisione 1/80. La mancata presenza del soggetto sul mercato del lavoro per il periodo di detenzione o disintossicazione, non deve essere computata alla stregua dell'interruzione volontaria dell'attività lavorativa.

Da ultimo la Corte riprende le argomentazioni sollevate, in relazione ai limiti all'espulsione di cittadini comunitari per fini di tutela dell'ordine pubblico, nel recente caso *Orfanopoulos e Olivieri* (sentenza 29 aprile 2004, cause riunite C-482 e C-493/01, ancora inedita. Per un breve commento si rinvia alla scheda pubblicata nell'*Osservatorio* su questa *Rivista*, numero 2/2004.). Nell'esaminare la legittimità di un provvedimento di espulsione emesso nei confronti di un cittadino turco, il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione anche i dati di fatto successivi all'ultimo provvedimento delle autorità competenti e la necessità di tutelare l'unità familiare, così come avviene per i cittadini comunitari sulla base dell'interpretazione dell'art. 3 della direttiva 64/221 (in *GUCE* L 56. Sulle restrizioni alla libera circolazione delle persone vedi L. Daniele, *Non-Discriminatory restrictions to the Free Movement of Persons*, in *European Law Review*, 1997, p. 191 ss. sulla necessità di una loro interpretazione restrittiva vedi B. Nascimbene, *Libertà di circolazione delle persone, diritti dei cittadini dell'Unione e dei Paesi terzi*, in B. Nascimbene-M.Pastore (a cura di), *Da Schengen a Maastricht. Apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995).

Si tratterà pertanto di valutare la pericolosità dell'individuo, correlata all'avvenuta disintossicazione, e alla pena scontata quale minorenne, senza che sia possibile per l'autorità competente procedere automaticamente all'espulsione del soggetto.

SENTENZA DELLA CORTE
16 novembre 2004

“Accordi di associazione della Comunità con la Bulgaria, la Polonia e la Repubblica slovacca - Diritto di stabilimento - Normativa nazionale in base alla quale le domande di permesso di soggiorno, presentate ai fini dello stabilimento, vengono respinte senza esame qualora il richiedente non disponga di un permesso di soggiorno temporaneo”.

Nel procedimento C-327/02, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’art. 234 CE, dal Rechtbank te’s-Gravenhage (Paesi Bassi) con decisione16 settembre 2002, pervenuta in cancelleria il 18 settembre 2002, nella causa *Lili Georgieva Panayotova, Radostina Markova Kalcheva, Izabella Malgorzata Lis, Lubica Sopova, Izabela Leokadia Topa, Jolanta Monika Rusiecka* contro *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*,

(Omissis)

Sentenza

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 45, n. 1, e 59, n. 1, dell’accordo europeo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Bulgaria, dall’altro, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/908/CE, CECA, Euratom (GU L 358, pag. 1; in prosieguo: l’“accordo Comunità-Bulgaria”), degli artt. 44, n. 3, e 58, n. 1, dell’accordo europeo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall’altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 13 dicembre 1993, 93/743/CE, CECA, Euratom (GU L 348, pag. 1; in prosieguo: l’“accordo Comunità-Polonia”), nonché degli artt. 45, n. 3, e 59, n. 1, dell’accordo europeo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica slovacca, dall’altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/909/CE, CECA, Euratom (GU L 359, pag. 1; in prosieguo: l’“accordo Comunità-Slovacchia”, e, insieme, gli “accordi di associazione”).

2. — Tali questioni sono state sollevate nell’ambito delle controversie che oppongono le sig.re Panayotova e Kalcheva, cittadine bulgare, nonché le sig.re Lis, Topa e Rusiecka, cittadine polacche, e la sig. ra Sopova, cittadina slovacca, al Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie (Ministro incaricato dell’immigrazione e dell’integrazione), aventi ad oggetto il rifiuto di quest’ultimo di accordare loro un permesso di soggiorno al fine di esercitare un’attività professionale in qualità di lavoratrici autonome.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. — L'art. 45, n. 1, dell'accordo di associazione Comunità-Bulgaria, incluso nel titolo IV dello stesso, stabilisce:

"A partire dall'entrata in vigore del presente accordo, ciascuno Stato membro accorda un trattamento non meno favorevole di quello accordato alle proprie società e ai propri cittadini per lo stabilimento di società e cittadini bulgari e per le attività di società e cittadini bulgari stabiliti sul suo territorio, fatta eccezione per i settori specificati nell'allegato XVa".

4. — Ai sensi dell'art. 59, n. 1, di detto accordo:

"Ai fini del titolo IV, il presente accordo non impedisce in alcun modo alle Parti di applicare le rispettive leggi e disposizioni in materia di ingresso e soggiorno, lavoro, condizioni di lavoro e stabilimento delle persone fisiche, nonché di prestazione dei servizi, a condizione che, così facendo, esse non le applichino in modo da vanificare o compromettere i benefici spettanti all'una o all'altra ai sensi di una specifica disposizione del presente accordo (...)".

5. — Gli artt. 44, n. 3, e 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia, e gli artt. 45, n. 3, e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Slovacchia sono formulati con termini analoghi a quelli utilizzati dagli artt. 45, n. 1, e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria.

La normativa olandese

6. — L'art. 16 a, n. 1, della Vreemdelingenwet 1994 (legge del 1994 sugli stranieri; in prosieguo: la "Vreemdelingenwet") prevede che una domanda di permesso di soggiorno è esaminata unicamente qualora lo straniero disponga di un valido permesso di soggiorno temporaneo. I nn. 3 e 4 dello stesso articolo esonerano da tale condizione determinate categorie di stranieri, mentre il n. 6 della medesima disposizione prevede che i richiedenti possono essere esonerati in casi individuali molto particolari.

7. — Il permesso di soggiorno temporaneo deve essere richiesto dallo straniero presso la rappresentanza diplomatica o consolare olandese nel suo paese d'origine o nel paese in cui risiede stabilmente. Essa è rilasciata a condizione che il richiedente soddisfi i requisiti fondamentali necessari per l'ottenimento di un permesso di soggiorno. A condizione che le circostanze non siano cambiate successivamente a tale rilascio e che quest'ultimo non si riveli basato su dati inesatti, il titolare di un permesso di tal tipo può, dopo il suo arrivo nei Paesi Bassi, ottenere un permesso di soggiorno.

8. — Il soggiorno di breve durata non superiore a tre mesi è subordinato, per i cittadini bulgari, all'ottenimento di un visto. I cittadini polacchi e slovacchi godono, per quanto li riguarda, del diritto di libero soggiorno per un periodo di tre mesi (in prosieguo: il "periodo libero"), in conformità con il combinato disposto degli artt. 8 della Vreemdelingenwet e 46, n. 1, lett. c), del Vreemdelingenbesluit 1994 (decreto sugli stranieri del 1994). Ai sensi dell'art. 46, n. 2, di quest'ultimo, tale periodo espira tutta-

via automaticamente se, entro la sua scadenza, l'interessato presenta una domanda di permesso di soggiorno.

Controversia principale e questioni pregiudiziali

9. — Le domande di permesso di soggiorno presentate dalle ricorrenti nella causa principale al fine di esercitare nei Paesi Bassi un'attività professionale in qualità di lavoratrici autonome sono state respinte dal capo della polizia di Groningen (Paesi Bassi) in quanto esse non disponevano del permesso di soggiorno temporaneo richiesto dall'art. 16 a, n. 1, della Vreemdelingenwet. Le opposizioni proposte avverso tali rifiuti sono state dichiarate infondate con decisioni del Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie adottate tra il 22 gennaio e il 1° maggio 2001.

10. — Adita del ricorso contro dette decisioni, la Rechtbank te's-Gravenhage considera, anzitutto, che le ricorrenti principali non possono avvalersi di alcuna delle eccezioni previste ai nn. 3, 4 e 6 dell'art. 16 della Vreemdelingenwet.

11. — Detto giudice rileva, inoltre, che la Corte, nelle sue sentenze 27 settembre 2001, causa C-63/99, Gloszczuk (Racc. pag. I-6369, punto 86), causa C-235/99, Kondova (Racc. pag. I-6427, punto 91), nonché causa C-257/99, Barkoci e Malik (Racc. pag. I-6557, punto 83), rese nell'ambito di controversie in cui era applicabile la legislazione del Regno Unito, avrebbe deciso che le disposizioni sul diritto di stabilimento contenute negli accordi di associazione conclusi dalle Comunità non ostano, in linea di principio, a che gli Stati membri subordinino l'ingresso nel loro territorio alla condizione che si ottenga previamente un permesso di soggiorno temporaneo.

12. — Esso osserva, in particolare, che al punto 4 del dispositivo della citata sentenza Barkoci e Malik, la Corte ha statuito, relativamente alle disposizioni formulate in termini identici a quelli degli artt. 45, n. 3, e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Slovacchia, ossia gli artt. 45, n. 3 e 59, n. 1, dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica ceca, dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/910/CE, CECA, Euratom (GU L 360, pag. 1, in prosieguo: l'"accordo Comunità-Repubblica ceca"), quanto segue:

"La condizione contenuta nella prima frase, ultima parte, dell'art. 59, n. 1, dell'accordo di associazione deve essere interpretata nel senso che l'obbligo di ottenere nel paese di residenza, anteriormente alla partenza verso lo Stato membro ospitante, un permesso di ingresso, il cui rilascio è subordinato alla verifica di requisiti sostanziali, come quelli previsti al punto 212 [dell'United Kingdom] Immigration Rules [(House of Commons Paper 395), in prosieguo: le "Immigration Rules", non ha ad oggetto né per effetto di rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio da parte dei cittadini cechi dei diritti loro conferiti dall'art. 45, n. 3, dell'accordo di associazione, sempreché le competenti autorità dello Stato membro ospitante facciano uso del proprio potere discrezionale nell'esame delle domande di ingresso ai fini dello stabilimento, presentate in base al detto accordo all'arrivo nello Stato membro medesimo, con modalità tali che il permesso di ingresso possa essere concesso ad un cittadino ceco privo di tale permesso, in base a disposizioni diverse da quelle contenute nelle

Immigration Rules, qualora la domanda del medesimo risponda, in termini chiari e manifesti, agli stessi requisiti sostanziali che sarebbero stati applicati ove avesse fatto richiesta nella Repubblica ceca del permesso di ingresso".

13. — Il giudice del rinvio sottolinea che, al punto 69 della citata sentenza Barkoci e Malik, la Corte ha precisato tuttavia che:

"(…) senza che sia necessario affrontare la questione se l'art. 59, n. 1, dell'accordo di associazione consenta alle competenti autorità dello Stato membro ospitante di negare l'ingresso nel proprio territorio ad un cittadino ceco sprovvisto di autorizzazione all'ingresso, è sufficiente esaminare se l'applicazione, da parte delle autorità britanniche, della normativa nazionale in materia di immigrazione complessivamente intesa, ivi compreso l'esercizio del potere discrezionale da parte del Secretary of State (for the Home Department] al fine di accertare se, in singoli casi, il requisito relativo al possesso di un'autorizzazione all'ingresso possa essere escluso, appaia conforme alla condizione enunciata nella prima frase, ultima parte, del menzionato art. 59, n. 1".

14. — Alla luce di ciò il giudice del rinvio si chiede se la risposta contenuta al punto 4 del dispositivo della citata sentenza Barkoci e Malik, letta alla luce del punto 69 di quest'ultima, non sia stata concepita in funzione delle sole peculiarità della legislazione del Regno Unito. Esso rileva, a tale proposito, che, a differenza di quest'ultima, il diritto olandese non consente all'autorità competente, ad esclusione delle ipotesi espressamente previste all'art. 16 a della Vreemdelingenwet, di rilasciare un permesso di soggiorno alle ricorrenti principali nel caso in cui esse non siano in possesso di un permesso di soggiorno temporaneo.

15. — Detto giudice evidenzia, infine, che, non avendo ottenuto il visto richiesto, le sig.re Panayotova e Kalcheva si trovavano illegalmente nei Paesi Bassi al momento in cui hanno presentato le loro domande di permesso di soggiorno al fine di stabilirsi in tale Stato membro. La situazione sarebbe invece meno chiara per quanto riguarda le altre ricorrenti principali le quali, non essendo soggette all'ottenimento di un visto per un soggiorno nei Paesi Bassi non superiore a tre mesi e beneficiando a tale proposito di un periodo libero di cui al punto 8 della presente sentenza, avrebbero soggiornato legalmente in tale Stato prima di presentare le loro domande di permesso di soggiorno.

16. — Pertanto la Rechtbank te's-Gravenhage ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1. Se la soluzione alla quarta questione fornita dalla Corte nella sentenza 27 settembre 2001, causa C-257/99, Barkoci e Malik, debba essere interpretata nel senso che non sia compatibile con il combinato disposto, rispettivamente, degli artt.. 45, n. 1, e 59, n. 1, dell'accordo di associazione con la Bulgaria, degli artt. 44, n. 3, e 58, dell'accordo di associazione con la Polonia, e degli artt. 45, n. 3, e 59 dell'accordo di associazione con la Repubblica slovacca, il fatto che l'autorità competente, nell'esaminare una domanda di permesso di soggiorno presentata nei Paesi Bassi al fine di stabilirvisi in conformità dell'accordo di associazione, non proceda ad alcun esame di merito per il solo motivo della mancanza di un'autorizzazione preventiva al soggiorno. Se il fatto di rispondere chiaramente e inequivocabilmente ai requisiti essenziali prescritti per l'ingresso sia rilevante per la soluzione di tale questione.

2. È rilevante per la soluzione della prima questione, e in caso di soluzione affermativa in quale senso, il fatto che al momento in cui presenta la domanda per ottenere un

permesso di soggiorno il richiedente soggiorni o meno legalmente nei Paesi Bassi in base ad un titolo diverso da un'autorizzazione temporanea al soggiorno, ad esempio in virtù del cosiddetto periodo "libero" di cui all'art. 8, della Vreemdelingenwet".

Sulle questioni pregiudiziali

17. — Con le sue due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se le disposizioni pertinenti degli accordi di associazione devono essere interpretate nel senso che ostano ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale una domanda di permesso di soggiorno presentata sul suo territorio al fine di stabilirvisi come lavoratore autonomo ai sensi dei detti accordi deve essere respinta, senza ulteriore esame, qualora il richiedente non disponga di un permesso di soggiorno temporaneo rilasciato previamente dalle rappresentanze diplomatiche o consolari di detto Stato membro nel paese d'origine dell'interessato o nel suo paese di residenza abituale, e ciò anche qualora, alla data di presentazione della sua domanda, egli fosse legalmente in detto Stato membro in base ad un titolo diverso da quello di lavoratore autonomo e affermi di rispondere ai requisiti sostanziali necessari per l'ottenimento di un permesso di soggiorno temporaneo e del permesso di soggiorno come lavoratore autonomo.

18. — L'effetto diretto che deve essere riconosciuto agli artt. 45, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria, 44, n. 3, dell'accordo Comunità-Polonia e 45, n. 3, dell'accordo Comunità-Slovacchia, implica che i cittadini bulgari, polacchi e slovacchi che, rispettivamente, si avvalgono di tale disposizione possono legittimamente invocarla dinanzi ai giudici dello Stato membro ospitante, fermo restando che le autorità di quest'ultimo conservano il potere di applicare ai detti cittadini le leggi nazionali in materia di ammissione, soggiorno e stabilimento, ai termini degli artt. 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria, 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Slovacchia (v. citate sentenze Gloszczuk, punto 38, e Kondova, punto 39, nonché 20 novembre 2001, causa C-268/99, Jany e a., Racc. pag. I-8615, punto 28).

19. — Se è vero che il diritto di stabilimento, come definito dalle prime tre disposizioni citate al punto precedente, implica che siano riconosciuti quale suo corollario il diritto di ingresso ed il diritto di soggiorno, emerge tuttavia dalle ultime tre disposizioni che questi ultimi non costituiscono prerogative assolute, potendo il loro esercizio essere eventualmente limitato dalle norme dello Stato membro ospitante in materia di ingresso, soggiorno e stabilimento dei cittadini (v. citate sentenze Gloszczuk, punto 51, Kondova, punto 54, e Jany e a., punto 28).

20. — Per essere compatibili con la condizione di cui agli artt. 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria, 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Slovacchia, le restrizioni applicate al diritto di stabilimento dalle norme dello Stato membro ospitante in materia di immigrazione devono tuttavia essere idonee a realizzare l'obiettivo previsto e non costituire, rispetto al medesimo, un intervento che possa pregiudicare la sostanza stessa dei diritti riconosciuti, rispettivamente, dagli artt. 45, n. 1, 44, n. 3, e 45, n. 3, di detti accordi ai cittadini bulgari, polacchi e slovac-

chi, rendendo l'esercizio di tali diritti impossibile o eccessivamente difficile (citate sentenze Gloszczuk, punto 56 e Kondova, punto 59).

21. — A tale proposito, il combinato disposto di norme quali gli artt. 45, n. 1, e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria, 44, n. 3, e 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia, nonché 45, n. 3 e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Slovacchia, non osta, in linea di principio, ad un sistema di controllo preventivo che subordini il rilascio del permesso di ingresso e di soggiorno da parte delle competenti autorità in materia di immigrazione alla condizione che il richiedente provi la sua effettiva intenzione di avviare un'attività di lavoro autonomo, senza svolgere simultaneamente alcuna attività di lavoro dipendente né ricorrere a sussidi pubblici, nonché la disponibilità, sin dall'inizio, di mezzi economici sufficienti e ragionevoli probabilità di successo (citate sentenze Gloszczuk, punto 86, Kondova, punto 91 e Jany e a., punto 31).

22. — Un tale sistema nazionale di controllo della natura esatta dell'attività che il richiedente intende svolgere, attuato anteriormente alla partenza di quest'ultimo verso lo Stato membro ospitante, persegue infatti un obiettivo legittimo laddove consente di limitare l'esercizio del diritto di ingresso e del diritto di soggiorno da parte dei cittadini dei paesi interessati che si avvalgano di tali disposizioni ai soli beneficiari indicati dalle stesse (citate sentenze Gloszczuk, punto 58, Kondova, punto 61, nonché Barkoci e Malik, punto 62).

23. — Inoltre, un siffatto sistema di controllo è in particolare atto ad essere giustificato in considerazione del fatto che la verifica dei requisiti sostanziali e la realizzazione di indagini dettagliate ad essa connesse possono essere più agevolmente effettuate nello Stato d'origine, in particolare per ragioni linguistiche nonché per la possibilità di accedere alle informazioni relative alla situazione dei cittadini stranieri che intendano stabilirsi in uno Stato membro (v. citata sentenza Barkoci e Malik, punti 65 e 66).

24. — Il fatto di esigere che lo Stato membro ospitante, che abbia applicato un tale sistema di controllo preventivo, preveda inoltre che le sue autorità siano tenute ad esaminare ogni domanda presentata nel suo territorio in base agli accordi di associazione comporterebbe in particolare il rischio di un afflusso di domande formulate in occasione di soggiorni a fini turistici o altri presunti di breve durata. Orbene, una tale situazione sarebbe, come sottolineato dai governi olandese, greco e francese, tale da minacciare il sistema di controllo preventivo obbligatorio attuato dallo Stato membro interessato, nonché, tenuto conto dei termini legati all'esame delle domande e dei ricorsi eventualmente presentati contro le decisioni di rifiuto, la libertà di tale Stato di accordare l'ingresso libero, o agevolato, nel suo territorio, unicamente a condizione che il soggiorno previsto sia di breve durata. Ne conseguirebbe parimenti una minaccia all'effetto utile delle disposizioni dell'art. 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia, nonché degli artt. 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria e dell'accordo Comunità-Slovacchia.

25. — Poiché l'ordinanza di rinvio non contiene alcuna precisazione in merito ai requisiti sostanziali ai quali la normativa olandese applicabile condiziona la concessione del permesso di soggiorno temporaneo, spetta al giudice del rinvio verificare, se del caso, che detti requisiti siano ben idonei ad assicurare la realizzazione dell'obiettivo rammentato al punto 22 della presente sentenza (v., per quanto riguarda la normativa

olandese in vigore all'epoca dei fatti che hanno dato luogo alla citata sentenza Jany e a., il punto 31 della stessa).

26. — Occorre inoltre precisare che le stesse modalità procedurali relative al rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo devono essere idonee a garantire che l'esercizio del diritto di stabilimento conferito dagli accordi di associazione non sia reso né impossibile né eccessivamente difficile.

27. — Ne consegue in particolare che il regime applicabile a tali permessi di soggiorno temporanei deve basarsi su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo ed imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale (v., per analogia, sentenza 12 luglio 2001, causa C-157/99, Smits e Peerbooms, Racc. pag. I-5473, punto 90). Occorre rammentare, a tale ultimo proposito, che il diritto comunitario impone un controllo giurisdizionale effettivo delle decisioni delle autorità nazionali adottate in applicazione delle disposizioni pertinenti dello stsso, e che tale principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è sancito agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (v., in particolare, sentenze 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, Racc. pag. 1651, punti 18 e 19, e 19 giugno 2003, causa C-467/01, Eribrand, Racc. pag. I-6471, punto 61).

28. — Emerge da quanto esposto che, qualora uno Stato membro abbia optato per un sistema che condiziona l'attribuzione di un diritto di soggiorno ai fini dello stabilimento in base alle disposizioni degli accordi di associazione ad un meccanismo di controllo precedente l'ingresso nel suo territorio, tale Stato membro può benissimo, in via di principio, prevedere che le sue autorità competenti in materia di immigrazione respingano, senza ulteriore esame, le domande di permesso di soggiorno formulate ai detti fini nel suo territorio da un cittadino bulgaro, polacco o slovacco, nel caso in cui quest'ultimo non disponga del permesso di soggiorno temporaneo necessario, da richiedere prima della partenza verso tale Stato membro presso le rappresentanze diplomatiche o consolari nel paese d'origine dell'interessato o in quello in cui egli soggiorna stabilmente.

29. — Il giudice del rinvio domanda tuttavia se un tale rifiuto sia conforme alle dette disposizioni degli accordi di associazione nel caso in cui l'interessato soggiorni legalmente nello Stato membro ospitante in base ad un titolo diverso da quello di lavoratore autonomo al momento della presentazione della sua domanda di permesso di soggiorno a fini di stabilimento e affermi di rispondere chiaramente e inequivocabilmente ai requisiti sostanziali per la concessione di un tale permesso di soggiorno temporaneo e del permesso di soggiorno come lavoratore indipendente.

30. — Per quanto riguarda, in primo luogo, la circostanza che le interessate avrebbero soggiornato legalmente nei Paesi Bassi in virtù del periodo libero previsto dalla normativa olandese si deve rammentare, anzitutto, che, nell'ambito di un sistema nazionale basato su misure di controllo adeguate, precedenti la partenza del cittadino straniero verso lo Stato membro ospitante al fine di stabilirvisi come lavoratore autonomo, l'eventuale ingresso temporaneo di quest'ultimo nel territorio di tale Stato in

base ad un altro titolo, in assenza dell'autorizzazione all'ingresso rilasciata all'esito di detto controllo, non equivale assolutamente a tale permesso, di modo che l'interessato non può basarsi utilmente sulla sola circostanza di un ingresso temporaneo per sostenere di avere acquisito il diritto di stabilirsi come lavoratore autonomo nel territorio di tale Stato membro (v., per analogia, citata sentenza Barkoci e Malik, punti 77-79).

31. — Emerge, peraltro, dalla giurisprudenza della Corte che è compatibile con l'art. 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia e, pertanto, con l'art. 59, n. 1, degli accordi Comunità-Bulgaria e Comunità-Slovacchia, la circostanza che le autorità competenti dello Stato membro ospitante respingano una domanda presentata ai sensi, rispettivamente, degli artt. 44, n. 3, 45, n. 1 o 45, n. 3, di detti accordi per il solo fatto che, all'atto della presentazione della domanda stessa, il richiedente soggiornasse illegalmente nel territorio di tale Stato, avendo rilasciato false dichiarazioni alle dette autorità per ottenere un permesso di ingresso iniziale in base ad altro titolo ovvero non avendo rispettato la condizione espressa cui tale ingresso era subordinato e relativa alla durata autorizzata del suo soggiorno nello Stato membro medesimo (citata sentenza Gloszczuk, punto 77).

32. — Lo stesso deve valere per il caso in cui la domanda presentata in applicazione di dette disposizioni risulti incompatibile con le condizioni esplicite legate all'ingresso dell'interessato nello Stato membro ospitante e in particolare quelle relative alla durata autorizzata del soggiorno in tale Stato.

33. — Infatti, come constatato al punto 24 della presente sentenza, se fosse consentito ai cittadini bulgari, polacchi o slovacchi di presentare una domanda di stabilimento ai sensi degli accordi di associazione nello Stato membro ospitante, nonostante siano entrati nel territorio di quest'ultimo all'espressa condizione di soggiornarvi solo fino a tre mesi, detti cittadini potrebbero agevolmente eludere le norme nazionali relative all'ingresso e al soggiorno degli stranieri, privando, conseguentemente, del loro effetto utile gli artt. 58, n. 1, dell'accordo Comunità-Polonia e 59, n. 1, degli accordi Comunità-Bulgaria e Comunità-Slovacchia.

34. — Occorre considerare, a tale proposito, che i cittadini bulgari, polacchi o slovacchi che non si sottopongono ai controlli pertinenti delle autorità nazionali, senza rispettare le condizioni alle quali il diritto di accesso a detto territorio è stato loro riconosciuto, non possono avvalersi della tutela delle disposizioni degli accordi di associazione sul diritto di stabilimento per eludere tali condizioni.

35. — Per quanto riguarda, in secondo luogo, la circostanza che il cittadino bulgaro, polacco o slovacco, che presenti nel territorio olandese una domanda di permesso di soggiorno ai fini dello stabilimento sulla base degli accordi di associazione, affermi di rispondere chiaramente e inequivocabilmente ai requisiti sostanziali che sarebbero stati oggetto di verifica nell'ambito del sistema di controllo preventivo attuato dalla normativa olandese, è esatto che, al punto 74 della citata sentenza Barkoci e Malik, la Corte ha deciso che gli artt. 45, n. 3, e 59, n. 1, dell'accordo Comunità-Repubblica ceca non ostano a che le autorità competenti in materia di immigrazione dello Stato membro ospitante impongano al cittadino ceco di ottenere, anteriormente alla partenza verso lo Stato medesimo, un permesso di ingresso il cui rilascio è subordinato alla verifica di requisiti sostanziali ai fini dello stabilimento, come quelli previsti al punto

212 delle Immigration Rules, sempreché le dette autorità facciano uso del proprio potere discrezionale nell'esame delle domande di ingresso ai fini dello stabilimento, presentate in base al detto accordo all'arrivo nello Stato membro medesimo, con modalità tali che il permesso di ingresso possa essere concesso ad un cittadino ceco, in base a disposizioni diverse da quelle contenute nelle Immigration Rules, qualora la domanda del medesimo risponda, in termini chiari e manifesti, agli stessi requisiti sostanziali che sarebbero stati applicati ove avesse fatto richiesta nella Repubblica ceca del permesso di ingresso.

36. — Tuttavia, come precisato dalla Corte al punto 72 della citata sentenza Barkoci e Malik, laddove le autorità competenti in materia di immigrazione dello Stato membro ospitante seguano una politica consistente nell'escludere l'obbligo imperativo del possesso di un'autorizzazione all'ingresso, appare coerente con la logica del sistema di controllo preventivo, nonché legittimo con riguardo all'accordo Comunità-Repubblica ceca, che tali autorità possano effettuare, nel valutare in base al proprio potere discrezionale la situazione individuale del richiedente, un esame della fondatezza delle domande di stabilimento presentate, ai sensi del detto accordo, all'arrivo nello Stato membro medesimo più sommario rispetto a quello effettuato nel caso di una domanda di autorizzazione all'ingresso presentata dal cittadino ceco nel proprio paese di residenza.

37. — Orbene, come sottolineato dal giudice del rinvio e dai governi che hanno presentato osservazioni alla Corte, nell'ordinamento giuridico olandese, diversamente da quanto accade nel Regno Unito, le autorità competenti in materia di immigrazione non hanno un tale potere discrezionale. Infatti, senza il permesso di soggiorno temporaneo rilasciato dalle rappresentanze diplomatiche o consolari olandesi nello Stato di origine dell'interessato, dette autorità sono, in forza del diritto interno, in linea di principio incompetenti a rilasciare un permesso di soggiorno ai fini dello stabilimento in base agli accordi di associazione, e a verificare, a tal fine, se i requisiti sostanziali ai quali è condizionato tale rilascio siano soddisfatti.

38. — Fatta salva la possibilità per gli Stati membri di prevedere un sistema di controllo preventivo, unitamente alla possibilità di esame delle domande presentate direttamente nel territorio nazionale, è conforme alla logica di un sistema di controllo preventivo come quello attuato dal regno dei Paesi Bassi e ammissibile rispetto agli accordi di associazione che tale Stato membro preveda, nel suo ordinamento giuridico, che, qualora non sia soddisfatto il requisito relativo alla previa presentazione, nel loro paese d'origine o nel paese in cui soggiornano stabilmente, di una domanda di permesso di soggiorno temporaneo ai fini dello stabilimento, le autorità competenti di detto Stato membro rifiutino a cittadini bulgari, polacchi o slovacchi, che si avvalgono rispettivamente degli artt. 45, n. 1, dell'accordo Comunità-Bulgaria, 44, n. 3, dell'accordo Comunità-Polonia e 45, n. 3, dell'accordo Comunità-Slovacchia, il permesso di soggiorno da essi richiesto e ciò indipendentemente dalla questione se i requisiti sostanziali ai quali è condizionato l'ottenimento di un tale permesso di soggiorno temporaneo siano effettivamente soddisfatti (v., per analogia, citate sentenze Gloszczuk, punto 70, e Kondova, punto 75).

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Il combinato disposto, rispettivamente, degli artt. 45, n. 1, e 59, n. 1, dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Bulgaria, dall'altro, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/908/CE, CECA, Euratom, degli artt. 44, n. 3, e 58, n. 1, dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Polonia, dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 13 dicembre 1993, 93/743/CE, CECA, Euratom, nonché degli artt. 45, n. 3, e 59, n. 1, dell'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica slovacca, dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione 19 dicembre 1994, 94/909/CE, CECA, Euratom, non osta, in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro che comporta un sistema di controllo preventivo in base al quale l'ingresso nel territorio di detto Stato membro ai fini dello stabilimento come lavoratore autonomo è subordinato al rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo da parte delle rappresentanze diplomatiche o consolari di tale Stato nel paese d'origine dell'interessato o in quello in cui egli soggiorna stabilmente. Un tale sistema può validamente subordinare il rilascio di tale permesso alla condizione che l'interessato provi la sua effettiva intenzione di avviare un'attività di lavoro autonomo, senza svolgere simultaneamente alcuna attività di lavoro dipendente né ricorrere a sussidi pubblici, nonché la disponibilità, sin dall'inizio, di mezzi economici sufficienti e ragionevoli probabilità di successo. Il regime applicabile a tali previe autorizzazioni al soggiorno deve basarsi tuttavia su un sistema procedurale di facile accesso e tale da garantire agli interessati che la loro domanda sarà trattata entro un termine ragionevole ed in modo oggettivo ed imparziale, dovendo inoltre eventuali dinieghi di autorizzazione poter venir considerati nell'ambito di un ricorso giurisdizionale;

2) dette disposizioni degli accordi di associazione devono essere interpretate nel senso che non ostano, in linea di principio, nemmeno a che una tale normativa nazionale preveda che le autorità competenti dello Stato membro ospitante respingano una domanda di permesso di soggiorno ai fini dello stabilimento sulla base di detti accordi di associazione, presentata nel territorio di tale Stato, qualora il richiedente non disponga di un permesso di soggiorno temporaneo, necessario ai sensi di tale normativa;

3) non rilevano a tale proposito il fatto che il richiedente affermi di soddisfare in termini chiari e manifesti i requisiti sostanziali necessari per il rilascio del permesso di soggiorno temporaneo e del permesso di soggiorno ai fini dello stabilimento, o la circostanza che detto richiedente soggiorni legalmente nello Stato membro ospitante in base ad altro titolo alla data della sua domanda, se quest'ultima è incompatibile con i requisiti prescritti relativi all'ingresso dell'interessato in detto Stato membro e in particolare con quelli relativi alla durata del soggiorno autorizzato

Gli Accordi cd. europei, conclusi con i Paesi dell'Europa centro-orientale nell'ambito della fase di pre-adesione all'Unione europea, continuano a suscitare un notevole interesse anche a seguito dell'ingresso della maggior parte dei Paesi firmatari nell'Unione europea il 1° maggio 2004. (Sugli Accordi europei vedi Weiss W., *The Chapter II on Establishment in the Europe Agreements*, in *European Foreign Affairs Review* 2001, p. 258 e Szwarc M., *Les règles applicables en matière d'établissement dans les relations entre Ue et PECO*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, p. 406).

La loro attuale rilevanza trae origine da un complesso di ragioni. Innanzitutto gli Accordi con Romania e Bulgaria risultano ancora applicabili, inoltre la situazione dei cittadini dei Paesi di nuovo ingresso non è ancora assimilata esattamente a quella dei cittadini comunitari, poiché l'atto di adesione ha previsto una serie di periodi transitori, in particolare proprio in materia di libera circolazione delle persone, sulla linea di quanto già previsto dagli Accordi europei. Si prevede infatti che vi siano delle deroghe all'applicazione immediata delle disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori e dei servizi, consentendo invece l'immediata applicazione delle disposizioni sulla libertà di stabilimento e sulla libertà di circolazione per motivi diversi dallo svolgimento di attività di lavoro subordinato. In particolare gli Stati già membri potranno continuare a trattare i cittadini di questi Stati come stranieri per due anni, (con una possibile estensione a cinque), non trovando applicazione il principio di libera circolazione dei lavoratori (art. 39 TCE) e gli artt. 1-6 del regolamento 1612/68 sull'accesso all'impiego. Saranno invece immediatamente applicabili gli articoli di tale regolamento sul divieto di discriminazione nel trattamento dei lavoratori e sui diritti a favore dei familiari del lavoratore. Si prevede però un'eccezione relativa all'accesso all'impiego dei familiari, che otterranno tale diritto immediatamente con l'adesione solo se già soggiornanti sul territorio (e se il lavoratore è autorizzato a restare sul territorio per più di dodici mesi), mentre in caso contrario potranno accedere all'impiego solo dopo diciotto mesi di soggiorno o dopo tre anni dall'entrata in vigore del trattato. Allo scadere dei cinque anni gli Stati membri potranno continuare per altri due anni a mantenere le disposizioni nazionali che limitano la libera circolazione, previa comunicazione alla Commissione, ove "si verifichino o rischino di verificarsi gravi perturbazioni del mercato del lavoro". In più la Germania e l'Austria sono autorizzate, sempre per il periodo di sette anni, ad applicare misure nazionali restrittive della prestazione di servizi in specifici settori, purché si rispetti la clausola di *standstill*, ossia non si tratti di misure più restrittive di quelle esistenti prima della firma dei trattati di adesione, clausola che trova applicazione anche in generale con riferimento alla circolazione dei lavoratori (sul regime previsto dal Trattato di adesione vedi Lang A., *Libera circolazione in un'Unione ampliata: il nuovo regime dopo il 1° maggio 2004*, in *Corriere giuridico*, 2004, p.817 ss.). L'interpretazione degli Accordi europei risulta così rilevante sia per i Paesi entrati il 1° maggio 2004 nell'Unione europea, sia in relazione ai nuovi accordi che vengono e verranno in futuro conclusi con Paesi candidati, la cui formulazione potrebbe essere influenzata dall'interpretazione data dalla Corte di giustizia degli Accordi attuali.

Come già stabilito dalla Corte nelle pronunce *Gloszczuk*, *Kondova* e *Barkoci e*

Malik (rispettivamente sentenze del 27 settembre 2001, causa C-63/99, in *Racc.*, p. I-6369; causa C-235/99, in *Racc.*, p. I-6427; causa C-257/99, in *Racc.*, p. I-6557. Per un commento vedi Van Ooik R., *Freedom of movement of Self-Employed Persons and the Europe Agreements, in European Journal of Migration and Law*, 2002, p. 377 e Pedain A., *"With or without me": the ECJ adopts a pose of studied neutrality towards EU Enlargement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 981 ss.) gli Accordi europei, nel prevedere il diritto di stabilimento per i lavoratori autonomi, forniscono implicitamente un diritto di ingresso nello Stato al fine di esercitare tale attività economica. Il sistema di controllo deve valutare se tali soggetti siano in possesso dei requisiti richiesti (intenzione di esercitare attività autonoma, realizzabilità concreta e valutazione economica sul possibile "successo" di tale attività, possesso dei mezzi economici necessari a porla in essere); in caso positivo lo Stato è obbligato a rilasciare il permesso di ingresso e di soggiorno, non potendo invocare ragioni di nazionalità del soggetto, di limiti generali all'immigrazione o di prova della necessità di tale attività alla luce di considerazioni economiche o di mercato di lavoro.

La situazione era stata oggetto di analisi nella precedente giurisprudenza sopra citata solo in relazione alla normativa del Regno Unito; nel rinvio pregiudiziale in esame ci si chiede se allo stesso modo le previsioni dei Paesi Bassi circa la necessità di possedere un valido titolo di soggiorno provvisorio rilasciato prima della presentazione della domanda possa costituire un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei lavoratori autonomi.

La Corte, alla luce delle finalità riconnesse agli Accordi in questione, conferma con questa pronuncia che il regime istituito dagli Accordi europei non osta a una normativa nazionale che preveda il previo ottenimento di un permesso di soggiorno temporaneo nel Paese di origine o in quello di soggiorno stabile, subordinato alla valutazione dell'effettività e realizzabilità concreta dell'intenzione di avviare un'attività di lavoro autonomo. Il sistema di controllo così attuato dovrà però essere di facile accesso e consentire ai cittadini dei Paesi associati un trattamento oggettivo e imparziale della propria domanda e un sistema di ricorso giurisdizionale effettivo in caso di diniego del permesso.

SENTENZA DELLA CORTE
11 novembre 2004

“Regolamento (CEE) n. 1408/71 - Determinazione della legislazione applicabile - Prestazioni di disoccupazione - Condizioni di totalizzazione dei periodi di assicurazione o di occupazione - Provvedimento nazionale che non tiene conto di un periodo di servizio militare obbligatorio assolto in un altro Stato membro”.

Nel procedimento C-372/02,avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell’art. 234 CE, presentata dal Bundessozialgericht (Germania) con decisione15 agosto 2002, pervenuta alla Corte il 16 ottobre 2002, *Roberto Adanez-Vega* contro *Bundesanstalt für Arbeit*,

(Omissis)

Sentenza

1. — La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli artt. 3, 13, n. 2, 67 e 71 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, nella versione aggiornata dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001 (GU L 230, pag. 6), come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 25 giugno 1991, n. 2195 (GU L 206, pag. 2, in prosieguo: il “regolamento n. 1408/71”).

2. — Essa rientra nell’ambito di una controversia tra il sig. Adanez-Vega e la Bundesanstalt für Arbeit (ente federale del lavoro, in prosieguo: la “Bundesanstalt”) in merito al rifiuto da parte di quest’ultima di concedergli un’indennità o un sussidio di disoccupazione.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

Definizioni

3. — Ai sensi dell’art. 1, lett. s), del regolamento n. 1408/71, “i termini “periodi di occupazione” o “periodi di attività lavorativa autonoma” designano i periodi definiti o riconosciuti tali dalla legislazione ai sensi della quale sono stati compiuti, nonché tutti i periodi equiparati nella misura in cui siano stati riconosciuti da tale legislazione come equivalenti a periodi di occupazione o di attività lavorativa autonoma”.

Norme di conflitto

4. — L'art. 13 del regolamento n. 1408/71 dispone quanto segue:

"1. Le persone cui è applicabile il presente regolamento sono soggette alla legislazione di un solo Stato membro (…). Tale legislazione è determinata conformemente alle disposizioni del presente titolo.

2. Con riserva degli articoli da 14 a 17

a) la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato membro o se l'impresa o il datore di lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato membro;

(…)

e) la persona chiamata o richiamata alle armi o al servizio civile da uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato (…);

f) la persona cui cessi d'essere applicabile la legislazione di uno Stato membro senza che ad essa divenga applicabile la legislazione di un altro Stato membro in forza di una delle norme enunciate alle precedenti lettere o di una delle eccezioni o norme specifiche di cui agli articoli da 14 a 17, è soggetta alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede, in conformità delle disposizioni di questa sola legislazione".

5. — L'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71 precisa che un lavoratore subordinato diverso dal lavoratore frontaliero, in disoccupazione completa, "(…) che, durante la sua ultima occupazione, risiedeva nel territorio di uno Stato membro diverso da quello competente (…) e che si pone a disposizione degli uffici del lavoro nel territorio dello Stato membro in cui risiede o che ritorna in tale territorio, beneficia delle prestazioni secondo la legislazione di questo Stato (…); queste prestazioni sono erogate dall'istituzione del luogo di residenza e sono a carico della medesima (…)".

Disposizioni di merito

6. — L'art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71 dispone che "le persone che risiedono nel territorio di uno degli Stati membri ed alle quali sono applicabili le disposizioni del presente regolamento sono soggette agli obblighi e sono ammesse al beneficio della legislazione di ciascuno Stato membro alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato, fatte salve le disposizioni particolari del presente regolamento".

7. — Per quanto riguarda le prestazioni di disoccupazione, l'art. 67, nn. 1 e 3, del regolamento n. 1408/71, intitolato "Totalizzazione dei periodi di assicurazione o di occupazione", così dispone:

"1. L'istituzione competente di uno Stato membro la cui legislazione subordina l'acquisizione, il mantenimento o il recupero del diritto alle prestazioni al compimento di periodi di assicurazione tiene conto, nella misura necessaria, dei periodi di assicurazione o di occupazione compiuti in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di ogni altro Stato membro, come se si trattasse di periodi di assicurazione compiuti sotto la legislazione ch'essa applica, a condizione tuttavia che i periodi di occupazione

venissero considerati come periodi di assicurazione se fossero stati maturati sotto tale legislazione.

(…)

3. Salvo i casi previsti all'articolo 71, paragrafo 1, lettera a), punto ii) e lettera b), punto ii), l'applicazione delle disposizioni dei paragrafi 1 e 2 è subordinata alla condizione che l'interessato abbia compiuto da ultimo

— nel caso del paragrafo 1, periodi di assicurazione,

— nel caso del paragrafo 2, periodi di occupazione,

secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni".

La normativa nazionale

8. — L'art. 100, n. 1, dell'Arbeitsförderungsgesetz (legge sulla promozione del lavoro, in prosieguo: l'"AFG"), nella versione in vigore nel 1996, dispone che ha diritto all'indennità di disoccupazione ogni persona che, in particolare, abbia maturato il periodo contributivo minimo. Ai sensi dell'art. 104 dell'AFG, per maturare il periodo contributivo minimo un individuo deve aver svolto un'attività lavorativa soggetta all'obbligo di versamento dei contributi per 360 giorni durante il periodo triennale di riferimento. Il periodo di riferimento precede immediatamente il primo giorno del periodo di disoccupazione a partire dal quale sono soddisfatte le altre condizioni che danno diritto all'indennità di disoccupazione.

9. — Ai sensi dell'art. 134 dell'AFG, un sussidio di disoccupazione è concesso, a titolo sussidiario, ai disoccupati economicamente deboli che soddisfino gli altri requisiti previsti dall'art. 100 dell'AFG, fermo restando che essi devono giustificare, anziché un periodo contributivo di 360 giorni, solo un periodo minimo di attività lavorativa soggetta all'obbligo di versamento dei contributi di 150 giorni all'interno di un periodo di riferimento più breve di un anno.

10. — Ai sensi dell'art. 107 dell'AFG, i periodi di servizio militare vanno considerati come periodi di occupazione soggetti all'obbligo di versamento dei contributi.

La controversia nella causa principale e le questioni pregiudiziali

11. — Il sig. Adanez-Vega è un cittadino spagnolo che, sin dalla sua nascita, nel 1974, ha sempre avuto la residenza principale in Germania.

12. — Dal 1° settembre 1991 al 4 dicembre 1992 egli seguito in Spagna una formazione soggetta alla previdenza sociale (in particolare all'assicurazione contro la disoccupazione). In seguito, dal 3 al 31 agosto 1994 e dal 3 novembre 1994 al 20 aprile 1995, egli ha occupato, in Germania, un posto parimenti soggetto alla previdenza sociale (in particolare all'assicurazione contro la disoccupazione). Il 21 aprile 1995 il sig. Adanez-Vega si è trasferito in Spagna ove, dal 18 maggio 1995 al 15 febbraio 1996, ha assolto i propri obblighi di leva. Al termine del servizio militare è tornato in Germania.

13. — Al suo ritorno in Germania, il 25 aprile 1996 il sig. Adanez-Vega si è iscritto nelle liste di disoccupazione presso la Bundesanstalt e ha richiesto alla stessa una prestazione di disoccupazione. Il 30 maggio 1996 ha trovato un nuovo impiego.

14. — Con decisione 31 maggio 1996, la Bundesanstalt ha negato la concessione di una prestazione di disoccupazione per il periodo compreso tra il 25 aprile e il 29 maggio 1996 in ragione del fatto che i requisiti del periodo contributivo minimo previsti dagli artt. 104 e 134 dell'AFG per la concessione delle prestazioni di disoccupazione (indennità o sussidio di disoccupazione) non erano soddisfatti. Infatti, dato che, secondo la Bundesanstalt, non occorreva tenere conto del periodo di servizio militare effettuato in Spagna, il sig. Adanez-Vega non soddisfaceva né il requisito di un periodo contributivo di 360 giorni durante un periodo di riferimento di 3 anni, di cui all'art. 104 dell'AFG, né quello di un periodo contributivo di 150 giorni durante un periodo di riferimento di un anno, previsto dall'art. 134 della stessa legge.

15. — Il reclamo del sig. Adanez-Vega contro tale decisione è stato respinto dalla Bundesanstalt con decisione 16 luglio 1996. Il ricorso contro la detta decisione, proposto dal sig. Adanez-Vega dinanzi al Sozialgericht Hannover (Tribunale per le cause in materia di sicurezza sociale di Hannover) (Germania), è stato accolto con sentenza 26 febbraio 1998. L'appello della Bundesanstalt dinanzi al Landessozialgericht Niedersachsen (Tribunale regionale per le cause in materia di previdenza sociale del Niedersachsen) (Germania) è stato respinto con sentenza 23 ottobre 2001. La Bundesanstalt ha poi proposto un ricorso per cassazione ("Revision") dinanzi al Bundessozialgericht (Tribunale federale per le cause in materia di previdenza sociale).

16. — Alla luce di ciò, il Bundessozialgericht ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1. Se una persona che, oltre due mesi dopo la fine del suo servizio militare obbligatorio assolto in Spagna, richieda prestazioni di disoccupazione al sistema tedesco di assicurazione contro la disoccupazione sia soggetta:

a) alle disposizioni spagnole, ai sensi dell'art. 13, n. 2, lett. e), del regolamento [n. 1408/71] o

b) alle disposizioni tedesche, ai sensi dell'art. 13, n. 2, lett. f), del regolamento n. 1408/71.

2. In caso di soluzione positiva della questione sub 1, lett. a):

a) se il servizio militare obbligatorio assolto in Spagna costituisca "l'(...) ultima occupazione (...) nel territorio di uno Stato membro diverso" ai sensi dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71.

b) In caso di soluzione positiva della questione sub 2, lett. a):

se l'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), prima frase, del regolamento n. 1408/71 includa anche la norma secondo cui l'ultima occupazione svolta nel territorio di un altro Stato membro dev'essere presa in considerazione per le prestazioni di disoccupazione come se fosse stata svolta nello Stato di residenza, senza che sia necessario verificare se ricorrano i requisiti di cui all'art. 67 dello stesso regolamento.

c) In caso di soluzione negativa della questione sub 2, lett. b):

a quali condizioni un periodo di assolvimento del servizio militare obbligatorio, che nel diritto nazionale (spagnolo) non configura né un periodo di assicurazione al regime di assicurazione contro la disoccupazione né un periodo equiparato a quest'ultimo,

costituisca ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71 un periodo di occupazione compiuto in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di un altro Stato membro.

3. In caso di soluzione positiva della questione sub 1, lett. b):

a) se una persona che abbia ultimato il suo periodo di assicurazione in Germania da oltre un anno e assolto in seguito il servizio militare obbligatorio di nove mesi in Spagna, ai sensi dell'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71, abbia maturato "da ultimo" periodi di assicurazione sotto la legislazione tedesca.

b) In caso di soluzione positiva della questione sub 3, lett. a):

a quali condizioni un periodo di assolvimento del servizio militare obbligatorio, che nel diritto nazionale (spagnolo) non configura né un periodo di assicurazione al regime di assicurazione contro la disoccupazione né un periodo equiparato a quest'ultimo, costituisca ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71 un periodo di occupazione compiuto in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di un altro Stato membro [tale questione corrisponde alla questione sub 2), lett. c)].

c) Qualora l'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71 non sia applicabile all'attore [questione sub 3), lett. a) e b)]:

i) se il servizio militare obbligatorio assolto in Spagna costituisca "l'(...) ultima occupazione (...) nel territorio di uno Stato membro diverso" ai sensi dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71 [tale questione corrisponde alla questione sub 2), lett. a)].

ii) In caso di soluzione positiva della questione sub 3, lett. c, sub i):

se l'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), prima frase, del regolamento n. 1408/71 includa anche la norma secondo cui l'ultima occupazione svolta nel territorio di un altro Stato membro deve essere presa in considerazione per le prestazioni di disoccupazione come se fosse stata svolta nello Stato di residenza, senza che sia necessario verificare se ricorrono i requisiti di cui all'art. 67 dello stesso regolamento [tale questione corrisponde alla questione sub 2), lett. b)].

4. Se, qualora non possa prendersi in considerazione il periodo di servizio militare obbligatorio spagnolo per il diritto dell'attore a prestazioni del regime tedesco di assicurazione contro la disoccupazione né ai sensi dell'art. 71 né in forza dell'art. 67 del regolamento n. 1408/71, un analogo diritto derivi dal principio di parità di trattamento dell'art. 3 del citato regolamento n. 1408/71 o da altre disposizioni generali del diritto comunitario".

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione: determinazione della legislazione applicabile (artt. 13 e 71 del regolamento n. 1408/71)

17. — Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se, ai sensi degli artt. 13 e 71 del regolamento n. 1408/71, la legislazione applicabile ad una persona che risieda in uno Stato membro e sia ivi disoccupata dopo aver effettuato il servizio militare obbligatorio in un altro Stato membro sia la legislazione dello Stato membro di residenza o quella dello Stato membro in cui essa ha effettuato il sevizio militare.

18. — Occorre anzitutto rilevare che, secondo una costante giurisprudenza, le disposizioni contenute nel regolamento n. 1408/71 che determinano la legislazione applicabile costituiscono un sistema di norme di conflitto la cui completezza ha l'effetto di privare i legislatori nazionali del potere di determinare la portata e le condizioni di applicazione della propria normativa nazionale in materia, ratione personae e ratione loci (v., in tal senso, in particolare, sentenze 12 giugno 1986, causa 302/84, Ten Holder, Racc. pag. 1821, punto 21, e 10 luglio 1986, causa 60/85, Luijten, Racc. pag. 2365, punto 14).

19. — A tale proposito, il regolamento n. 1408/71 prevede, nel suo titolo II, norme che determinano la "legislazione applicabile". In alcuni settori, tuttavia, sono previste deroghe a tali nome generali di collegamento (v., in tal senso, sentenza 29 giugno 1988, causa 58/87, Rebmann, Racc. pag. 3467, punto 13). Dal sistema del regolamento n. 1408/71 risulta che l'applicazione di tali norme particolari di collegamento presuppone nondimeno la previa determinazione della legislazione applicabile ai sensi delle disposizioni del titolo II di tale regolamento.

20. — Occorre quindi determinare, anzitutto, quale sia la legislazione applicabile in forza delle norme generali di collegamento del titolo II del regolamento n. 1408/71. Si deve poi verificare se le norme particolari di collegamento di tale regolamento prevedano o meno l'applicazione di un'altra legislazione.

Norme generali di collegamento (art. 13 del regolamento n. 1408/71)

21. — Occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 13, n. 2, lett. e), del regolamento n. 1408/71, la persona chiamata alle armi da uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato.

22. — Ne consegue, nella causa principale, che il sig. Adanez-Vega è stato soggetto alla legislazione spagnola durante l'assolvimento del servizio militare in Spagna. Tuttavia, tale legislazione ha cessato di essere applicabile al termine del suo servizio di leva.

23. — Dall'art. 13, n. 2, lett. f), del regolamento n. 1408/71 risulta che la persona cui cessi d'essere applicabile la legislazione di uno Stato membro senza che ad essa divenga applicabile la legislazione di un altro Stato membro in forza delle disposizioni degli artt. 13, n. 2, lett. a)-d), o 14-17 dello stesso regolamento, è soggetta alla legislazione dello Stato membro nel cui territorio risiede.

24. — Secondo la giurisprudenza della Corte, l'art. 13, n. 2, lett. f), del regolamento n. 1408/71 è applicabile sia alle persone che abbiano cessato definitivamente ogni attività lavorativa, sia a quelle che abbiano cessato la loro attività solo a titolo temporaneo (sentenza 11 giugno 1998, causa C-275/96, Kuusijärvi, Racc. pag. I-3419, punti 39 e 40).

25. — Di conseguenza, la legislazione applicabile, ai sensi delle norme generali di competenza del titolo II del regolamento n. 1408/71, a persone disoccupate è quindi, in via di principio, quella dello Stato membro di residenza.

26. — Per quanto riguarda la causa principale, ne consegue che una persona che, al pari del sig. Adanez-Vega, risieda in uno Stato membro e sia ivi disoccupata dopo aver effettuato il servizio militare obbligatorio in un altro Stato membro è soggetta, ai sensi dell'art. 13, n. 2, lett. f), del regolamento n. 1408/71, alla legislazione dello Stato membro di residenza. Ai sensi delle norme generali di collegamento del titolo II del

regolamento n. 1408/71, occorre quindi applicare la legislazione tedesca per determinare se il sig. Adanez-Vega soddisfi o meno i requisiti di esistenza di un diritto a una prestazione di disoccupazione.

27. — Tuttavia, occorre ancora esaminare se l'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71, che contiene norme particolari relative alla determinazione della legislazione applicabile in materia di prestazioni di disoccupazione, sia tale da modificare le considerazioni che precedono.

28. — Infatti, l'applicabilità dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71, sebbene conduca anch'essa all'individuazione della legislazione dello Stato di residenza quale legislazione applicabile, alla stregua dell'art. 13, n. 2, lett. f), del suddetto regolamento, presenta un interesse particolare, riguardo alla causa principale, in quanto essa sarà rilevante per l'interpretazione dell'art. 67, n. 3, dello stesso regolamento in materia di totalizzazione dei periodi di assicurazione o di occupazione.

Norme particolari di collegamento (art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71)

29. — L'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71 riguarda l'ipotesi dei lavoratori subordinati disoccupati che, durante la loro ultima occupazione, risiedevano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro all'epoca competente.

30. — Ai sensi dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii, di tale regolamento, un lavoratore subordinato diverso dal lavoratore frontaliero, che è in disoccupazione completa e che si pone a disposizione degli uffici del lavoro nel territorio dello Stato membro in cui risiede o che ritorna in tale territorio, beneficia delle prestazioni secondo la legislazione di questo Stato, come se vi avesse svolto la sua ultima occupazione.

31. — La determinazione della legislazione dello Stato di residenza quale legislazione applicabile ai sensi dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71 richiede quindi che, durante la sua ultima occupazione, l'interessato risiedesse in uno Stato membro diverso dallo Stato membro all'epoca competente.

32. — Per quanto riguarda i fatti della causa principale, occorre pertanto verificare se:

— il servizio militare obbligatorio assolto in Spagna possa essere considerato un'"occupazione" ai sensi dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71;

— il sig. Adanez-Vega "risiedesse" effettivamente in Germania durante tale periodo, e

— il Regno di Spagna fosse lo "Stato competente" ai sensi dello stesso articolo, durante l'assolvimento del servizio militare obbligatorio.

33. — Per quanto riguarda la prima di tali condizioni, va ricordato che la nozione di "occupazione" non è definita nel regolamento n. 1408/71. Tuttavia, poiché il detto regolamento non costituisce una misura comunitaria di armonizzazione dei sistemi nazionali di previdenza sociale, bensì un atto diretto a coordinare i detti sistemi, dalla presentazione e dalla ratio dello stesso si evince che la nozione di "occupazione" ai sensi dell'art. 71, n. 1, dev'essere interpretata facendo ricorso alla definizione fornita dalla legislazione nazionale in materia di previdenza sociale. Un'"occupazione" ai sensi dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71 è quindi un'occupazione che viene considerata tale per l'applicazione della legislazione di previdenza sociale dello Stato membro in cui essa è esercitata.

34. — In tale contesto, se la detta legislazione si riferiva, per la definizione della nozione di "occupazione", alle attività che fanno sorgere un periodo di assicurazione o un periodo di occupazione, un attestato in applicazione dell'art. 80 del regolamento del Consiglio 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento n. 1408/71, rilasciato dall'istituzione competente di tale Stato, in cui siano indicati i periodi di assicurazione e di occupazione compiuti sotto la detta legislazione potrebbe costituire un'indicazione per stabilire se un servizio militare obbligatorio debba essere considerato o meno un'"occupazione".

35. — Orbene, dal fascicolo risulta che, nella causa principale, l'istituzione spagnola di previdenza sociale ha certificato, in applicazione dell'art. 80 del regolamento n. 574/72, che il sig. Adanez-Vega avrebbe completato, in Spagna, un periodo di assicurazione o di occupazione solo dal 1° dicembre 1991 al 4 dicembre 1992, vale a dire al di fuori del periodo di servizio militare obbligatorio. Ciò potrebbe far supporre che quest'ultimo periodo non possa essere considerato "occupazione" ai sensi della legislazione spagnola.

36. — Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, fintantoché un attestato rilasciato da un'istituzione di uno Stato membro non sia revocato o dichiarato invalido, l'istituzione competente di un altro Stato membro deve tenerne conto. Tuttavia, il principio di leale collaborazione, sancito dall'art. 10 CE, impone agli enti di previdenza sociale di effettuare una valutazione corretta dei fatti pertinenti, in particolare per l'applicazione delle disposizioni relative alla determinazione della legislazione applicabile o delle norme di totalizzazione dei periodi e, pertanto, di garantire l'esattezza delle indicazioni che figurano negli attestati. Spetta a questi ultimi, quindi, riconsiderare la correttezza del rilascio degli attestati e, eventualmente, revocarli in caso di riserve in ordine all'esattezza dei fatti che sono alla base degli stessi e, pertanto, delle indicazioni in essi figuranti (v., in tal senso, sentenze 10 febbraio 2000, causa C-202/97, FTS, Racc. pag. I-883, punto 56, e 30 marzo 2000, causa C-178/97, Banks e a., Racc. pag. I-2005, punto 43).

37. — Per quanto riguarda la seconda condizione di applicazione dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71, da una giurisprudenza costante risulta che il luogo di "residenza" è determinato dal luogo in cui si trova il centro principale degli interessi. A tale proposito occorre prendere in considerazione la situazione familiare del lavoratore nonché i motivi che lo hanno indotto a trasferirsi e la natura del lavoro (v., in particolare, sentenza 17 febbraio 1977, causa 76/76, Di Paolo, punti 17 e 20).

38. — Infine, per quanto riguarda la terza condizione di applicazione dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71, dal punto 22 della presente sentenza risulta che la legislazione applicabile durante il periodo del servizio di leva conformemente all'art. 13, n. 2, lett. e), di tale regolamento era la legislazione spagnola.

39. — Nella causa principale, spetta al giudice del rinvio determinare se il sig. Adanez-Vega soddisfi o meno le condizioni di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71.

40. — Se il sig. Adanez-Vega soddisfacesse le condizioni di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71, la legislazione a lui applicabile sarebbe ugualmente, ai sensi di tale disposizione, la legislazione dello Stato membro di residenza, vale a dire la legislazione tedesca.

(Omissis)

Sulla terza questione: l'obbligo per l'istituzione competente di tener conto dei periodi di assicurazione e di occupazione maturati sotto la legislazione di un altro Stato membro (art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71)

43. — Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se, ai sensi dell'art. 67 del regolamento n. 1408/71, ai fini dell'esame del diritto alle prestazioni di disoccupazione, un'istituzione competente sia obbligata a tener conto, nel calcolo dei periodi di assicurazione maturati, di un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un altro Stato membro.

In tale contesto, il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, entro quali limiti un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un altro Stato membro costituisca un "[periodo di occupazione compiuto] in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di [tale] altro Stato membro" ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71.

In secondo luogo, esso chiede se la condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni" ai sensi dell'art. 67, n. 3, di tale regolamento osti all'obbligo di totalizzare periodi di occupazione nel caso in cui l'interessato abbia ultimato il suo periodo di assicurazione sotto la detta legislazione da oltre un anno e assolto in seguito un servizio militare obbligatorio di nove mesi in un altro Stato membro.

44. — In via preliminare, va rilevato che dallo spirito e dalla lettera degli artt. 67 e 71 del regolamento n. 1408/71 risulta che l'applicazione delle norme di totalizzazione dell'art. 67 è indipendente dall'applicazione delle disposizioni relative alla designazione della legislazione applicabile contenute nell'art. 71 (v. sentenza 12 maggio 1989, causa 388/87, Warmerdam-Steggerda, Racc. pag. 1203, punto 18). Ciò significa che le norme di totalizzazione elencate all'art. 67 sono applicabili anche nell'ipotesi in cui la legislazione applicabile in materia di prestazioni di disoccupazione sia stata determinata ai sensi delle disposizioni dell'art. 71. Una simile eventualità è prevista, del resto, all'art. 67, n. 3, di tale regolamento.

Sulla qualificazione quale "[periodo di occupazione compiuto] in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di [un] altro Stato membro" ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71

45. — A tale proposito, dall'art. 1, lett. s), del regolamento n. 1408/71 risulta che la qualificazione di un periodo lavorativo quale "periodo di occupazione" dipende dalla legislazione nazionale ai cui sensi esso è stato compiuto.

46. — Inoltre, la nozione di "lavoratore" utilizzata dal regolamento n. 1408/71 comprende qualsiasi persona coperta da assicurazione, sia pure contro un solo rischio, in forza di un'assicurazione obbligatoria o facoltativa presso un regime di previdenza sociale generale o speciale menzionato all'art. 1, lett. a), del regolamento n. 1408/71, indipendentemente dall'esistenza di un rapporto lavorativo (sentenze 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala, Racc. pag. I-2691, punto 36, e Kuusijärvi, cit., punto 21).

47. — Pertanto, nella causa principale, il periodo di servizio militare assolto dal sig. Adanez-Vega in Spagna dev'essere considerato un "[periodo di occupazione compiuto] in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di [tale] altro Stato membro" ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71 qualora, da un lato, esso sia definito o ammesso come tale dalla legislazione spagnola o assimilato e riconosciuto dalla

stessa come periodo equivalente ad un periodo di occupazione e, dall'altro, il sig. Adanez-Vega sia stato assicurato ai sensi dell'art. 1, lett. a), dello stesso regolamento durante il suo servizio militare. Spetta al giudice del rinvio esaminare se le dette condizioni siano soddisfatte.

48. — In tale contesto, dall'art. 80 del regolamento n. 574/72 risulta che, per beneficiare delle disposizioni dell'art. 67 del regolamento n. 1408/71, l'interessato è tenuto a presentare all'istituzione competente un attestato in cui siano indicati i periodi di assicurazione o di occupazione compiuti in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di un altro Stato membro. Tuttavia, dal punto 36 della presente sentenza risulta che un tale attestato rilasciato dall'istituzione competente spagnola non costituisce prova incontrovertibile per l'istituzione competente tedesca né nei confronti dei giudici tedeschi (v. anche, in tal senso, sentenza 8 luglio 1992, causa C-102/91, Knoch, Racc. pag. I-4341, punto 54).

Sulla condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni" ai sensi dell'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71

49. — In via preliminare, va ricordato che la condizione prevista all'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71 non è applicabile nella causa principale, qualora il sig. Adanez-Vega rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), di quest'ultimo.

50. — Infatti, l'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71 dispone che l'obbligo dell'istituzione competente di tener conto, nel calcolo dei periodi di assicurazione maturati, di un periodo di assicurazione o di occupazione maturato in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di un altro Stato membro è subordinato alla condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni", salvo il caso di disoccupati a cui si applica l'art. 71, n. 1, lett. a), sub ii), e lett. b), sub ii), di tale regolamento perché risiedevano, durante la loro ultima occupazione, fuori dello Stato membro all'epoca competente.

51. — Dalla giurisprudenza si evince che la condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni" è finalizzata a promuovere la ricerca del lavoro nello Stato membro in cui esso da ultimo ha versato i contributi di assicurazione contro la disoccupazione e a far sostenere da tale Stato l'onere delle prestazioni di disoccupazione (v., in tal senso, sentenza 8 aprile 1992, causa C-62/91, Gray, Racc. pag. I-2737, punto 12).

52. — Di conseguenza, come espone l'avvocato generale ai punti 79 e 80 delle sue conclusioni, un periodo di assicurazione deve considerarsi compiuto "da ultimo" in uno Stato membro qualora, malgrado sia trascorso del tempo tra la maturazione dell'ultimo periodo di assicurazione e la domanda di prestazioni, nel lasso di tempo intercorso non siano stati maturati periodi di assicurazione in un altro Stato membro.

53. — Nella causa principale, spetta al giudice del rinvio verificare se il sig. Adanez-Vega abbia maturato periodi di assicurazione in Germania e se nel lasso di tempo intercorso non siano stati maturati periodi di assicurazione in un altro Stato membro.

54. — Alla luce delle conclusioni che precedono, la terza questione va risolta, in primo luogo, nel senso che un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un

altro Stato membro costituisce un "[periodo di occupazione compiuto] in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di [tale] altro Stato membro" ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71 qualora, da un lato, esso sia definito o ammesso come tale dalla legislazione di tale altro Stato membro o assimilato e riconosciuto dalla detta legislazione come periodo equivalente ad un periodo di occupazione e, dall'altro, l'interessato sia stato assicurato ai sensi dell'art. 1, lett. a), dello stesso regolamento durante il suo servizio militare.

In secondo luogo, la condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni" ai sensi dell'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71 osta all'obbligo di totalizzare periodi di occupazione solo nel caso in cui un periodo di assicurazione sia stato maturato in un altro Stato membro dopo l'ultimo periodo di assicurazione maturato sotto la legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni.

Sulla quarta questione: il principio di parità di trattamento (art. 3, n. 1, del regolamento n. 1408/71)

55. — Con la quarta questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se, in circostanze analoghe a quelle della causa principale, l'art. 3 del regolamento n. 1408/71 osti a che un'istituzione competente, ai fini dell'esame del diritto alle prestazioni di disoccupazione, non prenda in considerazione, nel calcolo dei periodi di assicurazione maturati, un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un altro Stato membro.

56. — A tale proposito, va rilevato che l'art. 3 del regolamento n. 1408/71 si applica solo "fatte salve le disposizioni particolari del [detto] regolamento".

57. — Per le ragioni indicate dall'avvocato generale ai punti 94 e 97 delle sue conclusioni, l'art. 3 del regolamento n. 1408/71 non è applicabile nella causa principale perché il regolamento contiene disposizioni particolari, vale a dire l'art. 67, che disciplina il diritto a indennità di disoccupazione di un soggetto senza lavoro.

(Omissis)

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'art. 13, n. 2, lett. f), del regolamento 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, nella versione aggiornata dal regolamento (CEE) del Consiglio 2 giugno 1983, n. 2001, come modificato dal regolamento (CEE) del Consiglio 25 giugno 1991, n. 2195, dev'essere interpretato nel senso che una persona che risieda in uno Stato membro e sia ivi disoccupata dopo aver effettuato il servizio militare obbligatorio in un altro Stato membro è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza.

L'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71, come modificato,

dev'essere interpretato nel senso che costituisce una disposizione particolare relativa alla determinazione della legislazione applicabile in materia di prestazioni di disoccupazione, di modo che, qualora le relative condizioni di applicazione siano soddisfatte, la legislazione applicabile è quella prevista da tale disposizione.

Spetta al giudice del rinvio determinare se, nella causa principale, le condizioni di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), siano soddisfatte o meno.

Qualora, nella causa principale, le condizioni di applicazione dell'art. 71, n. 1, lett. b), sub ii), del regolamento n. 1408/71, come modificato, siano soddisfatte, la legislazione applicabile ad una persona che risieda in uno Stato membro e sia ivi disoccupata dopo aver effettuato il servizio militare obbligatorio in un altro Stato membro sarebbe ugualmente, ai sensi di tale disposizione, la legislazione dello Stato membro di residenza.

2) Un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un altro Stato membro costituisce un "[periodo di occupazione compiuto] in qualità di lavoratore subordinato sotto la legislazione di [tale] altro Stato membro" ai sensi dell'art. 67, n. 1, del regolamento n. 1408/71, nella versione aggiornata dal regolamento n. 2001/83, come modificato dal regolamento n. 2195/91, qualora, da un lato, esso sia definito o ammesso come tale dalla legislazione di tale altro Stato membro o assimilato e riconosciuto dalla detta legislazione come periodo equivalente ad un periodo di occupazione e, dall'altro, l'interessato sia stato assicurato ai sensi dell'art. 1, lett. a), dello stesso regolamento durante il suo servizio militare.

La condizione che "l'interessato abbia compiuto da ultimo (…) periodi di assicurazione (…) secondo le disposizioni della legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni" ai sensi dell'art. 67, n. 3, del regolamento n. 1408/71, come modificato, osta all'obbligo di totalizzare periodi di occupazione solo nel caso in cui un periodo di assicurazione sia stato maturato in un altro Stato membro dopo l'ultimo periodo di assicurazione maturato sotto la legislazione a norma della quale vengono richieste le prestazioni.

3) In circostanze analoghe a quelle della causa principale, l'art. 3 del regolamento n. 1408/71, nella versione aggiornata dal regolamento n. 2001/83, come modificato dal regolamento n. 2195/91, non osta a che un'istituzione competente, ai fini dell'esame del diritto alle prestazioni di disoccupazione, non prenda in considerazione, nel calcolo dei periodi di assicurazione maturati, un periodo di servizio militare obbligatorio effettuato in un altro Stato membro.

*****

Uno degli obiettivi principali dell'integrazione comunitaria, previsto sin dall'origine dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea, è quello di garantire la libera circolazione dei lavoratori subordinati. A tale fine è stato previsto dal regolamento 1408/71 un sistema di regole di conflitto speciale, prevalente sulle regole di conflitto nazionali, atto a stabilire la legislazione applicabile al lavoratore che abbia usufruito della libera circolazione, al fine di verificare la possibilità per il medesimo di ottenere prestazioni sociali quale quella di disoccupazione. (sul reg.1408/71, in *GUCE* L149 del 1971, vedi Rodière P. *Droit sociale de l'Union européenne*, Parigi, 2002, p.572 ss,

e Pennings F., *Introduction to European Security Law*, L'Aja 2001, p.3 ss. e p.149 ss. Sull'applicazione giurisprudenziale interna dei principi comunitari in materia di sicurezza sociale, vedi Foglia R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, p. 399 ss.).

Nonostante il tema della cd. "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato abbia assunto particolare rilevanza solo in tempi recenti, a causa dell'inserimento nel Trattato comunitario del titolo IV, in seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam (sul punto vedi Pocar F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p.873 e ss.; Rossi L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p.; Picone P. (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004) alcune regole di conflitto esistevano già in precedenza, in quanto direttamente collegate al raggiungimento degli obiettivi previsti dal Trattato.

È questo il caso delle regole di conflitto in esame nella presente causa, relative al regime applicabile al lavoratore che richieda una prestazione sociale quale quella di disoccupazione nello Stato di residenza.

Il Sig. Adanez-Vega, cittadino spagnolo, residente sin dalla nascita in Germania, presta servizio militare nel suo Stato di cittadinanza e in seguito rientra in Germania ove richiede una indennità di disoccupazione che gli viene negata in quanto non risulta essere in possesso, in base alla legge tedesca, dei requisiti minimi per ottenerla (previa effettuazione di un periodo contributivo minimo negli anni precedenti alla richiesta). Si tratta pertanto di valutare, ai sensi del regolamento 1408/71, quale sia la legge applicabile al Sig. Adanez-Vega al fine di verificare se il periodo di servizio militare prestato in Spagna debba essere computato quale periodo lavorativo ai fini dell'attribuzione dell'indennità di disoccupazione.

In base alla norme generali di collegamento, contenute nel titolo II del regolamento, il lavoratore durante il periodo di servizio militare è soggetto alle leggi del Paese presso il quale presta il servizio: il criterio in questione però cessa di essere applicato al termine del periodo in questione. Al Sig. Adanez Vega si applicherà pertanto il criterio di collegamento generale in base al quale al soggetto disoccupato si applica, di regola, la legge del Paese di residenza. Del resto anche l'eventuale applicazione dell'art. 71, n. 1, del regolamento n. 1408/71 sui lavoratori subordinati disoccupati che, durante la loro ultima occupazione, risiedevano in uno Stato membro diverso dallo Stato membro all'epoca competente, porterebbe allo stesso risultato di applicazione della legge tedesca.

Quanto alla possibilità di computare il periodo di servizio militare quale periodo di occupazione al fine del raggiungimento del periodo minimo richiesto, si dovrà fare riferimento alla valutazione di tale periodo offerta dall'ordinamento spagnolo. Solo nel caso in cui la legislazione di tale Stato lo consideri come un periodo di occupazione sarà possibile procedere al computo di tale periodo ai sensi dell'art.67, n.1. (Sul trattamento del lavoratori transfrontalieri comunitari vedi Zanobetti Pagnetti A., *Il diritto internazionale del lavoro, norme universali, regionali e comunitarie*, Bologna, 2005, p.119 ss.).